المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳

[الجزء الرابع]

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

الحمد للّه على ما أنعم و له الشكر على ما الهم و الصلوة و السلام على نبيّه المكرم و آله المفخّم، ربنا اغفر لنا و لاخواننا الذين سبقونا بالايمان و لا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربّنا انك رؤف رحيم.

و بعد فهذا هو السفر الرابع من المعلقات على رسالة العروة الوثقى للآية العظمى اليزدي (قدّس سرّه) اقدّمها الى القرّاء الكرام بعد تجديد النظر فيها بعد مضي سنوات متمادية من كتبها و ثبتها، أسأل اللّه تعالى صحة الانظار و سلامة الافكار و خلوص الاعمال و ذخرها ليوم تشخص فيه الابصار و لموقف لا ينجو إلاّ من أتى اللّه تعالى بقلب سليم.

و اذ تمّت بهذا السفر معلقاتي فاهديها الى ولي امرنا صاحب الولاية التامّة قطب الملك و الملكوت و نخبة السفراء و عالم الجبروت، بقية اللّه المنتظر و المدّخر لاقامة العدل و ازالة الجور و نرجو القرب الى اللّه تعالى بهدايته و ولايته فلا ريب في ان من اراد اللّه تعالى بدء به و بآبائه الكرام و من وحّده تسلّم التوحيد عنهم، فالتوحيد اصل و طريقه ولاية اهل بيت العصمة و الطهارة عليهما السّلام. و دعوى الوصول الى الواحد الاحد من غير وساطتهم و التمسك بهم كدعوى التمكن في المقصد بلا عبور الطريق نرجو التوفيق في العكوف الدائم على باب هدايتهم و التمسك بحبل ولايتهم. آمين ربّ العالمين.

قم المشرفة

محمد علي گرامي

رمضان المبارك ١٤١٨ دي ١٣٧٦

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

كتاب الحج

الذّي هو أحد أركان الدين، و من أوكد فرائض المسلمين، قال اللّه تعالى: **و للّه على الناس حجّ البيت من استطاع إليه سبيلا** غير خفيّ على الناقد البصير ما في الآية الشريفة من فنون التأكيد، و ضروب الحثّ و التشديد، و لا سيّما ما عرّض به تاركه من لزوم كفره و إعراضه عنه بقوله عزّ شأنه:

«و من كفر فإنّ اللّه غنيّ عن العالمين» و عن الصادق عليه السّلام في قوله عزّ من قائل: «من كان في هذه أعمى فهو في الآخرة أعمى و أضلّ سبيلا» ذاك الّذي يسوّف الحجّ، يعني حجّة الاسلام حتّى يأتيه الموت.

و عنه عليه السّلام من مات و هو صحيح موسر لم يحجّ فهو ممّن قال اللّه تعالى: «**و نحشره يوم القيامة أعمى**».

و عنه عليه السّلام: من مات و لم يحجّ حجّة الاسلام لم يمنعه من ذلك حاجة تحجف به أو مرض لا يطيق فيه الحجّ أو سلطان يمنعه فليمت يهوديّا أو نصرانيّا. و في آخر: من سوّف الحجّ حتّى يموت بعثه اللّه يوم القيامة يهوديّا أو نصرانيّا.

و في آخر: ما تخلّف رجل عن الحجّ إلاّ بذنب و ما يعفو اللّه اكثر. و عنهم عليهم السّلام مستفيضا: بني الإسلام على خمس: الصلاة و الزكاة و الحجّ و الصوم و الولاية، و الحجّ فرضه و نفله عظيم فضله، خطير أجره، جزيل ثوابه، جليل جزاؤه، و كفاه ما تضمّنه من وفود العبد على سيّده، و نزوله في بيته و محلّ ضيافته و أمنه، و على الكريم إكرام ضيفه و إجارة الملتجىء إلى بيته، فعن الصادق عليه السّلام: الحاجّ و المعتمر وفد اللّه إن سألوه أعطاهم، و إن دعوه أجابهم، و إن شفّعوا شفّعهم، و إن سكتوا بدأهم، و يعوّضون بالدرهم ألف ألف درهم. و عنه عليه السّلام: الحجّ و العمرة سوقان من أسواق الآخرة اللازم لهما في ضمان اللّه، إن أبقاه أداه إلى عياله، و إن أماته أدخله الجنّة. و في آخر: إن أدرك ما يأمل غفر اللّه له، و إن قصر به أجله وقع أجره على اللّه عزّ و جلّ. و في آخر: فإن مات متوجّها غفر اللّه له ذنوبه، و إن مات محرما بعثه ملبّيا، و إن مات بأحد الحرمين بعثه من الآمنين، و إن مات منصرفا غفر اللّه له جميع ذنوبه.

و في الحديث: إنّ من الذنوب ما لا يكفّره إلاّ الوقوف بعرفة. و عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في مرضه الّذي توفّي فيه في آخر ساعة من عمره الشريف: يا أبا ذرّ اجلس بين يدي اعقد بيدك: من ختم له بشهادة أن لا إله إلاّ اللّه دخل الجنّة «إلى أن قال:» و من ختم له بحجّة دخل الجنّة، و من ختم له بعمرة دخل الجنّة ... الخبر.

و عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم وفد اللّه ثلاثة: الحاجّ و المعتمر و الغازي دعاهم اللّه فأجابوه، و سألوه فأعطاهم. و سئل الصادق عليه السّلام رجل في المسجد الحرام من أعظم الناس وزرا فقال: من يقف بهذين الموقفين عرفة و المزدلفة و سعى بين هذين الجبلين ثمّ طاف بهذا البيت و صلّى خلف مقام ابراهيم، ثمّ قال في نفسه و ظن أنّ اللّه لم يغفر له، فهو من أعظم الناس وزرا. و عنهم عليه السّلام: الحاجّ مغفور له و موجوب له الجنّة، و مستأنف به

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶

العمل و محفوظ في أهله و ماله، و إنّ الحجّ المبرور لا يعدله شيء و لا جزاء له إلاّ الجنّة، و إنّ الحاجّ يكون كيوم ولدته أمّه، و إنّه يمكث أربعة أشهر تكتب له الحسنات، و لا تكتب عليه السيّئات إلاّ أن يأتي بموجبه، فإذا مضت الأربعة الأشهر خلط بالناس، و إنّ الحاجّ يصدرون على ثلاثة أصناف: صنف يعتق من النار، و صنف يخرج من ذنوبه كهيئة يوم ولدته أمّه، و صنف يحفظ في أهله و ماله، فذلك أدنى ما يرجع به الحاجّ، و إنّ الحاجّ إذا دخل مكّة وكّل اللّه به ملكين يحفظان عليه طوافه و صلاته و سعيه، فإذا وقف بعرفة ضربا منكبه الأيمن، ثمّ قالا: أمّا ما مضى فقد كفيته، فانظر كيف تكون فيما تستقبل. و في آخر: و إذا قضوا مناسكهم قيل لهم: بنيتم بنيانا فلا تنقضوه، كفيتم ما مضى فأحسنوا فيما تستقبلون.

و في آخر: إذا صلّى ركعتي طواف الفريضة يأتيه ملك فيقف عن يساره، فإذا انصرف ضرب بيده على كتفه فيقول: يا هذا أمّا ما قد مضى فقد غفر لك، و أمّا ما يستقبل فجدّ. و في آخر: إذا أخذ الناس منازلهم بمنى نادى مناد: لو تعلمون بفناء من حللتم لأيقنتم بالخلف بعد المغفرة. و في آخر: إن أردتم أن أرضى فقد رضيت. و عن الثماليّ: قال: قال رجل لعليّ بن الحسين عليه السّلام: تركت الجهاد و خشونته و لزمت الحجّ و لينه، فكان متّكئا فجلس و قال: ويحك أما بلغك ما قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في حجّة الوداع:

إنّه لمّا وقف بعرفة و همّت الشمس أن تغيب، قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: يا بلال قل للناس: فلينصتوا، فلمّا أنصتوا قال: إنّ ربكم تطوّل عليكم في هذا اليوم فغفر لمحسنكم، و شفّع محسنكم في مسيئكم فأفيضوا مغفورا لكم. و قال النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لرجل مميل فاته الحجّ و التمس منه ما به ينال أجره: لو أنّ أبا قبيس لك

ذهبة حمراء فأنفقته في سبيل اللّه تعالى ما بلغت ما يبلغ الحاجّ، و قال: إنّ الحاجّ إذا أخذ في جهازه لم يرفع شيئا و لم يضعه إلاّ كتب اللّه له عشر حسنات، و محى عنه عشر سيّئات، و رفع له عشر درجات، و إذا ركب بعيره لم يرفع خفّا و لم يضعه إلاّ كتب اللّه له مثل ذلك، فإذا طاف بالبيت خرج من ذنوبه، فإذا سعى بين الصفا و المروة خرج من ذنوبه، فإذا وقف بعرفات خرج من ذنوبه، فاذا وقف بالمشعر خرج من ذنوبه، فإذا رمى الجمار خرج من ذنوبه، قال: فعدّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم كذا و كذا موقفا إذا وقفها الحاجّ خرج من ذنوبه، ثمّ قال: أنّى لك أن تبلغ ما يبلغ الحاجّ. و قال الصادق عليه السّلام: إنّ الحجّ أفضل من عتق رقبة بل سبعين رقبة. بل ورد أنّه: إذا طاف بالبيت و صلّى ركعتيه كتب اللّه له سبعين ألف حسنة، و حطّ عنه سبعين ألف سيّئة، و رفع له سبعين ألف درجة، و شفّعه في سبعين ألف حاجة، و حسب له

في الحج

تركت الجهاد و خشونته: لا ريب في أهمية الدفاع أو الجهاد مع الوجوب العيني أو الكفائي مع الحاجة اذا كان تحت راية الامام العادل و بنفسي الامام المظلوم لم يمكنه عند التقية الشديدة آنذاك بيان ان الخليفة غاصب لا جهاد تحت رايته.

المعلقات على العروة الوثقى، ج ۴، ص ۷

عتق سبعين ألف رقبة، قيمة كلّ رقبة عشرة آلاف درهم، و إنّ الدرهم فيه أفضل من ألفي ألف درهم فيما سواه من سبيل اللّه تعالى، و إنّه أفضل من الصيام و الجهاد و الرباط، بل من كلّ شيء ما عدا الصلاة، بل في خبر آخر: إنّه أفضل من الصلاة أيضا، و لعلّه لإشتماله على فنون من الطاعات لم يشتمل عليها غيره حتّى الصلاة التي هي أجمع العبادات، أو لأنّ الحجّ فيه صلاة، و الصلاة ليس فيها حجّ، أو لكونه أشقّ من غيره و أفضل الأعمال أحمزها، و الأجر على قدر المشقّة. و يستحب تكرار الحجّ و العمرة و إدمانهما بقدر القدرة، فعن الصادق عليه السّلام قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: تابعوا بين الحجّ و العمرة فإنّهما ينفيان الفقر و الذنوب، كما ينفي الكير خبث الحديد. و قال عليه السّلام: حجّ تترى و عمرة تسعى يدفعن عيلة الفقر و ميتة السوء. و قال عليّ بن الحسين عليه السّلام: حجّوا و اعتمروا تصحّ أبدانكم و تتّسع أرزاقكم، و تكفون مؤنة عيالكم. و كما يستحبّ الحجّ بنفسه كذا يستحبّ الإحجاج بماله، فعن الصادق عليه السّلام أنّه كان إذا لم يحجّ أحجّ بعض أهله، أو بعض مواليه، و يقول لنا: يا بنيّ إن استطعتم فلا يقف الناس بعرفات إلاّ و فيها من يدعو لكم، فإنّ الحاج ليشفع في ولده و أهله و جيرانه. و قال عليّ ابن الحسين عليه السّلام لإسحاق بن عمّار لمّا أخبره أنّه موطّن على لزوم الحجّ كلّ عام بنفسه أو برجل من أهله بماله: فأيقن بكثرة المال و البنين، أو أبشر بكثرة المال. و في كلّ ذلك روايات مستفيضة يضيق عن حصرها المقام، و يظهر من جملة منها أنّ تكرارها ثلاثا أو سنة و سنة لا إدمان، و يكره تركه للموسر في كلّ خمس سنين، و في عدّة من الأخبار أنّ من أوسع اللّه عليه و هو موسر و لم يحجّ في كلّ خمس، و في رواية: أربع سنين، إنّه لمحروم. و عن الصادق عليه السّلام من أحجّ أربع حجج لم يصبه ضغطة القبر.

(مقدمة)

في آداب السفر و مستحبّاته لحجّ أو غيره، و هي أمور، «أوّلها»: و من أوكدها الاستخارة بمعنى طلب الخير من ربّه، و

مسئلة تقديره له، عند التردّد في أصل السفر أو في طريقه أو مطلقا، و الأمر بها للسفر و كلّ أمر خطير أو مورد خطر مستفيض، و لا سيّما عند الحيرة و الاختلاف في المشورة، و هي الدعاء لأن يكون خيره فيما يستقبل أمره، و هذا النوع من الاستخارة هو الأصل فيها، بل أنكر بعض العلماء ما عداها ممّا يشتمل على التفأل و المشاورة بالرقاع و الحصى و السبحة و البندقة و غيرها، لضعف غالب أخبارها، و إن كان العمل بها للتسامح في مثلها لا بأس به أيضا، بخلاف هذا النوع، لورود أخبار كثيرة بها في كتب أصحابنا، بل في روايات مخالفينا أيضا عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم الأمر بها و الحثّ عليها و عن الباقر و الصادق عليهما السّلام كنّا نتعلّم الاستخارة كما نتعلّم السورة من القرآن. و عن الباقر عليه السّلام أنّ عليّ بن الحسين عليه السّلام كان يعمل به إذا همّ بأمر حجّ أو عمرة أو بيع أو شراء أو عتق. بل في كثير من رواياتنا النهي عن العمل بغير استخارة، و إنّه من دخل في أمر بغير استخارة ثم ابتلي لم يؤجر، و في كثير منها ما استخار اللّه عبد مؤمن إلّا خار له، و إن وقع ما يكره، و في بعضها: إلّا رماه اللّه بخير الأمرين، و في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸

بعضها: استخر اللّه مائة مرّة و مرّة ثمّ انظر أجزم الأمرين لك فافعله، فإنّ الخيرة فيه إن شاء اللّه تعالى، و في بعضها: ثمّ انظر أيّ شيء يقع في قلبك فاعمل به، و ليكن ذلك بعنوان المشورة من ربّه و طلب الخير من عنده، و بناء منه أنّ خيره فيما يختاره اللّه له من أمره، و يستفاد من بعض الروايات أن يكون قبل مشورته منه سبحانه، و أن يقرنه بطلب العافية، فعن الصادق عليه السّلام و لتكن استخارتك في عافية فإنّه ربما خير للرجل في قطع يده، و موت ولده، و ذهاب ماله، و أخصر صورة فيها أن يقول: أستخير اللّه برحمته، أو أستخير اللّه برحمته خيرة في عافية، ثلاثا أو سبعا أو عشرا أو خمسين أو سبعين أو مائة مرّة و مرّة، و الكلّ مرويّ، و في بعضها في الأمور العظام مائة، و في الأمور اليسيرة بما دونه، و المأثور من أدعيته كثيرة جدّا، و الأحسن تقديم تحميد و تمجيد و ثناء و صلوات و توسّل و ما يحسن من الدعاء عليها، و أفضلها بعد ركعتين للاستخارة أو بعد صلاة فريضة، أو في ركعات الزوال أو في آخر سجدة من صلاة الفجر، أو في آخر سجدة من صلاة الليل، أو في سجدة بعد المكتوبة، أو عند رأس الحسين عليه السّلام، أو في مسجد النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الكلّ مرويّ، و مثلها كلّ مكان شريف قريب من الإجابة، كالمشاهد المشرّفة، أو حال أو

مقدمة ... يقع في قلبك: و من الظاهر ان ذلك حقيقة الاستخارة المرسومة (و كذا مفاد قوله عليه السّلام: «انظر احزم الأمرين لك فافعله»، و هذا مفاد روايات مستفيضة مضمونا راجع ۱ و ٤ أبواب استخارات الوسائل و ينطبق هذا المعنى العام على الاستخارة المرسومة فانه فيها يقع في القلب من النظر في المصحف بعد الدعاء و طلب الخير هذا مع المستفيضة بل المتواترة اجمالا، مضمونا في الاستخارة بالرقاع في الباب ۲ الاستخارة و بالمصحف كما في ٦/۱ و لا اشكال في سنده إلّا من جهة عدم تصريح توثيق اليسع بن عبد اللّه القمي، و بالسبحة في الباب ۸ هذا كلّه مع سيرة السلف الصالح في الاستخارة المرسومة و مع التجارب المتكررة في ذلك: كما في اصل تشكيل الحوزة العلمية بقم بيد المؤسس بعد استخارته بالقرآن في البقاء بقم فجاء: «و اتوني بأهلكم اجمعين» فأرسل الى أهله في «سلطانآباد» فجاؤوا بهم و اقام في قم و كما في ذهاب الشيخ الاعظم الى النجف مع انكار والدته فجاء من القرآن: **لا تخافي و لا تحزني انا رادّوه اليك** ... الخ و جرّبنا ذلك فوق حدّ الاحصاء، و كيف كان فالخيرة عندي تشبه المعجزات و هذه

من افتخارات الشيعة و الآن يراجع غير واحد من أهل السنة أيضا الينا في ذلك و يعدّونها ملجأهم في الضرورات مع أنهم مخالفون في الاصل للاستخارة و منكرون اشدّ الانكار و مع ذلك راجع مقدمة «التاج الجامع للاحاديث» حيث استخار بالقرآن لتأليفه. و مع ذلك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹

كذلك، و من أراد تفصيل ذلك فليطلبه من مواضعه، كمفاتيح الغيب للمجلسيّ (قدّس سرّه)، و الوسائل و مستدركه، و بما ذكر من حقيقة هذا النوع من الاستخارة و أنّها محض الدعاء و التوسّل و طلب الخير و انقلاب أمره إليه، و بما عرفت من عمل السجّاد عليه السّلام في الحجّ و العمرة و نحوهما يعلم أنّها راجحة للعبادات أيضا، خصوصا عند إرادة الحجّ، و لا يتعيّن فيما يقبل التردّد و الحيرة، و لكن في رواية اخرى:

ليس في ترك الحجّ خيرة، و لعلّ المراد بها الخيرة لأصل الحجّ أو للواجب منه.

«ثانيها»: اختيار الأزمنة المختارة له من الأسبوع و الشهر، فمن الأسبوع يختار السبت، و بعده الثلاثاء و الخميس، و الكلّ مرويّ، و عن الصادق عليه السّلام من كان مسافرا فليسافر يوم السبت، فلو أنّ حجرا زال عن جبل يوم السبت لردّه اللّه إلى مكانه. و عنهم عليهم السّلام: السبت لنا، و الأحد لبني اميّة. و عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: اللّهم بارك لأمّتي في بكورها يوم سبتها و خميسها. و يتجنّب ما أمكنه صبيحة الجمعة قبل صلاتها و الأحد، فقد روي أنّ له حدّا كحدّ السيف، و الاثنين فهو لبني اميّة، و الأربعاء فإنّه لبني العبّاس، خصوصا آخر أربعاء من الشهر، فإنّه يوم نحس مستمرّ، و في رواية ترخيص السفر يوم الاثنين مع قراءة سورة هل أتى في أوّل ركعة من غداته، فإنّه يقيه اللّه به من شرّ يوم الاثنين، و ورد أيضا اختيار

فالعجب من بعض الفضلاء حيث يستشكلون و أعجب من ذلك ان بعضهم جعلها كالكهانة و ليس ذلك إلاّ من سوء الفهم و عدم الوصل الى مرام اهل بيت العصمة عليهم السّلام، فهل الكهانة طلب الفهم من اللّه تعالى؟! و يا حسرتي على بعض خواص الشيعة حيث يهدمون ما بنى لهم أئمّتهم عليهم السّلام هذا و ليعلم الفرق بين التفوّل و الاستخارة فان الاول صرف تحقيق المآل و لو لغير العمل بل و لو لم يكن موقع للعمل فهو نوع من استخبار المغيبات و قد نهى عن التفوّل بالقرآن بخلاف الثاني فهو طلب الخير و تحقيقه ليعمله فهو دستور العمل و كأن الماتن خلط بين الأمرين و ايضا قد عرفت ان الاستخارة من مصاديق ما ورد مستفيضا من طلب الخير ثم العمل بما يقع في القلب هذا مع ورود روايات دالة عليها بالمطابقة نعم هي غير معتبرة لكن العمل سيرة عليها. فلا نحتاج الى التمسك بقاعدة التسامح مع عدم ثبوت الاستحباب أو الكراهة بها و انما الثابت صرف الثواب).

و مستدركه: و راجع رسالة الاستخارة من القرآن المجيد تأليف الميرزا أبي المعالي الكلباسي الاصفهاني (قدّس سرّه).

و الكل مروي: و لكن بعضها لم يرد بطريق معتبر فليراعى رجاء، و كذا بعض ما يذكرها من الامور بعد ذلك.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰

يوم الاثنين و حملت على التقيّة و ليتجنبّ السفر من الشهر و القمر في المحاق، أو في برج العقرب أو صورته، فعن الصادق عليه السّلام من سافر أو تزوّج و القمر في العقرب لم ير الحسنى. و قد عدّ أيّام من كلّ شهر و أيّام من الشهر

منحوسة يتوقّى من السفر فيها، و من ابتداء كلّ عمل بها، و حيث لم نظفر بدليل صالح عليه لم يهمّنا التعرّض لها، و إن كان التجنّب منها و من كلّ ما يتطيّر بها أولى، و لم يعلم أيضا أنّ المراد بها شهور الفرس أو العربيّة، و قد يوجّه كلّ بوجه غير وجيه، و على كلّ حال فعلاجها لدى الحاجة بالتوكّل و المضي، خلافا على أهل الطيرة، فعن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: كفّارة الطيرة التوكّل. و عن أبي الحسن الثاني عليه السّلام: من خرج يوم الأربعاء لا يدور خلافا على أهل الطيرة و قي من كلّ آفة، و عوفي من كلّ عاهة و قضى اللّه حاجته، و له أن يعالج نحوسة ما نحس من الأيّام بالصدقة، فعن الصادق عليه السّلام: تصدّق و اخرج أيّ يوم شئت، و كذا يفعل أيضا لو عارضه في طريقه ما يتطيّر به الناس، و وجد في نفسه من ذلك شيئا، و ليقل حينئذ: «اعتصمت بك يا ربّ من شرّ ما أجد في نفسي فاعصمني» و ليتوكّل على اللّه و ليمض خلافا لأهل الطيرة. و يستحبّ اختيار آخر الليل للسير، و يكره أوّله، ففي الخبر: الأرض تطوى من آخر الليل. و في آخر: و إيّاك و السير في أوّل الليل و سر في آخره.

ثالثها: و هو أهمّها، التصدّق بشيء عند افتتاح سفره، و يستحبّ كونها عند وضع الرجل في الركاب خصوصا إذا صادف المنحوسة أو المتطيّر بها من الأيّام و الأحوال، ففي المستفيضة: رفع نحوستها بها، و ليشتري السلامة من اللّه بما يتيسّر له، و يستحبّ أن يقول عند التصدّق: «اللّهمّ إنّي اشتريت بهذه الصدقة سلامة سفري، اللّهمّ احفظني و احفظ ما معي، و سلّمني و سلّم ما معي، و بلّغني و بلّغ ما معي ببلاغك الحسن الجميل».

رابعها: الوصيّة عند الخروج لا سيّما بالحقوق الواجبة.

خامسها: توديع العيال بأن يجعلهم وديعة عند ربّه، و يجعله خليفة عليهم، و ذلك بعد ركعتين أو أربع يركعها عند إرادة الخروج، و يقول: «اللّهمّ إنّي أستودعك نفسي و أهلي و مالي و ذرّيتي و دنياي و آخرتي و أمانتي و خاتمة عملي» فعن الصادق عليه السّلام: ما استخلف رجل على أهله بخلافة أفضل منها، و لم يدع بذلك الدعاء إلاّ أعطاه اللّه عزّ و جلّ ما سأل.

سادسها: إعلام إخوانه بسفره، فعن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: حقّ على المسلم إذا أراد سفرا أن يعلم إخوانه، و حقّ على إخوانه إذا قدم أن يأتوه.

«سابعها»: العمل بالمأثورات من قراءة السور و الآيات و الأدعية عند باب داره، و ذكر اللّه و التسمية و التحميد و شكره عند الركوب، و الاستواء على الظهر، و الإشراف و النزول، و كلّ انتقال و تبدّل حال، فعن الصادق عليه السّلام: كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في سفره إذا هبط سبّح، و إذا صعد كبّر. و عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من ركب و سمّى ردفه ملك يحفظه، و من ركب و لم يسمّ ردفه شيطان يمنّيه حتّى ينزل.

«و منها» قراءة القدر للسلامة حين يسافر، أو يخرج من منزله، أو يركب دابّته، و آية الكرسيّ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱

و السخرة و المعوّذتين و التوحيد و الفاتحة و التسمية و ذكر اللّه في كلّ حال من الأحوال.

«و منها» ما عن أبي الحسن عليه السّلام أنّه يقوم على باب داره تلقاء ما يتوجّه له، و يقرأ الحمد و المعوّذتين و التوحيد و آية الكرسيّ أمامه و عن يمينه و عن شماله، و يقول: «اللّهمّ احفظني و احفظ ما معي و بلّغني و بلّغ ما معي ببلاغك الحسن الجميل» يحفظ و يبلغ و يسلم هو و ما معه.

«و منها» ما عن الرضا عليه السّلام: إذا خرجت من منزلك في سفر أو حضر، فقل: «بسم اللّه و باللّه توكّلت على اللّه، ما

شاء اللّه لا حول و لا قوّة إلاّ باللّه» تضرب به الملائكة وجوه الشياطين، و تقول: ما سبيلكم عليه و قد سمّى اللّه و آمن به و توكل عليه.

«و منها» ما كان الصادق عليه السّلام يقول إذا وضع رجله في الركاب: «سبحان الّذي سخّر لنا هذا و ما كنّا له مقرنين» و يسبّح اللّه سبعا، و يحمده سبعا، و يهلّله سبعا، و عن زين العابدين عليه السّلام: أنّه لو حجّ رجل ماشيا و قرأ إنّا أنزلناه في ليلة القدر ما وجد ألم المشي. و قال: ما قرأه أحد حين يركب دابّته إلاّ نزل منها سالما مغفورا له، و لقاريها أثقل على الدوابّ من الحديد. و عن أبي جعفر عليه السّلام لو كان شيء يسبق القدر لقلت: قارىء إنّا أنزلناه في ليلة القدر حين يسافر، أو يخرج من منزله، و المتكفلّ لبقية المأثور منها على كثرتها، الكتب المعدة لها. و في وصيّة النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: يا عليّ إذا أردت مدينة أو قرية فقل حين تعاينها: اللّهمّ إنّي أسألك خيرها، و أعوذ بك من شرّها، اللّهمّ حبّبنا إلى أهلها، و حبّب صالحي أهلها إلينا. و عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: يا عليّ إذا نزلت منزلا فقل: اللّهمّ أنزلني منزلا مباركا و أنت خير المنزلين ترزق خيره و يدفع عنك شرّه، و ينبغي له زيادة الاعتماد و الانقطاع إلى اللّه سبحانه، و قراءة ما يتعلّق بالحفظ من الآيات و الدعوات و قراءة ما يناسب ذلك كقوله تعالى: «**كرّ إنّ معي ربّي سيهدين**» و قوله تعالى: «**إذ يقول لصاحبه لا تحزن إنّ اللّه معنا**» و دعاء التوجّه، و كلمات الفرج و نحو ذلك، و عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يسبّح تسبيح الزهراء، و يقرأ آية الكرسيّ عند ما يأخذ مضجعه في السفر، يكون محفوظا من كلّ شيء حتّى يصبح.

«ثامنها»: التحنّك بإدارة طرف العمامة تحت حنكه، ففي المستفيضة عن الصادق و الكاظم عليهما السّلام: الضمان لمن خرج من بيته معتمّا تحت حنكه أن يرجع إليه سالما، و أن لا يصيبه السرق و لا الغرق و لا الحرق.

تاسعها: استصحاب عصا من اللوز المرّ، فعنه: من أراد أن تطوى له الأرض فليتّخذ النقد من العصا، و النقد: عصا لوز مرّ، و فيه نفي للفقر، و أمان من الوحشة و الضواري و ذوات الحمّة، و ليصحب شيئا من طين الحسين عليه السّلام ليكون له شفاء من كلّ داء و أمانا من كلّ خوف، و يستصحب خاتما من عقيق أصفر مكتوب على أحد جانبيه: «ما شاء اللّه لا قوّة إلاّ باللّه، أستغفر اللّه» و على الجانب الآخر: «محمّد و عليّ» و خاتما من فيروزج مكتوب على أحد جانبيه: «اللّه الملك» و على الجانب الآخر: «الملك للّه الواحد القهّار».

____

السرق و لا الغرق: (و بهذا يعلم عدم صحة ما قاله الفيض (قدّس سرّه) من ان اصرار الادلة على تحت الحنك لتميز المسلم عن الكافر في الصدر الاول فلا يهدر دمه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج‌٤، ص ١٢

عاشرها: اتّخاذ الرفقة في السفر، ففي المستفيضة الأمر بها، و النهي الأكيد عن الوحدة، ففي وصيّة النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لعليّ عليه السّلام لا تخرج في سفر وحدك، فإنّ الشيطان مع الواحد، و هو من الاثنين أبعد، و لعن ثلاثة: الآكل زاده وحده، و النائم في بيت وحده، و الراكب في الفلاة وحده، و قال: شرّ الناس من سافر وحده، و منع رفده، و ضرب عبده. و أحبّ الصحابة إلى اللّه أربعة، و ما زاد على سبعة إلاّ كثر لغطهم، أي تشاجرهم، و من اضطرّ إلى السفر وحده فليقل: «ما شاء اللّه لا حول و لا قوّة إلاّ باللّه، اللّهمّ آمن وحشتي، و أعنّي على وحدتي، و أدّ غيبتي» و ينبغي أن يرافق مثله في الانفاق، و يكره مصاحبته دونه أو فوقه في ذلك، و أن يصحب من يتزيّن به، و لا يصحب من يكون

زينته له، و يستحبّ معاونة أصحابه و خدمتهم، و عدم الاختلاف معهم، و ترك التقدّم على رفيقه في الطريق.
الحادي عشر: استصحاب السفرة و التنوّق فيها، و تطييب الزاد و التوسعة فيه، لا سيّما في سفر الحجّ، و عن الصادق عليه السّلام «إنّ من المروّة في السفر كثرة الزاد و طيبه، و بذله لمن كان معك» نعم يكره التنوّق في سفر زيارة الحسين عليه السّلام بل يقتصر فيه على الخبز و اللبن لمن قرب من مشهده، كأهل العراق، لا مطلقا في الاظهر، فعن الصادق عليه السّلام بلغني أنّ قوما إذا زاروا الحسين عليه السّلام حملوا معهم السفرة فيها الجداء و الأخبصة و أشباهه، و لو زاروا قبور آبائهم ما حملوا معهم هذا و في آخر: تاللّه إنّ أحدكم ليذهب إلى قبر أبيه كئيبا حزينا، و تأتونه أنتم بالسفر، كرّ حتّى تأتونه شعثا غبرا.
الثاني عشر: حسن التخلّق مع صحبه و رفقته، فعن الباقر عليه السّلام: «ما يعبأ بمن يؤمّ هذا البيت إذا لم يكن فيه ثلاث خصال: خلق يخالق به من صحبه أو حلم يملك به غضبه، أو ورع يحجزه عن معاصي اللّه» و في المستفيضة: «المروّة في السفر ببذل الزاد، و حسن الخلق و المزاح في غير المعاصي و في بعضها: «قلّة الخلاف على من صحبك، و ترك الرواية عليهم إذا أنت فارقتهم» و عن الصادق عليه السّلام «ليس من المروّة أن يحدث الرجل بما يتّفق في السفر من خير أو شرّ» و عنه عليه السّلام: «وطّن نفسك على حسن الصحابة لمن صحبت في حسن خلقك، و كفّ لسانك، و اكظم غيظك، و أقلّ لغوك، و تفرش عفوك، و تسخي نفسك».
الثالث عشر: استصحاب جميع ما يحتاج إليه من السلاح و الآلات و الأدوية، كما في ذيل ما يأتي من وصايا لقمان لابنه و ليعمل بجميع ما في تلك الوصيّة.
الرابع عشر: إقامة رفقاء المريض لأجله ثلاثا، فعن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: إذا كنت في سفر و مرض أحدكم فأقيموا عليه ثلاثة أيّام، و عن الصادق عليه السّلام: حقّ المسافر أن يقيم عليه أصحابه إذا مرض ثلاثا.
الخامس عشر: رعاية حقوق دابّته، فعن الصادق عليه السّلام قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: للدابّة على صاحبها خصال: يبدأ بعلفها إذا نزل و يعرض عليها الماء إذا مرّ به، و لا يضرب وجهها فإنّها تسبّح بحمد ربّها، و لا يقف على ظهرها إلاّ في سبيل اللّه، و لا يحمّلها فوق طاقتها، و لا يكلّفها من المشي إلاّ ما تطيق.
و في آخر: و لا تتوركوا على الدوابّ، و لا تتّخذوا ظهورها مجالس. و في آخر: «و لا يضربها على

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳

النفار، و يضربها على العثار، فإنّها ترى ما لا ترون» و يكره التعرّس على ظهر الطريق، و النزول في بطون الأودية، و الإسراع في السير، و جعل المنزلين منزلا إلاّ في أرض جدبة، و أن يطرق أهله ليلا حتّى يعلمهم، و يستحبّ إسراع عوده إليهم، و أن يستصحب هديّة لهم إذا رجع إليهم، و عن الصادق عليه السّلام:
«إذا سافر أحدكم فقدم من سفره فليأت أهله بما تيسّر و لو بحجر» الخبر، و يكره ركوب البحر في هيجانه، و عن أبي جعفر عليه السّلام: إذا اضطرب بك البحر فاتّكأ على جانبك الأيمن، و قل: «بسم اللّه اسكن بسكينة اللّه، و قرّ بقرار اللّه و اهدأ بإذن اللّه و لا حول و لا قوّة إلاّ باللّه» و لينادي إذا ضلّ في طريق البرّ: «يا صالح يا أبا صالح ارشدونا رحمكم اللّه» و في طريق البحر: «يا حمزة، و إذا بات في أرض قفر فليقل: «**إنّ ربّكم اللّه الّذي خلق السماوات و الأرض**» إلى قوله: «**تبارك اللّه ربّ العالمين**» و ينبغي للماشي أن ينسل في مشيه، أي يسرع، فعن الصادق عليه السّلام: «سيروا و انسلوا فإنّه أخفّ عنكم» و جاءت المشاة إلى النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فشكوا إليه الإعياء،

فقال: عليكم بالنسلان، ففعلوا فذهب عنهم الإعياء. و أن يقرأ سورة القدر لئلّا يجد ألم المشي كما مرّ عن السجاد عليه السّلام، و عن رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «زاد المسافر الحدا و الشعر ما كان منه ليس فيه خناء» و في نسخة «جفاء» و في اخرى «حنان» و ليختر وقت النزول من بقاع الأرض أحسنها لونا، و ألينها تربة، و أكثرها عشبا، هذه جملة ما على المسافر، و أمّا أهله و رفقته فيستحبّ لهم تشييع المسافر و توديعه و إعانته و الدعاء له بالسهولة و السلامة، و قضاء المآرب عند وداعه، قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «من أعان مؤمنا مسافرا فرّج اللّه عنه ثلاثا و سبعين كربة، و أجاره في الدنيا و الآخرة من الغمّ و الهم، و نفّس كربه العظيم يوم يعضّ الناس بأنفاسهم» و كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم إذا ودّع المؤمنين قال: «زوّدكم اللّه التقوى، و وجّهكم إلى كلّ خير، و قضى لكم كلّ حاجة و سلّم لكم دينكم و دنياكم، و ردّكم سالمين إلى سالمين» و في آخر:

«كان إذا ودّع مسافرا أخذ بيده ثمّ قال: أحسن لك الصحابة، و أكمل لك المعونة، و سهّل لك الحزونة، و قرّب لك البعيد، و كفاك المهمّ، و حفظ لك دينك و أمانتك و خواتيم عملك، و وجّهك لكلّ خير، عليك بتقوى اللّه، استودع اللّه نفسك، سر على بركة اللّه عزّ و جلّ» و ينبغي أن يقرأ في أذنه: «إنّ الذي فرض عليك القرآن لرادّك إلى معاد إن شاء اللّه» ثمّ يؤذّن خلفه و ليقم كما هو المشهور عملا، و ينبغي رعاية حقّه في أهله و عياله و حسن الخلافة فيهم، لا سيّما مسافر الحجّ، فعن الباقر عليه السّلام: «من خلف حاجّا بخير كان له كأجره كأنّه يستلم الأحجار» و أن يوقّر القادم من الحج، فعن الباقر عليه السّلام: «وقّروا الحاجّ و المعتمر فإنّ ذلك واجب عليكم» و كان عليّ بن الحسين عليه السّلام يقول: «يا معشر من لم يحجّ استبشروا بالحاجّ و صافحوهم و عظّموهم، فإنّ ذلك يجب عليكم تشاركوهم في الأجر» و كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يقول للقادم من مكّة: «قبل اللّه منك، و أخلف عليك نفقتك، و غفر ذنبك».

و لنتبرّك بختم المقام بخير خبر تكفّل مكارم أخلاق السفر بل و الحضر، فعن الصادق عليه السّلام قال:

«قال لقمان لابنه: يا بنيّ إذا سافرت مع قوم فأكثر استشارتهم في أمرك و امورهم و أكثر التبسّم في وجوههم، و كن كريما على زادك، و إذا دعوك فأجبهم، و إذا استعانوا بك فأعنهم، و استعمل طول

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴

الصمت، و كثرة الصلاة، و سخاء النفس بما معك من دابّة أو ماء أو زاد، و إذا استشهدوك على الحقّ فاشهد لهم و أجهد رأيك لهم إذا استشاروك، ثمّ لا تعزم حتّى تتثبّت و تنظر، و لا تجب في مشورة حتّى تقوم فيها و تقعد و تنام و تأكل و تضع و أنت مستعمل فكرتك و حكمتك في مشورتك، فإنّ من لم يمحّض النصح لمن استشاره سلبه اللّه رأيه، و نزع منه الأمانة، و إذا رأيت أصحابك يمشون فامش معهم، و إذا رأيتهم يعملون فاعمل معهم، فإذا تصدّقوا أو أعطوا قرضا فأعط معهم، و اسمع لمن هو أكبر منك سنّا، و إذا أمروك بأمر و سألوك شيئا فقل: نعم، و لا تقل: لا، فإنّها عيّ و لؤم، و إذا تحيّرتم في الطريق فانزلوا و إذا شككتم في القصد فقفوا أو تؤامروا، و إذا رأيتم شخصا واحدا فلا تسألوه عن طريقكم و لا تسترشدوه، فإنّ الشخص الواحد في الفلاة مريب، لعلّه يكون عين اللصوص، أو يكون هو الشيطان الّذي حيّركم، و احذروا الشخصين أيضا إلاّ أن ترون مالا أرى، فإنّ العاقل إذا أبصر بعينه شيئا عرف الحقّ منه، و الشاهد يرى ما لا يرى الغائب، يا بني: إذا جاء وقت الصلاة فلا تؤخرها لشيء، صلّها و استرح منها، فإنّها دين، و صلّ في جماعة و لو على رأس زجّ، و لا تنامنّ على دابّتك، فإنّ ذلك سريع في دبرها، و ليس ذلك من فعل الحكماء إلاّ أن

تكون في محمل يمكنك التمدّد لاسترخاء المفاصل، و إذا قربت من المنزل فانزل عن دابّتك و ابدأ بعلفها، فإنّها نفسك، و إذا أردتم النزول فعليكم من بقاع الأرض بأحسنها لونا، و ألينها تربة، و أكثرها عشبا، و إذا نزلت فصلّ ركعتين قبل أن تجلس، و إذا أردت قضاء حاجتك فابعد المذهب في الأرض، و إذا ارتحلت فصلّ ركعتين، ثمّ ودّع الأرض الّتي حللت بها، و سلّم عليها و على أهلها، فإنّ لكلّ بقعة أهلا من الملائكة، فإن استطعت أن لا تأكل طعاما حتّى تبدأ و تصدّق منه فافعل، و عليك بقراءة كتاب اللّه مادمت راكبا، و عليك بالتسبيح مادمت عاملا عملا، و عليك بالدعاء ما دمت خاليا، و إيّاك و السير في أوّل الليل، و سر في آخره، و إيّاك و رفع الصوت، يا بنيّ سافر بسيفك و خفّك و عمامتك و حبالك و سقائك و خيوطك و مخرزك، و تزوّد معك من الأدوية فانتفع به أنت و من معك، و كن لأصحابك موافقا إلاّ في معصية اللّه عزّ و جل». هذا ما يتعلّق بكلّي السفر، و يختصّ سفر الحجّ بأمور اخر:

«منها» اختيار المشي فيه على الركوب على الأرجح بل الحفاء على الانتعال إلاّ أن يضعفه عن العبادة، أو كان لمجرّد تقليل النفقه، و عليهما يحمل ما يستظهر منها أفضليّة الركوب.

و روي ما تقرّب العبد إلى اللّه عزّ و جلّ بشيء أحبّ إليه من المشي إلى بيته الحرام على القدمين و إنّ الحجّة الواحدة تعدل سبعين حجّة، و ما عبد اللّه بشيء مثل الصمت و المشي إلى بيته.

«و منها»: أن تكون نفقة الحجّ و العمرة حلالا طيّبا، فعنهم عليهم السّلام إنّا أهل بيت حجّ صرورتنا و مهور نسائنا و أكفاننا من طهور أموالنا. و عنهم عليهم السّلام: من حجّ بمال حرام نودي عند التلبية: لا لبيّك عبدي و لا سعديك، و عن الباقر عليه السّلام: من أصاب مالا من أربع لم يقبل منه في أربع: من أصاب مالا من غلول أورياء أو خيانة أو سرقة لم يقبل منه في زكاة و لا صدقة و لا حجّ و لا عمرة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵

«و منها»: استحباب نيّة العود إلى الحجّ عند الخروج من مكّة، و كراهة نيّة عدم العود، فعن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم من رجع من مكّة و هو ينوي الحجّ من قابل زيد في عمره، و من خرج من مكّة و لا يريد العود إليها فقد اقترب أجله و دنا عذابه و عن الصادق عليه السّلام مثله مستفيضا، و قال لعيسى ابن أبي منصور: يا عيسى إنّي احبّ أن يراك اللّه فيما بين الحجّ إلى الحجّ و أنت تتهيّأ للحجّ.

«و منها»: أن لا يخرج من الحرمين الشريفين بعد ارتفاع النهار إلاّ بعد أداء الفرضين بهما.

«و منها»: البدءة بزيارة النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم لمن حجّ على طريق العراق.

«و منها»: أن لا يحجّ و لا يعتمر على الإبل الجلاّلة، و لكن لا يبعد اختصاص الكراهة بأداء المناسك عليها، و لا يسري إلى ما يسار عليها من البلاد البعيدة في الطريق، و من أهمّ ما ينبغي رعايته في هذا السفر احتسابه من سفر آخرته بالمحافظة على تصحيح النيّة، و إخلاص السريرة، و أداء حقيقة القربة، و التجنّب عن الرياء و التجرّد عن حبّ المدح و الثناء، و أن لا يجعل سفره هذا على ما عليه كثير من مترفي عصرنا من جعله وسيلة للرفعة و الافتخار، بل وصلة إلى التجارة و الانتشار و مشاهدة البلدان و تصفّح الأمصار، و أن يراعي أسراره الخفيّة و دقائقه الجليّة كما يفصح عن ذلك ما أشار إليه بعض الأعلام: انّ اللّه تعالى سنّ الحجّ و وضعه على عباده إظهارا لجلاله و كبريائه، و علوّ شأنه و عظم سلطانه، و إعلانا لرقّ الناس و عبوديّتهم و ذلّهم و استكانتهم، و قد عاملهم في ذلك معاملة السلاطين لرعاياهم، و المرك لمماليكهم، يستذلّونهم بالوقوف على باب بعد باب و اللبث في حجاب بعد حجاب، و إنّ اللّه تعالى قد شرّف

البيت الحرام و أضافه إلى نفسه، و اصطفاه لقدسه، و جعله قياما للعباد، و مقصدا يؤمّ من جميع البلاد، و جعل ما حوله حرما، و جعل الحرم آمنا، و جعل فيه ميدانا و مجالا و جعل له في الحلّ شبيها و مثالا، فوضعه على مثال حضرة الملوك و السلاطين، ثمّ أذّن في الناس بالحجّ ليأتوه رجالا و ركبانا من كلّ فجّ، و أمرهم بالإحرام و تغيير الهيئة و اللباس شعثا غبرا متواضعين مستكينين، رافعين أصواتهم بالتلبية، و إجابة الدعوة، حتّى إذا أتوه كذلك حجبهم عن الدخول، و أوقفهم في حجبه يدعونه و يتضرّعون إليه حتّى إذا طال تضرّعهم و استكانتهم و رجموا شياطينهم بجمارهم، و خلعوا طاعة الشيطان من رقابهم أذن لهم بتقريب قربانهم و قضاء تفثهم، و ليطهروا من الذنوب الّتي كانت هي الحجاب بينهم و بينه، و ليزوروا البيت على طهارة منهم، ثمّ يعيدهم فيه بما يظهر معه كمال الرقّ و كنه العبوديّة، فجعلهم تارة يطوفون فيه، و يتعلّقون بأستاره، و يلوذون بأركانه، و اخرى يسعون بين يديه مشيا و عدوا، ليتبيّن لهم عزّ الربوبيّة، و ذلّ العبوديّة، و ليعرفوا أنفسهم، و يضع الكبر من رؤسهم، و يجعل نير الخضوع في أعناقهم، و يستشعروا شعار المذلّة، و ينزعوا ملابس الفخر و العزّة، و هذا من أعظم فوائد الحجّ، مضافا إلى ما فيه من التذكّر بالإحرام و الوقوف في المشاعر العظام لأحوال المحشر، و أهوال يوم القيامة، إذ الحجّ هو الحشر الأصغر، و إحرام الناس و تلبيتهم و حشرهم إلى المواقف و وقوفهم بها و الهين متضرّعين راجعين إلى الفلاح أو الخيبة و الشقاء أشبه شيء بخروج الناس من أجداثهم،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶

و توشّحهم بأكفانهم، و استغاثتهم من ذنوبهم، و حشرهم إلى صعيد واحد إلى نعيم أو عذاب أليم، بل حركات الحاجّ في طوافهم و سعيهم و رجوعهم و عودهم يشبه أطوار الخائف الوجل المضطرب المدهوش الطالب ملجا و مفزعا نحو أهل المحشر في أحوالهم و أطوارهم، فبحلول هذه المشاعر و الجبال و الشعب و التلا ولدى وقوفه بمواقفه العظام يهون ما بأمامه من أهوال يوم القيامة من عظائم يوم المحشر و شدائد النشر، عصمنا اللّه و جميع المؤمنين، و رزقنا فوزه يوم الدين، آمين ربّ العالمين.

(۱- فصل)

من أركان الدين الحجّ، و هو واجب على كلّ من استجمع الشرائط الآتية من الرجال و النساء و الخناثى بالكتاب و السنّة و الإجماع من جميع المسلمين، بل بالضرورة، و منكره في سلك الكافرين و تاركه عمدا مستخفّا به بمنزلتهم، و تركه من غير استخفاف من الكبائر، و لا يجب في أصل الشرع إلاّ مرّة واحدة في تمام العمر، و هو المسمّى بحجّة الإسلام، أي الحجّ الّذي بني عليه الإسلام، مثل الصلاة

فصل ۱

و الخناثى: و الممسوحين.

في سلك الكافرين: مع العلم بحكمه و الالتفات اليه كما مرّ و اوضحناه في الطهارة و هنا في التعليقة المفصّلة على حجّ العروة.

و خلاصته ان ملاك الكفر على نحو العموم ما ذكرنا في الطّهارة و هو انكار احدى الشّهادتين، قيل: و المعاد. و اما الحج فلا خصوصية لإنكاره، و اما قوله تعالى: **و من كفر فان اللّه غني عن العالمين** (۹۷/آل عمران) حيث عبر عن

الترك بالكفر أي تركه كفر، فنقول: ان الكفر هنا لعله بمعنى الستر اللغوي أي لم يعتن بحكم الحج و ستره في قلبه أو لم يؤمن بالحج أو بمعنى الستر العملي أي لم يهيّىء اسبابه أو لم يوجد الحج فانه ستر كما في صحيح ٢/ ٧ وجوب الحج: ... كفر:

يعني تركش و يحتمل الكفران قبال الشكر، و اما صحيح ١/ ٢ وجوب الحج: قلت فمن لم يحج منّا فقد كفر قال: لا و لكن من قال ليس هذا هكذا فقد كفر» فليس المراد كفر من نفي وجوب الحج بل نفي القرآن و النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلم حيث ان الجملة بعد قراءة الامام عليه السّلام آية الحج.

مستخفا به: الاستخفاف به بل بكل حكم الهي مذموم و لكن لا دليل على كونه بمنزلة الكفر (الاستخفاف مذموم حتى في نفي نجاسة النجاسات- كما في ٢/ ٥

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٧

الماء المضاف- النهي عن استخفاف نجاسة الفأرة الميتة الواقعة في السمن، و حيث ان و الصوم و الخمس و الزكاة، و ما نقل عن الصدوق في العلل من وجوبه على أهل الجدة كلّ عام على فرض ثبوته شاذّ مخالف للاجماع و الأخبار، و لا بدّ من حمله على بعض المحامل، كالأخبار الواردة بهذا المضمون من إرادة الاستحباب المؤكّد، أو الوجوب على البدل بمعنى أنّه يجب عليه في عامه، و إذا تركه ففي العام الثاني و هكذا، و يمكن حملها على الوجوب الكفائيّ، فإنّه لا يبعد وجوب الحجّ كفاية على كلّ أحد في كلّ عام إذا كان متمكّنا بحيث لا تبقى مكّة خالية عن الحجّاج، لجملة من الأخبار الدالّة على أنّه لا يجوز تعطيل الكعبة عن الحجّ، و الأخبار الدالّة على أنّ على الإمام كما في بعضها و على الوالي كما في آخر أن يجبر الناس على الحجّ و المقام في مكّة، و زيارة الرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلم، و المقام عنده، و انّه إن لم يكن لهم مال أنفق عليهم من بيت المال.

الماء المضاف- النهي عن استخفاف نجاسة الفأرة الميتة الواقعة في السمن، لكونه استخفافا بالدين. ترك الحج كبيرة كما في الباب ٤٦ جهاد النفس، فالاستخفاف ايضا كبيرة فانه مع الترك يكون مصداق هذه الروايات و اما فعله مع الاستخفاف- ان تصور ذلك- فلعله ايضا كبيرة لثبوت الويل للمصلي الساهي عن صلاته لو كان المراد بالسهو هو الاستخفاف، و الحج في عداد الصلاة مما بنى عليه الاسلام. و اما استخفاف سائر الوظائف فلا دليل على كونه كبيرة خلافا للشاهرودي (قدّس سرّه) فيما يأتي).

الوجوب الكفائي: هو و ان كان ثابتا لكنه لا يختص بالمستطيعين (و يحتمل قويا رجوع قيد كل عام الى أهل الجدة أي يجب على مستطيعي كل عام اذ كل عام يحصل مستطيعون جديدون باكتسابهم الأموال و احتمل الشيخ (قدّس سرّه) الحمل على الاستحباب لكن خلاف ظاهر قوله عليه السّلام: فرض الحج على اهل الجدة في كلّ عام.

و ذلك قول اللّه عزّ و جلّ **و للّه** ... الخ، فراجع الحديث ١/ ٢ وجوب الحج، و كذلك حمله على ارادة الوجوب على البدل بحسب السنوات أي لو لم يفعل في هذه السنة فبعدها، إذ الوجوب البدلي بهذا المعنى لا يختص بالحج لوجوب الاداء أو قضاء كل واجب، و اما الوجوب الكفائي الذي قاله في الوسائل مستشهدا بروايات الباب ٤ وجوب الحج ففيه: ان هذا الوجوب لا يختص بأهل الجدة و الثروة و ايضا الوجوب الكفائي يختص بمن به الكفاية لا على كل اهل الجدة، فالحمل على ما ذكرنا اقرب من هذه كلها، و اما ما حمله الخوئي أي حمله على ردّ عمل أهل الجاهلية أي

النسيء حيث كانوا يعدون الاشهر احيانا بالحساب الشمسي فيتداخل بعض السنين

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸

مسألة ۱: لا خلاف في أنّ وجوب الحجّ بعد تحقّق الشرائط فوريّ، بمعنى أنّه يجب المبادرة إليه في العام الأوّل من الاستطاعة، فلا يجوز تأخيره عنه، و إن تركه فيه ففي العام الثاني و هكذا، و يدلّ عليه جملة من الأخبار، فلو خالف و أخّر مع وجود الشرائط بلا عذر يكون عاصيا، بل لا يبعد كونه كبيرة، كما صرّح به جماعة و يمكن استفادته من جملة من الأخبار.

مسألة ۲: لو توقّف إدراك الحجّ بعد حصول الاستطاعة على مقدّمات من السفر و تهيئة أسبابه وجب المبادرة إلى إتيانها على وجه يدرك الحجّ في تلك السنة، و لو تعدّدت الرفقة و تمكّن من المسير مع كلّ منهم اختار أوثقهم سلامة و إدراكا، و لو وجدت واحدة و لم يعلم حصول اخرى أو لم

في بعض و ربما لا يقع الحج في ذي الحجة فردّه الامام عليه السّلام بأنه واجب في كل عام ففيه ان الحديث من كلام الكاظم عليه السّلام و لا خبر عندئذ عن هذه العقيدة الجاهلية).

المسألة ۱: فوري (فإنه مقتضى الدينية ما لم يرخص في التأخير و صرف بيان كونه مرة واحدة في العمر لا يدل على الترخيص و أما أطلاق الأمر فهو في غير المقام مما صرح به بمرة واحدة في العمر فإنه فيها يقتضي الفور مع أحتمال الفوت و أما المقام الذي صرح فيه بمرة واحدة فصرف أطلاق الأمر لا يدل على الفور بل في غير المقام أيضا لا يقتضي الفور إلاّ مع أحتمال الفوت فلا وجه لإستدلال الخوئي (مدّ ظله) بذلك.

و اما ادلة التسويف فلعلّها- بل لا يبعد- احتياطي أي الغاء اصالة السلامة لا الدلالة على الفور. ثم ان الفورية يمكن ان يستفاد من اطلاق العذاب في ترك الحج الشامل لمن يرى سلامة نفسه و بقاء امكاناته مثل ۶/۷ وجوب الحج و إلاّ فلا وجه للعذاب بصرف الترك مع البناء على الاتيان في القادم).

كبيرة: فيه منع إلاّ اذا كان استخفافا (و لا نسلم كون استخفاف سائر التكاليف كبيرة اذ الاستخفاف بمعنى كونه عنده غير مهم و هذا لا يلازم كونه كبيرة خلافا للشاهرودي (قدّس سرّه) نعم لو كان بمعنى الردّ مع العلم بالاهمية عند الشارع كان كبيرة بل كفرا لرجوعه الى انكار قول الشارع ملتفتا به.

و اما استخفاف الحج فقد مر امكان كونه كبيرة لكنه مبتن على كون الويل في **ويل للمصلين** ... الخ بمعنى العذاب و على اتحاد الحج و الصلاة في هذا الحكم و لا يبعد الثاني).

المسألة ۲: أوثقهم: فيه منع إذا كان غيره أيضا موثوقا به.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹

يعلم التمكّن من المسير و الادراك للحج بالتأخير فهل يجب الخروج مع الاولى، أو يجوز التأخير إلى الأخرى بمجرّد احتمال الإدراك، أو لا يجوز إلاّ مع الوثوق؟ أقوال، أقواها الأخير، و على أيّ تقدير إذا لم يخرج مع الاولى و اتّفق عدم التمكّن من المسير أو عدم إدراك الحجّ بسبب التأخير استقرّ عليه الحجّ و إن لم يكن آثما بالتأخير، لأنّه كان متمكّنا من الخروج مع الاولى إلاّ إذا تبيّن عدم إدراكه لو سار معهم أيضا.

(۳- فصل)

في شرائط وجوب حجّة الاسلام و هي أمور:

أحدها: الكمال بالبلوغ و العقل، فلا يجب على الصبيّ و إن كان مراهقا، و لا على المجنون و إن كان أدواريّا إذا لم يف دور إفاقته بإتيان تمام الأعمال، و لو حجّ الصبيّ لم يجز عن حجّة الإسلام، و إن قلنا بصحّة عباداته و شرعيّتها كما هو الأقوى، و كان واجدا لجميع الشرائط سوى البلوغ، ففي خبر مسمع عن الصادق عليه السّلام: لو أنّ غلاما حجّ عشر حجج ثمّ احتلم كان عليه فريضة الإسلام، و في خبر إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السّلام عن ابن عشر سنين، يحجّ؟ قال عليه السّلام: عليه حجّة الاسلام إذا احتلم، و كذا الجارية عليها الحجّ إذا طمثت.

آثما: إن كان واثقا بغير الأولى أيضا (لرد أصالة السلامة هنا كما مر).

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

فصل ۲

تمام الاعمال: مع شرائطها و منها الاستطاعة (فالصبي اذا حج أو حج به لا يجزيه عن حجة الاسلام كما صرّح به ۲/ ۱۲ وجوب الحج و صحيح ۱/ ۱۲ و اما قوله عليه السّلام في رواية ۱/ ۱۳: «الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر» فالمراد حجة اسلامه و ايمانه و يشهد له قوله عليه السّلام: حتى يكبر، و قوله عليه السّلام: اذا حج به، فانه ظاهر في غير المميز. مع ان ابان في السند مجهول).

كما هو الاقوى: (كما مرّ مرارا لعموم الخطابات الشاملة للصبي المميز سيما المراهق، و المرفوع قلم الالزام فقط فانه المناسب للامتنان خلافا للخوئي (مدّ ظله)، و ايضا الامر بالامر أمر و لا ريب في مأمورية الاولياء بأمر الصبي بالاعمال).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰

مسألة ۱: يستحبّ للصبيّ المميّز أن يحجّ و إن لم يكن مجزيا عن حجة الإسلام، و لكن هل يتوقّف ذلك على إذن الوليّ أو لا؟ المشهور بل قيل: لا خلاف فيه، أنّه مشروط بإذنه، لاستتباعه المال في بعض الأحوال للهدي و للكفّارة، و لأنّه عبادة متلقّاة من الشرع مخالف للأصل، فيجب الاقتصار فيه على المتيقّن، و فيه إنّه ليس تصرفّا ماليّا، و إن كان ربما يستتبع المال، و انّ العمومات كافية في صحّته و شرعيّته مطلقا، فالأقوى عدم الاشتراط في صحّته و إن وجب الاستيذان في بعض الصور، و أمّا البالغ فلا يعتبر في حجّه المندوب إذن الأبوين إن لم يكن مستلزما للسفر المشتمل على الخطر الموجب لأذيّتهما، و أمّا في حجه الواجب فلا إشكال.

المسألة ۱: يستحب: (لمشروعية حجه كما يستفاد مما مرّ و العمل عبادي فهو مستحب مضافا الى ما مرّ من عموم التكليف).

ليس تصرفا ماليا: (و على فرضه لا يكون الحج ممنوعا لانتقاله الى البدل كالعاجز عن الهدي و كذا الكفارات مع احتمال عدم وجوبها على الصبي).

بعض الصور: كأن المراد ما اذا استلزم الخطر أو الهتك له أو لاحد أبويه مثلا فيقال حينئذ بالوجوب الشرطي فانه لازم

نفوذ المنع الذي هو جائز للولي أو من حقوقه (لعدم تكليف للصبي فالوجوب شرطي كما قال الآملي (قدّس سرّه) بالاولوية من البالغ، أو ان للولي منعه حينئذ بالاستفادة من ادلة الولاية و لا ينفذ المنع اذا كان العمل صحيحا شرعا).

الموجب لأذيتهما: ايذاء يرجع الى شؤونهما و كأنه المراد من تقييد وجوب الاطاعة في كلمات غير واحد بما اذا كان الامر عن شفقة من الوالدين له (كما قال الآملي (قدّس سرّه) في الصّوم و إلاّ فالايذاء غير الراجع الى شؤونهما غير محرم كايذاء الاجنبي بتصرفي في مال نفسي، و قال الخوئي في صومه: لا يحرم حتى في الشفقة لعدم الدليل فالمحرم هو الايذاء المستقيم كما في الاجنبي لكنه فيهما آكد، و قال الحكيم (قدّس سرّه): يحرم اذا كان عن شفقة. و الظاهر ذلك و يكون ذلك بيان موضوع الايذاء أي اشفاقهما الّذي من شؤنهما، فالمخالفة ايذاء يرجع الى شؤونهما و اما اصل الايذاء فهو ظلم و قد هو عقوق و هو حرام فان الادلة اما في وجوب الاطاعة أو حرمة العقوق و لا بد من ارجاع احدهما الى الآخر كما قال الاراكي (مدّ ظله) في موضع و الظاهر عرفا تقديم جانب حرمة العقوق فانه كالملاك لوجوب الاطاعة فالملاك هو الظلم و العقوق و الايذاء الظلمي. و لعل المخالفة للامر الاشفاقي المنبعث عن شفقتهما ظلم و ايذاء و يفرق عن اشفاق الحبيب، لخصوصية فيهما، هذا و القاعدة تقتضي عدم بطلان الحج اذا كان السفر حراما لايذائهما اذ السفر مقدمة الحج.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱

مسألة ۲: يستحبّ للوليّ أن يحرم بالصبيّ الغير المميّز بلا خلاف، لجملة من الأخبار، بل و كذا الصبيّة، و إن استشكل فيها صاحب المستند، و كذا المجنون و إن كان لا يخلو عن إشكال لعدم نصّ فيه

هذا مقتضى القاعدة العامة في ناحية التكليف و الوضع و اما في خصوص الحج فقد تمسك الحدائق بحديث علل الصدوق ۳/ ۱۰ الصوم المحرم: «من فقه الضيف ... و من برّ الولد ان لا يصوم تطوعا و لا يحج تطوعا و لا يصلي تطوعا إلاّ بإذن أبويه و امرهما» و فيه ان جملة: و من برّ الولد .. الخ. لم يذكر في الكافي ٤: ۱۵۱ كذا قال الخوئي لكنه اشتباه بل لم يذكر الحج و الصلاة و انما ذكر الصوم فقط.

و كذلك الفقيه ۲: ۹۹.

ثم ان الحديث دل على مقتضى البر لا على وجوب البر ثم انه ذكر حتى الصلاة تطوعا و لم يقل به أحد، ثم انه ادخل الامر ايضا مضافا الى الاذن و لم يقل أحد بتوقف الصوم و الصلاة و الحج على الأمر بل نهاية الامر هي دخالة الإذن لا الامر. و لعله لهذه كلها قال الصدوق في العلل بعد ذكر الحديث في بيان ما اعتقده:

«... و لكن ليس للوالدين على الولد طاعة في ترك الحج تطوعا كان أو فريضة ... و لا في شيء من ترك الطاعات ...».

المسألة ۲: غير المميز: على المشهور و فيه تأمل إلاّ رجاء (فإن معتبر ۲/ ۲۰ قيد الحكم بزمان سقوط الاسنان الرواضع و هو ست سنين تقريبا و لا يبعد حصول التمييز له عندئذ).

عن إشكال: لا بأس به رجاء (فإن قياسه على الصبي مع الفارق لكن الرجاء غير ممنوع وفاقا للاستاذ و ... و ان كان رجائه ضعيفا ايضا لجنونه المانع من توجه أي تكليف فهو كالبهائم لكن غير المميز ايضا ليس احسن حالا منه فانظر الطفل في اول شهور تولده و الروايات مطلقة تشمل مثل هذا الطفل راجع الباب ۱۷ اقسام الحج، إلاّ ان يقال رواية ۲/ ۲۰ وجوب الحج: «عن الصبي متى يحرم به؟ قال: اذا اثغر» - أي سقطت اسنانه الرواضع - مقيدة للمطلقات فلا يصح

إحجاج اصغر من ذلك فان سقوط الاسنان معمولا بعد ست سنين من عمره، و لا يبعد حينئذ تمييز الطفل إلا ان يقال تحمل على مراتب الفضل لكون العمل مستحبا لكنه محل تأمل بل ظاهر مفهوم الشرط عدم الصحة قبل ذلك.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲

بالخصوص فيستحقّ الثواب عليه، و المراد بالإحرام به جعله محرما، لا أن يحرم عنه، فيلبسه ثوبي الاحرام و يقول: «اللّهمّ إنّي أحرمت هذا الصبيّ» الخ، و يأمره بالتلبية، بمعنى أن يلقّنه إيّاها، و إن لم يكن قابلا يلبّي عنه، و يجنّبه عن كلّ ما يجب على المحرم الاجتناب عنه، و يأمره بكلّ من أفعال الحجّ يتمكّن منه، و ينوب عنه في كلّ ما لا يتمكّن، و يطوف به، و يسعى به بين الصفا و المروة، و يقف به في عرفات و منى، و يأمره بالرمي، و إن لم يقدر يرمي عنه، و هكذا يأمره بصلاة الطواف، و إن لم يقدر يصلّي عنه و لا بدّ من أن يكون طاهرا و متوضّئا و لو بصورة الوضوء و إن لم يمكن فيتوضّأ هو عنه، و يحلق رأسه، و هكذا جميع الأعمال.

ثم ان الحكم في الصبية كالصبي خلافا للمستند لفهم عدم الفرق عرفا و تمسك الخوئي (مدّ ظلّه) بمثل ۷/ ۱۷ اقسام الحج: «ان معنى صبية صغارا و انا أخاف عليهم البرد فمن اين يحرمون قال إيت بهم العرج فليحرموا منها» بتقريب ان مفاد «صبية صغارا» بحسب العرف هو الأولاد ذكرا و انثى بلا فرق و ان كان مقتضى اللغة كون جمع الصبية صبايا لا صبية. هذا و لكنه (مدّ ظلّه) غفل عن ان الرواية غير صريحة و لا ظاهرة في الاحجاج بل لعلها في الحج فتدبرها جيدا).

أحرمت هذا الصبي: لا بأس بهذا الكلام عن الولي رجاء الثواب لكنه ليس فيه نيّة احرام الصبي نفسه بل يعمل كسائر الأعمال، فيلقّنه بتلفظ نية الاحرام فان لم يتمكن يتلفظ عنه لا عن عمل نفسه أي الولي.

بصورة الوضوء: ان كان يطوف الصبي او يطاف به و حينئذ فالاحوط وضوء المطيف ايضا و ان كان الاقوى عدم اللزوم.

و اما ان كان يطاف عنه- عند عدم تمكن غير ذلك و ان كان الفرض بعيدا- فلا وجه لوضوء الصبي حينئذ فان الوضوء للطائف و لو نيابة. (ثم المراد من صورة الوضوء ان كان نقص العمل بحيث يكون باطلا فلا وجه للزومه فينوب الولي حينئذ و ان كان المراد فقد النيّة فلا يلزم فيها سوى قصد العمل له تعالى و الظاهر امكانه بإجماله من الصبي غير المميز و لو فرض عدم تميزه ايضا كأول شهور تولده فينوب الولى ايضا في الطواف، و الوضوء حينئذ وضوء النائب في الطواف لا في الوضوء.

و الحاصل ان الوضوء للطائف و قد لا يتمكن الطفل منه فيطاف عنه و حينئذ فلا وضوء له بل للنائب لكن الفرض بعيد و لذا لم يرد في روايات الباب الطواف عنه و اما ما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳

مسألة ۳: لا يلزم كون الوليّ محرما في الإحرام بالصبيّ، بل يجوز له ذلك و إن كان محلا.

مسألة ٤: المشهور على أنّ المراد بالوليّ في الإحرام بالصبيّ الغير المميّز الوليّ الشرعيّ من الأب و الجدّ و الوصيّ لأحدهما و الحاكم و أمينه أو وكيل أحد المذكورين، لا مثل العمّ و الخال و نحوهما و الأجنبيّ، نعم ألحقوا بالمذكورين الام و إن لم تكن وليّا شرعيّا للنصّ الخاصّ فيها، قالوا: لأنّ الحكم على خلاف القاعدة فاللازم الاقتصار

على المذكورين، فلا يترتّب أحكام الإحرام إذا كان المتصدّي غيرهم، و لكن لا يبعد كون المراد الأعمّ منهم و ممّن يتولى أمر الصبيّ و يتكفّله و إن لم يكن وليّا شرعيّا، لقوله عليه السّلام: «قدّموا من كان معكم من الصبيان إلى الجحفة أو إلى بطن مر» الخ، فإنّه يشمل غير الوليّ الشرعيّ أيضا، و أمّا في المميّز فاللازم إذن الوليّ الشرعيّ إن اعتبرنا في صحّة إحرامه الإذن.

ـــــــــــــــــــ

تمسك به الخوئي (مدّ ظلّه) من صحيح ٥/ ١٧ اقسام الحج ففيه ما لا يخفى فان صريحه الطواف به لا عنه فراجع، و لعل الاشتباه من المقرّر. ثم المراد بالوقوف في منى لعله البيتوتة لا الوقوف الاصطلاحي، و اما ما ذكره الخوئي (مدّ ظلّه) من عدم دليل على اتيان الصورة في الوضوء مطلقا و انما هو في اعمال الحج كالطواف و السعي و ... ففيه عدم الفرق عرفا بين العمل و شرطه. و اما احتياط وضوء المطيف ايضا في مورد الاطافة به كما قلنا فهو لاستفادة اتحاد عمل الولي و الصبي من مجموع روايات الباب لكنه ممنوع و الاقوى عدم اللزوم كسائر المطيفين. و اما احتمال الخوئي عدم لزوم الوضوء و لو على الطفل في صورة الطواف به ففيه استفادة الشرطية المطلقة من ادلة اشتراط الطواف بالطهارة).

المسألة ٤: الام: لم أجد دليلا واضحا و الرجاء أيضا مشكل (فإن ما تمسكوا به هو ٢٠/ ١ وجوب الحج، و لكن عبارة الحديث: «أيحج عن مثل هذا؟ قال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: نعم، و لك أجره» و ظاهره النيابة الى الحج عن الصبي لا احجاجه. هذا مع أن الحديث غير ناظر إلى جهة الولاية بل الى جهة نقص الطفل من جهة الصغر، فلا اطلاق له يشمل ما لا إذن من الولي الشرعي للام كما قال الحكيم (قدّس سرّه).

يشمل غير الولي: فيه اشكال قوي إلاّ أن يكون بإذن الولي الشرعي (فإن اطلاق هذه العبارة في عرف المتشرعة سيما في صدر الاسلام الذي كان كل امور الأطفال تحت نظر الأولياء ينطبق على الولي أي من بيده أمر الطفل، و اذا اعتبر اصل الولاية فصدور لفظها من الشارع ينطبق على ما تعتبره وليا نظير انطباق «اولي الأمر»

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴

مسألة ٥: النفقة الزائدة على نفقة الحضر على الوليّ لا من مال الصبي إلاّ إذا كان حفظه موقوفا على السفر به أو يكون السفر مصلحة له.

مسألة ٦: الهدي على الوليّ و كذا كفّارة الصيد إذا صاد الصبيّ، و أمّا الكفّارات الاخر المختصّة بالعمد فهل هي أيضا على الوليّ أو في مال الصبيّ، أو لا يجب الكفّارة في غير الصيد، لأنّ عمد الصبيّ خطأ، و المفروض أن تلك الكفّارات لا تثبت في صورة الخطا؟ وجوه لا يبعد قوّة الأخير، إمّا لذلك، و إمّا لانصراف أدلّتها عن الصبيّ، لكن الأحوط تكفّل الوليّ، بل لا يترك هذا الاحتياط بل هو الأقوى لأنّ قوله عليه السّلام:

«عمد الصبيّ خطأ» مختصّ بالديات، و الانصراف ممنوع، و إلاّ فيلزم الالتزام به في الصيد أيضا.

ـــــــــــــــــــ

على الأولياء من عنده تعالى، هذا مع أن اعتبار الولاية و لو إذنا في المميز و عدم اعتباره في غير المميز مما يأباه الطباع مع أنه خلاف اطلاق اعتبار الولاية، و ما قاله الخوئي (مدّ ظلّه) من عدم اعتبار اذن الولي في التصرف الذي لا يستلزم تصرفا ماليا فيه أن اعتبار الولاية أعم و قد مرّ في الصلاة شطر من الكلام في المسألة ٤٦ من صلاة القضاء. فهل يجوز

الذهاب بالصبي بلا اذن الولي و لو للتفرّج في الحديقة؟ و أما مع الإذن ففي الحقيقة ذلك احجاج الولي).
المسألة ٥: على السفر به: أي سفر الحج فقد يكون للحج نفقة زائدة على أصل السفر.
المسألة ٦: بل لا يترك: لا يلزم مراعاته، نعم لا ينبغي تركه لعدم امكان استفادة حكم سائر الكفارات عن الصيد لأهمية الصيد فلا دليل على كونه على الولي و لا على الصبي لحديث الرفع فان مفاده رفع قلم التكليف فلا تكليف هنا و اما عمد الصبي خطأ، أو الانصراف فلا شيء منهما يدل على حكم المقام. و اما كون المستحب كالواجب كما في الصلاة و غيرها من جهة الاجزاء و الشرائط فهو فيما يرجع الى العمل لا الشخص المكلف و غيره. نعم لا ينبغي ترك الاحتياط لقوة وحدة أحكام هذا الحج و غيره حتى في الموانع فيستحب احجاج الصبي حجا كغيره.
و حاصل الكلام ان كفارة الصيد على الولي لصراحة ١٧/ ٥ اقسام الحج و الشهرة، و ان كان مقتضى القاعدة عدم الوجوب لا عليه لعدم كون الحج حجة و لا على الصبي لحديث الرفع، و لعله لأهمية الصيد في الاحرام كالحرم فلا وجه لنفي ابن ادريس كفارة الصيد مطلقا (على الطفل و على الولي) و لا وجه لما قال العلامة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵

مسألة ٧: قد عرفت أنّه لو حجّ الصبيّ عشر مرات لم يجزه عن حجّة الإسلام، بل يجب عليه بعد البلوغ و الاستطاعة، لكن استثنى المشهور من ذلك ما لو بلغ و أدرك المشعر فإنّه حينئذ يجزي عن حجّة الاسلام، بل ادّعى بعضهم الاجماع عليه، و كذا إذا حج المجنون ندبا ثمّ كمل قبل المشعر، و استدلّوا على ذلك بوجوه: أحدها: النصوص الواردة في العبد على ما سيأتي بدعوى عدم خصوصيّة للعبد في ذلك، بل المناط الشروع حال عدم الوجوب، لعدم الكمال ثمّ حصوله قبل المشعر، و فيه إنّه قياس، مع أنّ لازمه الالتزام به فيمن حجّ متسكّعا، ثمّ حصل له الاستطاعة قبل المشعر و لا يقولون به. الثاني: ما ورد من الأخبار من أنّ من لم يحرم من مكّة أحرم من حيث أمكنه، فإنّه يستفاد منها أنّ الوقت صالح لإنشاء الاحرام، فيلزم أن يكون صالحا للانقلاب أو القلب بالأولى و فيه ما لا يخفى. الثالث: الأخبار الدالّة على أنّ من أدرك المشعر فقد أدرك الحجّ، و فيه أنّ موردها من لم يحرم فلا يشمل من أحرم سابقا لغير حجّة الإسلام، فالقول بالاجزاء مشكل، و الأحوط الاعادة بعد ذلك إن كان مستطيعا بل لا يخلو عن قوّة، و على القول بالأجزاء يجري فيه الفروع الآتية في مسألة العبد، من أنه هل يجب تجديد النية لحجة الاسلام أول ا؟ و أنه هل يشترط في الاجزاء استطاعته بعد البلوغ من البلد أو من الميقات أولا؟
و انّه هل يجري في حجّ التمتّع مع كون العمرة بتمامها قبل البلوغ أولا؟ إلى غير ذلك.

من الوجوب في مال الصبي. و اما سائر الكفارات فعلى القاعدة من العمل بمقتضى رفع القلم امّا عمد الصبي خطأ ٢ و ٣/ ١١ ابواب العاقلة فلا يرتبط بالمقام فانه فيما له قسمان و حكمان و هنا لا حكم للخطأ اصلا. و اما الهدي فالمشهور انه على الولي لعدم كونه من مصالح الطفل و فيه ان الحج اذا كان بمصلحة الطفل فهذا ايضا من أحكامه. و لروايات الباب ١٧ اقسام الحج منها صحيح زرارة: «... ليس لهم ما يذبحون، قال: يذبح عن الصغار و يصوم الكبار» و نظيره غيره كذا قيل و فيها ان ظاهرها مربوط بالنيابة عن الذبح و تقديم الذبح عنهم على ما عن الكبار عند عدم التمكن، لا كون المال على ذمة من؟
المسألة ٧: بل لا يخلو من قوة: القوة ممنوعة لكن الاحتياط لازم (لعدم العلم بكون حجة الاسلام و غيره حقيقة واحدة

لتفاوت الشروط و العنوان و ان كانت الشروط راجعة الى الشخص من البلوغ و الحرية و الاستطاعة لا العمل لكن تلك الشرائط و غيرها لعلّها أوجبت عنوانا مستقلا (حجة الاسلام) و الشك يكفي في عدم الاجزاء خلافا للشيرازي و السيد جمال (قدّس سرّهما) و الاستاذ.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶

مسألة ۸: إذا مشى الصبيّ إلى الحجّ فبلغ قبل أن يحرم من الميقات و كان مستطيعا لا إشكال في أنّ حجّه حجّة الاسلام.
مسألة ۹: إذا حجّ باعتقاد أنّه غير بالغ ندبا، فبان بعد الحجّ أنّه كان بالغا، فهل يجزي عن حجّة الاسلام أو لا؟ وجهان، أو جههما الأوّل، و كذا إذا حجّ الرجل باعتقاد عدم الاستطاعة بنيّة الندب ثمّ ظهر كونه مستطيعا حين الحجّ. الثاني: من الشروط الحريّة، فلا يجب على المملوك و إن أذن له مولاه و كان مستطيعا من حيث المال، بناء على ما هو الأقوى من القول بملكه أو بذل له مولاه الزاد و الراحلة، نعم لو حجّ باذن مولاه صحّ بلا إشكال، و لكن لا يجزيه عن حجّة الاسلام، فلو اعتق بعد ذلك أعاد، للنصوص منها خبر مسمع: لو أنّ عبدا حجّ عشر حجج كانت عليه حجة الاسلام إذا استطاع إلى ذلك

\-\-\-\-\-\-\-\-\-\-\-\-\-\-

و اما سائر الوجوه المستدل بها فقد ردّها في المتن هو الحق اما روايات اجزاء حج العبد اذا ادرك المشعر حرا الباب ۱۷ وجوب الحج فهو قياس و اما روايات: من لم يحرم من مكة احرم من حيث امكنه و لو قبل المشعر الباب ١٤ المواقيت فهو افحش فان الكلام في اجزاء عمل غير المكلف لا ما اذا ترك المكلف جهلا أو أيّ عذر و اما روايات: من ادرك المشعر فقد ادرك الحج الباب ۲۳ الوقوف بالمشعر، فهي في تصحيح الحج و المقام في اجزاء الحج الصحيح غير الواجب عن الواجب إلاّ ان يقال:
المفهوم من هذه كلها امر واحد و هو كون الملاك هو درك المشعر جامعا للشرائط إلاّ ما خرج بدليل كما في غير المستطيع، و فهم المشهور ايضا دليل و مع ذلك فلا يترك الاحتياط و افتى الشيرازي و السيد جمال (قدّس سرّهما) و الاستاذ (مدّ ظلّه) بالاجزاء).
المسألة ۸: مستطيعا: و لو من ذلك الموضع.
المسألة ۹: اوجههما الاول: ان كان بصدد ما هو الوظيفة و اخطأ في التطبيق (من غير فرق بين القول بالتباين و غيره و تعدد المطلوب و الوحدة اذ ما ذكرنا يصحّح العمل مطلقا اذا كان الخطأ في التطبيق. نعم لو علمنا بوحدة الحقيقة لم يضرّ مطلقا الاّ التقييد لكن ذلك مشكوك كما مرّ).
الحرية .. لو حج باذن مولاه صح: و اما لو حج بلا اذن منه فلو كان منافيا لحق المولى فهو باطل على الاوجه و ان كان للصحة وجه. و اما اذا لم يكن منافيا لحقه فحجه صحيح و ان لم يكن مجزيا عن حجة الاسلام كمورد الإذن (ذكرنا في تعليقتنا المفصّلة تفصيل المقام و حاصله:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷

سبيلا، و منها: المملوك إذا حج و هو مملوك أجزأه إذا مات قبل أن يعتق، فإن اعتق أعاد الحجّ، و ما في خبر حكم ابن حكيم: أيّما عبد حجّ به مواليه فقد أدرك حجّة الاسلام، محمول على إدراك ثواب الحجّ، أو على أنّه يجزيه عنها ما دام

مملوكا، لخبر أبان: العبد إذا حجّ فقد قضى حجّة الاسلام حتّى يعتق، فلا إشكال في المسئلة، نعم لو حجّ بإذن مولاه ثمّ انعتق قبل إدراك المشعر أجزأه عن حجّة الاسلام بالاجماع و النصوص، و يبقى الكلام في امور:

١- لا يترتب استطاعة العبد على القول بملكيّته اذ يمكن حصولها بنحو البذل بأن يقول له أحد: حج معي و عليّ نفقتك فعدم كفاية حج العبد لا يرتبط بمسألة قابليته للملكيّة فما في بعض الكلمات غير وجيه.

٢- الظاهر في النظر بعد التأمل في روايات الأبواب المتفرقة قابليته للتملك غاية الأمر انه محجور عن التصرف مطلقا أو في غير الحقير من الأموال نظير الصبي اما الأول فلعدم دليل واضح على منع القابلية و قد استدل على المنع بصحيح ابن سنان ٤/ ٤ من تجب عليه الزكاة: «مملوك في يده مال أعليه زكاة؟ قال: لا. قلت:

فعلى سيده. فقال: لا انه لم يصل الى السيد و ليس هو للمملوك». بتقريب ان المال مال العبد و مع ذلك نفى عنه و قال ليس هو للمملوك فمعنى ذلك انه اكتسب لكن مالك ما اكتسبه هو السيد لا العبد. و فيه احتمال كون المال مال السيد و كان تحت يد العبد، و سرّ عدم وجوب الزكاة على السيد عدم كون المال فعلا تحت اختيار السيد و على ذلك معنى: لم يصل اليه، واضح أي لم يصل مال السيد اليه و ليس تحت اختياره و اما على الحمل الاول يكون المعنى ان المال مال العبد لا السيد، لم يصل اي لم يدخل في ملكه، و لا ريب انه خلاف الظاهر فالرواية غير مربوطة بالبحث.

و استدل بصحيح محمد بن قيس ١/ ٧٨ الوصايا: «في المملوك مادام عبدا فانه و ماله لاهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصية إلّا ان يشاء سيّده» نظرا الى تصريح: .. ماله لاهله. و فيه انه لو كان المراد ذلك أي كون المال للسيد لم يكن وجه للتحرير و ... إلّا الفضولية، و حينئذ فلا اختصاص في لزوم اجازة صاحب المال أي السيد بالعبد ففي الفضولية مطلقا لا بد من اجازة صاحب المال. فالمراد هو الحجر بل هو الظاهر لفرض المال للعبد (ماله) فمع كون المال ماله لا معنى لكونه لأهله سوى

المعلقات على العروة الوثقى، ج‌۴، ص ۲۸

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

و استدل ايضا بصحيح ابن بزيع ٢/ ١ الاستيلاد: «عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئا و هبه لها بغير طيب نفسها من خدم او متاع أيجوز ذلك له؟ فقال: نعم اذا كانت امّ ولده» نظرا الى تجويز أخذ ما و هبها منها. و فيه ان الأمر بالعكس فانه لو لم تملك لم تصح الهبة لعدم امكان التملك و الامام عليه السّلام لم ينف الهبة فالهبة صحيحة فجواز الأخذ من مالها ليس إلّا للتعبد من باب الولاية أو لان الرجوع لم يكن بعد التصرف.

و استدل بما دل من الروايات على انه اذا مات العبد و ترك مالا فلمالكه مثل ١ و ٢/ ١٩ موانع الارث و ١ و ٢/ ٢٤ نظرا الى حكم الامام عليه السّلام بكون المال بعد موت العبد للسيد، و أنت خبير بأن الأمر على العكس فان السيد و ارث

العبد لا ان المال لم يكن للعبد اصلا. و استدل بمثل ١ و ٢ و ٧/٣ بيع الحيوان حيث يدل على كون مال العبد المبيع للبائع مطلقا أو ان كان يعلم ان للعبد مالا، و فيه تعارض اللام الداخل على البايع و المشتري للام الداخل على العبد- للعبد مال، للمشتري أو للبائع- و لعل الجمع بأن لام العبد ملك و لام البائع و المشتري ولاية، أولى و اقرب و إلاّ فلا بدّ أن يلغي لام العبد أو يحمل على بعض محامل بعيدة. و قد استدل ايضا بآية النمل ٧٥ «عبدا مملوكا لا يقدر على شيء» و فيه انها تنفي قدرة العبد لا ملكيته و كم فرق فان الصبي يملك و لا يقدر، فهي تدل على الحجر لا نفي الملك. بل و لعل الآية اشارة الى امر تكويني فقط أي قضية خارجية فرضية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹

و بأزاء ما ذكر روايات كثيرة يستفاد منها امكان تملكه منها روايات جعل الضرائب على العبد المكاتب فان المولى يطلب منه رأس الاجل الضريبة من دون النظر الى عمل العبد و كسبه و من هو طرف معاملات العبد فهذا شاهد قول على امكان تملكه لا انه في خصوص المكاتب كذا بعد ان لم يكن كذا و لا ان ما يكسبه العبد لا يدخل في ملكه بل يدخل في ملك المولى مستقيما فالمولى كأنه طرف المعاملات! فراجع ابواب المكاتبة و سيما الباب الأول الدالة رواياتها على استحباب مكاتبة المملوك اذا كان له مال، فله امكان التملك و كذا روايات نفي الزكاة عن مال المملوك فراجع، و اطلاق ادلة الاسباب و المسببات بلا فرق بين العبد و الحرّ و روايات نفي وجوب الحج عن العبد فان المانع هو الرقية لا عدم الاستطاعة و حملها على صورة حصول الاستطاعة بذلا لا ملكا بعيد سيما في مثل ٥/ ١٥ وجوب الحج. و ايضا الدقة في قوانين الرق في الاسلام ترشدنا الى انها ليست لهدم انسانية انسان بل فقط لمصالح سياسية و اجتماعية لا تنافيها ملكية العبد مع نظارة المولى و استيلائه. و في المسلمين كانت عبيد ذووا ثروة كما كانت عبيد فقهاء و علماء و كما صار بعضهم ملوكا. ثم دقق النظر في صحيح ١/ ٩ بيع الحيوان: ... فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة؟ فقال عليه السّلام: «اذا أدّى الى سيّده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك» حيث يدل على ان كل ما يكسبه فهو له و ما يؤدي الى مولاه بهبة الضريبة فهو اعطاء منه و ما بقى فهو للمملوك، و كيف كان فالمسألة واضحة.

٣- اذا كان عدم الحرية مانعا لوجوب الحج فهل يجب الحج اذا اذن المولى؟

الظاهر لا، لاطلاق الروايات النافية في الباب ١٥ وجوب الحج و لتصريح روايات عدم الاجزاء في الباب ١٦ و من البعيد جدا الايجاب مع عدم الاجزاء.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰

أحدهما: هل يشترط في الاجزاء تجديد النيّة للإحرام بحجّة الاسلام بعد الانعتاق، فهو من باب القلب أولا بل هو انقلاب شرعيّ. قولان، مقتضى إطلاق النصوص الثاني و هو الأقوى، فلو فرض أنّه لم يعلم بانعتاقه حتّى فرغ أو علم و

لم يعلم الاجزاء حتّى يجدّد النيّة كفاه و أجزأه.

اشارة الى قضية خارجية فرضية فقط و اما عدم مضيّ طلاقه كما في الحديث فهو مربوط بآثار الطلاق في حياته المادية لا الى صرف اللفظ و الانشاء فلا وجه لاستدلال الشاهرودي (قدّس سرّه) به، و اما الملكية فهي بصرفها لا توجب نفوذ كلّ ارادة على العبد فالمالك يملك دابّته ايضا فهل يجوز قتلها ظلما و لهوا؟ و امّا ان كان منافيا لحقّه فهو حرام لدليل السّلطنة و السّيرة و مقتضى ادلّة الملكيّة لكنّه لا وجه للبطلان ايضا فانه من باب اجتماع الامر و النهي فانه نظير اقدام الزوجة بما ينافي حق الزوج و لعل ذلك يظهر من ١ و ٢/ ٨ كفارات الاستمتاع في استمتاع السيّد فراجع و اما رواية يونس ١٥ وجوب الحج: المملوك لا حج له و لا عمرة و لا شيء، فلعل الظاهر نفي الوجوب اي الحج المعهود الشرعي لا يرتبط به. و مع ذلك يمكن ان يقال عمله في مورد المنافي لحق المولى و لا يمكن التقرب بعمل ليس له.

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

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

كفاه: إلاّ اذا علم تعدد الحقيقة و تعمد ترك تجديد النية و لعله فرض محض و الاحتياط احسن مهما امكن (الكفاية لاطلاق ادلة الباب و يبعد تخصيصه بصورة تجديد النيّة خصوصا و الفاظها بصورة المغايب- لو ان عبدا ... يجزيه- نعم في صورة تعمد الترك مع التوجه الى تعدد الحقيقة مشكل لإنصراف الروايات عنها و اذا جدّد النيّة فكفاية الباقي على القاعدة و كفاية ما سبق للتعبد و لو لم يجدد النيّة كالغافل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣١

الثاني: هل يشترط في الاجزاء كونه مستطيعا حين الدخول في الاحرام، أو يكفي استطاعته من حين الانعتاق، أو لا يشترط ذلك أصلا؟ أقوال: أقواها الأخير، لاطلاق النصوص و انصراف ما دلّ على اعتبار الاستطاعة عن المقام.

الثالث: هل الشرط في الاجزاء إدراك خصوص المشعر، سواء أدرك الوقوف بعرفات أيضا أولا، أو يكفي إدراك أحد الموقفين، فلو لم يدرك المشعر، لكن أدرك الوقوف بعرفات معتقا كفى، قولان، الأحوط الأوّل كما أنّ الاحوط اعتبار إدراك الاختياري من المشعر، فلا يكفي إدراك الاضطراري منه، بل الأحوط اعتبار إدراك كلا الموقفين، و إن كان يكفي الانعتاق قبل المشعر لكن إذا كان مسبوقا بإدراك عرفات أيضا و لو مملوكا.

و الجاهل فالكفاية على التعبد، لتعدد الحقيقة، لا من باب الكشف عن كونه حجة الاسلام من الاول كما ذكر الحكيم (قدّس سرّه) و جعله الاظهر في الصبي.

و بما ذكرنا من اطلاق الادلة ظهر عدم صحة اشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) في الاجزاء مع عدم تجديد النية.

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

إلاّ ان يقال: ما ذكرنا في تجديد النية يجري هنا ايضا فان عدم استطاعة العبد شائع جدا و عدم التذكر شاهد كفاية الاستطاعة من حين العتق. اما عدم وجودها قبل العتق فلا يضرّ لأطلاق النصوص الدالة على عدم قدح العبودية السابقة مع شيوع التسكع في العبد و اما الاعتبار من حين العتق فلرفع العبودية فيرجع الى القواعد الاولية في الحرّ).

أقواها الأخير: بل الأوسط، و سيأتي تفسير الاستطاعة.

الأحوط الأول: و لكن لا يبعد الثاني.

ادراك الاضطراري: بل يكفي على الأظهر، كما أنه يكفي درك المشعر حرّاً، و لا يعتبر سبق الإنعتاق (فإنه أدرك أحد الموقفين، فان الدرك لا يستلزم السبق كما أن أدلة الإدراك الاضطراري حاكمة على المقام لو فرض ظهوره في الاختياري).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲

الرابع: هل الحكم مختصّ بحجّ الإفراد و القران، أو يجري في حجّ التمتّع أيضا و إن كانت عمرته بتمامها حال المملوكيّة؟ الظاهر الثاني، لإطلاق النصوص، خلافا لبعضهم فقال بالأوّل، لأنّ إدراك المشعر معتقا إنّما ينفع للحجّ لا للعمرة الواقعة حال المملوكيّة، و فيه ما مرّ من الاطلاق، و لا يقدح ما ذكره ذلك البعض لأنّهما عمل واحد، هذا إذا لم ينعتق إلاّ في الحجّ، و أمّا إذا انعتق في عمرة التمتّع و أدرك بعضها معتقا فلا يرد الاشكال.

مسألة ۱: إذا أذن المولى لمملوكه في الاحرام فتلبّس به ليس له أن يرجع في إذنه لوجوب الاتمام على المملوك، و لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، نعم لو أذن له ثمّ رجع قبل تلبّسه به لم يجز له أن يحرم إذا علم برجوعه و إذا لم يعلم برجوعه فتلبّس به هل يصحّ إحرامه و يجب إتمامه، أو يصحّ و يكون

المسألة ۱: ليس له أن يرجع: (تحقيق المقام أن دليل سلطنة المولى إما يكون اطلاقيا شاملا أو اهماليا غير شامل، و كذلك دليل حرمة الرجوع عن الاحرام، و يمكن أن يستفاد من دليلها مضافا الى الاطلاق، أهميتها بحيث لا يمكن معارضة شيء لها، فلو كان دليل السلطنة مهملا و دليل حرمة الرجوع مطلقا يحرم الرجوع، و لا حق للمولى كما هو واضح، و لو كانا مهملين تخيّر العبد، و لو كانا مطلقين تعارضا، و حيث لا ترجيح على الفرض تخيّر أيضا، و لا ينفذ نهي حينئذ لكنه ينهى لتحقق موضوع التخيير عند العبد، و لو كان عكس الأول جاز بل وجب الرجوع عن الاحرام و الظاهر أن دليل السلطنة يشمل المستحبات صلاة و غيرها اذا كان للمولى غرض عقلائي، و أما الواجبات و المحرمات و منها حرمة الرجوع في المقام فلم يثبت دليل على السلطنة و لو فرض اطلاق دليله يمكن أن يستفاد من دليل حرمه قطع الحج اطلاق بتّي كالعلّية التامة بحيث لا يمكن لشيء معارضته فلا يجوز للعبد قطع الحج حينئذ إلا في الحرج كما يخاف من المولى ايلاما شديدا، و ليس للمولى حق في قطع حج العبد حينئذ.

و قد يقال: دليل لا طاعة لمخلوق في سخط الخالق (الباب ۵۹ وجوب الحج و الباب ۱۱ الأمر بالمعروف و الباب ۳ جهاد النفس) انما هو لبيان الحال في تعارض الدليلين المطلقين فيما يدل أحدهما على لزوم طاعة المخلوق كالزوج و

الوالد و الآخر يثبت طاعة الخالق كدليل الصلاة فحيث ينهى الوالد عن الصلاة يظهر معنى لا طاعة ... الخ، و لو لم يكن هذا مورده لم يظهر له فائدة إذ لا بد من وروده فيما يرى العرف بحسب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳

للمولى حلّه، أو يبطل؟ وجوه أوجهها الأخير، لأنّ الصحّة مشروطة بالاذن المفروض سقوطه بالرجوع، و دعوى أنّه دخل دخولا مشروعا فوجب إتمامه فيكون رجوع المولى كرجوع الموكّل قبل التصرّف و لم يعلم الوكيل مدفوعة بأنّه لا تكفي المشروعيّة الظاهرية و قد ثبت الحكم في الوكيل بالدليل، و لا يجوز القياس عليه.

مسألة ۲: يجوز للمولى أن يبيع مملوكه المحرم بإذنه و ليس للمشتري حلّ إحرامه، نعم مع جهله بأنّه محرم يجوز له الفسخ مع طول الزمان الموجب لفوات بعض منافعه.

الشرع طاعته و إلاّ ففيما لا يرى العرف طاعته بحسب الشرع و لو في غير سخط الخالق لا وجه لهذا الدليل كما أنه فيما يفهم من دليل طاعة الخالق العلية التامة لا نحتاج الى هذه القاعدة فورود هذه القاعدة انما هو فقط فيما ورد المطلقان و تردد الأمر ...».

و فيه أن هذه الخطابة لا ترفع اشكال الشبهة المصداقية، فإن موضوع لا طاعة بعد اللّتيا و التي انما هو سخط الخالق و هو غير ثابت في المقام بعد الابتلاء بالمعارض- بعد فرض اطلاق كلا الدليلين- ثم ان الشاهرودي (قدّس سرّه) ذكر مسئلتين هنا، و قال: «دليلهما منحصر في حديث: لا طاعة ... الخ، و هو عدم حق للمالك في الرجوع عن اذنه في ايجاد الرحى على شاطىء النهر، و في الرجوع عن اذنه في دفن الميت» و فيه انه يمكن ان يقال: دليلهما قاعدة الإقدام، و حرمة هتك الميت، فتأمل).

المسألة ۱: أوجهها الأخير: اذا اعلم المولى رجوعه عن الاذن بطريق عقلائي و لم يتحصله العبد تقصيرا كعدم فتح مكتوبه و لا يترك الاحتياط فيما اعلم و لم يصل الى العبد لمانع بلا تقصير من العبد و اما اذا رجع عن اذنه و لم يعلمه بطريق عقلائي فيصح الحج و ليس له الابطال (فان وزان الاذن وزان الرعاية و عدم المخالفة و لا يعد العبد حينئذ مخالفا و اما مسألة انه تصرف في مال الغير- فان العبد كله للمولى- فقد مرّ غير مرة ان صرف ذلك لا يوجب البطلان على جواز اجتماع الامر و النهي فاطلاق ابطال السيد (قدّس سرّه) ليس على ما ينبغي).

المسألة ۲: له الفسخ: (لحديث الضرر أو من باب الشرط الضمني، و كيف كان فهو في مورد الضرر حتى يكون خلاف الشرط الضمني بان يكون الحج موجبا لتفويت منافع غير متسامح فيها).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴

مسألة ۳: إذا انعتق العبد قبل المشعر فهديه عليه، و إن لم يتمكّن فعليه أن يصوم، و إن لم ينعتق كان مولاه بالخيار بين أن يذبح عنه أو يأمره بالصوم، للنصوص و الاجماعات.

مسألة ٤: إذا أتى المملوك المأذون في إحرامه بما يوجب الكفّارة فهل هي على مولاه، أو عليه و يتبع بها بعد العتق، أو تنتقل إلى الصوم فيما فيه الصوم مع العجز، أو في الصيد عليه، و في غيره على مولاه؟ وجوه أظهرها كونها على مولاه لصحيحة حريز، خصوصا إذا كان الاتيان بالموجب بأمره أو بإذنه، نعم لو لم يكن مأذونا في الاحرام بالخصوص بل

كان مأذونا مطلقا إحراما كان أو غيره لم يبعد كونها عليه، حملا لخبر عبد الرحمن بن أبي نجران النافي لكون الكفّارة في الصيد على مولاه، على هذه الصورة.

المسألة ٣: للنصوص: (راجع روايات الباب ٢ من الذبح فانها تدل على ذلك و اما ٤/ ٢- و في السند علي بن أبي حمزة- الامرة بالذبح فلا ينافي التخيير لفرض الرواية مضيّ وقت الصوم، قال عليه السّلام: ذهبت الايام التي قال اللّه ...، فهي تؤكد التخيير و ان اللازم على فرض بقاء وقت الصوم أحد الامرين و اما قوله عليه السّلام: كما طلبت الخير، و كذا قوله عليه السّلام: شاة ثمينة، فلا ينافي الوجوب، و اما ٣/ ٢ النافية لوجوب الذبح معللا بقوله تعالى: **عبدا مملوكا ... الخ** فلعل المراد نفي الوجوب التعييني كما ذكر الشيخ (قدّس سرّه) و لو لا الاجماع و فتوى الاصحاب امكن الجمع بين الروايات بأن العبد كالحرّ اما الذبح أو الصوم لكن يستحب للمولى النيابة في الذبح).

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

ففي صحيح حريز ١/ ٥٦ كفارات الصيد: «كلما اصاب العبد و هو محرم في احرامه فهو على السيد إذا اذن له في الاحرام» و هذا على رواية الصدوق و الكليني و أحد كتابي الشيخ (قدّس سرّهم) و في كتابه الآخر: المملوك كلما اصاب الصيد، و الاول اصح، و الاصابة أعم من الصيد و غيره، و في مصحح عبد الرحمن ٣/ ٥٦: عن عبد اصاب صيدا و هو محرم هل على مولاه شيء من الفداء، فقال: «لا شيء على مولاه». و الجمع بالاطلاق و التقييد بحسب الصيد و غيره و لكن يمكن الجمع بالاذن و عدمه في الحج بناء على ما مرّ من امكان الصحة بلا اذن ايضا. أو نقول: النسبة هي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٥

مسألة ٥: إذا أفسد المملوك المأذون حجّه بالجماع قبل المشعر فكالحرّ في وجوب الاتمام و القضاء، و أمّا البدنة ففي كونها عليه أو على مولاه فالظاهر أنّ حالها حال سائر الكفّارات على ما مرّ، و قد مرّ أنّ الأقوى كونها على المولى الآذن له في الاحرام، و هل يجب على المولى تمكينه من القضاء، لأن الاذن في الشيء إذن في لوازمه أو لا، لأنّه من سوء اختياره؟ قولان، أقواهما الأوّل سواء قلنا: إنّ القضاء هو حجّة، أو أنّه عقوبة و أنّ حجّة هو الأوّل، هذا إذا أفسد حجّه و لم ينعتق، و أمّا إن أفسده بما ذكر ثمّ انعتق فإن انعتق قبل المشعر كان حاله حال الحرّ في وجوب الاتمام و القضاء و البدنة، و كونه مجزيا عن حجّة الاسلام إذا أتى بالقضاء على القولين من كون الاتمام عقوبة، و أنّ حجّه هو القضاء، أو كون القضاء عقوبة، بل على هذا إن لم يأت بالقضاء أيضا أتى بحجّة الاسلام و إن كان عاصيا في ترك القضاء، و إن انعتق بعد المشعر فكما ذكر، إلاّ أنّه لا يجزيه عن حجّة الاسلام فيجب عليه بعد ذلك إن استطاع و إن كان مستطيعا فعلا ففي وجوب تقديم حجّة الاسلام أو القضاء وجهان مبنيّان على أنّ القضاء فوريّ أو لا، فعلى الأوّل يقدّم لسبق سببه، و على الثاني تقدّم حجّة الاسلام لفوريّتها دون القضاء.

مسألة ٦: لا فرق فيما ذكر من عدم وجوب الحجّ على المملوك و عدم صحّته إلاّ بإذن مولاه، و عدم إجزائه عن حجّة الاسلام إلاّ إذا انعتق قبل المشعر بين القنّ و المدبّر و المكاتب و امّ الولد و المبعّض إلاّ إذا هاياه مولاه و كانت نوبته كافية، مع عدم كون السفر خطريّا فإنّه يصحّ منه بلا إذن، لكن لا يجب، و لا يجزيه حينئذ عن حجّة الاسلام و إن كان مستطيعا، لأنّه لم يخرج عن كونه مملوكا، و إن كان يمكن

العموم من وجه فغير الصيد مع الاذن يكون على المولى و الصيد بلا اذن على العبد، و يقع التعارض في الصيد مع الاذن و القاعدة تقتضي كون الكفارة على العبد فانه حاج و ينتج كون كفارة الصيد مطلقا على العبد).

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

على القولين: على القول الاول ينحصر الاجزاء فيما اتى بالمفسد بعد العتق قبل المشعر. و اما اذا افسد قبل العتق و ان كان العتق قبل المشعر فالاتمام عقوبة و القضاء قضاء الحج المستحب.

سبق سببه: سبق السبب لا يكفي في الاهمية و لزوم التقديم و اعترف هو بذلك في المسألة ١٦، بل يلزم احراز وجوب الفورية و اهميتها عن حجة الاسلام و اصل الفورية و كذا الاهمية على فرضها غير ثابت بل الظاهر اهمية حجة الاسلام فتقدم.

المسألة ٦: عدم صحته إلاّ باذن مولاه: لم يظهر ممّا مرّ ذلك اذا لم يناف حق المولى كما قد يتفق في القرآن و الافراد بل يمكن تصوره في التمتع ايضا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣۶

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

مسألة ٧: إذا أمر المولى مملوكه بالحجّ وجب عليه طاعته و إن لم يكن مجزيا عن حجّة الاسلام، كما إذا آجره للنيابة عن غيره فإنّه لا فرق بين إجارته للخياطة أو الكتابة و بين إجارته للحجّ أو الصوم.

الثالث: الاستطاعة من حيث المال و صحّة البدن و قوته و تخلية السرب و سلامته و سعة الوقت و كفايته بالاجماع و الكتاب و السنّة.

مسألة ١: لا خلاف و لا إشكال في عدم كفاية القدرة العقلية في وجوب الحجّ، بل يشترط فيه الاستطاعة الشرعيّة، و هي كما في جملة من الأخبار الزاد و الراحلة، فمع عدمهما لا يجب و إن كان قادرا عليه عقلا بالاكتساب و نحوه، و هل يكون اشتراط وجود الراحلة مختصّا بصورة الحاجة إليها لعدم قدرته على المشي، أو كونه مشقّة عليه أو منافيا لشرفه، أو يشترط مطلقا و لو مع عدم الحاجة إليه، مقتضى إطلاق الأخبار و الاجماعات المنقولة الثاني، و ذهب جماعة من المتأخّرين إلى الأوّل لجملة من الأخبار المصرّحة بالوجوب إن أطاق المشي بعضا أو كلاّ، بدعوى أنّ مقتضى الجمع بينها و بين الأخبار الاولة حملها على صورة الحاجة، مع أنّها منزّلة على الغالب، بل انصرافها إليها، و الأقوى هو القول الثاني،

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

المسألة ٧: وجب عليه طاعته: فان للمولى امره بالعمل بلا فرق بين الخياطة مثلا و الصلاة و الحج (كما قال الحكيم و

الخوئي (قدّس سرّهما) خلافا للخونساري (قدّس سرّه) حيث تأمل فيما لم يكن الحج للمولى. و فيه: عدم الفرق فللمولى ان يوجره للغير أو يامره بالحج لنفسه او للمولى.
إلاّ ان يقال: المتيقن وجوب الاطاعة فيما يرتبط بالمولى لا ما يرتبط بعبادات العبد نفسه لكن يمكن ان يقال: ذلك ايضا ربما يرتبط بالمولى بالمآل).
الثالث: الاستطاعة ...
المسألة ١: ... القول الثاني: بل الاول اقوى (راجع البحث من تعليقتنا المفصلة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷

لإعراض المشهور عن هذه الأخبار مع كونها بمرأى منهم و مسمع، فاللازم طرحها أو حملها على بعض المحامل، كالحمل على الحجّ المندوب و إن كان بعيدا عن سياقها، مع أنّها مفسّرة للاستطاعة في الآية الشريفة،

على حج العروة. و لا نسلم كون الثاني قول المشهور و قد أوضحنا فيه وفاقا لصاحب الوسائل في عنوان الباب ٨ وجوب الحج.
و حاصل الكلام: ان الحج يفرق عن سائر التكاليف حيث علق على الاستطاعة، فان حكم غيره مطلق، غاية الامر ان العجز عذر عقلي، و الاستطاعة مفهوم عرفي من الطوع و الطاعة، و استطاع أي طلب الطوع و الطاعة، هو مستطيع: أي يطلب طاعة المولى و طوعه، و في العرف لا يختص بمن تهيأ له جميع الاسباب بل يشمل الفاقد المحصّل للاسباب، فلعلها اصرح في المراد و آكد من القدرة حيث ان القادر لعله ينصرف الى الفعلي منه اي من له القدرة بالفعل فاذا كان الطريق الى المولى بعيدا يحتاج طيّه الى قوت في الطريق و راحلة يعد من له القوت و الراحلة قادرا و مستطيعا، و كذا من يقدر على القوت و الراحلة بالسعة مالا و لو كان شخص لا يحتاج الى الطعام و الراحلة بحسب مزاجه بحيث يستوي وجود ذلك و عدمه يعد قادرا و مستطيعا بلا ذلك ايضا و ان كان سائر الناس محتاجين الى ذلك بل و لو كان مع مشقة يسيرة تتحمل عادة في الامور، نعم إلاّ في المشقة الحرجية التي يقال عرفا: هو لا يقدر و لا يستطيع كما نفهم المراد من كريمة: **انك لا تستطيع معي صبرا**. كما اذا كان قريبا من المولى بحيث لا يحتاج عادة ايضا الى ذلك يعد قادرا و مستطيعا ايضا هذا، و من ناحية اخرى لو كان قادرا على الزاد و الراحلة للمسير الى المولى لكن لا يقدر على العود الى بيته مع لزوم الرجوع الى موطنه و بيته بحسب معيشته العادية، لا يعدّ مستطيعا ايضا فان الاستطاعة و لو انها مربوطة بالذهاب لا الاياب لكن العرف يفهم امكان الاياب ايضا للقطع بأن المولى لا يريد بكلامه: أيتني ان استطعت، الاقامة و التوطن عنده ابدا.
و هكذا لو كان قادرا على العود ايضا لكن يبقى عياله بلا قوت او قوت غير مناسب بحيث يستلزم الهتك عرفا أو الحرج لا يعد مستطيعا ايضا و كذا في ناحية الزاد و الراحلة ان كان حرجيا لا يتحمل عادة. لا يقال: هو مستطيع إلاّ ان يصرّح المولى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸

و حمل الآية على القدر المشترك بين الوجوب و الندب بعيد، أو حملها على من استقرّ عليه حجّة الاسلام

و يقول: أيتني ان قدرت و عليّ نفقتك و نفقة عيالك أو أيتني و لو مع الحرج، هذا كله بحسب ما نفهمه عرفا من كلمة الاستطاعة.

و اما الروايات فقد وردت روايات، مثل ما في الباب ٧ و ٨ وجوب الحج، شرطت الزاد و الراحلة في وجوب الحج، و لقد فهم غير واحد الاشتراط مطلقا، لكن الظاهر انها وردت في مقام الحاجة فهل ترى اذا قال المولى أيتني ان استطعت و قال: الاستطاعة هو الزاد و الراحلة، لزومهما و لو لم يكن مورد الحاجة مثلا من امتلأ طعاما لا بد ايضا ان يأكل؟! و من اوصى له الطبيب بالمشي على الاقدام للصحة لا بد ان يركب؟ كلاّ! و العجب من بعضهم كالحكيم (قدّس سرّه) مع اعتقاده انصراف ادلة الزاد و الراحلة عن القريب، غير المحتاج عادة الى المركب، كيف لا يعتقد الانصراف عن البعيد غير المحتاج؟ فهل للقرب و البعد دخالة؟ أو للحاجة و عدمها؟ فما يظهر من غير واحد و كان الاستاذ الداماد (قدّس سرّه) يصرح بأن الاستطاعة عرفية و الزاد و الراحلة توسعة فينفى الوجوب عمن يستطيع بلا زاد و راحلة، فيه ما لا يخفى فانه لا دليل على ذلك سوى الروايات الشارطة للوجوب بظاهرها، بوجود الزاد و الراحلة، مع ان الروايات مفسرة للآية و قد عرفت مرام الكريمة. فدقق النظر في مثل ٣/ ٢، و تعبير: وجد السبيل اليه في مثل ٦/ ٢ و في عبارة ١/ ٧: «... حاجة تجحف به او مرض لا يطيق فيه الحج أو سلطان يمنعه»، و نظير هذه ٨ و ١١/ ٨ و ٣/ ٦، و عبارة: «... و عنده ما يحج به» في ٨ و ٩/ ٦ و في ١٠/ ٦: «... اذا قدر الرجل على الحج».

و في ٣/ ٧: من وجد سعة فمات و لم يحج، و في ١ و ٢/ ٩: «... السعة في المال اذا كان يحج ببعض و يبقى بعضا لقوت عياله». و في ١ و ٥ و ٩ و ١٠/ ١٠: «... فان كان يستطيع ان يمشي بعضا و يركب بعضا فليفعل» ان قلت: هذه الروايات تشمل موارد الحرج ايضا. قلت: كلاّ، لشمولها على كلمة الاستطاعة و عرفت عدم شمولها الحرج عرفا و لو ابيت إلاّ عن الشمول فيرفعها دليل نفي الحرج. ان قلت: في هذه الروايات ما لا يمكن الاخذ به مثل صحيح معاوية ١/ ١١ الدال على وجوب الحج على القادر على المشي و لو حرجا: «... كان اكثر من حج مع النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مشاة ...

المعلقات على العروة الوثقى، ج‌٤، ص ٣٩

سابقا. و هو أيضا بعيد، أو نحو ذلك، و كيف كان فالأقوى ما ذكرنا و إن كان لا ينبغي ترك الاحتياط بالعمل بالأخبار المزبورة، خصوصا بالنسبة إلى من لا فرق عنده بين المشي و الركوب، أو يكون المشي

فشكو اليه الجهد و العناء فقال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: شدوا ازركم و استبطنوا» قلت: لا نسلم ذلك لاحتمال ارادة الجهد دون الحرج كما يقع في السفر راكبا ايضا فهل ترى السفر الآن الى مكة في الطائرة مرتاحا كالسكون في الدار في الوطن؟ و لعل النسخة الاصلية استبطئوا بدل استبطنوا. أي الامر بالبطوء في المشي لتقليل الجهد، و الجهد الذي يدفع بالبطوء في الطريق ليس حرجيّا. و ايضا لا يعلم أنهم كانوا من اول الامر في زحمة فلعلهم وقعوا في الزحمة بعدا. و يحتمل انهم حجّوا ندبا، و اما ما قال الخوئي (قدّس سرّه) من ان المراد من قوله عليه السّلام يجب الحج على كل من اطاق المشي، المشي في داره و بلده في مقابل المريض غير القادر على المشي اصلا، و لم يرد المشي الى الحج. ففيه ما لا يخفى من عدم الارتباط بالمشاة مع النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم.

و الحاصل ان الآية وردت على شرطية الاستطاعة فقط و الروايات مفسرة لها لا شارطة شرطا آخر و عبارات التفسير الواردة في الروايات اما الزاد و الراحلة و اما ما يحج به و اما اليسار و القوة و اما غير ذلك و كلها مشيرة الى الامكان العرفي الذي هو الاستطاعة فاذا كان المشي و الركوب متساويين- فضلا عن كون المشي أسهل- وجب الحج لصدق الاستطاعة و يظهر ذلك من الحدائق و المدارك و صاحب الوسائل ايضا و اما دعوى الاجماع على كون الروايات بصدد شرط زائد و هو الزاد و الراحلة و لو زائدة على الاستطاعة العرفية ففيها المنع فراجع كتب القدماء. ففي ناصريات السيد (قدّس سرّه) بعد نقل قول المالك بأنه اذا قدر على الحج يجب بلا اشتراط شيء من الزاد و الراحلة: (دليلنا: ... و قوله تعالى: **و للّه على الناس ... الخ** و الاستطاعة في عرف الشرع و عهد اللغة ايضا عبارة عن تسهيل الامر و ارتفاع المشقة و ليست عبارة عن مجرد القدرة، ألا ترى أنهم يقولون: ما يستطيع النظر الى فلان، اذا كان يبغضه و يثقل عليه النظر اليه و ان كانت معه قدرة على ذلك، و كذا يقال: لا استطيع شرب الدواء اذا كان ينفر منه و ان كان قادرا و قال تعالى: **انك لا تستطيع معي صبرا**.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰

أسهل، لإنصراف الأخبار الأولة عن هذه الصورة، بل لو لا الاجماعات المنقولة و الشهرة لكان هذا القول في غاية القوّة.

و انما أراد هذا المعنى لإمكانه فاذا تقرر ذلك و كان الصحيح الجسم يشق عليه المشي الطويل الى الحج لم يكن مستطيعا له في العرف ... فوجب ان يكون الاستطاعة ما ذكرنا لإرتفاع المشاق و الكلف معه و مما يدل على بطلان مذهب مالك ما روى ان النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم سئل عن قوله تعالى: **و للّه على الناس ... الخ** ما الاستطاعة؟ فقال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم:

«الزائد و الراحلة ...») فترى من ذلك صدرا و ذيلا ان المخالفة مع مالك في اشتراطه صرف القدرة و لو مع الحرج و اشتراط السيد (قدّس سرّه) عدم المشقة، لا في عدم اشتراطه الزاد و الراحلة و اشتراط السيد (قدّس سرّه) ذلك.

و قال في الغنية: (... و الاستطاعة و هي الزاد و الراحلة و الكفاية ... بدليل الاجماع و ايضا قد ثبت ان من شرط حسن الامر بالعبادة القدرة عليها على ما دللنا عليه في الاصول فلما شرط اللّه سبحانه في الامر بالحج الاستطاعة اقتضى ذلك زيادة على القدرة، من التمكن من النفقة و غيرها، و من لا يجد لعياله نفقة الى حين عوده لا يكون كذلك ... و يحتج على مالك بما روى من طرقهم ان رجلا سئله عن الآية فقال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: الزاد و الراحلة، و تعلق مالك بآية: **و اذّن في الناس بالحج يأتوك رجالا و على كلّ ضامر ...** مخدوش ... «بأنه أعم من الوجوب»).

و في المعتبر: «الزاد و الراحلة و هما شرط لمن يحتاج اليهما لبعد مسافته و اما القريب فيكفيه اليسير من الأجرة بنسبة حاجته و من لا كلفة عليه كالمكّي فليس الراحلة معتبرة ... و من لا راحلة له و لا زاد و ليس له أحدهما لا يجب عليه الحج، و به قال الشافعي و أبو حنيفة و أحمد و قال مالك: من قدر على المشي وجب عليه، لنا:

ان النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فسّر السبيل بالزاد و الراحلة ...». و في الخلاف بعد بيان شرطية الزاد و الراحلة مطلقا و اعتقاد جميع الفقهاء ذلك عدا مالك: «دليلنا اجماع الفرقة و الاصل برائة الذمة عن الوجوب في غير ما ذكرنا، و الآية، اذ الاستطاعة تناول القدرة و جميع ما يحتاج اليه» انتهى ملخصا. و اذا دققت النظر في هذه العبارات و نظائرها من كتب القوم تعلم باليقين مرام القوم و ان هذا الاشتراط تفسير

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱

مسألة ٢: لا فرق في اشتراط وجود الراحلة بين القريب و البعيد حتّى بالنسبة إلى أهل مكّة، لإطلاق الأدلّة، فما عن جماعة من عدم اشتراطه بالنسبة اليهم لا وجه له.

مسألة ٣: لا يشترط وجودهما عينا عنده، بل يكفي وجود ما يمكن صرفه في تحصيلهما من المال، من غير فرق بين النقود و الأملاك من البساتين و الدكاكين و الخانات و نحوها، و لا يشترط إمكان

الاستطاعة و يكون في مورد الحاجة، و ان الاختلاف بين الفقهاء و مالك في عدم اشتراط مالك سوى القدرة، و اشتراطهم الاستطاعة العرفية و بالنتيجة الزاد و الراحلة انما هو للمحتاج، فما يرى من ظاهر عبارة ابن رشد في البداية ١: ٣٠٩، و كذا من الفقه على المذاهب الأربعة من اشتراط الفقهاء الزاد و الراحلة مطلقا، و اشتراط مالك ذلك عند الحاجة ليس على ما ينبغي. و اما ما ذكره جمع منهم الخوئي (قدّس سرّه) من انه لو كان واجبا على من تمكن من المشي و ان لم يكن له راحلة لكان وجوبه حينئذ من جملة الواضحات لكثرة الابتلاء بذلك ...، ففيه: شيوع المشي في سالف الزمان و لم يرد النكير من احد من العلماء. سيما في القريب من الميقات و الحرم. و سيما في تبعيض الطريق من جهة الركوب في بعضه و المشي في بعض. فتدبر ما ذكرنا جيّدا).

المسألة ٢: أهل مكة: الملاك هو الحاجة، (فان «حج البيت» المذكور في الآية، و ان كان معناه المطابقي قصد البيت الشريف لكنه اشارة الى جميع اعمال الحج و منها الوقوفان، كما ان الاستطاعة المذكورة في الآية و ان كانت للسبيل الى البيت لكن المتفاهم العرفي منها يشمل التمكن من العود ايضا فما في بعض الكلمات من ان الاستطاعة للسبيل الى البيت، و في القرآن و الافراد لا يحتاج الى ذلك، فيه: ان المراد التمكن من جميع الاعمال و منها الذهاب الى عرفات و مشعر و منى، و يدخل في مرام الآية التمكن من العود ايضا هذا مع ان القران و الافراد يشملان من كان خارج البلد الحرام ايضا و الاستطاعة مشككة، فقد لا يحصل مقدمات حج الساكن في مكة لزمانته مثلا أو لاحتياجه الى مركب يجيىء به الى مسجد الحرام، و قد يحصل مقدمات حج البعيد غاية البعد عن جزيرة العرب، و بما ذكرنا تعرف النظر في حاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) و القمي و بعض آخر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲

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

مسألة ٤: المراد بالزاد هنا المأكول و المشروب و سائر ما يحتاج إليه المسافر من الأوعية التي يتوقّف عليها حمل المحتاج إليه و جميع ضروريّات ذلك السفر بحسب حاله قوّة و ضعفا، و زمانه حرا و بردا، و شأنه شرفا و ضعة، و المراد بالراحلة مطلق ما يركب و لو مثل السفينة في طريق البحر. و اللازم وجود ما يناسب حاله بحسب القوّة و الضعف، بل الظاهر اعتباره من حيث الضعة و الشرف كمّا و كيفا، فإذا كان من شأنه ركوب المحمل أو الكنيسة بحيث يعدّ ما دونها نقصا عليه يشترط في الوجوب القدرة عليه و لا يكفي ما دونه و إن كانت الآية و الاخبار مطلقة و ذلك لحكومة قاعدة نفي العسر و الحرج على الاطلاقات، نعم إذا لم يكن بحدّ الحرج وجب معه الحجّ و عليه يحمل ما في

بعض الأخبار من وجوبه و لو على حمار أجدع مقطوع الذنب.

مسألة ٥: إذا لم يكن عنده الزاد و لكن كان كسوبا يمكنه تحصيله بالكسب في الطريق لأكله و شربه و غيرهما من بعض حوائجه هل يجب عليه أو لا؟ الاقوى عدمه و إن كان أحوط.

مسألة ٦: إنّما يعتبر الاستطاعة من مكانه لا من بلده، فالعراقيّ إذا استطاع و هو في الشام وجب عليه و إن لم يكن عنده بقدر الاستطاعة من العراق بل لو مشى إلى ما قبل الميقات متسكّعا أو لحاجة اخرى من تجارة أو غيرها و كان له هناك ما يمكن أن يحجّ به وجب عليه، بل لو أحرم متسكعا فاستطاع

المسألة ٣: يجب حمله: أي وجوبا عقليا.

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

المسألة ٥: احوط: و لكن لا يكفيه عن حجة الاسلام (فان الوجوب معلق على الاستطاعة و هي ظاهرة في الفعلية و يفترق معناها عن معنى القدرة فان القدرة على القدرة قدرة و هذا بخلاف الاستطاعة. و هكذا سائر التعابير مثل: له القوة في المال، عنده ما يحج به، اليسار و ... فانها ظاهرة في الفعلية و على فرض الاجمال فحيث انها مفسره للآية فتوجب اجمال المفسّر المحكوم فيؤخذ بالمتيقن، و على ما ذكرنا فلا نفهم وجها وجيها لايجاب الشيرازي (قدّس سرّه) احتياط الماتن).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳

و كان أمامه ميقات آخر أمكن أن يقال بالوجوب عليه، و إن كان لا يخلو عن إشكال.

مسألة ٧: إذا كان من شأنه ركوب المحمل أو الكنيسة و لم يوجد سقط الوجوب، و لو وجد و لم يوجد شريك للشقّ الآخر، فإن لم يتمكّن من اجرة الشقّين سقط أيضا، و إن تمكّن فالظاهر الوجوب لصدق الاستطاعة، فلا وجه لما عن العلاّمة من التوقّف فيه، لأنّ بذل المال له خسران لا مقابل له، نعم لو كان بذله مجحفا و مضرا بحاله لم يجب كما هو الحال في شراء ماء الوضوء.

مسألة ٨: غلاء أسعار ما يحتاج إليه أو اجرة المركوب في تلك السنة لا يوجب السقوط، و لا يجوز التأخير عن تلك السنة مع تمكّنه من القيمة، بل و كذا لو توقّف على الشراء بأزيد من ثمن المثل و القيمة

في بعض الحواشي من عدم فائدة في صرف الإمكان).

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

و نظيره ما اذا علم بالاستطاعة بعد الاحرام و لم يكن ميقات آخر فيرجع الى الميقات و يحرم و ينوي حجة الاسلام.

المسألة ٧: الوجوب: (لعدم دليل على رافعية الضرر للاحكام فان لا ضرر في الاضرار بالغير كما قال الداماد (قدّس سرّه) و الاستاذ (مد ظله) و إلاّ فالظاهر عدم الوجوب و لا يفيد أن طبع الحج ضرري لانه حينئذ زائد على طبعه الأولي كما قال الخوئي (مدّ ظله). قال الداماد (قدّس سرّه): «لم يتمسك أحد من الاعلام بلا ضرر لنفي الغسل الضرري ...» و

هو كذلك و انما الاشكال فيها لحرمة الغسل الضرري بل الظاهر الوجوب حتى على مبنى رافعية الضرر للاحكام و شمول هذا الرفع للضرر الزائد على طبع الحكم، لعدم عدّ ذلك ضررا عرفا بل هو مؤنة نظير حاجته في الجلوس الى ازيد من المتعارف لسمنة لعدم الفرق بينه و بين المقام من الحاجة لشرفه، فلا وجه لنفي الخوئي (مدّ ظلّه) الوجوب هنا).

و مضرا: ان كان بحيث لم يعدّ مستطيعا للحرج و نحوه (لما مرّ من كونه من المؤنة فليس ضررا عرفا هذا و اما على مبنى عدم رافعية الضرر للاحكام الضرري فالحكم واضح كما مرّ. فلا دخالة لكون الحكم هنا بطبعه ضرريا كما قاله الخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴

المتعارفة، بل و كذا لو توقّف على بيع أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، لعدم وجود راغب في القيمة المتعارفة، فما عن الشيخ من سقوط الوجوب ضعيف، نعم لو كان الضرر مجحفا بماله مضرّا بحاله لم يجب، و إلاّ فمطلق الضرر لا يرفع الوجوب بعد صدق الاستطاعة و شمول الأدلّة، فالمناط هو الاجحاف و الوصول إلى حدّ الحرج الرافع للتكليف.

مسألة ۹: لا يكفي في وجوب الحجّ وجود نفقة الذهاب فقط، بل يشترط وجود نفقة العود إلى وطنه إن أراده، و إن لم يكن له فيه أهل و لا مسكن مملوك و لو بالاجارة، للحرج في التكليف بالاقامة في غير وطنه المألوف له، نعم إذا لم يرد العود أو كان وحيدا لا تعلّق له بوطن لم يعتبر وجود نفقة العود، لإطلاق الآية و الأخبار في كفاية وجود نفقة الذهاب، و إذا أراد السكنى في بلد آخر غير وطنه لا بدّ من وجود النفقة إليه إذا لم يكن أبعد من وطنه، و إلاّ فالظاهر كفاية مقدار العود إلى وطنه.

مسألة ۱۰: قد عرفت أنّه لا يشترط وجود أعيان ما يحتاج إليه في نفقة الحجّ من الزاد و الرحلة، و لا وجود أثمانها من النقود، بل يجب عليه بيع ما عنده من الأموال لشرائها، لكن يستثنى من ذلك ما يحتاج إليه في ضروريّات معاشه فلا تباع دار سكناه اللائقة بحاله، و لا خادمه المحتاج إليه، و لا ثياب تجمّله اللائقة بحاله، فضلا عن ثياب مهنته، و لا أثاث بيته من الفراش و الأواني و غيرهما ممّا هو محلّ حاجته، بل و لا حليّ المرأة مع حاجتها بالمقدار اللائق بها بحسب حالها في زمانها و مكانها، و لا كتب العلم لأهله التي لا بدّ له منها فيما يجب تحصيله، لأنّ الضرورة الدينيّة أعظم من الدنيويّة، و لا آلات الصنائع المحتاج إليها في معاشه، و لا فرس ركوبه مع الحاجة إليه، و لا سلاحه و لا سائر ما يحتاج إليه، لاستلزام التكليف بصرفها في الحجّ العسر و الحرج و لا يعتبر فيها الحاجة الفعليّة، فلا وجه لما عن كشف اللثام من أنّ فرسه إن كان صالحا لركوبه في طريق الحجّ فهو من الراحلة، و إلاّ فهو في مسيره إلى الحجّ لا يفتقر إليه بل يفتقر إلى

المسألة ۸: ضعيف: إلاّ فيما كان غلاء السعر اقتراحا من البائع أو المشتري الحاضر لا من ترقي السعر و تنزله.

المسألة ۹: أبعد من وطنه: المراد كون نفقته أكثر، و الحكم لا يجرى في مورد الاضطرار بالتوطن في الثاني بل يلزم رعاية النفقة اليه ايضا اذا اضطرّ اليه.

المسألة ۱۰: العسر و الحرج: بل لعدم صدق الاستطاعة حينئذ (و الظاهر انه لا وجه لتأمل الخونساري (قدّس سرّه) في اطلاق استثناء المذكورات إلاّ ان يريد عدم الضرورة في بعضها فهو اشكال صغروي أو ينظر الى صورة الاستقرار و

لیس محل الکلام).

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۴۵

غیره، و لا دلیل علی عدم وجوب بیعه حینئذ، کما لا وجه لما عن الدروس من التوقّف في استثناء ما یضطرّ إلیه من أمتعة المنزل و السلاح و آلات الصنائع، فالأقوی استثناء جمیع ما یحتاج إلیه في معاشه ممّا یکون إیجاب بیعه مستلزما للعسر و الحرج، نعم لو زادت أعیان المذکورات عن مقدار الحاجة وجب بیع الزائد في نفقة الحجّ، و کذا لو استغنی عنها بعد الحاجة کما في حليّ المرأة إذا کبرت عنه و نحوه.

مسألة ۱۱: لو کان بیده دار موقوفة تکفیه لسکناه و کان عنده دار مملوکة فالظاهر وجوب بیع المملوکة إذا کانت وافیة لمصارف الحجّ أو متمّمة لها، و کذا في الکتب المحتاج إلیها إذا کان عنده من الموقوفة مقدار کفایته، فیجب بیع المملوکة منها، و کذا الحال في سائر المستثنیات إذا ارتفعت حاجته فیها بغیر المملوکة، لصدق الاستطاعة حینئذ إذا لم یکن ذلک منافیا لشأنه و لم یکن علیه حرج في ذلك، نعم لو لم تکن موجودة و أمکنه تحصیلها لم یجب علیه ذلك، فلا یجب بیع ما عنده و في ملکه، و الفرق عدم صدق الاستطاعة في هذه الصورة بخلاف الصورة الأولی إلاّ إذا حصلت بلا سعي منه، أو حصلها مع عدم وجوبه فإنّه بعد التحصیل یکون کالحاصل أوّلا.

مسألة ۱۲: لو لم تکن المستثنیات زائدة عن اللائق بحاله بحسب عینها لکن کانت زائدة بحسب القیمة و أمکن تبدیلها بما یکون أقلّ قیمة مع کونه لائقا بحاله أیضا فهل یجب التبدیل للصرف في نفقة الحجّ أو لتتمیمها؟ قولان من صدق الاستطاعة و من عدم زیادة العین عن مقدار الحاجة، و الأصل عدم وجوب التبدیل، و الأقوی الأوّل إذا لم یکن فیه حرج أو نقص علیه و کانت الزیادة معتدّا بها، کما إذا کانت له دار تسوی مائة و أمکن تبدیلها بما یسوی خمسین مع کونه لائقا بحاله من غیر عسر فإنّه یصدق الاستطاعة، نعم لو کانت الزیادة قلیلة جدّا بحیث لا یعتنی بها أمکن دعوی عدم الوجوب، و إن کان الأحوط التبدیل أیضا.

ـــــــــــــــــــــــ

المسألة ۱۱: وجوب بیع المملوکة: بل الظاهر عدم الوجوب و لا فرق بین هذه الصورة و ما بعد الاستدراك في عدم صدق الاستطاعة نعم لو فرض الاعتماد ببقاء الموقوفة بیده و اولاده و علم بذلك و لم یکن اي ذل علیه من سکونه او سکون أولاده فیه و بنی معیشته علی ذلك لا یبعد صدق الاستطاعة لکنه لعلّه مجرد فرض.

و استشکل الگلپایگاني في الوقف العام لا الخاص لکن الملاك واحد.

المسألة ۱۲: قلیلة: أي بحیث لم یحسب زائدا عن الحاجة و الشأن فهو الملاك و لو لم تکن الزیادة قلیلة (و لعل الماتن ایضا لا یرید الفرق بالقلة و الکثرة بل بالتسامح عرفا في احتساب الزیادة و عندئذ لا یبعد عدم وجوب التبدیل إلاّ من باب الاحتیاط فلا یرد اشکال الاستاذ (مدّ ظلّه) بعدم تأثیر القلة اذا کانت الزیادة متممة و کذا الاحتیاط اللازم من الخونساري (قدّس سرّه).

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۴۶

مسألة ۱۳: إذا لم یکن عنده من أعیان المستثنیات لکن کان عنده ما یمکن شراؤها به من النقود أو نحوها ففي جواز شرائها و ترك الحجّ إشکال، بل الأقوی عدم جوازه إلاّ أن یکون عدمها موجبا للحرج علیه، فالمدار في ذلك هو الحرج

و عدمه، و حينئذ فإن كانت موجودة عنده لا يجب بيعها إلاّ مع عدم الحاجة، و إن لم يكن موجودة لا يجوز شراؤها إلاّ مع لزوم الحرج في تركه، و لو كانت موجودة و باعها بقصد التبديل بآخر لم يجب صرف ثمنها في الحجّ، فحكم ثمنها حكمها، و لو باعها لا بقصد التبديل وجب بعد البيع صرف ثمنها في الحجّ إلاّ مع الضرورة إليها على حدّ الحرج في عدمها.

مسألة ١٤: إذا كان عنده مقدار ما يكفيه للحجّ و نازعته نفسه إلى النكاح صرّح جماعة بوجوب الحجّ و تقديمه على التزويج، بل قال بعضهم: و إن شقّ عليه ترك التزويج، و الأقوى وفاقا لجماعة اخرى عدم وجوبه مع كون ترك التزويج حرجا عليه، أو موجبا لحدوث مرض، أو للوقوع في الزنا و نحوه، نعم لو كانت عنده زوجة واجبة النفقة و لم يكن له حاجة فيها لا يجب أن يطلّقها و صرف مقدار نفقتها في تتميم مصرف الحجّ لعدم صدق الاستطاعة عرفا.

مسألة ١٥: إذا لم يكن عنده ما يحجّ به و لكن كان له دين على شخص بمقدار مؤنته أو بما تتمّ به مؤنته، فاللازم اقتضاؤه و صرفه في الحجّ إذا كان الدين حالا، و كان المديون باذلا، لصدق الاستطاعة حينئذ، و كذا إذا كان مماطلا و أمكن إجباره باعانة متسلّط أو كان منكرا و أمكن إثباته عند الحاكم الشرعيّ و أخذه بلا كلفة و حرج، و كذا إذا توقّف استيفاؤه على الرجوع إلى حاكم الجور بناء على ما هو الأقوى من

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

لا بقصد التبديل: اي كان بحيث لا حاجة له اليه اصلا و إلاّ فصرف القصد حينئذ لا يؤثر في الحكم.

المسألة ١٤: حرجا: الملاك كما مر كونه من حاجاته عرفا لا الحرج و المرض مع ان الوقوع في الزنا و نحوه انما يؤثر لو كان المعتبر الاستطاعة الشرعية و هو ممنوع بل العرفية أي القدرة المتوسطة بين العقلية و الشرعية.

كما انه مستطيع اذا لم يقدر على النكاح حتّى و لو لم يحجّ، سواء في ذلك الحرج و غيره و أما ما قاله الخونساري (قدّس سرّه) من امكان رفع الحرج بالعقد الانقطاعي ففيه منع كما لا يخفى).

المسألة ١٥: قبل الاجل: أي بلا استدعاء و إلاّ فهو تحصيل الاستطاعة و منع الجواهر حينئذ في محله. و هل يجب تقليل الدين اذا امكن الوصول بذلك مع عدم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷

جواز الرجوع إليه مع توقّف استيفاء الحقّ عليه، لأنّه حينئذ يكون واجبا بعد صدق الاستطاعة، لكونه مقدّمة للواجب المطلق، و كذا لو كان الدين مؤجّلا و كان المديون باذلا قبل الأجل لو طالبه، و منع صاحب الجواهر الوجوب حينئذ بدعوى عدم صدق الاستطاعه محلّ منع، و أمّا لو كان المديون معسرا أو مماطلا لا يمكن إجباره، أو منكرا للدين و لم يمكن إثباته، أو كان الترافع مستلزما للحرج، أو كان الدين مؤجّلا مع عدم كون المديون باذلا فلا يجب، بل الظاهر عدم الوجوب لو لم يكن واثقا ببذله مع المطالبة.

مسألة ١٦: لا يجب الاقتراض للحجّ إذا لم يكن له مال و إن كان قادرا على وفائه بعد ذلك بسهولة، لأنّه تحصيل للاستطاعة و هو غير واجب، نعم لو كان له مال غائب لا يمكن صرفه في الحجّ فعلا، أو مال حاضر لا راغب في شرائه أو دين مؤجّل لا يكون المديون باذلا له قبل الأجل، و أمكنه الاستقراض و الصرف في الحجّ، ثمّ وفاؤه بعد ذلك فالظاهر وجوبه لصدق الاستطاعة حينئذ عرفا إلاّ إذا لم يكن واثقا بوصول الغائب، أو حصول الدين بعد ذلك فحينئذ

لا يجب الاستقراض، لعدم صدق الاستطاعة في هذه الصورة.

مسألة ۱۷: إذا كان عنده ما يكفيه للحجّ و كان عليه دين ففي كونه مانعا عن وجوب الحجّ مطلقا، سواء كان حالا مطالبا به أو لا، أو كونه مؤجّلا، أو عدم كونه مانعا إلاّ مع الحلول و المطالبة، أو كونه مانعا إلاّ مع التأجيل، أو الحلول مع عدم المطالبة، أو كونه مانعا إلاّ مع التأجيل وسعة الأجل للحجّ و العود أقوال، و الأقوى كونه مانعا إلاّ مع التأجيل و الوثوق بالتمكّن من أداء الدين إذا صرف ما عنده في الحجّ و ذلك لعدم صدق الاستطاعة في غير هذه الصورة، و هي المناط في الوجوب، لا مجرّد كونه مالكا

ـــــــــــــــــــــــــــ

الحرج في ذلك؟ فقال الاستاذ الداماد (قدّس سرّه): نعم، فانه نظير شراء الزاد و الراحلة بالأزيد قيمة و فيه الفرق و كذلك ما اذا اشترط المديون عدم حق للداين على المطالبة الى وقت معين و لكن بالاستدعاء يمكن رفع يده عن حقه.

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

المسألة ١٦: تحصيل الاستطاعة: أي الاقتراض مع امكان الاداء لسهولة تحصيل الاستطاعة و لا يجب، فلو اقترض و الحال هذه فهو مستطيع (فلا وجه لاشكال الشريعتمداري و تبعه بعض أهل العصر فان المال الموجود حينئذ و ان كان قرضا لكنه ممكن الاداء بسهولة).

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

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸

للمال و جواز التصرّف فيه بأيّ وجه أراد، و عدم المطالبة في صورة الحلول أو الرضا بالتأخير لا ينفع في صدق الاستطاعة، نعم لا يبعد الصدق إذا كان واثقا بالتمكّن من الأداء مع فعليّة الرضا بالتأخير من الدائن، و الأخبار الدالّة على جواز الحجّ لمن عليه دين لا تنفع في الوجوب، و في كونه حجّة الاسلام، و أمّا صحيح معاوية بن عمّار، عن الصادق عليه السّلام عن رجل عليه دين، أعليه أن يحجّ؟ قال: نعم إنّ حجّة الاسلام واجبة على من أطاق المشي من المسلمين. و خبر عبد الرحمن عنه عليه السّلام انّه قال: الحجّ واجب على الرجل و إن كان عليه دين، فمحمولان على الصورة التي ذكرنا، أو على من استقرّ عليه الحجّ سابقا و إن كان لا يخلو عن إشكال كما سيظهر، فالأولى الحمل الأوّل، و أمّا ما يظهر من صاحب المستند من أنّ كلا من أداء الدين و الحجّ واجب، فاللازم بعد عدم الترجيح التخيير بينهما في صورة الحلول مع المطالبة، أو التأجيل مع عدم سعة الأجل للذهاب و العود، و تقديم الحجّ في صورة الحلول مع الرضا بالتأخير، أو التأجيل مع سعة الأجل للحجّ و العود، و لو مع عدم الوثوق بالتمكّن من أداء الدين بعد ذلك حيث لا يجب المبادرة إلى الأداء فيهما فيبقى وجوب الحجّ بلا مزاحم، ففيه أنّه لا وجه للتخيير في الصورتين الأوليين، و لا لتعيين تقديم الحجّ في الأخيرتين بعد كون الوجوب تخييرا أو تعيينا مشروطا بالاستطاعة الغير الصادقة في المقام، خصوصا مع المطالبة و عدم الرضا بالتأخير، مع أنّ التخيير فرع كون الواجبين مطلقين و في عرض واحد، و المفروض أنّ وجوب أداء الدين مطلق، بخلاف وجوب الحجّ فإنّه مشروط بالاستطاعة الشرعيّة، نعم لو استقرّ عليه وجوب الحجّ سابقا فالظاهر التخيير لأنّهما

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

نعم لا يبعد: و ان كان رعاية الاحتياط اولى فلا يكتفى بذلك الحج (لكن الظاهر ما في المتن من صدق الاستطاعة و ما ورد في الروايات المفسّرة لها من اليسار و القدرة و عنده ما يحج به و غير ذلك).

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

فالظاهر التخيير: أي عند التزاحم و عدم القدرة على الجمع و لو بالتسكع و لا يبعد حينئذ تقديم حق الناس ايضا بل هو الاظهر. و يبقى الحج على عهدته (وفاقا للبروجردي و السيد جمال فانه الموافق لمرتكز المتشرعة و الاظهر من جميع الادلة المتفرقة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹

حينئذ في عرض واحد و إن كان يحتمل تقديم الدين إذا كان حالا مع المطالبة، أو مع عدم الرضا بالتأخير لأهميّة حقّ الناس من حقّ اللّه لكنّه ممنوع، و لذا لو فرض كونهما عليه بعد الموت يوزع المال عليهما، و لا يقدّم دين الناس، و يحتمل تقديم الأسبق منهما في الوجوب، لكنّه أيضا لا وجه له كما لا يخفى.

مسألة ۱۸: لا فرق في كون الدين مانعا من وجوب الحجّ بين أن يكون سابقا على حصول المال بقدر الاستطاعة أو لا، كما إذا استطاع للحجّ ثمّ عرض عليه دين بأن أتلف مال الغير مثلا على وجه الضمان من دون تعمّد قبل خروج الرفقة، أو بعده قبل أن يخرج هو، أو بعد خروجه قبل الشروع في الأعمال فحاله حال تلف المال من دون دين، فإنّه يكشف عن عدم كونه مستطيعا.

مسألة ۱۹: إذا كان عليه خمس أو زكاة و كان عنده مقدار ما يكفيه للحجّ لولاهما فحالهما حال الدين مع المطالبة، لأنّ المستحقّين لهما مطالبون فيجب صرفه فيهما، و لا يكون مستطيعا، و إن كان الحجّ مستقرّا عليه سابقا يجيء الوجوه المذكورة من التخيير، أو تقديم حقّ الناس، أو تقديم الأسبق، هذا إذا كان الخمس أو الزكاة في ذمّته، و أمّا إذا كانا في عين ماله فلا إشكال في تقديمهما على الحجّ، سواء كان مستقرّا عليه أو لا، كما أنّهما يقدّمان على ديون الناس أيضا، و لو حصلت الاستطاعة و الدين و الخمس و الزكاة معا فكما لو سبق الدين.

مسألة ۲۰: إذا كان عليه دين مؤجّل بأجل طويل جدّا كما بعد خمسين سنة فالظاهر عدم منعه عن الاستطاعة، و كذا إذا كان الديّان مسامحا في أصله. كما في مهور نساء أهل الهند، فإنّهم يجعلون المهر ما لا يقدر الزوج على أدائه كمائة ألف روپية، أو خمسين ألف، لإظهار الجلالة، و ليسوا مقيّدين بالأعطاء و الأخذ، فمثل ذلك لا يمنع من الاستطاعة و وجوب الحجّ، و كالدين ممّن بناؤه على الابراء إذا لم يتمكّن المديون من الأداء، أو واعده بالابراء بعد ذلك.

يوزع المال: (و يظهر من بعض الادلة كصحيح بريد و صحيح معاوية ۲/ ۲۶ وجوب الحج و ۲/ ۲۱ مستحقين الزكاة تقديم الحج لا التوزيع، بل و يظهر ذلك من صحيح معاوية ۱/ ۱۱ وجوب الحج ايضا، و لكن في مرتكز المتشرعة تقديم حق الناس و اما ما في بعض الحواشي و الشروح من عدم دلالة التوزيع بعد الموت لانه وضعي متعلق بالمال عينا بخلاف زمان الحيوة فان الحكم عندئذ تكليفي ايضا ففيه (ان المراد انه لو كان الدين اهم لزم عدم تعلق الحج

بالمال في عرض تعلق الدين كما في الدين و الوصية).
المسألة ۱۸: يكشف: (لعدم الاستطاعة واقعا عندئذ فلا وجه لاشكال الخونساري (قدّس سرّه).
المسألة ۲۰: بنائه على الابراء: بحيث عدّ في العرف بمنزلة غير مديون بلا ذل و مهانة و هذا قبل فعلية الابراء بعيد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰

مسألة ۲۱: إذا شكّ في مقدار ماله و أنّه وصل إلى حدّ الاستطاعة أو لا، هل يجب عليه الفحص أم لا؟ و جهان أحوطهما ذلك، و كذا إذا علم مقداره و شكّ في مقدار مصرف الحجّ و أنّه يكفيه أو لا.

مسألة ۲۲: لو كان بيده مقدار نفقة الذهاب و الإياب و كان له مال غائب لو كان باقيا يكفيه في رواج أمره بعد العود، لكن لا يعلم بقاءه أو عدم بقائه فالظاهر وجوب الحجّ بهذا الذي بيده استصحابا لبقاء الغائب، فهو كما لو شكّ في أنّ أمواله الحاضرة تبقى إلى ما بعد العود أو لا فلا يعدّ من الأصل المثبت.

ــــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۱: احوطهما ذلك: بل لا يخلو عن قوة اذا لم يحتج الى تعمق غير المعتاد. و اذا اعتقد عدم الاستطاعة فبان الاستطاعة ثم زالت فان لم يكن مقصرا لعلمه بعدمها أو للتمسك بأصل صحيح فلا يبعد عدم كون الحج مستقرا و ان كان الاحوط ذلك (فان الفحص في كل شيء بحسبه و مالا يعلم عادة و في الغالب إلاّ بالرجوع الى الدفتر و الحساب مثلا لا يعد الرجوع الى الدفتر فحصا و لك ان تقول: لم يرد الفحص في الادلة بل الملاك انه عالم او جاهل، و حينئذ نقول يعدّ صاحب الدفتر عالما اذا كان يعلم الواقع بالرجوع الى الدفتر.
و يؤيد المطلوب رواية زيد الصائغ في الزكاة ۷/۱ زكاة الذهب و الفضة، لكنها في الشك في المقدار الواجب دفعه لا في أصل النصاب و اصل الوجوب).
المسألة ۲۲: فالظاهر وجوب: بل عدم الوجوب اقوى إلاّ ان يطمئن بالبقاء من جهة عدم الاعتناء بالاحتمال الضعيف و كذلك المثال (فان الاستصحاب لا يفيد الاطمينان العقلائي فلا يعدّ مستطيعا بصرف الاستصحاب وفاقا للاملي (قدّس سرّه) و الحكيم (قدّس سرّه) و البروجردي في الممثل لا المثال، و اما ان الاستصحاب يجري في المستقبل أم لا؟ فالظاهر الجريان و ان كان فيه كلام فصلّناه في تعليقتنا المبسوطة هنا و حاصله: ان شمول ادلة الاستصحاب للمستقبل انما هو بعموم الكبرى المذكورة في ذيل بعضها أو الغاء الخصوصية و هل يكفي ذلك فيما كان خلاف طريقة العقلاء كما اذا ظن بعدم البقاء؟ الظاهر ذلك لان ذلك لا يختص بالمستقبل لوجود هذا القسم في الماضي ايضا.
و أما الاشكال بالاثبات من جهة ان الحكم مترتب على حضور المال لا صرف وجوده، ففيه: ان صرف وجوده في مكان ممكن الوصول اليه يوجب الاستطاعة فلا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱

مسألة ۲۳: إذا حصل عنده مقدار ما يكفيه للحجّ يجوز له قبل أن يتمكّن من المسير أن يتصرّف فيه بما يخرجه عن الاستطاعة، و أمّا بعد التمكّن منه فلا يجوز و إن كان قبل خروج الرفقة، و لو تصرّف بما يخرجه عنها بقيت ذمّته مشغولة به، و الظاهر صحّة التصرّف مثل الهبة و العتق و إن كان فعل حراما، لأنّ النهي متعلّق بأمر خارج، نعم لو كان قصده في ذلك التصرّف الفرار من الحجّ لا لغرض شرعي أمكن

وجه لكلام الخوئي في ان الموضوع للحكم الرجوع الى الكفاية و هو لا يثبت بهذا الاصل و قد اثبت وجوب الحج بأدلة تفسير الاستطاعة بالزاد و الراحلة، و فيه: انها بمنزلة التفسير الاحياني اي فيما تحتاج اليهما لا مطلقا مع انا نعلم بدخالة امور أخر ايضا غيرهما أي فاذا علمنا بان الاصل هو الاستطاعة فهي الملاك.

ثم لو كان الملاك هو الاصل الشرعي هنا و اشكلنا أجراء الاصل في الغائب من جهة الاثبات امكن الفرق بين المثال و الممثل و اما لو قلنا الملاك واحد و هو الاطمينان فلا فرق بينهما).

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

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

بعدم الصحة: قصد الفرار لا يوجب البطلان.

في السنة الاخرى لم يمنع: فيه اشكال بل الاوجه عدم الجواز (حاصل الكلام في المقام انه لم يرد حكم اتلاف الموضوع في دليل شرعي و انما هو امر عقلي او عقلائي، و التحقيق انه قبل ورود الحكم يجوز التعجيز عن امتثال الحكم الذي سيرد لعدم اقتضاء للمعدوم حتى اذا كان بقصد الفرار عن الامتثال و ان كان يعدّ الشخص حينئذ بطّالا مسامحا لكنه تقبيح فاعلي لا فعلي و لو شك في ذلك ايضا لا يحكم بالقبح الفعلي، و اما بعد الورود و الفعلية فلا يجوز اذهاب الموضوع لان الحكم فعلي و كذا الموضوع و اما بعد الورود و قبل الفعلية كالمشروط بوقت- لا المعلق- فالظاهر انه كحكمه قبل الورود حتى في صورة قصد الفرار لعدم فعلية الحكم هذا كله فيما لم يستفد من الحكم انه مصراعي ذكر لحفظ الجامع بين المصراعين لا خصوص هذا الطرف و إلاّ فيجوز اذهاب الموضوع و لو بعد الفعلية كالحاضر و المسافر فان العناية التامة في ذلك على اصل الصلاة أي الجامع لا خصوص القصر أو التمام.

المعلقات على العروة الوثقى، ج٤، ص ٥٢

أن يقال بعدم الصحّة، و الظاهر أنّ المناط في عدم جواز التصرّف المخرج هو التمكّن في تلك السنة، فلو لم يتمكّن فيها و لكن يتمكّن في السنة الاخرى لم يمنع عن جواز التصرّف، فلا يجب إبقاء المال إلى العام القابل إذا كان له مانع في هذه السنة، فليس حاله حال من يكون بلده بعيدا عن مكّة بمسافة سنتين.

و في المقام الموضوع هو المستطيع و ليس امرا مصراعيا و الاستطاعة قيد الموضوع حدوثا و بقاء بل ما لم تبق قبل تمام الاعمال ليس استطاعة إلاّ تخيلا.

و من كان له زاد و راحلة و صحة في البدن و مخلّى السرب و الكفاية فهو مستطيع أي يقدر على ايقاع الحج في ظرفه، و الظاهر ان الوجوب فعلي و يرد على هذا الموضوع و ان كان الواجب استقباليا، و انما الكلام في ان الاستطاعة في أي وقت تلاحظ؟ يتفرع ذلك على ان قيد «اشهر معلومات» قيد الموضوع. أي يجب الحج في الاشهر، أو قيد الحكم أي يجب في الاشهر الحج، أو قيد المتعلق أي يجب على المستطيع في الاشهر الحج، و لعلّ الظاهر من جمع الآيتين ان الوجوب و الاستطاعة مطلقان و الاشهر قيد الحج اي يجب على الناس الحج في الاشهر، فالوجوب مطلق غير مشروط و كذا الاستطاعة فمن يجد الآن اليسار المالي و يرى السرب مخلّى في ظرفه يعدّ مستطيعا لا يجوز له اذهاب الموضوع و لو قبل سنوات إلاّ ما هو على السيرة كمن يعلم امكان الحج بعد عشرين سنة فالسيرة على جواز التصرف

فعلا إلّا ان يقال: المتفاهم عرفا من كل حكم جعل في ظرف الاشهر ان ضيق التكليف انما هو في السنة، كما ان ما جعل على احد أيام الاسبوع فالضيق و لزوم المراعاة انما هو في الاسبوع و كما ان ما جعل في ظرف العمر فالمراعاة في جميع العمر، و على ذلك فحفظ الاستطاعة انما يجب في سنة امكان الخروج فقط، لكن ذلك غير مسلم عرفا نعم السيرة على جواز التصرف فيما لا يتمكن من الخروج في السنوات القريبة و اما فيها فلا يجوز التصرف المفني للمال و لا سيرة عليه إلّا في غير المفني كهبة أو انفاق أو اكرام ضيف غير مفني للمال. و على ذلك فلا عبرة بخروج الرفقة و لا بشروع الاشهر و لا بالتمكن من المسير في السنة كما ليس عدم جواز اذهاب الموضوع هنا لتعبد خاص بدليل خارج كما قال الحكيم (قدّس سرّه) أو لدعوى ظهور من استطاع في كفاية الاستطاعة آنا ما كما قاله ايضا. بل على القاعدة العامة كما ذكرنا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳

مسألة ٢٤: إذا كان له مال غائب بقدر الاستطاعة وحده أو منضما إلى ماله الحاضر و تمكّن من التصرّف في ذلك المال الغائب يكون مستطيعا، و يجب عليه الحجّ، و إن لم يكن متمكّنا من التصرّف فيه و لو بتوكيل من يبيعه هناك فلا يكون مستطيعا إلّا بعد التمكّن منه، أو الوصول في يده، و على هذا فلو تلف في الصورة الاولى بقي وجوب الحجّ مستقرا عليه إن كان التمكّن في حال تحقّق سائر الشرائط، و لو تلف في الصورة الثانية لم يستقرّ، و كذا إذا مات مورثه و هو في بلد آخر و تمكّن من التصرّف في حصّته أو لم يتمكّن فإنّه على الأول يكون مستطيعا بخلافه على الثاني.

مسألة ٢٥: إذا وصل ماله إلى حدّ الاستطاعة لكنّه كان جاهلا به أو كان غافلا عن وجوب الحجّ عليه ثمّ تذكّر بعد أن تلف ذلك المال فالظاهر استقرار وجوب الحجّ عليه إذا كان واجدا لسائر الشرايط حين وجوده، و الجهل و الغفلة لا يمنعان عن الاستطاعة، غاية الأمر أنّه معذور في ترك ما وجب عليه، و حينئذ فاذا مات قبل التلف أو بعده وجب الاستيجار عنه إن كانت له تركة بمقداره، و كذا إذا نقل ذلك المال إلى غيره بهبة أو صلح ثمّ علم بعد ذلك أنّه كان بقدر الاستطاعة، فلا وجه لما ذكره المحقّق القميّ في

و اما المعاملات المذهبة للمال فتحرم و تصح و لو بقصد الفرار عن الامتثال اذ النهي عن الانشاء او المنشأ يدل على البغض فقط لا الفساد، فانه توصلي لا يعتبر فيه القربة، و انما يدل على الفساد فيما قامت قرينة على ان تعلق النهي بعنوان المعاملة ارشاد الى الفساد و لا دليل على ذلك في المقام فهو كسائر التوصليات كالنهي عن الغسل بالماء المغصوب، ان لم تعتبر القربة لا اشكال في التطهر به بخلاف ما اعتبر فيه القربة كالغسل و يمكن ان يقال: النهي المتعلق بعنوان المعاملة ظاهر في الارشاد الى الفساد بخلاف المقام مما تعلق بأمر آخر و هو الفرار عن الامتثال).

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

المسألة ٢٥: فالظاهر استقرار: فيما كان جهله عن تقصير بخلاف الاشتباه عند الفحص. (و الظاهر ان القصور و التقصير هنا يختلف بحسب الجهل لا التلف فلا وجه لحاشية الاستاذ و الگلپايگاني (مدّ ظلهما) و الحكيم (قدّس سرّه).

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

بهبة أو صلح: فيما لا يكونان من شؤونه و حوائجه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴

أجوبة مسائله من عدم الوجوب، لأنه لجهله لم يصر موردا، و بعد النقل و التذكّر ليس عنده ما يكفيه فلم يستقرّ عليه، لأنّ عدم التمكّن من جهة الجهل و الغفلة لا ينافي الوجوب الواقعيّ و القدرة الّتي هي شرط في التكليف القدرة من حيث هي، و هي موجودة، و العلم شرط في التنجز لا في أصل التكليف.

مسألة ٢٦: إذا اعتقد أنّه غير مستطيع فحجّ ندبا، فإن قصد امتثال الأمر المتعلّق به فعلا و تخيّل أنّه الأمر الندبيّ أجزأ عن حجّة الاسلام، لأنّه حينئذ من باب الاشتباه في التطبيق، و إن قصد الأمر الندبيّ

المسألة ٢٦: اجزء: و ان كان فيه اشكال من جهة قصد العنوان لاحتمال تعدد حجة الاسلام و غيرها عنوانا في الشريعة لكن الظاهر كفاية الارتكاز (فقد مرّ تفاوت الآثار و العنوان نظير صلاة الصبح و نافلته فلا وجه لما في بعض الحواشي. لكن الظاهر كفاية الارتكاز و القصد الاجمالي في ذلك.

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

على وجه التقييد: ان كان المراد قصد الامتثال مشروطا بحيث لو علم ان وظيفته الواقعية ايضا الجانب الآخر لم يمتثل فبطلانه واضح (اذ الامتثال قصدي عند العقلاء فلا وجه لبعض الحواشي في عدم تأثير التقييد لكنه انما يأتي من غير المتديّن بل من غير العاقل و ان كان المراد صورة علمه القطعي بأن الوظيفة هذا الجانب فلا يلتفت الى الجانب الآخر اصلا و هو الذي تصوره الشاهرودي (قدّس سرّه) في الحج و يقول هذا هو المراد فيتصور فيه ايضا الخطأ في التطبيق و التقييد بالمعنى الاول، لعدم منافاة العلم القطعي للارتكاز فيكن بحسب ارتكازه ارادة الامتثال مطلقا و أيّ وظيفة واقعية، كما يمكن ان يكون من الذين يعبد اللّه تعالى على حرف.

و بهذا التشقيق يظهر ان المراد من التقييد هو المعنى الاول. و اما اشكال الاستاذ (مدّ ظلّه) بأن الخطأ في التطبيق مع العلم و الالتفات بالحكم و الموضوع مشكل ففيه ان الارتكاز كاف في المقصود و اما اشكال الگلپايگاني (مدّ ظله) في الاجزاء في هذه الصورة و لعله للزوم قصد العنوان أي عنوان حجة الاسلام و في هذه الصورة غير متحقق ففيه كفاية قصد العنوان ارتكازا أيضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵

على وجه التقييد لم يجز عنها، و إن كان حجّه صحيحا و كذا الحال إذا علم باستطاعته ثمّ غفل عن ذلك، و أمّا لو علم بذلك و تخيّل عدم فوريّتها فقصد الأمر الندبيّ فلا يجزي، لأنّه يرجع إلى التقييد.

مسألة ٢٧: هل تكفي في الاستطاعة الملكيّة المتزلزلة للزاد و الراحلة و غيرهما، كما إذا صالحه شخص ما يكفيه للحجّ بشرط الخيار له إلى مدّة معيّنة، أو باعه محاباة كذلك، وجهان أقواهما العدم، لأنّها في معرض الزوال إلاّ إذا كان واثقا بأنّه لا يفسخ و كذا لو وهبه و أقبضه إذا لم يكن رحما، فإنّه ما دامت العين موجودة له الرجوع، و يمكن أن يقال بالوجوب هنا حيث إنّ له التصرّف في الموهوب فتلزم الهبة.

مسألة ٢٨: يشترط في وجوب الحجّ بعد حصول الزاد و الراحلة بقاء المال إلى تمام الأعمال، فلو تلف بعد ذلك و لو في أثناء الطريق كشف عن عدم الاستطاعة. و كذا لو حصل عليه دين قهرا عليه، كما

حجّه صحيحا: فيه اشكال (لعدم تحمل هذا الظرف لغير حجة الاسلام إلاّ على الترتب لكنه يحتاج الى الدليل و ان قلنا بإمكانه وفاقا للبروجردي و الاستاذ و الگلپايگاني خلافا للسيد عبد الهادي (قدّس سرّه) و الخوئي و أما ما في بعض الحواشي من كفاية الحسن الفعلي و الفاعلي في الصحة فالحج هنا صحيح ففيه منع الأول اذ بناء على عدم ظرفيّة الزمان للحج الندبي، و بناء على اثر التقييد من عدم عدّه امتثالا للحج الواجبي فلا حسن فعلي بعنوان الحج و ان كان حسنا بعنوان العبادة المطلقة و أصل التضرّع الى الباري تعالى).
المسألة ٢٧: واثقا: لا يفيد الوثوق هنا لرفع التزلزل فلو انكشف الخلاف بان عدم الاستطاعة (و ليس التصرف هنا كالهبة ملزما لإمكان الانتقال الى البدل.
فان التصرف من غير ذي الخيار لا يوجب اللزوم. و اما ما قال الخوئي (مد ظله) من عدم منع التزلزل صدق الاستطاعة و كذا عنوان: عنده ما يحج به، و نحو ذلك حتى مع علمه بالزوال فضلا عن الاحتمال ... ففيه ان هذه العناوين منصرفة عرفا عمّا هو زائل بل و محتمل الزوال ايضا فاذا قال المولى: لينفق ذو سعة من سعته؛ لا ينبعث منه من له المال المتزلزلة التي يمكن استرجاعها من ناحية الغير بعد ساعة).
له التصرف في الموهوب: و هذا أظهر (خلافا للسيد جمال و بعض آخر حيث يقول هذا من تحصيل الاستطاعة و فيه ان التصرف غير قبول الهبة فانه للادخال في الملك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶

إذا أتلف مال غيره خطأ، و أمّا لو أتلفه عمدا فالظاهر كونه كإتلاف الزاد و الراحلة عمدا في عدم زوال استقرار الحجّ.
مسألة ٢٩: إذا تلف بعد تمام الأعمال مؤنة عوده إلى وطنه، أو تلف ما به الكفاية من ماله في وطنه بناء على اعتبار الرجوع إلى كفاية في الاستطاعة، فهل يكفيه عن حجّة الاسلام أو لا؟ وجهان، لا يبعد الاجزاء، و يقرّ به ما ورد من أنّ من مات بعد الاحرام و دخول الحرم أجزأه عن حجّة الاسلام، بل يمكن أن يقال بذلك إذا تلف في أثناء الحجّ أيضا.

و هذا لرفع قدرة الواهب للاسترجاع فيصدق الاستطاعة عرفا).
المسألة ٢٩: لا يبعد: (للارتكاز عند المتشرعة بأن الاستطاعة لحصول الاعمال و هنا قد حصلت فتأمل.
و سكوت الأئمة عليهم السّلام مع كثرة وقوع هذه الامور مع ان لازم عدم الاجزاء عدمه في تلف قدر من كراء العود كتلف كراء انتقاله من طهران الى قم مثلا في العود بل و أقل من ذلك و هو بعيد جدا فالقاعدة الاولية تقتضي عدم الاجزاء لكن الاجزاء أظهر لذلك و لأن عدم الاجزاء نوع ايقاع من الشارع في الحرج، و لروايات الاستنابة في الطواف لمن مرض، بلا تفصيل بين الواجب و الندب بل يمكن ان يقال ظاهر الآية اعتبار الاستطاعة لإتيان البيت لا الرجوع و انما اعتبر الرجوع لأن البقاء هناك حرج فلا يعدّ استطاعة فاعتباره في الاستطاعة من جهة دخالة الحرج في تغيير عنوان الموضوع و هنا لا يجري الحرج لكونه خلاف الامتنان فالظاهر لذا و ذاك، الصحة وفاقا للماتن و الشيرازي (قدّس سرّه) و الخوئي (مد ظله) و بعض آخر و استدل بعض أهل العصر بأن الاعمال تحققت بعد حصول الاستطاعة ثم

زالت الاستطاعة و الزوال بعد الاعمال لا يؤثر في صحة ما وقع قبلا و فيه: ان الاستطاعة لم تكن حاصلة بل تخيل حصولها و انكشف الخلاف فالأوجه في الاستدلال ما ذكرنا و اما ما ذكره الماتن ففيه ما سنذكره).

و يقربه: هو اجزاء الجزء عن الكل و المقام اجزاء غير الواجب عن الواجب فلا يرتبطان.

في اثناء الحج: ان استطاع التتميم و ان كان للصحة مطلقا وجه (لما مرّ من كثرة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷

مسألة ۳۰: الظاهر عدم اعتبار الملكيّة في الزاد و الراحلة، فلو حصلا بالاباحة اللازمة كفى في الوجوب لصدق الاستطاعة، و يؤيّده الأخبار الواردة في البذل، فلو شرط أحد المتعاملين على الآخر في ضمن عقد لازم أن يكون له التصرّف في ماله بما يعادل مائة ليره مثلا وجب عليه الحجّ، و يكون كما لو كان مالكا له.

مسألة ۳۱: لو أوصى له بما يكفيه للحجّ فالظاهر وجوب الحجّ عليه بعد موت الموصي، خصوصا إذا لم يعتبر القبول في ملكيّة الموصى له، و قلنا بملكيّته ما لم يردّ، فإنّه ليس له الردّ حينئذ.

الابتلاء و عدم التذكر. مع انه نوع ايقاع في الحرج فكلام الاستاذ و الخونساري و بعض آخر على القاعدة لكن الوجه ما ذكرنا).

المسألة ۳۰: بالاباحة اللازمة: (قال الخوئي لا دخالة للزوم الاباحة و فيه ان التقييد باللزوم لاعتقاده عدم افادة الاختصاص المتزلزل في الاستطاعة و اما اعتبار اللزوم في العقد فلأن العقد الخياري لا يلزم بالتصرف من غير ذي الخيار فينتقل الى البدل فيكون خسارا على المتصرف.

و أما أصل المسألة فلشمول تعبير: عنده ما يحج به، أو يقدر و ... للمقام و كذا عنوان الاستطاعة و اما تعبير: له زاد و راحلة، في مثل حديث حفص الكناسي فان كان اللام للملك فهل هو مقيد لما سبق من المطلقات أو يكون من باب أحد المصاديق، و الثاني أظهر لأظهرية تلك التعابير المطلقة. و لعل اللام في الحديث للاختصاص لا الملك فلا اشكال.

و قال الخوئي (مد ظله): انما يحمل المطلق على المقيد اذا وردا في متعلقات الاحكام مثل: اعتق رقبة و اعتق رقبة مؤمنة، لا في موضوعاتها كنجاسة الخمر و المسكر لعدم التنافي، و فيه: عدم وجود قاعدة اصولية أو غيرها على هذا العنوان و انما الملاك هو الاظهرية و هنا لو لا ما ذكرنا من اظهرية المطلقات لأمكن ان يقال: يحمل المطلق على المقيد و إلاّ لزم كون اخذ الملكية لغوا. ثم الفرق بين الاباحة المالكية و الشرعية التي في المباحات الاصلية واضح جدا فلا تحصل الاستطاعة العرفية بالثاني و إلاّ لكان جميع الناس مستطيعين).

المسألة ۳۱: خصوصا: وجوب الحج مبتن عليه فلا يجب على غير هذا المبنى إلاّ اذا كان الايصاء بعنوان الحج فهو من الاستطاعة البذلية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸

مسألة ۳۲: إذا نذر قبل حصول الاستطاعة أن يزور الحسين عليه السّلام في كلّ عرفة ثمّ حصلت لم يجب عليه الحجّ، بل و كذا لو نذر إن جاء مسافره أن يعطي الفقير كذا مقدارا، فحصل له ما يكفيه لأحدهما بعد حصول المعلّق عليه، بل

و كذا إذا نذر قبل حصول الاستطاعة أن يصرف مقدار مائة ليره مثلا في الزيارة أو التعزية أو نحو ذلك، فإن هذا كلّه مانع عن تعلّق وجوب الحجّ به، و كذا إذا كان عليه واجب مطلق فوريّ قبل حصول الاستطاعة، و لم يمكن الجمع بينه و بين الحجّ، ثمّ حصلت الاستطاعة و إن لم

المسألة ۳۲: لم يجب عليه الحج: بل يجب عليه الحج و لا يجب عليه قضاء الزيارة إلّا اذا كان نذرها من باب تعدد المطلوب فيأتي بها اداء.

(حاصل الكلام في المقام ان النذر هل ينعقد بالرجحان الذاتي أو مع لحاظ المقارنات فيبقى الرجحان بعد تزاحم المقتضيات ثم الاستطاعة في الحج هو الزاد و الراحلة و الكفاية و تخلية السرب فقط أو هي مع القدرة الشرعية، فلو قلنا بكفاية الرجحان الذاتي في انعقاد النذر و ان الاستطاعة الزاد و الراحلة و ... مع القدرة الشرعية فلا ريب في تقدم النذر كما انه لو قلنا بإنعقاد النذر بالرجحان مع لحاظ المقارنات و ان الاستطاعة خصوص الزاد و الراحلة و ... يقدم الحج بلا ريب، و اما لو قلنا بإنعقاد النذر بصرف الرجحان ذاتا و ان الاستطاعة خصوص الزاد و الراحلة و ...

فيقع التزاحم و يلاحظ الاهم، و لا وجه لرعاية التقدم زمانا خلافا للحكيم (قدّس سرّه) فهل ترى التقدم زمانا هو الملاك في حلّ تعارض قولي القائل: بعتك هذا الكتاب لو لم أبعه بعدا من زيد، و قال بعد ذلك لزيد: بعتك لو لم أبعه قبلا من غيرك؟

و كيف كان فلا نرى عرفيّة ذلك، و اما ان قلنا بإشتراط النذر بالرجحان مع لحاظ المقارنات و الاستطاعة اعم من الزاد و الراحلة، و عدم مزاحم شرعا فالظاهر أنه يدور الأمر، إذ وجوب الحج يتوقف على الاستطاعة و هي على عدم انعقاد النذر و هو على وجوب الحج و ليس الدور في مقام الامتثال بل في مقام توارد الملاك و انشاء الحكم فبحسب الظاهر ينتفي الحكمان لأجل الدور و استحالة الانشاء لكن بعد العلم خارجا بعدم رضى الشارع بتركهما و تمامية مصلحية احدهما يحكم العقل بلزوم اتيان الاهم منهما، هذا و الظاهر ان الرجحان الذاتي كاف لانعقاد النذر لعدم دليل على أزيد من كون متعلقه طاعة أو عدم كونه معصية و لا ريب في ان المتعلق هنا بنفسه كذلك و ان كان يقارن المعصية لكنها ليست متعلقة للنذر فما قاله الخوئي (مد ظله) هنا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹

يكن ذلك الواجب أهمّ من الحجّ لأنّ العذر الشرعيّ كالعقليّ في المنع من الوجوب، و أمّا لو حصلت الاستطاعة أوّلا ثمّ حصل واجب فوريّ آخر لا يمكن الجمع بينه و بين الحجّ يكون من باب المزاحمة، فيقدّم الأهمّ منهما، فلو كان مثل إنقاذ الغريق قدّم على الحجّ، و حينئذ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجب الحجّ فيه، و إلّا فلا إلّا أن يكون الحجّ قد استقرّ عليه سابقا، فإنّه يجب عليه و لو متسكعا.

من عدم امكان اضافة مثل المورد اليه تعالى لإستلزامه ترك الواجب، و اللازم في النذر اضافته اليه تعالى فيه ان المراد من الاضافة لا بد ان يكون هو الطاعة، و هذا معلوم انما الكلام في كونه كذا بالذات أو مع المقارنات و لا نسلم عدم الاضافة اليه تعالى اذا كان المتعلق بذاته راجحا. و اما الاستطاعة فالظاهر بحسب الادلة انها نفس الزاد و الراحلة و ... لا هي مع القدرة الشرعية فالمراد هو المعنى العرفي من الاستطاعة وفاقا لغير واحد منهم الشاهرودي (قدّس سرّه) خلافا

للحكيم (قدّس سرّه) كما انه اعتقد في النذر ايضا الرجحان الملاحظ مع المقارنات. و حينئذ فلا بد ان يلاحظ الاهم و لا اشكال في اهمية الحج أي اصله لا فوريته فاذا استلزم النذر ترك الحج مطلقا انحل النذر لأهمية الحج و لو استلزم تركه لسنة أو سنتين فلا نسلم الاهمية فلو لم يأت و مات أخرج من التركة.

و بما ذكرنا يظهر النظر في حاشية الگلپايگاني (مد ظله) أيضا في المسألة ٣٣:

«... النذر ايضا مشروط بالرجحان الفعلي حين العمل» على ما هو الظاهر منه من ارادة الرجحان مع المقارنات فان استلزام راجح لمرجوح لا يجعل الراجح ذاتا مرجوحا فان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضدّه).

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

الاستطاعة أولا: لا فرق بين الصورتين على مبناه ايضا أذ العذر الشرعي المتأخر ايضا مانع عن تحقق الاستطاعة و لو بقاء و لا ريب في اعتبار بقائها ايضا كحدوثها. كما انه على ما ذكرنا لا فرق بين الصورتين و يلزم رعاية الأهمية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰

مسألة ٣٣: النذر المعلّق على أمر قسمان، تارة يكون التعليق على وجه الشرطيّة، كما إذا قال إن جاء مسافري فللّه عليّ أن أزور الحسين عليه السّلام في عرفة، و تارة يكون على نحو الواجب المعلّق، كأن يقول: للّه عليّ أن أزور الحسين عليه السّلام في عرفة عند مجيء مسافري فعلى الأوّل يجب الحجّ إذا حصلت الاستطاعة قبل مجيء مسافره، و على الثاني لا يجب فيكون حكمه حكم النذر المنجّز في أنّه لو حصلت الاستطاعة و كان العمل بالنذر منافيا لها لم يجب الحجّ، سواء حصل المعلّق عليه قبلها أو بعدها و كذا لو حصلا معا لا يجب الحجّ، من دون فرق بين الصورتين، و السرّ في ذلك أنّ وجوب الحجّ مشروط و النذر مطلق، فوجوبه يمنع من تحقّق الاستطاعة.

مسألة ٣٤: إذا لم يكن له زاد و راحلة و لكن قيل له: حجّ و عليّ نفقتك و نفقة عيالك وجب عليه، و كذا لو قال: حجّ بهذا المال و كان كافيا له ذهابا و إيابا و لعياله، فتحصل الاستطاعة ببذل النفقة كما تحصل بملكها، من غير فرق بين أن يبيحها له أو يملّكها إيّاه، و لا بين أن يبذل عينها أو ثمنها، و لا بين أن يكون البذل واجبا عليه بنذر أو يمين أو نحوهما أو لا، و لا بين كون الباذل موثوقا به أو لا على الأقوى، و القول بالاختصاص بصورة التمليك ضعيف، كالقول بالاختصاص بما إذا وجب عليه أو بأحد الأمرين من التمليك أو الوجوب و كذا القول بالاختصاص بما إذا كان موثوقا به، كلّ ذلك لصدق الاستطاعة، و إطلاق المستفيضة من الأخبار، و لو كان له بعض النفقة فبذل له البقيّة وجب أيضا، و لو بذل

المسألة ٣٣: قسمان: الحج مقدم على جميع التقادير لما مرّ (و ان قبل الشاهرودي و بعض آخر ما في المتن و ذلك لما مرّ من تقدم الحج لأهميته، حتى في النذر المطلق).

المسألة ٣٤: أو يملّكها اياه: أي ليصرفه في الحج (و هذا من شواهد امكان التقييد في التمليك كما قلنا سابقا في التمليك لتذكار الصديق (يادگاري) ثم لا ريب في أصل المسألة أي الوجوب بالبذل كما في ٢/ ٨ و ٢ و ٣ و ٥/ ١٠

وجوب الحج و غير ذلك و موضوع الحكم في غير واحد منها هو العرض و هو أعم من التمليك و الاباحة بل و الوعد بالاباحة مثل قوله: حج و احتمل مخارجك، اذا كان موثوقا به).

موثوقا به: اعتبار الوثوق لا يخلو عن قوة فاستقرار الحج على من لم يثق و ان بان بعد ذلك صحة القرار و القول بعيد جدا (فان البذل مصداق الاستطاعة في الآية بنوع من التوسعة لكن الحكم بالاستقرار على غير موارد الوثوق خلاف سيرة العقلاء في امثال الموارد تحسينا و تقبيحا و خلاف ارتكاز المتشرعة و لو كان هذا هو المراد لزم التصريح. فالوثوق معتبر في صدق الاستطاعة اذا ارتبطت بعمل الغير فتدبره).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱

له نفقة الذهاب فقطّ و لم يكن عنده نفقة العود لم يجب، و كذا لو لم يبذل نفقة عياله إلاّ إذا كان عنده ما يكفيهم إلى أن يعود، أو كان لا يتمكّن من نفقتهم مع ترك الحجّ أيضا.

مسألة ٣٥: لا يمنع الدين من الوجوب في الاستطاعة البذليّة، نعم لو كان حالا و كان الديّان مطالبا مع فرض تمكّنه من أدائه لو لم يحجّ و لو تدريجا ففي كونه مانعا أو لا وجهان.

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

مسألة ٣٧: إذا وهبه ما يكفيه للحجّ لأن يحجّ وجب عليه القبول على الأقوى، بل و كذا لو وهبه و خيّره بين أن يحجّ به أو لا، و أمّا لو وهبه و لم يذكر الحجّ لا تعيينا و لا تخييرا فالظاهر عدم وجوب القبول كما عن المشهور.

نفقة العود لم يجب: إلاّ أن لا يريد العود.

المسألة ٣٥: نفقة عياله: لا دخالة لذلك في الاستطاعة البذلية، نعم مع منع الحج عن تحقق الانفاق الواجب لا يجب الحج و ان كان صحيحا لو حج. (و اعتقد الخوئي (قدّس سرّه) عدم وجوب الحج فيما لم يكن الانفاق واجبا ايضا اذا كان عدم الانفاق حرجا عليه و كان الحج مانعا عن الانفاق، و لا يبعد ذلك ان فرض ذلك.

و الظاهر عدم صحة اطلاق كلام الخونساري (قدّس سرّه) في ايجاب الحج مطلقا).

وجهان: اقواهما الاول (لعدم صدق الاستطاعة، و كذا انصراف ادلّة البذل، و ايضا اهمية اداء الدين لو فرض اطلاق ادلة البذل، و لا فرق بين حلول الدين و تأجيله اذا فرض منع الحج ادائه).

المسألة ٣٦: لا يشترط: إلاّ اذا أوجب سفره حرجا عليه من هذه الجهة بأن كان كسبه في هذه الايام مثلا، (بل يمكن نفي اطلاق الادلة ايضا من هذه الجهة فان مفادها التسوية بين البذل و الملك لا نفي جميع الشرائط حتى تخلية السرب مثلا، ان قلت: في المالية ايضا لا يعتبر الرجوع الى الكفاية إلاّ من باب الحرج فالتسوية توجب الوجوب، قلت: سيأتي البحث عن ذلك لكن صورة الحرج مستثناة على أي حال من الوجوب.

المسألة ٣٧: و خيّره: في الوجوب حينئذ تأمل بل منع (لو وجب في هذه الصورة وجب في الهبة المطلقة فان التخيير موجود فيها ايضا لكنه عقلي و الظاهر عدم شمول ادلة البذل له و لو كانت ادلة البذل بيان احدى مصاديق الاستطاعة كان هذا من تحصيل الاستطاعة نظير القبول في الهبة المطلقة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲

مسألة ۳۸: لو وقف شخص لمن يحجّ أو أوصى أو نذر كذلك فبذل المتولّي أو الوصي أو الناذر له وجب عليه، لصدق الاستطاعة، بل إطلاق الأخبار، و كذا لو أوصى له بما يكفيه للحجّ بشرط أن يحجّ، فإنّه يجب عليه بعد موت الوصيّ.

مسألة ۳۹: لو أعطاه ما يكفيه للحجّ خمسا أو زكاة و شرط عليه أن يحجّ به فالظاهر الصحّة و وجوب الحجّ عليه إذا كان فقيرا، أو كانت الزكاة من سهم سبيل اللّه.

مسألة ٤٠: الحجّ البذليّ مجز عن حجّة الإسلام، فلا يجب عليه إذا استطاع مالا بعد ذلك على الأقوى.

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

المسألة ۳۸: فبذل المتولي: (اي ادلة عرض الحج مطلقة من هذه الجهة فلا فرق بين كون الباذل مالكا أو وصيا أو غيرهما لإطلاق الدليل).

المسألة ۳۹: الصحة: في صحة الشرط و وجوب الحج اشكال إلاّ اذا كانت من سهم سبيل ... تعالى و كان الحج عندئذ من المصالح العامة لأمر قد وقع خارجا، و كذا اذا اعطاه الحاكم الشرعي و عيّن المصرف بعنوان الولاية. (فان ما بيد المالك التطبيق على الأفرار في السهام و اما تعيين المصرف فليس له الولاية و اما سهم سبيل ... فحيث يكون التعيين فيه تعيين الجهة فللمالك ايضا التطبيق. و اما اشكال ان الاعطاء عمل خارجي لا يقبل التعليق و الاشتراط: ففيه ان الاعطاء بعنوان الزكاة يشتمل على جهة اعتباريّة و هو تطبيق الزكاة عليه قصدا. ان قلت: فهو حينئذ امر انشائي و التعليق فيه يبطل، قلت: لا مانع من تعليق المنشأ على التزام الطرف الحاصل بالفعل كما لا مانع من تعليق الالتزام بالانشاء على العمل الخارجي فالبائع يعلق انشائه البيعي على التزام الطرف بشيء بالفعل كما يمكنه تعليق التزامه بهذا الانشاء على عمل الطرف خارجا).

المسألة ٤٠: مجز: (بلا ريب لصحيح ۲/ ۱۰ وجوب الحج: «... حجّة تامة» و اما ٦/ ۱۰ الدال على الوجوب اذا ايسر بعد ذلك فضعيف سندا و معرض عنه، و حمله الشيخ في التهذيب على الاستحباب خلافا لإستبصاره في الايجاب).

المسألة ٤١: قبل الدخول في الاحرام: لكن الباذل ضامن لضرره و قد يحرم فيما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳

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

كان ذلك هتكا للمبذول (إذا شرع في العمل ففي الرجوع اشكال مطلقا فانه نوع قرار يشمله عموم أوفوا بالعقود. و بالشروع يتحقق القبول إلاّ ان يقال: العقد ليس صرف القرار بل اذا كان معاوضة و معاملة أي روح المقارّة و لا يتحقق اذا كان من طرف واحد أي كان منه الانفاق بلا عوض من الطرف المقابل و فيه ان الهبة غير المعوضة كذلك بحسب روح العمل مع انه عقد، إلاّ ان يقال: كل ما كان كذلك فهو و ان كان عقدا لكن يعلم باستقصاء من الشرع عدم كونه لازما هذا و لكن الاضرار موجب للضمان كما ان الهتك حرام).

وجهان: اقواهما الجواز مع ضمان الضرر الحاصل فيتم المبذول له الحج و يضمن الباذل لاجل الغرور بل لعدم الجواز تكليفا ايضا وجه بل هو حرام ان كان هتكا (لإحتمال تحقق العقد و القرار بين الباذل و المبذول له بنفس قوله: حج و

عليّ نفقتك و قبول المبذول له قولا أو فعلا. إلاّ أن يقال: صرف الانعقاد لا يدل على اللزوم. ان قلت: فاين اطلاق كريمة **أوفوا**؟ قلت: يعلم الجواز بالاولوية من الهبة و نحوها هذا و لكن الرجوع قد يكون هتكا فيحرم ان كان كذلك، و اما الغرور فهو قاعدة عقلائية مع ما في ۷/۱ عيوب النكاح: «... كما غرّ الرجل و خدعه» و لا بأس بمحمد بن سنان الواقع في السند كما ان المراد من الخدعة ليس العمد القصدي منه بل انخداع المغرور بعمل الغار فالانخداع لازم لا الاخداع العمدي، و ذلك بحسب فهم العقلاء من الدليل ما هو مبني عليه في اعمالهم و سيرتهم.

و اما احتمال عدم وجوب اتمام الحج في المقام و القول باختصاصه بالواجب واقعا أو المستحبّ لا ما تخيّله واجبا لتخيّل الاستطاعة ففيه ان اتمام الحج واجب بإطلاق دليل: اتموا الحج، الشامل حتى لمورد البذل و عند الرجوع ايضا فلا وجه لقول الخوئي (قدّس سرّه) بعدم وجوب الاتمام اذا شرع بعنوان الوجوب و انكشف عدم الاستطاعة بل اطلاق الدليل يوجب وجوب الاتمام بأي وجه كان، و كذا قوله بجواز الرجوع تكليفا مطلقا و الضمان، للسيرة على ضمان ما يقع بأمر الغير لا للغرور أو الاضرار، ففيه:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴

مسألة ٤٢: إذا رجع الباذل في أثناء الطريق ففي وجوب نفقة العود عليه أو لا وجهان.

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

اولا: انه عقد و قرار و لو ثبت انه جائز فالهتك حرام.

ثانيا: ان المراد من الغرور هنا ايقاع الغير في الضرر لا خصوص الخدعة عمدا لعدم دخالة العمد في ايراد الضرر و الحرج على الغير بحسب فهم العرف و بنائه عملا مع انه يعدّ خدعة عمدا في مقام الاثبات نوعا).

في جواز الرجوع: و حكم الضمان.

تصرف الموهوب له: تصرفا مانعا من الرجوع و هو الذي لم يكن العين معه باقيا بعينها (لصحيح الحلبي ۷/۱ الهبة في الرحم).

المسألة ٤٢: وجهان: أظهرهما الاول (للسيرة الجارية في كلّ موارد الاقدام على ضرر الغير و ان لم يكن خدعة و غرورا حيث لم يكن علم و عمد بل هو غرور).

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

و ان كان فرق بين المسئلتين من جهة كفاية القدرة على تحصيل الماء و لزوم حصول الاستطاعة. فالاستطاعة حاصلة لواحد لا بعينه و الاستقرار كذلك و ينتج تحقق المعصية لو تركوا و سقوط التكليف لو اتى واحد منهم و هذا ليس شيئا مستبعدا و الفرق بين المقام و موارد العلم الاجمالي واضح كالفرق بين جميع موارد الوجوب الكفائي و العلم الاجمالي فان المكلف في الاجمالي معين و الشك منّا و في الآخر الحكم على غير المعين واقعا و هذا سنخ من الحكم واقعا له أحكام خاصة عند العقلاء فما في غير واحد من الحواشي مما لا ينبغي (قال البهبهاني: فرق بين المسئلتين لكفاية القدرة على تحصيل الماء و عدم كفاية القدرة على تحصيل الاستطاعة بل يلزم حصولها و فيه ما ذكرنا من كونه

غير فارق، و قال الحكيم بعدم شمول اخبار البذل للمقام، و فيه: ان مطلقات ادلة البذل شاملة للاباحة ايضا لعدم المنافاة بينها و بين ما دل على ان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵

مسألة ٤٤: الظاهر أنّ ثمن الهدي على الباذل و أمّا الكفّارات فإن أتى بموجبها عمدا اختيارا فعليه و إن أتى بها اضطرارا أو مع الجهل أو النسيان فيما لا فرق فيه بين العمد و غيره ففي كونه عليه أو على الباذل وجهان.

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

الاستطاعة تكون بملكية الزاد و الراحلة، لعدم ثبوت التقييد بالنسبة الى البذلية و عدم ثبوت وحدة الارادة فيلزم الحج عند تحقق التمليك و كذا عند الاباحة على ان ذلك غير فارق في المقام فان الاشكال من جهة عدم التعيين و لا وجه للقول بلزوم الاستطاعة التعيينية حتى يقال بأن الاستطاعة لكل واحد متوقفة على اعراض غيره كما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) لعدم توقفها إلاّ على سؤال فقط فاذا لا يريد غيره فهو المستطيع بالتعيين فالحق مع المتن و الخونساري و الخوئي و الداماد (قدّس سرّهم)، و تأمّل الاستاذ و البروجردي في المقام).

المسألة ٤٤: على الباذل: أي بحسب طبع البذل لو أراد الباذل العمل بقوله و اما انه يجوز له الرجوع و عدم البذل أم لا فهو أمر آخر مرّ الكلام فيه (و الظاهر ما في المتن إذ ثمن الهدي من نفقة الحج كما ان المتيقن بل الظاهر من ادلة البذل و عرض الحج هو الاختياري منه ففي وجوب الحج اذا لم يبذل له ثمن الهدي حتى ينتقل الى الصوم تأمل. (خلافا للداماد و البروجردي و لبعض آخر (قدّس سرّهم) و لو حج حينئذ و الحال هذه فهو كمن حج و قد رجع الباذل بعد الاحرام، و قد مر، بل هنا أسهل لإمكان الاتمام بالصوم فحجّه صحيح كما أن الاتمام حينئذ واجب لمثل كريمة: **اتّموا الحج**).

وجهان: الاقوى الاول (وفاقا لغير واحد لعدم دخولها في نفقة الحج بحسب طبعه الاولي خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) و لا وجه ظاهرا لما قاله من انها من النفقات التي التزم الباذل بذلها. نعم إلاّ اذا كان مما يتعارف نوعا بحيث يدخل في مثل عبارة:

و عليّ نفقة حجّك، أو يشمله قاعدة التسبيب أو الغرور).

المسألة ٤٥: مفردة: بناء على عدم وجوبها ان استطاع لها خاصة كما هو المشهور و سيأتي في محلّه ان شاء اللّه تعالى.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶

بذل لمن حجّ حجّة الاسلام لم يجب عليه ثانيا، و لو بذل لمن استقرّ عليه حجّة الاسلام و صار معسرا وجب عليه، و لو كان عليه حجّة النذر أو نحوه و لم يتمكّن فبذل له باذل وجب عليه، و إن قلنا بعدم الوجوب لو وهبه لا للحجّ، لشمول الأخبار من حيث التعليل فيها بأنّه بالبذل صار مستطيعا، و لصدق الاستطاعة عرفا.

مسألة ٤٦: إذا قال له: بذلت لك هذا المال مخيّرا بين أن تحجّ به أو تزور الحسين عليه السّلام وجب عليه الحجّ.

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

مسألة ٤٨: لو رجع عن بذله في الأثناء و كان في ذلك المكان يتمكّن من أن يأتي ببقيّة الأعمال من مال نفسه أو حدث له مال بقدر كفايته وجب عليه الاتمام، و أجزأه عن حجّة الاسلام.

____

وجب عليه: من جهة لزوم تحصيل أيّ تمكن و لو حرجيا للحج المستقر و كذا الحج النذري لا من جهة تحقق ملاك الحج البذلي. (كما ان التعليل بشمول الاخبار و صدق الاستطاعة اجنبي عن المقام و لعله مربوط بالمسألة الآتية اشتبه النساخ).

المسألة ٤٦: وجب عليه الحج: (الظاهر ذلك لصدق عرض الحج و لا يلزم في صدقه التعيين خلافا للخوئي و الحكيم و بعض آخر حيث يلزمون التعيين في صدق اخبار البذل و الظاهر ان بين هذه المسألة و المسألة ٣٧ فرقا حيث لم نقل بالوجوب هناك فان التخيير المالكي هناك بين الحج و عدمه و هنا بين الحج و الزيارة فهناك كأنه صرّح بمصاديق التخيير العقلي اذا كان التعبير نفس الهبة المطلقة فكما لا يصدق اخبار العرض في مورد التعبير بالهبة المطلقة فكذا هناك للتصريح بعدم الفرق بخلاف المقام لدفع سائر مصاديق التخيير و حصره بين الحج و الزيارة و صرف زيادة ذلك تخييرا لا يوجب انصراف اخبار العرض. خلافا لغير واحد من المحشين حيث يجعلونهما من واد واحد).

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

المسألة ٤٨: اجزئه: ان اجتمع سائر الشرائط اللازمة في الاستطاعة غير البذلية. نعم اذا كان ذلك بعد الاحرام فالظاهر الاجزاء حتى مع التسكع. (و الاجزاء متسكعا اذا شرع في العمل لأجل السيرة و سكوت الائمة عليهم السّلام فان سرقة الاموال من الحجاج كانت سلفا الى خلف امرا رائجا و لم يعهد من الأئمة عليهم السّلام و أصحابهم الاصرار

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷

مسألة ٤٩: لا فرق في الباذل بين أن يكون واحدا أو متعدّدا، فلو قالا له: حجّ و علينا نفقتك وجب عليه.

مسألة ٥٠: لو عيّن له مقدارا ليحجّ به و اعتقد كفايته فبان عدمها وجب عليه الاتمام في الصورة التي لا يجوز له الرجوع، إلّا إذا كان ذلك مقيّدا بتقدير كفايته.

مسألة ٥١: إذا قال: اقترض و حجّ و عليّ دينك ففي وجوب ذلك عليه نظر، لعدم صدق الاستطاعة عرفا، نعم لو قال: اقترض لي و حجّ به وجب مع وجود المقرض كذلك.

مسألة ٥٢: لو بذل له مالا ليحجّ به فتبيّن بعد الحجّ أنّه كان مغصوبا ففي كفايته للمبذول له عن حجّة الاسلام و عدمها وجهان، أقواهما العدم أمّا لو قال: حجّ و عليّ نفقتك، ثمّ بذل له مالا فبان كونه مغصوبا فالظاهر صحّة الحجّ، و أجزأه عن حجّة الاسلام، لأنّه استطاع بالبذل و قرار الضمان على الباذل في الصورتين عالما كان بكونه مال الغير أو جاهلا.

____

بإعادة الحج. و لكون عدم الاجزاء خلاف الامتنان مع ان التقيد بالاستطاعة في ادلة الحج يشعر بنوع من الامتنان فان من الواضح ان عدم الوجوب ليس لعدم الملاك بل للتسهيل و اما الحرج فلا يرفع الملاك و الصحة حتى في المستحبات خلافا لما عليه النائيني (قدّس سرّه) و جمع، فانظر كريمة: **طه ما أنزلنا عليك القرآن لتشقى** لا تريد البطلان بل عدم اللزوم فقط بخلاف المقام مما يلزم الاتمام لدليل وجوب اتمام الحج ما أمكن. ثم انه يضمن الباذل ما صرفه الحاجّ حينئذ بمقتضى قاعدة التسبيب و الغرور).

المسألة ۵۰: الاتمام: ان كان ظاهر عبارته البذل لكل نفقة الحج بحيث يصدق في حقه انه ادخله في هذا الامر (فينطبق عليه قانون الالزام بما امر، التي هي أوسع من قاعدة الغرور و حينئذ فلا وجه لإستظهار الاستاذ (قدّس سرّه) عدم الوجوب).

المسألة ۵۱: وجب: بل الاقوى عدم الوجوب كالسابقة كما ان التعليل فيها عليل لكن لو اقترض له و بقى الاذن و الاباحة وجب (اذ المقام مقام اخبار العرض و البذل لا الاستطاعة، و حيث لا يصدق عرض الحج هنا فلا يجب).

المسألة ۵۲: أقواهما العدم: بل الكفاية لا تخلو عن قوة (وفاقا للگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض آخر و خلافا للاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهما) لان الضمان بالاخرة يستقر على الباذل فهو بحسب الواقع قد عرض الحج غاية الامر انه لم يكن ممن له البذل بحسب هذا المال بل بحسب بذله. فالصحة ثابتة في الصورتين، و اما الاستاذ القائل بالعدم حتى في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸

مسألة ۵۳: لو آجر نفسه للخدمة في طريق الحجّ باجرة يصير بها مستطيعا وجب عليه الحجّ، و لا ينافيه وجوب قطع الطريق عليه للغير، لأنّ الواجب عليه في حجّ نفسه أفعال الحجّ، و قطع الطريق مقدّمة توصّلية بأيّ وجه أتى بها كفى، و لو على وجه الحرام، أو لا بنيّة الحجّ، و لذا لو كان مستطيعا قبل الاجارة جاز له إجارة نفسه للخدمة في الطريق، بل لو آجر نفسه لنفس المشي معه بحيث يكون العمل المستأجر عليه نفس المشي صحّ أيضا، و لا يضرّ بحجّه، نعم لو آجر نفسه لحجّ بلديّ لم يجز له أن يوجر نفسه لنفس المشي كإجارته لزيارة بلديّة أيضا، أمّا لو آجر للخدمة في الطريق فلا بأس و إن كان مشيه للمستأجر الأوّل فالممنوع وقوع الاجارة على نفس ما وجب عليه أصلا أو بالاجارة.

الصورة الثانية فلأن الباذل اذا كان نظره الى مال معين فهو بحكم بذل هذا العين الخارجي المغصوب، و فيه: ان ما ذكره و يذكره في جميع الابواب مدفوع بأنه اذا دفع خارجا من غير المغصوب على الصدفة و الاتفاق يصحّ قطعا فلو اشترى شيئا بمائة و كان نظره ان يدفع المائة المغصوبة الموجودة في كيسه لكنه بعد ذلك انصرف مثلا و دفع من مال آخر وجد له فالشراء صحيح و الدفع صحيح و الحلّ ان القرارات انما هي على الانشاءات لا النيّات حتى النذر و شبهه على الاقوى، ثم ان هذا كله فيما قبل الباذل الضمان على فرض تبين الغصبية أو سلّم المال بلا تعرض لذلك مع غفلة المتسلم و اما اذا اسقط الباذل عند تسليم المال، كل ضمان عن نفسه مع عدم الاطمينان بالملكية فلا يجب الحج لإنصراف ادلّة البذل عن مثله إلاّ اذا كان امارة عقلائية موثوق بها كاليد المطمئنة و نحوها).

المسألة ۵۳: لنفس المشي كإجارته: و يجوز لخصوصياته ككونه ملازما لشخص (و الوجه واضح اذ الطبيعي غير الخصوصية ثم انه لا ريب في وجوب الحج بعد تحقق الاجارة دون قبله فانه تحصيل الاستطاعة إلاّ فيمن لا يفرق حاله في العمل في طريق الحج و غيرها فهو كيف كان في تحصيل المعاش فقال الاستاذ الداماد (قدّس سرّه): يجب عليه الحج لصدق الاستطاعة، و لعلّه كذلك بل قال في المستند: تجب الاجارة في الصورة الاولى ايضا لتحصيل نفقة الحج فانه مالك لأعماله التي هي مال و لذا تصح الاجارة عليها لإشتراط المالية في متعلق الاجارة، لكن فيه: انا لا نسلّم اعتبار المالية قبل عقد الاجارة بل المالية في ظرف التسليم كافية و العمل قبل الوجود يكون من شؤون العامل و لا معنى لملكية الشخص لنفسه أو شؤونه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹

مسألة ٥٤: إذا استوجر، أي طلب منه إجارة نفسه للخدمة بما يصير به مستطيعا لا يجب عليه القبول، و لا يستقرّ الحجّ عليه، فالوجوب عليه مقيّد بالقبول و وقوع الاجارة، و قد يقال بوجوبه إذا لم يكن حرجا عليه، لصدق الاستطاعة، لأنّه مالك لمنافعه فيكون مستطيعا قبل الاجارة، كما إذا كان مالكا لمنفعة عبده أو دابّته و كانت كافية في استطاعته، و هو كما ترى، إذ نمنع صدق الاستطاعة بذلك، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في بعض صوره، كما إذا كان من عادته إجارة نفسه للأسفار.

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

مسألة ٥٦: إذا حجّ لنفسه أو عن غيره تبرّعا أو بالاجارة مع عدم كونه مستطيعا لا يكفيه عن حجّة الاسلام فيجب عليه الحجّ إذا استطاع بعد ذلك، و ما في بعض الأخبار من إجزائه عنها محمول على الاجزاء مادام فقيرا، كما صرّح به في بعضها الآخر فالمستفاد منها أنّ حجّة الاسلام مستحبّة على غير المستطيع، و واجبة على المستطيع، و يتحقّق الأوّل بأيّ وجه أتى به، و لو عن الغير تبرّعا أو بالاجارة، و لا يتحقّق الثاني إلاّ مع حصول شرائط الوجوب.

و تكلف الشاهرودي (قدّس سرّه) بأنه ليس اجارة بل تضمين و تعهد للعمل في الذّمة بأزاء الاجرة، و فيه: صدق الاجارة بلا ريب و ليست الاجارة سوى ذلك في الاجارة للعمل. ثم ان المشي قبل الميقات واجب غيري لا نفسي و اما من الميقات فلا بد من التأمل في دليل الاحرام هل الواجب هو المشي محرما أو الكون محرما و سيأتي ان شاء اللّه تعالى).

المسألة ٥٤: لا ينبغي: بل لا يترك اذا لم يكن أيّ مشكلة له في ذلك (وفاقا للمستند، لاحتمال صدق الاستطاعة قويا و هو ظاهر استاذنا الداماد (قدّس سرّه) ايضا، لكن تعليل المستند بأن اعماله مال عليل كما مرّ).

المسألة ٥٥: قدّم الحج النيابي: ان كانت الاجارة للسنة الاولى و إلاّ فحجة الاسلام لنفسه إلاّ اذا كان الانفاق فيها معجزا له عن النيابي فلا يكون مستطيعا اصلا.

المسألة ٥٦: حجة الاسلام مستحبة: بل الحج فان حجة الاسلام نوع خاص بشرائطه كما مرّ (لا ريب في اقتضاء القاعدة عدم الاجزاء و هو العمدة مع الاجماع لا خبر آدم بن علي ١/ ٢١ وجوب الحج فانه مجهول كما أن محمد بن سهل لم يوثق، و اما الروايات الدالة على الاجزاء مثل صحيحي معاوية و صحيح جميل ٢ و ٤ و ٦/ ٢١ وجوب الحج فمعرض عنها حتى ان صاحب المدارك مع شجاعته في قبال الشهرة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٧٠

مسألة ٥٧: يشترط في الاستطاعة مضافا إلى مؤنة الذهاب و الاياب وجود ما يمون به عياله حتّى يرجع، فمع عدمه لا يكون مستطيعا، و المراد بهم من يلزمه نفقته لزوما عرفيًا و إن لم يكن ممّن يجب عليه نفقته شرعا على الأقوى، فإذا كان له أخ صغير أو كبير فقير لا يقدر على التكسّب و هو ملتزم بالانفاق عليه أو كان متكفّلا لإنفاق يتيم في حجره و لو أجنبيّ يعدّ عيالا له فالمدار على العيال العرفيّ.

مسألة ٥٨: الأقوى وفاقا لأكثر القدماء اعتبار الرجوع إلى كفاية من تجارة أو زراعة أو صناعة أو منفعة ملك له من بستان أو دكّان أو نحو ذلك، بحيث لا يحتاج إلى التكفّف، و لا يقع في الشدّة و الحرج، و يكفي كونه قادرا على التكسّب اللائق به أو التجارة باعتباره و وجاهته، و إن لم يكن له رأس مال يتّجر به. نعم قد مرّ عدم اعتبار ذلك في الاستطاعة البذليّة، و لا يبعد عدم اعتباره أيضا فيمن يمضي

قال: «... إلاّ انه لا خروج عمّا عليه الاصحاب ..»- و هذا تأديب لكثير من الطلبة المعاصرين المدّعين للشجاعة فيغيّرون احكام الشرع المبين! هذا مع احتمال إرادة الاجزاء ما لم يستطع او ارادة البعث من لفظ (عن) لا النيابة، و المراد بيان قسمي البذل أي بعث الغير أو اذهابه معه).

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

المسألة ٥٨: الرجوع الى كفاية: (للروايات و ان كانت ضعاف مثل خبر أبي الربيع ١/ ٩ وجوب الحج و كذا ٤ و ٥/ ٩ لكنها مؤيدة بالشهرة، و اعتبر الخوئي (قدّس سرّه) الاول لذكره في تفسير علي بن ابراهيم. و قد مرّ ما في مسلكه. و قائد الاعمش في الثاني من اصحاب الاجماع.

و للحرج، مع امكان الاستدلال بنفس اعتبار الاستطاعة. و الظاهر عدم الوجوب ايضا على من لم يكن عنده شيء من انواع الكسب و كان عنده مال يكفي لمؤنة حجه و عياله و لما بعد المراجعة الى مدّة يعتد بها فقط كالسنة و أكثر خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) اذ الكفاية بالاخرة مما يلزم للحياة و المعيشة و هذا الشخص و ان لم يتوجه الى مهمه لكنه مهم له واقعا فاذا كان له عشرة الآف يكفيه الى سنة مثلا لكنه بعده يفتقر فليس بمستطيع و لو شك فالاصل عدم الوجوب).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٧١

أمره بالوجوه اللائقة به كطلبة العلم من السادة و غيرهم، فإذا حصل لهم مقدار مؤنة الذهاب و الاياب و مؤنة عيالهم إلى حال الرجوع وجب عليهم، بل و كذا الفقير الّذي عادته و شغله أخذ الوجوه و لا يقدر على التكسّب إذا حصل له مقدار مؤنة الذهاب و الاياب له و لعياله، و كذا كلّ من لا يتفاوت حاله قبل الحجّ و بعده إذا صرف ما حصل له من مقدار مؤنة الذهاب و الاياب من دون حرج عليه.

مسألة ٥٩: لا يجوز للولد أن يأخذ من مال والده و يحجّ به، كما لا يجب على الوالد أن يبذل له، و كذا لا يجب على الولد بذل المال لوالده ليحجّ به، و كذا لا يجوز للوالد الأخذ من مال ولده للحجّ، و القول بجواز ذلك أو وجوبه كما عن الشيخ ضعيف، و إن كان يدلّ عليه صحيح سعد بن يسار سئل الصادق عليه السّلام الرجل يحجّ من مال ابنه و هو صغير؟ قال: نعم يحجّ منه حجّة الاسلام، قال: و ينفق منه؟

قال: نعم، ثمّ قال: إنّ مال الولد لوالده، إنّ رجلا اختصم هو و والده إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فقضى أنّ المال و الولد للوالد. و ذلك لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على الاقتراض من ماله مع استطاعته من مال نفسه، أو على ما إذا كان فقيرا و كانت نفقته على ولده و لم يكن نفقة السفر إلى الحجّ أزيد من نفقته في الحضر إذ

الظاهر الوجوب حينئذ.

بالوجوه اللائقة: بل عدم الوجوب أقوى فيصرف مقدار المؤنة في امره المعيشي ايضا و لا يأخذ من الوجوه إلاّ لمن يأخذ الوجوه قبال عمل له للاسلام و المسلمين فهو شغله. و حكم الفقير ايضا ما ذكر فيصرف ما حصل له في امره و لا يتكدى فانه لا يعدّ مستطيعا (و يشير اليه عنوان: يستغنون به عن الناس في خبر أبي الربيع، و نحوه في غيره خلافا للگلپايگاني و ما ذكره الحكيم (قدّس سرّهما) من الموارد فيه انها حرفة للشخص).

المسألة ٥٩: يأخذ: أي من دون رضاه و كذا فيما بعد (و المراد معلوم).

مع امكان حمله: و لا يبعد ارادة الجواز عند الضرورة مع الضمان في العهدة و الاحتياط لا يترك على ايّ حال (ظاهر صحيح سعيد ٤/ ٧٨ ما يكتسب به و ذيله في ١/ ٣٦ وجوب الحج جواز الأخذ مطلقا و ان مال الولد للوالد بحكم الشرع فيجب عليه الحج لكونه حينئذ ذا مال، و كذا يظهر من ١ و ١٠/ ٧٨ ما يكتسب به و لكن ظاهر صحيح عبد اللّه بن سنان ٣/ ٧٨ ما يكتسب به اختصاص الجواز بصورة الحاجة و الضرورة و كذا ٢ و ٨/ ٧٨ و صحيح ٢/ ٧٩ ما يكتسب به فتحمل المطلقات على هذه المقيدة فلعل اتيان الحج المذكور في صحيح ٤/ ٧٨ ايضا مربوط بصورة الحاجة أي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۲

مسألة ٦٠: إذا حصلت الاستطاعة لا يجب أن يحجّ من ماله، فلو حجّ في نفقة غيره لنفسه أجزأه، و كذا لو حجّ متسكّعا، بل لو حجّ من مال الغير غصبا صحّ و أجزأه، نعم إذا كان ثوب إحرامه و طوافه و سعيه من المغصوب لم يصحّ، و كذا إذا كان ثمن هديه غصبا.

مسألة ٦١: يشترط في وجوب الحجّ الاستطاعة البدنيّة، فلو كان مريضا لا يقدر على الركوب أو كان حرجا عليه و لو على المحمل أو الكنيسة له يجب. و كذا لو تمكّن من الركوب على المحمل لكن لم يكن عنده مؤنته، و كذا لو احتاج إلى خادم و لم يكن عنده مؤنته.

الاستقرار فيأخذ مع الضمان في العهدة، إلاّ ان يقال: ذلك ايضا معرض عنه لعدم فتوى من المشهور عليه لكن ثبوت الاعراض مشكل مع فتوى الشيخ و المفيد و بعض آخر فالاحتياط طريق النجاة.

و يظهر من ٧/ ٧٨ ما يكتسب به ارادة حكم ادبيّ من قول النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «انت و مالك لابيك» و يؤيده ان تملك الوالد لشخص الولد بالملكية الاعتبارية لا معنى له فتملكه لماله ايضا مثله في المعنى).

المسألة ٦٠ ثوب احرامه: في الاحرام و السعي لا تبعد الصحة و في ابطال غصبيّة الزائد على الستر في الطواف اشكال بل منع (لعدم دخالة الثوب في تحقق الاحرام و السّعي و في الطواف يعتبر الستر و اما الزائد فمن باب اجتماع الامر و النهي بل اهون لأن التصرف في الزائد عن مقدار الستر امر مقارن للستر لا عينه فتدبره.

و سيأتي في محلّه ان اللباس ليس ركنا و لا جزء في الاحرام و السعي بل واجب مستقل في الاحرام).

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

المسألة ٦١ على الركوب: و كذا اذا لم يقدر على بعض الاعمال غير القابل للنيابة كالوقوف (لا ريب في اعتبار صحة

البدن في الوجوب مباشرة و يدل عليه بعد دخالتها في مفهوم الاستطاعة ظاهر مثل صحيح هشام ٨/ ٧ وجوب الحج و صحيح ٤ و ٦ و ١٠ و ١٢ و ٨/ ١٣ لكن تجب الاستنابة كما يأتي بخلاف عدم الاستطاعة مالا فلا تجب، و لا يبعد أن يكون عدم مؤنة الخادم المساعد له في الركوب أو عدم مؤنة المحمل من قبيل عدم الاستطاعة اذ اعتبارها يختلف بحسب الاشخاص كما و كيفا خلافا للخوئي (قدّس سرّه)).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۳

مسألة ٦٢: و يشترط أيضا الاستطاعة الزمانيّة، فلو كان الوقت ضيقا لا يمكنه الوصول إلى الحجّ أو أمكن لكن بمشقّة شديدة لم يجب، و حينئذ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجب و إلاّ فلا.

مسألة ٦٣: و يشترط أيضا الاستطاعة السربيّة، بأن لا يكون في الطريق مانع لا يمكن معه الوصول إلى الميقات أو إلى تمام الأعمال و إلاّ لم يجب، و كذا لو كان غير مأمون بأن يخاف على نفسه أو بدنه أو عرضه أو ماله و كان الطريق منحصرا فيه، أو كان جميع الطرق كذلك، و لو كان هناك طريقان أحدهما أقرب لكنّه غير مأمون وجب الذهاب من الأبعد المأمون، و لو كان جميع الطرق مخوفا إلاّ أنّه يمكنه الوصول إلى الحجّ بالدوران في البلاد، مثل ما إذا كان من أهل العراق و لا يمكنه إلاّ أن يمشي إلى كرمان، و منه إلى خراسان، و منه إلى بخارا، و منه إلى الهند، و منه إلى بوشهر، و منه إلى جدّه مثلا، و منه إلى المدينة، و منها إلى مكّة فهل يجب أو لا؟ وجهان أقواهما عدم الوجوب، لأنّه يصدق عليه أنّه لا يكون مخلّى السرب.

مسألة ٦٤: إذا استلزم الذهاب إلى الحجّ تلف مال له في بلده معتدّ به لم يجب، و كذا إذا كان

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

المسألة ٦٣: غير مأمون: (و الظاهر دخالته في مفهوم الاستطاعة و كذا الكلام في مفهوم: مخلّى السرب).

عدم الوجوب: فيما يكون كالمثال لا مطلقا إلاّ ان يكون حرجا (وفاقا للسيد عبد الهادي (قدّس سرّه) و استشكل الخوئي مطلقا و قال بالوجوب في غير مورد الحرج لعدم تقييد الاستطاعة لطبيعي الحج بطريق خاص لكن الظاهر عدم عدّ مورد المثال مستطيعا عرفا و اما اصل الحكم فلدلالة الكريمة و الروايات المفسّرة لها الذاكرة لتخلية السرب ايضا راجع ٤ و ٥ و ٨/ ٧ وجوب الحج).

المسألة ٦٤: معتد به: يوجب الحرج و اما دون ذلك فالاحتياط بالاتيان لا يترك و ان كان السقوط لا يخلو من وجه (وجه الاحتياط ضعف عموم لا ضرر لغير الاضرار بل قال الاستاذ (قدّس سرّه) و جمع انه مخصوص بذلك و انه حكم مولوي منه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في قصة سمرة و غيرها، لكن بعد الدقة في الرواية و كلمات الاصحاب لم نجد دليلا واضحا على التخصيص فلا يبعد كونه كبرى كلية و قصة سمرة مصداق و بمنزلة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۴

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

مسألة ٦٥: قد علم ممّا مرّ أنّه يشترط في وجوب الحجّ مضافا إلى البلوغ و العقل و الحريّة الاستطاعة الماليّة و البدنيّة و الزمانيّة و السربيّة، و عدم استلزامه الضرر، أو ترك واجب، أو فعل حرام و مع فقد أحد هذه لا يجب، فبقي الكلام في أمرين: أحدهما: إذا اعتقد تحقّق جميع هذه مع فقد بعضها واقعا أو اعتقد فقد بعضها و كان متحقّقا فنقول: إذا اعتقد تحقّق سائر الشرائط فحجّ، ثمّ بان أنّه كان صغيرا أو عبدا فالظاهر بل المقطوع عدم إجزائه عن حجّة الاسلام، و إن اعتقد كونه غير بالغ أو عبدا مع تحقّق سائر الشرايط و أتى به أجزأه عن حجّة الاسلام كما مرّ سابقا، و إن تركه مع بقاء الشرائط إلى ذي الحجّة

الصغرى فلا ضرر من الغير و لا من الشخص نفسه و لا من الشارع نفسا و مالا، و ما خرج عنه انما هو ما كان طبعه ضرريا كأصل الحج لا الزائد فلو كان واجبا شرعا لزم الضرر من ناحية الشرع، و كذلك في نظائر المقام كشراء ماء الوضوء ضرريا و قد فصلنا الكلام في رسالتنا في «لا ضرر» بل لعل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: لا ضرر، مربوط بالشرع و الشخص، و لا ضرار، مربوط بالغير فتأمل. و يمكن ان يقال: نفي الاضرار بالغير ايضا احدى طرقه رفع الحكم الذي يوجب قبول اضرار الغير فتدبره جيّدا. و مع ذلك كله ان لم يكن حرجا عليه لا ينبغي ترك الاحتياط).

مانع شرعي: مرّ ان الاستطاعة في الحج عرفية لا عقلية و لا شرعية ففي هذه الموارد يقع التزاحم و يحكم بتقديم الاهم سابقا أو لاحقا.

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

اتى به اجزئه: فيه اشكال بناء على ما مر من كون حجة الاسلام عنوانا خاصا إلّا ان ينوي ما عليه من الوظيفة الوجوبيّة لو كانت و إلّا فالندبيّة فيصح و يجزي.

الى ذي الحجة: بل الى وقت تمام الأعمال و الاستطاعة للعود.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۵

فالظاهر استقرار وجوب الحجّ عليه، فإن فقد بعض الشرائط بعد ذلك كما إذا تلف ماله وجب عليه الحجّ و لو متسكّعا و إن اعتقد كونه مستطيعا مالا و أن ما عنده يكفيه فبان الخلاف بعد الحجّ ففي إجزاءه عن حجة الأسلام و عدمه وجهان: من فقد الشرط واقعا و من أن القدر المسلّم من عدم اجزاء حج غير المستطيع عن حجّة الاسلام غير هذه الصورة، و إن اعتقد عدم كفاية ما عنده من المال و كان في الواقع كافيا و ترك الحج فالظاهر الاستقرار عليه، و إن اعتقد عدم الضرر أو عدم الحرج فحجّ فبان الخلاف فالظاهر كفايته، و إن اعتقد المانع من العدوّ أو الضرر أو الحرج فترك الحجّ فبان الخلاف فهل يستقرّ عليه الحجّ أو لا؟ وجهان، و الأقوى عدمه، لأنّ المناط في الضرر الخوف و هو حاصل إلّا إذا كان اعتقاده على خلاف رويّة العقلاء و بدون الفحص و التفتيش، و إن اعتقد عدم مانع شرعيّ فحجّ فالظاهر الاجزاء إذا بان الخلاف،

فالظاهر الاستقرار عليه: فيه اشكال اذا كان اعتقاده لا عن تقصير كالاشتباه بعد الفحص بل الظاهر عدم الاستقرار حينئذ

(لانصراف دليل من تركه من غير عذر يعذره اللّه ... الخ عن هذه الصورة وفاقا للداماد و الخوئي (قدّس سرّهما) فالقاعدة الاولية تقتضي الاستقرار لكن ظاهر دليل الاستقرار شرعا مثل ما ذكر، ارادة غير هذه الصورة).

فالظاهر كفايته: اذا لم يكن مانعا عن تحقق الاستطاعة أو كان قبل الشروع في الاعمال ثم صار مستطيعا لكون دليل الضرر و الحرج امتنانيا و لا امتنان في الحكم بالبطلان بعد العمل مع الجهل بالضرر فلا وجه لحاشية الاستاذ ظاهرا، نعم بعض موارد الحرج ينفي تحقق الاستطاعة عرفا كما مرّ.

و الاقوى عدمه: لكن التعليل بالنسبة الى الحرج عليل (و العلة ما مرّ من انصراف دليل الاستقرار عن موارد العذر، و اما ما في المتن ففيه عدم جريانه في الحرج، بل في الضرر ايضا يمكن ان يقال: الخوف طريق و الحكم على الواقع و ان كان معذورا عند الخوف).

خلاف روية العقلاء: الملاك هو التقصير كما مرّ و كأنه مراد المتن (فلا وجه لإطلاق كلام الخوئي (قدّس سرّه).

فالظاهر الاجزاء: (لعدم فعلية التزاحم عند الجهل بناء على عدم كون الاستطاعة شرعية إلّا اذا لم يكن معذورا في جهله. و لا وجه لحاشية البروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) من استثناء صورة اتحاد بعض الاعمال مع الحرام عند عدم العذر في الجهل أو استلزام الحرام الاشد من ترك الحج لعدم فعلية التزاحم عند الجهل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۶

و إن اعتقد وجوده فترك فبان الخلاف فالظاهر الاستقرار ثانيهما: إذا ترك الحجّ مع تحقّق الشرائط متعمّدا، أو حجّ مع فقد بعضها كذلك، أمّا الأوّل فلا إشكال في استقرار الحجّ عليه مع بقائها إلى ذي الحجّة و أمّا الثاني فإن حجّ مع عدم البلوغ أو مع عدم الحريّة فلا إشكال في عدم إجزائه إلّا إذا بلغ أو انعتق قبل أحد الموقفين على إشكال في البلوغ قد مرّ، و إن حجّ مع عدم الاستطاعة الماليّة فظاهرهم مسلّمية عدم الاجزاء و لا دليل عليه إلّا الاجماع، و إلّا فالظاهر أنّ حجّة الاسلام هو الحجّ الأوّل، و إذا أتى به كفى و لو كان ندبا، كما إذا أتى الصبيّ صلاة الظهر مستحبّا. بناء على شرعيّة عباداته فبلغ في أثناء الوقت، فإنّ الأقوى عدم وجوب إعادتها، و دعوى أنّ المستحبّ لا يجزي عن الواجب ممنوعة بعد اتّحاد ماهيّة الواجب و المستحبّ، نعم لو ثبت تعدّد ماهيّة حجّ المتسكّع و المستطيع تمّ ما ذكر، لا لعدم إجزاء المستحبّ عن الواجب، بل لتعدّد الماهيّة، و إن حجّ مع عدم أمن الطريق أو مع عدم صحّة البدن مع كونه حرجا عليه، أو مع ضيق الوقت كذلك فالمشهور بينهم عدم إجزائه عن الواجب، و عن الدروس الاجزاء إلّا إذا

و الاتحاد الخارجي لا يضرّ بالامتثال، نعم فيما كان الجهل لا عن عذر فالتزاحم واقع.

هذا كله بناء على تفسير الاستطاعة بالقدرة عرفا أو خصوص الزاد و الراحلة، و اما بناء على تفسيرها بالقدرة عرفا و شرعا فهو غير مستطيع في الفرض و ان كان معذورا في جهله).

فالظاهر الاستقرار: فيه ما مرّ من عدم شمول دليل الاستقرار للمعتقد بعدم التنجز (وفاقا للخوئي و الداماد (قدّس سرّهما) و لعدم فعلية التكليف فلا يشمله عموم من تركه من غير عذر، و اما دليل دينية الحج فهو على موضوع المستطيع و الظاهر عدم صدقه على المعتقد بالخلاف فتأمل أو نقول: اذا وضعناه قبال دليل التسويف و كانا من باب وحدة المطلوب قدم مفاد دليل التسويف بالنسبة الى الاستقرار).

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

الاجماع: (و هو كاف مع اطلاق دليل وجوب الحج على من استطاع و ان حج قبلا مع ان التفرقة في ذلك بين البلوغ و الحريّة و بين الاستطاعة المالية بلا وجه، و قد صرّح بعدم الاجزاء فيهما، و مثال صلاة ظهر الصبي غير صحيح بل المقام مثل صلاة المرأة الحائض لا تكفي، أو مثل كفاية صلاة ظهر يوم عن يوم آخر و مرّ تعدد المهيّة.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۷

كان إلى حدّ الإضرار بالنفس، و قارن بعض المناسك، فيحتمل عدم الاجزاء ففرق بين حجّ المتسكّع و حجّ هؤلاء، و علّل الإجزاء بأنّ ذلك من باب تحصيل الشرط، فانّه لا يجب، لكن إذا حصله وجب، و فيه أنّ مجرّد البناء على ذلك لا يكفي في حصول الشرط، مع أنّ غاية الأمر حصول المقدّمة الّتي هو المشي إلى مكّة و منى و عرفات، و من المعلوم أنّ مجرّد هذا لا يوجب حصول الشرط الّذي هو عدم الضرر، أو عدم الحرج نعم لو كان الحرج أو الضرر في المشي إلى الميقات فقطّ و لم يكونا حين الشروع في الأعمال تمّ ما ذكره، و لا قائل بعدم الاجزاء في هذه الصورة، هذا، و مع ذلك فالأقوى ما ذكره في الدروس، لا لما ذكره، بل لأنّ الضرر و الحرج إذا لم يصلا إلى حدّ الحرمة إنّما يرفعان الوجوب و الالزام لا أصل الطلب، فإذا تحمّلهما و أتى بالمأمور به كفى.

مسألة ٦٦: إذا حج مع استلزامه لترك واجب أو ارتكاب محرّم لم يجزه عن حجّة الاسلام، و إن اجتمع سائر الشرايط، لا لأنّ الأمر بالشيء نهي عن ضدّه، لمنعه أوّلا، و منع بطلان العمل بهذا النهي ثانيا، لأنّ النهي متعلّق بأمر خارج بل لأن الأمر مشروط بعدم المانع و وجوب ذلك الواجب مانع، و كذلك النهي المتعلّق بذلك المحرّم مانع و معه لا أمر بالحجّ نعم لو كان الحجّ مستقرا عليه و توقّف الاتيان به على ترك واجب أو فعل حرام دخل في تلك المسئلة، و أمكن أن يقال بالاجزاء، لما ذكر من منع اقتضاء الأمر بشيء للنهي عن ضدّه، و منع كون النهي المتعلّق بأمر خارج موجبا للبطلان.

بناء على كونه رافعا للاستطاعة كما مرّ و اما الضرر ففي النفس يرفع الاستطاعة بخلاف المال اذا لم يكن بالغا حدّ الحرج، و حينئذ فيكون من التزاحم فيما كان المزاحم أهم فلا أمر بالحج لكن بناء على الترتب يصحّ الحج و لكن مرّ حسن الاحتياط في الضرر المالي ايضا.

هذا كله ان بنينا على رافعية الحرج أو الضرر للحكم من اصله، و اما ان قلنا بأن دليلهما امتناني لا بد ان يلاحظ الامتنان فلا امتنان في الفرض و نظائره كالغسل الضرري و نحوه و لعل هذا اظهر.

فالاقوى: بل الاقوى ما ذكرنا و التعليل عليل و الحرج يرفع اصل الحكم لا حدّه الالزامي لعدم التركيب و كذا الضرر فيما كان رافعا للحكم.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۸

مسألة ٦٧: إذا كان في الطريق عدوّ لا يدفع إلاّ بالمال فهل يجب الحجّ أو لا؟ أقوال، ثالثها الفرق بين المضرّ بحاله و عدمه، فيجب في الثاني دون الأوّل.

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

مسألة ٦٩: لو انحصر الطريق في البحر وجب ركوبه إلاّ مع خوف الغرق أو المرض خوفا عقلائيّا. أو استلزامه الاخلال بصلاته أو إيجابه لأكل النجس أو شربه و لو حجّ مع هذا صحّ حجّه، لأنّ ذلك في المقدّمة، و هي المشي إلى الميقات، كما إذا ركب دابّة غصبيّة إلى الميقات.

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

المسألة ٦٧: ثالثها: و رابعها الاقوى و هو التفصيل بين عدم خلو السرب لمنع العدو لكن يمكن دفعه بالمال فلا يجب و بين الخلو و عدم المنع لكن يأخذ الظالم أو المأمور من طرف حكومة الحق شيئا فيجب، إلاّ اذا كان الدفع حرجيا فلا يجب بلا فرق بين الظلم و حكومة الجور و بين الامر من ناحية حكومة الحق. (هذا بناء على عدم رفع الضرر للحكم لكنّ مرّ الاشكال و ان لا ضرر عام لا يختص بمثل قصة سمرة أي الاضرار بالغير.

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

المسألة ٦٩: بصلاته: أي بأصلها و اما تبديل الصورة بحسب الحالات فلا يضرّ، و اما أكل النجس أو شربه فلا يبعد عدم سقوط الحج به بل يسافر و يقتصر على الضرورة إلاّ اذا كان ذلك حرجيا عليه بحسب حالاته الخاصّة. (لعدم أخذ ذلك في الاستطاعة فانها عرفية كما مرّ لا شرعية).

صح حجه: أي و أجزء.

المسألة ٧٠: قبلها: أي الحج بالمال بخلاف ما لو امكنه ماشيا بلا تصرف في المال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۹

عليه أداؤها، و لا يجوز له المشي إلى الحجّ قبلها و لو تركها عصى، و أمّا حجّه فصحيح إذا كانت الحقوق في ذمّته، لا في عين ماله، و كذا إذا كانت في عين ماله و لكن كان ما يصرفه في مؤنته من المال الّذي لا يكون فيه خمس أو زكاة أو غيرهما، أو كان ممّا تعلّق به الحقوق، و لكن كان ثوب إحرامه و طوافه و سعيه و ثمن هديه من المال الّذي ليس فيه حقّ، بل و كذا إذا كانا ممّا تعلق به الحقّ من الخمس و الزكاة إلاّ أنّه بقي عنده مقدار ما فيه منهما، بناء على ما هو الأقوى من كونهما في العين على نحو الكلّي في المعيّن لا على وجه الاشاعة.

مسألة ٧١: يجب على المستطيع الحجّ مباشرة، فلا يكفيه حجّ غيره عنه تبرّعا أو بالاجارة إذا كان متمكّنا من المباشرة بنفسه.

ـــــــــــــــــــــــــ

نعم اذا كان مستلزما لعدم امكان اداء الحق حرم بالعرض.

ثوب احرامه: سيأتي ان اللباس واجب مستقل عن الاحرام فلا يضر غصبيّته بالاحرام، و اما السعي فلا يعتبر فيه اللباس، و اما الطواف فيعتبر في الساتر منه فقط ما يعتبر من الشرائط و اما ثمن الهدي فان كان الحق متعلقا بعينه فيبطل و يسري الاشكال الى ما يترتب عليه من الاعمال و قد مرّ تقوية احتمال الاشاعة في الخمس و الزكاة، اشاعة حقّية أو ملكية.

مسئلة ۷۲: اولهما: بل ثانيهما (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) مستدلا بإطلاق صحيح الحلبي ۲/ ۲٤ وجوب الحج، و ظاهر الصحيح و ان كان كذلك لكن مقابلته للصحاح المعتبرة لصحة البدن في الاستطاعة نظير الزاد و الراحلة بلا بيان انه للمباشرة، بعيدة) فيمكن ارجاع ضمير «و ان كان موسرا» في الصحيح الى «من قدر على الحج» في صدر الحديث، الظاهر بل الصريح في المستقر.

و حاصل الكلام في الباب ان المتيقن من روايات الباب مثل ۱ و ٦ و ۸ و .../ ۲٤ وجوب الحج، وجوب الاستنابة على من استقر عليه الحج و لا اطلاق و لا عموم لها يشمل غير المستقر عليه الحج بل يمكن حمل بعضها على الندب فان ۱ و ٦ و ۸ لم يذكر فيها الاستقرار و لكن لم يذكر الاستطاعة ايضا فلعل الشخص اراد الحج لصرف الفضل اذ الموضوع عدم الحج و عدم القدرة للكبر فقط بلا ذكر الاستطاعة و لا الاستقرار فليس سوى ظهور كلمة الامر- امر رجلا- و يعارضه ظهور الذيل في عدم تحقق الاستطاعة لعدم ذكرها، و يؤيد الندب قوله عليه السّلام في ۸: ... ان شئت ان تجهّز،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۰

مسألة ۷۲: إذا استقرّ الحجّ عليه و لم يتمكّن من المباشرة لمرض لم يرج زواله أو حصر كذلك أو هرم بحيث لا يقدر، أو كان حرجا عليه فالمشهور وجوب الاستنابة عليه، بل ربما يقال: بعدم الخلاف فيه و هو الأقوى، و إن كان ربما يقال بعدم الوجوب، و ذلك لظهور جملة من الأخبار في الوجوب، و أمّا إن كان مؤسرا من حيث المال و لم يتمكّن من المباشرة مع عدم استقراره عليه ففي وجوب الاستنابة و عدمه

ـــــــــــــــــــــــــ

و في سندها سهل بن زياد و جعفر بن محمد و القداح و لا بأس بهم، و يؤيد الاستقرار قوله في ۳/ ۲٤ (و لعله لا بأس بأبي حفص سلمه لنقل الاجلاء من اصحاب الاجماع عنه): ... و فرّطت في الحج ...، و اما ٤/ ۲٤ فمع الارسال و عدم وثوق فضل بن عباس لعدم دلالة صرف اعانته عليا عليه السّلام في تغسيله النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم على الوثوق، لا دليل على ارادة غير المستقر بل يمكن ارادة خصوص الميّت المستقر عليه الحج، لصحّة هذا التعبير في مورد الميت و ترك الاستفصال بالنسبة الى الحياة و الممات لعلّه لقرائن الحال، و ايضا مضمون الحديث ظاهره التبرع لا الاستنابة و لا ريب في عدم وجوب التبرع، و اما ۵/ ۲٤: لو ان رجلا اراد الحج ... الخ فالموضوع ارادة الحج و لا يمكن الايجاب على فرض الارادة فالمراد هو الندب و لا نسلم انه من باب: اذا اردت الصلاة، كما قال الشاهرودي (قدّس سرّه) لاحتمال ما ذكرنا ايضا فيحمل قوله: فليجهّز، على الندب، و اما ۲٤/ ۲ فيحتمل رجوع ضمير (كان) الى المذكور في صدر الحديث و هو القادر على ما يحج به التارك من غير عذر فمورده المستقر، اضف اليه عدم فتوى

أحد (إلاّ الخوئي (قدّس سرّه) و بعض من تبعه من أهل العصر حيث احتاطوا) بلزوم كون النائب صرورة، و دل الحديث على اللزوم إلاّ ان يحمل ذلك على الندب و ارادة استحباب احجاج الصرورة.
و اما ٧/ ٢٤ و في السند علي بن أبي حمزة- و ظاهره منعه المرض مطلقا أي من الاول لكن بعد التأمل في سائر الادلة يحتمل الحمل على المستقر كما في ٢/ ٢٤ كما هو مقتضى الجمع بينه و بين روايات تفسير الاستطاعة في الكريمة.
بل لا يمكن رفع اليد عن الكريمة و سائر الادلة بصرف هذه الرواية. فلا دليل على الاستنابة في غير المستقر نعم في المستقر المشهور بل الاجماع و المتيقن من بعض روايات الباب و فهم المشهور منها. و بعد ما ذكرنا فالظاهر عدم وجه وجيه لفتوى الماتن و احتياط الخونساري و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) في غير المستقر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۱

قولان، لا يخلو أوّلهما عن قوّة لاطلاق الأخبار المشار إليها، و هي و إن كانت مطلقة من حيث رجاء الزوال و عدمه لكنّ المنساق من بعضها ذلك، مضافا إلى ظهور الاجماع على عدم الوجوب مع رجاء الزوال، و الظاهر فوريّة الوجوب كما في صورة المباشرة، و مع بقاء العذر إلى أن مات يجزيه حج النائب، فلا يجب القضاء عنه و إن كان مستقرا عليه، و إن اتّفق ارتفاع العذر بعد ذلك فالمشهور أنّه يجب عليه مباشرة و إن كان بعد إتيان النائب، بل ربما يدّعى عدم الخلاف فيه، لكن الأقوى عدم الوجوب لأنّ ظاهر الأخبار أنّ حجّ النائب هو الّذي كان واجبا على المنوب عنه، فإذا أتى به فقد حصل ما كان واجبا عليه، و لا دليل على وجوبه مرّة اخرى، بل لو قلنا: باستحباب الاستناة فالظاهر كفاية فعل النائب، بعد كون الظاهر الاستنابة فيما كان عليه، و معه لا وجه لدعوى أنّ المستحبّ لا يجزي عن الواجب، إذ ذلك فيما إذا

رجاء الزوال: الظاهر ان الحكم على واقع العذر لكن اليأس عن البرء طريق عقلائي (فمن يرجو رحمة ربه عاجلا أو بعد مدة ليس داخلا في هذه الادلة بحسب تفاهم العرف و لا أقل من الاجمال فراجع الباب ٢٤ فلا وجه لفتوى الشاهرودي (قدّس سرّه) بإطلاق الحكم و احتياط الگلپايگاني (قدّس سرّه)).
فورية الوجوب: (و احتاط الاستاذ و الظاهر ما في المتن من الظهور لظهور النيابة في وحدة الحكم لنفس عمل المنوب عنه فالنائب يأتي بوظيفة المنوب عنه اي حجة الاسلام و لا ريب ان وجوب الحج فوري).
لأن ظاهر الاخبار: (هو كذلك بعد الدقة، و ان قلت: هذا ما دامي قلت:
بعد كثرة تقلب الاحوال و عدم تذكر الائمة عليهم السّلام على ذلك يستفاد دوام الحكم كما فصّلناه في تعليقتنا المفصّلة، سيما و اثبات الفورية في موضوع لا طريق له إلاّ الرجاء و اليأس ثم الحكم بالتكرار ضرر زائد على طبع الحكم بعيد من الشارع ذي السمحة السهلة و لذلك فالعجب من الخوئي (قدّس سرّه) هنا مع قوله بأن لا ضرر ينفي الاحكام الضررية حتى فيما طبع الحكم ايضا ضرري كالحج بالنسبة الى الضرر الزائد. و كذا لا وجه لفتوى الحكيم (قدّس سرّه) و بعض آخر بعدم الاجزاء نظرا الى كون الحكم على واقع العذر و قد ارتفع، و ان امتثال الحكم الظاهري لا يجزي عن الواقع اذ فيه ما ذكرنا من الدلالة على الاجزاء فيما لم ينبّه عليه مع كثرة التخلف بل رأينا في جميع الاوامر الظاهرية امارة واصلا على الاجزاء إلاّ اذا دلّ الدليل على عدمه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۲

لم يكن المستحبّ نفس ما كان واجبا، و المفروض في المقام أنّه هو، بل يمكن أن يقال: إذا ارتفع العذر في أثناء عمل النائب بأن كان الارتفاع بعد إحرام النائب أنّه يجب عليه الاتمام و يكفي عن المنوب عنه، بل يحتمل ذلك و إن كان في أثناء الطريق قبل الدخول في الاحرام، و دعوى أنّ جواز النيابة مادامي كما ترى، بعد كون الاستنابة بأمر الشارع، و كون الاجارة لازمة لا دليل على انفساخها خصوصا إذا لم يمكن إبلاغ النائب الموجر ذلك، و لا فرق فيما ذكرنا من وجوب الاستنابة بين من عرضه العذر من المرض و غيره و بين من كان معذورا خلقة، و القول بعدم الوجوب في الثاني و إن قلنا بوجوبه في الأوّل ضعيف، و هل يختصّ الحكم بحجّة الاسلام أو يجري في الحجّ النذريّ و الافساديّ أيضا؟ قولان، و القدر المتيقّن هو الأوّل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة، و إن لم يتمكّن المعذور من الاستنابة و لو لعدم وجود النائب، أو وجوده مع عدم رضاه إلّا بأزيد من اجرة المثل و لم يتمكّن من الزيادة، أو كانت مجحفة سقط الوجوب، و حينئذ فيجب القضاء عنه بعد موته إن كان مستقرا عليه، و لا يجب مع عدم

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

على انفساخها: إلّا اذا قيدت الاجارة بأنها للحج الموظف و يشك حينئذ في الوظيفة.

في الحج النذري و الافسادي: الاظهر الوجوب في الافسادي لأظهرية كون الثاني هو الموظف و لا يترك الاحتياط في النذر اذا تركه عصيانا ثم صار ذا عذر و كذا المطلق اذا كان متمكنا و تركه اعتمادا على اصل السلامة ثم صار معذورا. نعم لا يجب في المقيد سنة لم يتمكن فيها (وفاقا للسيد (قدّس سرّه) في المسألة ۱۱ من الحج النذري و للگلپايگاني (قدّس سرّه). لاستفادة دينية الحج من الادلة (حجة الاسلام و النذر) و عقلائية الاستنابة في الديون و عدم كون اصل الحكم في المقام على خلاف القاعدة خلافا للماتن هنا و الاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهم)).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۳

الاستقرار، و لو ترك الاستنابة مع الامكان عصى بناء على الوجوب، و وجب القضاء عنه مع الاستقرار و هل يجب مع عدم الاستقرار أيضا أو لا؟ وجهان، أقواهما نعم لأنّه استقرّ عليه بعد التمكّن من الاستنابة، و لو استناب مع كون العذر مرجوّ الزوال لم يجز عن حجّة الاسلام فيجب عليه بعد زوال العذر، و لو استناب مع رجاء الزوال و حصل اليأس بعد عمل النائب فالظاهر الكفاية، و عن صاحب المدارك عدمها و وجوب الاعادة، لعدم الوجوب مع عدم اليأس فلا يجزي عن الواجب، و هو كما ترى، و الظاهر كفاية حجّ المتبرّع عنه في صورة وجوب الاستنابة، و هل يكفي الاستنابة من الميقات كما هو الأقوى في القضاء عنه بعد موته؟ وجهان، لا يبعد الجواز حتّى إذا أمكن ذلك في مكّة مع كون

الواجب عليه هو التمتّع، و لكن الأحوط خلافه لأنّ القدر المتيقّن من الأخبار الاستنابة من مكانه، كما أنّ الأحوط عدم كفاية التبرّع عنه لذلك أيضا.

المكلف على وجه لا يمكن بعده تيسير الامور اصلا (و لا موافق لي في ذلك ظاهرا لكن لعلّ المستفاد من ادلة الاستقرار عدم تأثير الحرج و نحوه في حكمه و الظاهر عدم الفرق بين حرجيّة الطريق و المال في ذلك).

أقواهما نعم: مرّ عدم وجوب الاستنابة فلا يجب القضاء.

فالظاهر الكفاية: ان لم يضرّ رجائه الزوال بقصده القربة فعلا (و احتاط السيد جمال و الاصطهباناتي (قدّس سرّهما). و لعلّه لذلك و إلاّ فالموضوع هو العذر الواقعي و اليأس طريقه.

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

حتى اذا أمكن: لا يترك الاحتياط بوحدة صورة حج النائب و المنوب عنه بل هو الاوجه لكن لا بأس من الميقات (وفاقا للخوئي و بعض آخر لإطلاق صحيح الحلبي و غيره من هذه الجهة. و لو سلم ظهور «فليجهز رجلا من ماله ثم ليبعثه مكانه» في صحيح ۱۵/ ۲٤ في كونه من مكانه فالظاهر انه مقدمة تمهيدية للحج بلا دخالة للطريق مع انه ليس بظاهر في ذلك لصدق البعث مكانه في الاستنابة من الميقات ايضا فتدبره، فالظاهر الكفاية لكن لا يبعد لزوم وحدة الحج نوعا فانه النائب فقط فلا معنى لتغير نوع الحج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۴

مسألة ۷۳: إذا مات من استقرّ عليه الحجّ في الطريق فإن مات بعد الاحرام و دخول الحرم أجزأه عن حجّة الاسلام، فلا يجب القضاء عنه، و إن مات قبل ذلك وجب القضاء عنه و إن كان موته بعد الاحرام على المشهور الأقوى، خلافا لما عن الشيخ و ابن إدريس فقالا بالإجزاء حينئذ أيضا، و لا دليل لهما على ذلك إلاّ إشعار بعض الأخبار كصحيحة بريد العجليّ حيث قال فيها بعد الحكم بالاجزاء إذا مات في الحرم: و إن كان مات و هو صرورة قبل أن يحرم جعل جمله و زاده و نفقته في حجّة الاسلام، فإنّ مفهومه الاجزاء إذا كان بعد أن يحرم، لكنّه معارض بمفهوم صدرها، و بصحيح ضريس و صحيح زرارة و مرسل المقنعة، مع أنّه يمكن أن يكون المراد من قوله: قبل أن يحرم، قبل أن يدخل في الحرم، كما يقال: أنجد، أي دخل في نجد، و أيمن أي دخل اليمن، فلا ينبغي الاشكال في عدم كفاية الدخول في الاحرام، كما لا يكفي الدخول في الحرم بدون الاحرام، كما إذا نسيه في الميقات و دخل الحرم ثمّ مات، لأنّ المنساق من اعتبار الدخول في الحرم كونه بعد الاحرام، و لا يعتبر دخول مكّة و إن كان الظاهر من بعض الأخبار ذلك لإطلاق البقيّة في كفاية دخول الحرم، و الظاهر عدم الفرق بين كون الموت حال الاحرام أو بعد الاحلال، كما إذا مات بين الاحرامين، و قد يقال بعدم الفرق أيضا بين كون الموت في الحلّ أو الحرم بعد كونه بعد الاحرام و دخول الحرم، و هو مشكل، لظهور الأخبار في الموت في الحرم، و الظاهر عدم الفرق بين حجّ التمتّع و القران و الافراد، كما أنّ الظاهر أنّه لو مات في أثناء عمرة التمتّع أجزأه عن حجّه أيضا، بل لا يبعد الاجزاء إذا مات في أثناء حج القران أو الافراد عن عمرتهما و بالعكس، لكنّه مشكل،

المسألة ٧٣: و هو مشكل: بل ممنوع (لتقيد الموت بكونه في الحرم في بعض الاخبار الصحيحة مثل صحيح ضريس ٢٦/١ وجوب الحج، و لا وجه لرفع اليد عن القيد الواقع في كلام الامام عليه السّلام فلا وجه لقبول الگلپايگاني و الخوئي (قدّس سرّهما) ذلك.

إلاّ ان يقال: المراد منه الموت بعد الدخول في الحرم و بتعبير صحيح زرارة «الموت بعد الانتهاء» فلا وجه لحاشية البروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) و بعض أهل العصر.

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

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۵

لأنّ الحجّ و العمرة فيهما عملان مستقلاّن بخلاف حجّ التمتّع فإنّ العمرة فيه داخلة في الحجّ، فهما عمل واحد، ثمّ الظاهر اختصاص حكم الإجزاء بحجّة الاسلام فلا يجري الحكم في حجّ النذر و الافساد إذا مات في الأثناء، بل لا يجري في العمرة المفردة أيضا، و إن احتمله بعضهم، و هل يجري الحكم المذكور فيمن مات مع عدم استقرار الحجّ عليه فيجزيه عن حجّة الاسلام إذا مات بعد الاحرام و دخول الحرم، و يجب القضاء عنه إذا مات قبل ذلك؟ وجهان، بل قولان: من إطلاق الأخبار في التفصيل المذكور، و من أنّه لا وجه لوجوب القضاء عمّن لم يستقرّ عليه بعد كشف موته عن عدم الاستطاعة الزمانيّة، و لذا لا يجب إذا مات في البلد قبل الذهاب، أو إذا فقد بعض الشرائط الاخر مع كونه موسرا، و من هنا ربما يجعل الأمر بالقضاء فيها قرينة على اختصاصها بمن استقرّ عليه، و ربما يحتمل اختصاصها بمن لم يستقرّ عليه، و حمل الأمر بالقضاء على الندب، و كلاهما مناف لإطلاقها، مع أنّه على الثاني يلزم بقاء الحكم فيمن استقرّ عليه بلا دليل، مع أنّه مسلّم بينهم، و الأظهر الحكم بالإطلاق، إمّا بالتزام وجوب القضاء في خصوص هذا المورد من الموت في الطريق كما عليه جماعة و إن لم يجب إذا مات مع فقد سائر الشرائط، أو الموت و هو في البلد، و إمّا بحمل الأمر بالقضاء على القدر المشترك و استفادة الوجوب فيمن استقرّ عليه من الخارج، و هذا هو الأظهر، فالأقوى جريان الحكم المذكور فيمن لم يستقرّ عليه أيضا فيحكم بالاجزاء

النذر و الافساد: الاظهر جريانه في الافساد كما مرّ (لأظهرية انه حجة الاسلام، و اما النذر فهو خارج عن موضوع الادلة و الاجزاء خلاف القاعدة).

هو الاظهر: بل الاظهر الاول (و ظهور صحيح بريد العجلي لا يقبل الانكار كما ان توجيهه بإرادة جعل الزاد و النفقة في الحج كما مستقلا بعيد غاية البعد بعد لحاظ ذيل الحديث (وفقا للداماد و الخوئي- قدما- خلافا للاستاذ و الحكيم و لا يمكن في مقابلة النص القول بانه كيف يجب مع عدم الاستطاعة لإمكان القول بأنه استطاعة فانها المال و امكان الاستنابة كما قال الداماد (قدّس سرّه). أو يقال: هي المال و صحة البدن و ... لكن في خصوص مورد الخروج و السفر للحج يجب القضاء عنه و هذا أظهر لمسلّمية عدم الاستطاعة ان مات في البلد و لوجود الروايات الكثيرة المعتبرة لصحة البدن كتخلية السرب و سائر الشرائط. و حاصل الكلام في المقام ان ادلة الباب ٢٦ وجوب الحج، مطلقة من

حيث الاستقرار و عدمه.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۶

إذا مات بعد الأمرين، و استحباب القضاء عنه إذا مات قبل ذلك.

مسألة ٧٤: الكافر يجب عليه الحجّ إذا استطاع، لأنّه مكلّف بالفروع، لشمول الخطابات له أيضا، و لكن لا يصحّ منه ما دام كافرا كسائر العبادات و إن كان معتقدا لوجوبه، و آتيا به على وجهه مع قصد القربة، لأنّ الاسلام شرط في الصحّة، و لو مات لا يقضى عنه لعدم كونه أهلا للاكرام و الابراء،

في صحيح بريد ٢/ ٢٦: «... ان كان صرورة ثم مات في الحرم فقد أجزء عنه حجة الاسلام و ان كان مات و هو صرورة قبل ان يحرم جعل جمله و زاده و نفقته و ما معه في حجة الاسلام». و الظاهر ان جعل الجمل و الزاد في حجة الاسلام ليس حكما مستقلا استحبابيا بل مربوط بما سبق، فلا بد ان يقال: الاستطاعة البدنية المباشرية غير لازمة فيما اذا خرج حاجّا، فراجع ادلة الباب. فلا وجه لغير واحد من الحواشي حيث استشكلوا حتى في استحباب القضاء إلاّ من سهم الكبار برضاهم كما ان ما ذكره الماتن (قدّس سرّه) في الحقيقة طرح لأدلة الباب اذ يعتقد استحباب القضاء فقط فلا يلزم يعني ما فعله بنفسه صحيح في الموت بعد الحرم و يكتب له حجة و ان لم تكن لازمة، و في الموت قبل الحرم و الاحرام لا شيء سوى استحباب القضاء مع رضى الورثة أو بلا رضاهم فلا يفيد الادلة شيئا من الناحية الفنّية الفقهية سوى استحباب القضاء، و هل له اطلاق يشمل سهم الصغار؟ كما ان اعتقاد الاستاذ (قدّس سرّه) أي اختصاص الادلة بالمستقر ليس بدليل موجّه، و كيف كان فاعتقادنا الاطلاق بحسب الاستقرار و عدمه).

و استحباب القضاء: هذا لازم التوجيه الثاني و لا يمكن التفكيك، فلا وجه لما في بعض الحواشي.

المسألة ٧٤: مكلف بالفروع: في الحج و كل حكم ورد على عنوان الناس و امثاله مما يعم لا مطلقا (مرّ الكلام في ذلك في المجلد الثالث من هذه المعلقات و اقول هنا: يمكن استفادة عموم التكليف للكافر من دليل الاشارة بالنظر الى دليلين: دليل لزوم الاسلام على الكافر و الزام المسلم بالفروع، فان معنى ذلك عرفا لزوم الاسلام ثم الاعمال، بنحو الترتب العقلي لا الزماني، هذا و لكن المتيقن من ذلك في الحربي.

و اما الذمي الذي قبله الاسلام و تعهد له قبال الجزية و شرائط الذمّة فلا نسلم هذا المفهوم العرفي، و المتعارف العقلائي هو الجزاء على الاصل لا الفروع كما يشير

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۷

و لو أسلم مع بقاء استطاعته وجب عليه، و كذا لو استطاع بعد إسلامه، و لو زالت استطاعته ثمّ أسلم لم يجب عليه على الأقوى لأنّ الاسلام يجب ما قبله كقضاء الصلوات و الصيام، حيث إنّه واجب عليه حال كفره كالأداء، و إذا أسلم سقط عنه، و دعوى أنّه لا يعقل الوجوب عليه، إذ لا يصحّ منه إذا أتى به و هو كافر و يسقط عنه إذا أسلم مدفوعة بأنّه

يمكن أن يكون الأمر به حال كفره أمرا تهكّميا ليعاقب، لا حقيقيّا، لكنّه مشكل بعد عدم إمكان إتيانه به، لا كافرا و لا مسلما، و الأظهر أن يقال: إنّه حال استطاعته مأمور بالاتيان به مستطيعا و إن تركه فمتسكّعا و هو ممكن في حقّه لإمكان إسلامه و إتيانه مع الاستطاعة و لا معها إن ترك، فحال الاستطاعة مأمور به في ذلك الحال، و مأمور على فرض تركه حالها بفعله بعدها، و كذا يدفع الاشكال في قضاء الفوائت فيقال: إنّه في الوقت مكلّف بالأداء، و مع تركه بالقضاء و هو مقدور له بأن يسلم فيأتي بها أداء، و مع تركها قضاء، فتوجّه الأمر بالقضاء إليه إنّما هو في

اليه حديث: «ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل فانه يقتل لكفره لا لسحره»، (راجع ابواب السحر).
و اما اشتراط العمل بالاسلام فادعى عليه الاجماع و روايات شرطية الايمان و ان بدنه نجس فلا يمكن منه الوضوء و الغسل و أدلة حبط اعمالهم و ان اعمالهم كرماد و عدم تمشي القربة، و الكل مخدوشة إلاّ الاجماع فكأنه ثابت، فان مساق روايات شرطية الايمان انه تمهيد لتعلّم قانون العمل بدلالة ولّى اللّه تعالى لا الشرطية، و النجاسة- و منهم من انكرها- غير مانعة عن التيمم فتأمل. أو يقال: برفع اشتراطها للضرورة اذا كان الكافر في حال التحريّ، و ادلّة الحبط مربوطة بموارد خاصة أو بأعمالهم الفاسدة و كذا آية الرماد، و القربة تمكن بالاحتمال سيما من أهل الكتاب فتأمل. ثم لا تجري هذه الادلة في سابّ النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الائمة، و كذا منكر الضروري لعدم دلالة على اطلاق التنزيل منزلة الكافر).
لم يجب عليه على الاقوى: (و ان كان فيه اشكال لبقاء الوقت نظير الاسلام في وقت الصلاة لكن له وجه من ناحية تقيّد الموضوع بالاستطاعة و هي منتفية فعلا فحديث الجبّ يرفع سببية الاستطاعة الحاصلة حال الكفر لوجوب الحج نظير سقوط سببيّة سبب الكفارات و الحدود، و اما الكلام في حديث الجب سندا و دلالة فقد مرّ في الزكاة).
لكنه مشكل: مع ان الامر غير الحقيقي لا امتثال له إلاّ بحسب الظاهر فيما لم يعلم الحال.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۸

حال الأداء على نحو الأمر المعلّق، فحاصل الاشكال أنّه إذا لم يصح الإتيان به حال الكفر و لا يجب عليه إذا أسلم فكيف يكون مكلّفا بالقضاء و يعاقب على تركه؟ و حاصل الجواب أنّه يكون مكلّفا بالقضاء في وقت الأداء على نحو الوجوب المعلّق، و مع تركه الاسلام في الوقت فوّت على نفسه الأداء و القضاء، فيستحقّ العقاب عليه، و بعبارة اخرى كان يمكنه الاتيان بالقضاء بالاسلام في الوقت إذا ترك الاداء و حينئذ فإذا ترك الاسلام و مات كافرا يعاقب على مخالفة الأمر بالقضاء، و إذا أسلم يغفر له، و إن خالف أيضا و استحقّ العقاب.
مسألة ٧٥: لو أحرم الكافر ثمّ أسلم في الأثناء لم يكفه، و وجب عليه الاعادة من الميقات، و لو لم يتمكّن من العود إلى الميقات أحرم من موضعه و لا يكفيه إدراك أحد الوقوفين مسلما، لأنّ إحرامه باطل.
مسألة ٧٦: المرتد يجب عليه الحجّ، سواء كانت استطاعته حال إسلامه السابق، أو حال ارتداده، و لا يصحّ منه، فإن مات قبل أن يتوب يعاقب على تركه، و لا يقضى عنه على الأقوى، لعدم

الوجوب المعلق: لكنه و ان كان ممكنا يحتاج الى الدليل و ظاهر الادلة في باب قضاء التكاليف هو الوجوب المشروط فالحق بناء على التكليف و السقوط ان السقوط حينئذ تفضل و عفو فان الجب دال على الثبوت ثم العفو و فائدته بيان

سعة الرحمة اذا اسلم، لكن الامر حقيقي و له القدرة على الامتثال، و العفو انما هو في ظرف البناء على الامتثال لو لا العفو و لا عفو فيما لا يبنى على الامتثال عمدا أو يقال: القدرة على أحد مصراعي التكليف كاف للتكليف المصراعي بناء على ان القضاء من الامر الاول على تعدد المطلوب.

المسألة ۷۵: من موضعه: بناء على شمول المعذور له على ما سيأتي، و يأتي انه يرجع الى ما يمكن (و قال الداماد (قدّس سرّه): يمكن اجراء حديث الجب بالنسبة الى الاحرام السابق فينفي جزئيته أو يكتفي به، لكن الاصحاب لم يعتنوا به و لعله لعدم الاعتناء بأصل الحديث الضعيف السند و في المسائل السابقة كان تمسكهم بالسيرة و لم تكن هنا لندرته و لكن قد ذكرت في تعليقتنا المفصّلة هنا ان حديث الجب لا يثبت الصحة و الاجزاء بل ينفي التكليف و العقاب فقط).

المسألة ۷۶: المرتد يجب عليه: (فان الاجماع المدعى على تكليف الكفار بالفروع و ان ليس فيه لكن مرّ عموم دليل الحج مع انه كان مسلما يشمله العمومات و بعد الارتداد لا دليل على السقوط).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۸۹

أهليّته للاكرام و تفريغ ذمّته، كالكافر الأصليّ، و إن تاب وجب عليه و صحّ منه و إن كان فطريّا على الأقوى من قبول توبته، سواء بقيت استطاعته أو زالت قبل توبته، فلا تجري فيه قاعدة جبّ الاسلام لأنّها مختصّة بالكافر الأصلي بحكم التبادر، و لو أحرم في حال ردّته ثمّ تاب وجب عليه الاعادة كالكافر الأصلي، و لو حجّ في حال إحرامه ثمّ ارتدّ لم يجب عليه الإعادة على الأقوى ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام: من كان مؤمنا فحجّ ثمّ أصابته فتنة ثمّ تاب يحسب له كلّ عمل صالح عمله و لا يبطل منه شيء. و آية الحبط مختصة بمن مات على كفره بقرينة الآية الاخرى و هي قوله تعالى: «**و من يرتدد منكم عن دينه فيمت و هو كافر فأولئك حبطت أعمالهم**» و هذه الآية دليل على قبول توبة المرتدّ الفطريّ، فما ذكره بعضهم من عدم قبولها منه لا وجه له.

مسألة ۷۷: لو أحرم مسلما ثمّ ارتدّ ثمّ تاب لم يبطل إحرامه على الأصح كما هو كذلك لو ارتد

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

تاب وجب عليه: على الاحوط (لإحتمال شمول حديث الجب و ان الانصراف الى الاسلام الاول بدويّ، كما قال الشاهرودي (قدّس سرّه) فتأمل).

دليل على قبول: (حيث يدل بعموم المفهوم على عدم حبط الاعمال قبلا و بعدا و هذا يستلزم القبول فلا وجه لتأمل البروجردي (قدّس سرّه) مع ان الآية المستدل بها الشيخ (قدّس سرّه) لوجوب الاعادة و هي الآية ۱۱۶ من التوبة: **ما كان اللّه ليضلّ قوما بعد إذ هداهم حتى يبيّن لهم ما يتقون** انما تفيد عدم امكان الاضلال بعد الهداية فقط و لا تثبت عدم تحقق الهداية سابقا فقل ان اسلامه السابق كاشف عن عدم ارتداده بعدا كما قال الداماد (قدّس سرّه) لا أن ارتداده اللاحق كاشف عن عدم تحقق اسلامه سابقا. مع ان رواية زرارة ۱/ ۳۰ مقدمة العبادات «يحسب له كل عمل ...» مرويّة في تهذيب الشيخ (قدّس سرّه) نفسه و تردّ اعتقاد الشيخ (قدّس سرّه) و اما آية الحبط فالجمع بين الآيات

يقتضي تخصيصه بمن مات في كفره على ان الحبط أعم من بطلان العمل).

المسألة ۷۷: على الاصح: و ان كان الاحوط تجديده رجاء و كذا في الصلاة و الاذان و الاقامة بل لا يترك في الاحرام فيما اذا قطع مسافة فليعد من مكان الارتداد (لعدم كون الاحرام كالصوم بل كالغسل في تحقق الاثر كما سيأتي لكن لاحتمال الخلاف

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۰

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

مسألة ۷۸: إذا حجّ المخالف ثمّ استبصر لا يجب عليه الاعادة، بشرط أن يكون صحيحا في مذهبه، و إن لم يكن صحيحا في مذهبنا من غير فرق بين الفرق، لإطلاق الأخبار و ما دلّ على الاعادة من الأخبار محمول على الاستحباب بقرينة بعضها الآخر من حيث التعبير بقوله عليه السّلام: يقضي أحبّ إليّ. و قوله عليه السّلام: و الحجّ أحبّ إليّ.

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

في اثناء الصلاة: إلاّ فيما فات الموالاة بل غيره ايضا محل تأمل. (في غير فوات الموالاة لاحتمال كون الصلاة بهيئتها عملا واحدا عباديا).

المسألة ۷۸: صحيحا في مذهبه: أو في مذهبنا، بل لاحتمال كفاية الفاسد في كلا المذهبين مع تمشي القربة ايضا وجه لكن لا يترك الاحتياط، و لا فرق بين الركن و غيره (كما ان في حج القران و الافراد يخلوّن بالركن و هو اتيان احرام واحد للحج و العمرة، وفاقا للحكيم و الداماد خلافا للخوئي (قدّس سرّه) و كل من لم يتعرض لمخالفة المتن منهم الاستاذ (قدّس سرّه) نظرا منهم الى ان النصوص تتعرض لحيث فساد العقيدة فقط لكن فيه: ان التعرض لفساد الزكاة من حيث عدم الوضع موضعه يدل على التوجه الى سائر الجهات ايضا.

لإطلاق الاخبار: لكن في شمولها للغلاة الكافرين اشكال و لا نسلم الاولوية بالنسبة الى النصّاب (راجع الاخبار مثل ۱ و ۲/ ۳ مستحقين الزكاة و ۵/ ۳۱ مقدمة العبادات فانها في المسلم و لو بحكم الكافر كالناصب لا الكافر الداخل في جماعة المسلمين كالغالي- و هو الذي يعتقد الوهيّة الائمة عليهم السّلام- و اما مثل ۳/ ۳۱ ... مقدمة العبادات و ۵/ ۳۱ وجوب الحج، الدال على الاعادة فيحمل على الاستحباب جمعا.

ثم ان اصل اعتبار الولاية في صحة العمل مشهور أو اجماعي لكن روايات الباب قابلة لارادة لزوم كون العمل بهداية الامام عليه السّلام ليهديه لا لإعتبار الولاية بنفسها في صحة العمل، و بعضها مربوط بأنهم معاقبون لعدم اطاعة الامام عليه السّلام لا لبطلان سائر اعمالهم لذلك حتى مثل رواية علي بن جعفر (البحار ۱۰: ۲۶۶): «هل يسلم الناس حتى يعرفوا ذلك؟ قال: لا، إلاّ المستضعفين ...»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۱

مسألة ۷۹: لا يشترط إذن الزوج للزوجة في الحجّ إذا كانت مستطيعة، و لا يجوز له منعها منه، و كذا في الحجّ الواجب

بالنذر و نحوه إذا كان مضيّقا، و أمّا في الحجّ المندوب فيشترط إذنه، و كذا في الواجب الموسّع قبل تضيّقه على الأقوى، بل في حجّة الاسلام يجوز له منعها من الخروج مع أوّل الرفقة مع وجود الرفقة الاخرى قبل تضيّق الوقت، و المطلّقة الرجعيّة كالزوجة في اشتراط إذن الزوج ما دامت في العدّة، بخلاف البائنة لإنقطاع عصمتها منه، و كذا المعتدّة للوفاة فيجوز لها الحجّ واجبا كان أو مندوبا، و الظاهر أنّ المنقطعة كالدائمة في اشتراط الاذن، و لا فرق في اشتراط الاذن بين أن يكون ممنوعا من الاستمتاع بها لمرض أو سفر أو لا.

المسألة ۷۹: بالنذر: ان كان النذر قبل التزوج أو كانت ماذونة في النذر و إلاّ فمحل اشكال (لتعلق حق الزوج بها من جهة اعتبار اذنه في الخروج عن البيت كما في احاديث الباب ۷۹ مقدمات النكاح و الباب ٦ النفقات، و اما ادلة الباب فلا تشمل حج النذر فراجع الباب ۵۹ وجوب الحج).

المندوب فيشترط اذنه: (لما اشير اليه من الاحاديث فلا وجه لقول المدارك و حاشية بعض أهل العصر بعدم الاشكال ان لم يكن منافيا لحقه، و الخوئي (قدّس سرّه) وافقنا على ذلك للنصوص المشار اليها لكنه خالف شديدا في سائر المجلدات في شرح العروة و اعتقد عدم الدليل على لزوم الاستيذان في الخروج عن البيت).

أول الرفقة: على الاحوط و كذا في الموسّع قبل التضيّق و لو استلزم التأخير ضررا زائدا أو حرجا لا يلزم الاطاعة عليها.

كالدائمة: (لعدم صارف للاطلاق فانه زوج بحسب الشريعة فلا وجه لحاشية الگلپايگاني و رأي الداماد (قدّس سرّهما) في المنع، و ان كان بينهما فرق من جهة تعبير الاجرة في المنقطعة، الظاهرة في انها بأزاء عمل خاص لا اصل وجودها و اشتراكها في الحيوة، و لذا لا يلزم النفقة لكن ذلك لا يزيد على الاستيناس و إلاّ فهي زوجة فتشملها الاطلاقات و يمكن الاستدلال بآية: **قوامون على النساء.**

و خلاصة الكلام في هذه المسألة:

۱- لا يشترط اذن الزوج في حجة اسلام المرأة للروايات الخاصة في المقام، و اما مرسلة المحقق: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، المروية عن العامة، و الخاصة ايضا مضمونا، فلا يدل على المقام لإحتمال دخل اذنه في استطاعتها فلا يجب الحج شرعا عليها.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۲

مسألة ۸۰: لا يشترط وجود المحرم في حجّ المرأة إذا كانت مأمونة على نفسها، و بضعها، كما دلّت عليه جملة من الأخبار، و لا فرق بين كونها ذات بعل أو لا، و مع عدم أمنها يجب عليها استصحاب

۲- في الحج النذري قبل الاستقرار للزوج منعها لإطلاق ادلة منعها عن الخروج بدون اذنه في الباب ۷۹ مقدمات النكاح، نعم لو انعقد النذر قبلا ثم تزوج أو استقر حجة الاسلام عليه صحّ الاستدلال بالمرسلة و في مثله يصحّ عبارة الشاهرودي (قدّس سرّه): عدم اعتبار اذنه في الواجبات من ضروريات الفقه.

۳- المطلقة الرجعية زوجة بحكم روايات المقام من الباب ١٦ الحج و غيرها بخلاف البائن بحكم ۱/ ۲۰ الطلاق عن سعد بن أبي خلف و كذا معتدة الوفاة لروايات الباب ٦٢.

٤- في المندوب لا يجوز إلاّ باذن الزوج لرواية اسحاق ۱/ ۵۹ وجوب الحج الحج و ما كان يقوله الداماد (قدّس سرّه)

من احتمال كون المنع من جهة حق الاسكان- فانه بيد الزوج- لا لإعتبار اذنه في الحج فيه ان ظاهر الدليل ان له المنع مطلقا و كذا لا وجه لما عن المستند من دلالة الرواية على جواز المنع لا اعتبار الاذن، لظهورها في ان المنع وقع في محلّه لا ان له المنع و لها الحج فيتنازعان.

۵- المنقطعة بحكم الدائمة و ان أمكن دعوى انصراف موضوع الروايات سيما عنوان المرأة الموسرة في رواية الحق، الى الدائمة، لكنه بدوي).

المسألة ۸۰: استصحاب المحرم: أو غيره اذا أفاد الامن (ثم انه ليس من تحصيل الاستطاعة فان السرب حينئذ مخلى عرفا و هي قادرة).

وجهان: أقويهما الثاني (فان التزويج ليس علّة تامة لمصاحبة المحرم مع ان الملاك تحصيل الامن بأي وجه لا التزويج بعنوانه نعم فيما كان مقدمة منحصرة للامن لزم عقلا. فلا وجه ظاهرا لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) و لرأي الداماد (قدّس سرّه)- على ما نقلناه في تعليقتنا المفصّلة- بالوجوب معللا بصدق المأمونة حينئذ كمن يمكنه شراء الزاد و الراحلة بأدنى زحمة).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۳

المحرم و لو بالاجرة مع تمكّنها منها، و مع عدمه لا تكون مستطيعة، و هل يجب عليها التزويج تحصيلا للمحرم؟ وجهان و لو كانت ذات زوج و ادّعى عدم الأمن عليها و أنكرت قدّم قولها مع عدم البيّنة أو القرائن الشاهدة، و الظاهر عدم استحقاقه اليمين عليها إلّا أن ترجع الدعوى إلى ثبوت حقّ الاستمتاع له عليها، بدعوى أنّ حجّها حينئذ مفوّت لحقّه مع عدم وجوبه عليها، فحينئذ عليها اليمين على نفي الخوف، و هل للزوج مع هذه الحالة منعها عن الحجّ باطنا إذا أمكنه ذلك؟ وجهان في صورة عدم تحليفها.

و أمّا معه فالظاهر سقوط حقّه، و لو حجّت بلا محرم مع عدم الأمن صحّ حجّها إن حصل الأمن قبل

فاذا علمت الزوجة حصول الامن وجب الحج و اذا علم الزوج عدم الامن و عدم وجوب الحج عليها فله منعها و الاختلاف حينئذ ليس من التداعي بل الزوجة حينئذ مدعية بحسب مصبّ الدعوى إلّا أن يقال: الاصل هو الامن و الزوج يدعي الخلاف فهو المدّعى و هذا أظهر فلو أقام بينة فهو و إلّا فلا يمين بحسب مصب الدعوى.

(إلّا ان يقال: دليل اليمين على من انكر مطلق و لو لم يكن النزاع في اثبات حق على الطرف نعم إلّا اذا لم يسمع الدعوى اصلا لعدم دعوى عليها، نعم للزوج دعوى آخر لازم الاول و هو حق الاستمتاع و بحسبه له الاحلاف لكن لا نزاع فيه بنفسه فالظاهر ما في المتن من عدم حق الاستحلاف كما ان له المنع اذا علم عدم الامن بل قد يجب. إلّا اذا حكم الحاكم بعد رفع التنازع اليه فان الظاهر عدم جواز المنع باطنا ايضا و إلّا لزم عدم فصل النزاع و بما ذكرنا يظهر الاشكال في حاشية الاستاذ و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) ايضا.

ثم الظاهر ان الدعوى مسموعة و لو لم يكن مصبّ الدعوى اثبات حق من الحقوق، اذ صرف كون المرأة متعلقة لحق

الزوج كاف في النزاع و الرجوع الى الحاكم، نعم في صورة كون مصبّ الدعوى حقا من الحقوق يكون النزاع اظهر فلا وجه ظاهرا لكلام الحكيم و الشاهرودي (قدّس سرّهما) في عدم نزاع في البين اذا لم يدّع حقا عليها، لكن الظاهر عدم انفكاك الدعوى في المقام عن ادعاء حق عليها و لا أقل في جهة عدم جواز الخروج بلا اذنه، إلّا ان يقال: هو حكم لا حق.

ثم الظاهر تصور صور مختلفة في المقام من جهة استصحاب الحالة السابقة و تصوير المدعي و المنكر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۴

الشروع في الاحرام، و إلّا ففي الصحّة إشكال و إن كان الأقوى الصحّة.

مسألة ۸۱: إذا استقرّ عليه الحجّ بأن استكملت الشرائط و أهمل حتّى زالت أو زال بعضها صار دينا عليه، و وجب الاتيان به بأيّ وجه تمكّن، و إن مات فيجب أن يقضى عنه إن كانت له تركة، و يصحّ التبرّع عنه، و اختلفوا فيما به يتحقّق الاستقرار على أقوال، فالمشهور مضيّ زمان يمكن فيه الاتيان بجميع أفعاله مستجمعا للشرائط، و هو إلى اليوم الثاني عشر من ذي الحجّة، و قيل باعتبار مضيّ زمان يمكن فيه الاتيان بالأركان جامعا للشرائط، فيكفي بقاؤها إلى مضيّ جزء من يوم النحر يمكن فيه الطوافان و السعي، و ربما يقال باعتبار بقائها إلى عود الرفقة، و قد يحتمل كفاية بقائها إلى زمان يمكن فيه الاحرام و دخول الحرم، و قد يقال بكفاية وجودها حين خروج الرفقة، فلو أهمل استقرّ عليه و إن فقدت بعض ذلك، لأنّه كان مأمورا بالخروج معهم، و الأقوى اعتبار بقائها إلى زمان يمكن فيه العود إلى وطنه

الأقوى الصحة: اذا تمشى منها القربة مع اعتقادها عدم الامن و بالنتيجة حرمة الخروج لنهي الزوج و كانت مأمونة (بحسب الواقع أي سالمة واقعا اذ الامن و الوثوق طريق الى الواقع و في الروايات علّق الحكم على الامن و الوثوق و المفروض حصول الامن بحسب الواقع و ان كانت لا تعلمه المرأة وفاقا للاستاذ (قدّس سرّه) و كذا الخوئي (قدّس سرّه) في نهاية كلامه).

المسألة ۸۱: بأيّ وجه تمكن: أي و لو كان حرجيّا أشدّ الحرج (و قد يقال:

فيه منع فان الحج و ان كان دينا لكن وجوب اداء دينه تعالى كسائر الاحكام محكوم بقاعدة الحرج بخلاف دين الناس و قال الخوئي (قدّس سرّه): ان وجوب الحج انما هو على موضوع المستطيع و هو قد زال و وجوب القضاء بدليل جديد من اخبار التسويف و غيرها و هو كسائر الأحكام محكوم قاعدة الحرج. و الظاهر ضعف الوجهين اذ الحرج المنفي ما كان بسبب الشرع لا اهمال نفسه و ليس القضاء هنا بدليل جديد بل بالأمر الأول، ففي الحقيقة ليس الاتيان بعد ذهاب الاستطاعة قضاء لعدم وقت للحج و اخبار التسويف بيان اهمية الحج و عدم سقوطه فما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من ان القضاء انما هو بدليل اخبار التسويف ليس بوجه و كذا توقف الشاهرودي (قدّس سرّه) في المسألة).

فيه العود الى وطنه: (هذا هو الظاهر لدخالته في الاستطاعة و صرف القبول تعبدا في بعض الموارد غير ذلك كالموت بعد الاحرام و دخول الحرم كما مرّ لا يدل على الاستقرار

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٩٥

بالنسبة إلى الاستطاعة الماليّة و البدنيّة و السربيّة، و أمّا بالنسبة إلى مثل العقل فيكفي بقاؤه إلى آخر الأعمال، و ذلك لأنّ فقد بعض هذه الشرائط يكشف عن عدم الوجوب عليه واقعا، و أنّ وجوب الخروج مع الرفقة كان ظاهريّا، و لذا لو علم من الأول أنّ الشرائط لا تبقى إلى الآخر لم يجب عليه، نعم لو فرض تحقّق الموت بعد تمام الأعمال كفى بقاء تلك الشرائط إلى آخر الأعمال، لعدم الحاجة حينئذ إلى نفقة العود و الرجوع إلى كفاية و تخلية السرب و نحوها، و لو علم من الأوّل بأنّه يموت بعد ذلك فإن كان

لو ترك فما ذكره البروجردي (قدّس سرّه) و تبعه الخوانساري (قدّس سرّه) من الاستقرار لو علم الموت بعد الاحرام و الدخول في الحرم ليس على ما ينبغي اذ الاجزاء بعد ذلك- و لعله امتناني- للسيرة و نحوها لا يدل على الاستطاعة من قبل و لا على الاستقرار).

مثل العقل: الظاهر ما ذكره ان لم يكن ذهاب العقل مربوطا بالسفر و امكنه الرجوع بلا حرج (فصرف بقاء العقل الى تمام الاعمال لا يكفي فانه ان كان مربوطا بالسفر فمعناه عدم استطاعته بدنا و ان لم يمكنه العود فلم تتحقق الاستطاعة ايضا هذا في ناحية الاستقرار و اما في ناحية الصحة و الاجزاء فتلف المال أو المرض بعد الاعمال أو ضمنه يجزء عن حجة الاسلام للسيرة و الارتكاز ففرق في الاستطاعة و الاستقرار بين الابتداء و بعد الشروع في الاعمال فانه اذا علم انه ان ذهب الى الحج يسرق ماله قبل الميقات أو بعده و يقع في الحرج فلا وجه للاستقرار و كذا في ناحية المرض و لكن اذا ذهب الى الحج باعتقاد بقاء الاستطاعة ثم ذهب ماله او مرض بعد الشروع في الاعمال صحّ حجّه و أجزء، و ذلك للسيرة و الارتكاز لكثرة وقوع المرض و سرقة الاموال في أيام الحج و لم يتعرض الائمة عليهم السّلام للزوم اعادة الحج، و لان دليل الاستطاعة و نظيره لا ضرر و لا حرج امتناني و لا امتنان في ابطال ما أتى به و لذلك قلنا بصحة الغسل الضرري أيضا، نعم قبل الاعمال و قبل السفر ليس خلاف الامتنان، لئلاّ يصرّ كل أحد على الحج حرجا. فما قاله الاستاذ الداماد (قدّس سرّه) ايضا من ان الاستطاعة ليست سوى صرف وجود المال و امكان الاستنابة ليس على ما ينبغي. و استدل الحدائق لعدم وجوب القضاء اذا زالت الاستطاعة بصحيح أبي بصير ١٢/٢٣ احكام شهر رمضان، الدال على عدم لزوم قضاء صوم المريض الذي مات في مرضه معللا بتبعيّة القضاء للأداء، و عدم لزوم شيء لم يجب عليه. و فيه ان الامر هنا أوسع من ذلك للسيرة و الارتكاز و غير ذلك مما مرّ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٩٦

قبل تمام الأعمال لم يجب عليه المشيء و إن كان بعده وجب عليه، هذا إذا لم يكن فقد الشرائط مستندا إلى ترك المشي و إلاّ استقرّ عليه كما إذا علم أنّه لو مشى إلى الحجّ لم يمت أو لم يقتل أو لم يسرق ماله مثلا، فإنّه حينئذ يستقرّ عليه الوجوب، لأنّه بمنزلة تفويت الشرط على نفسه، و أمّا لو شكّ في أنّ الفقد مستند إلى ترك المشي أو لا فالظاهر عدم الاستقرار للشك في تحقّق الوجوب و عدمه واقعا، هذا بالنسبة إلى استقرار الحجّ لو تركه، و أمّا لو كان واجدا للشرائط حين المسير فسار ثمّ زال بعض الشرائط في الأثناء فأتم الحجّ على ذلك الحال كفى حجّه عن حجّة الاسلام إذا لم يكن المفقود مثل العقل، بل كان هو الاستطاعة البدنيّة أو الماليّة أو السربيّة و نحوها على الأقوى.

مسألة ٨٢: إذا استقرّ عليه العمرة فقط أو الحج فقط كما فيمن وظيفته حجّ الافراد و القران ثمّ زالت استطاعته فكما مرّ

يجب عليه أيضا بأي وجه تمكن، و إن مات يقضى عنه.

عدم الاستقرار: لا ينبغي ترك الاحتياط (و قيل بل الاستقرار لأصالة السلامة العقلائية و اعتقده الخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما) لكن الظاهر ان الشرط هو القدرة على تمام الاعمال و هي من أول الامر مشكوكة فلا يجري الاستصحاب وفاقا للاقا ضياء (قدّس سرّه) و المتيقن من اصل السلامة العقلائي ايضا ما تيقن الحالة السابقة فيلزم احراز القدرة التامة في بدء الامر و هي هنا مشكوكة و هكذا الأمر في سائر الابواب كالصوم بل الصلاة التامة للقادر و غير ذلك، فاذا تركها ثم شك في تحقق القدرة و لم تكن امارة عليها لم يلزم رعاية آثارها فتأمل.

و في الحج لعلّه الارتكاز ايضا على ذلك، و كيف كان فالاحتياط لا ينبغي تركه و ان لم يستشكل احد غير الخوئي (قدّس سرّه) تبعا للحكيم (قدّس سرّه)).

و نحوها على الاقوى: ان لم يمت قبل الاحرام و دخول الحرم و مرّ التفصيل في زوال العقل و المال.

المسألة ٨٢: يأتي وجه تمكن: و ان كان حرجيا كما مرّ، و ان مات يقضي عنه (لكونه دينا قضاء لحق لام الملكية في الحج و العمرة في كريمة **للّه على الناس ...**

و كذا كريمة **اتّموا الحج و العمرة للّه** ان لم يكن اللام فيها للغاية بل للملك. و ايضا ادلة القضاء في المقام على عنوان حجة الاسلام و هي غير مختصة بالتمتع، و العمرة واجبة عليهم جميعا نعم في التمتع دخلت في الحج و ايضا هذا مقتضى مثل صحيح زرارة ٣/ ٢٦ وجوب الحج: «... يحج عنه ان كان حجة الاسلام و يعتمر، انما هو شيء عليه». و لتحقق الاجماع في المسألة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۷

مسألة ٨٣: تقضى حجّة الاسلام من أصل التركة إذا لم يوص بها، سواء كانت حجّ التمتّع أو القران أو الافراد، و كذا إذا كان عليه عمرتهما، و إن أوصى بها من غير تعيين كونها من الأصل أو الثلث فكذلك أيضا، و أمّا إن أوصى بإخراجها من الثلث وجب إخراجها منه، و تقدّم على الوصايا المستحبّة و إن كانت متأخّرة عنها في الذكر، و إن لم يف الثلث بها اخذت البقيّة من الأصل، و الأقوى أنّ حجّ النذر أيضا كذلك، بمعنى أنّه يخرج من الأصل كما سيأتي الاشارة إليه، و لو كان عليه دين أو خمس أو زكاة و قصرت التركة فإن كان المال المتعلّق به الخمس أو الزكاة موجودا قدّم لتعلّقهما بالعين، فلا يجوز صرفه

المسألة ٨٣: وجب اخراجها منه: (لإسقاط حقه من الثلث حينئذ و تقديمه على المستحبات منها للظهور العرفي في المراد و للدينيّة و الشك في قدر استفادته من الثلث نتيجة، مع الامر به في رواية معاوية بن عمار ايضا ٣/ ١ وجوب الحج و كذا ٣/ ٢ و غير ذلك في الباب ٦٥ من الوصايا. و فيما لم يف الثلث يلزم اخراج البقية من الاصل لمنافاة التخصيص بالثلث حينئذ لحكم الشرع فتشمله الآية: **فمن خاف من موص ... الخ** البقرة: ١٨٢.

و اما فيما و فى الثلث للحج لكن كانت وصايا اخر ايضا لم يف الثلث بالجميع يقدم الحج ايضا للروايات المشار اليها بل لعل القاعدة ايضا تقتضي ذلك لا التوزيع بالسويّة- كما اعتقده الخوئي (قدّس سرّه)- اذ الوصية المقتضية لاستواء الواجب و المندوب خلاف الشرع فتدخل تحت كريمة **فمن خاف** .... فاعتقاد أبي حنيفة و الثوري بالتوزيع خلاف

القاعدة و قد رجعا عن ذلك حين فهما اعتقاد الصادق عليه السّلام راجع ۲/ ۳۰ وجوب الحج. و اما اصل المسألة أي اخراج الحج من الاصل فهو صريح روايات الباب ۲۸ وجوب الحج، و اما صحيح معاوية ٤/ ۲۵: «... من مات و لم يحج حجة الاسلام و لم يترك إلاّ قدر نفقة الحمولة و له ورثة فهم أحق بما ترك فان شاؤوا أكلوا و ان شاؤوا حجّوا عنه» فهو في التركة القاصرة عن الحج فلا يمكن الاستيجار و إلاّ فصدر الحديث صريح في ان الحج دين يخرج من الاصل. كما انه ان أوصى و لم يعين انه من الاصل أو الثلث يخرج من الاصل لكونه دينا فيقدم و لصراحة ۱/ ۲۵ وجوب الحج).

حج النذر ايضا كذلك: سياتي ان شاء اللّه في المسألة الثامنة من الفصل الآتي.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۸

في غيرهما، و إن كانا في الذمّة فالأقوى أنّ التركة توزع على الجميع بالنسبة، كما في غرماء المفلّس، و قد يقال بتقدّم الحجّ على غيره، و إن كان دين الناس، لخبر معاوية بن عمّار الدالّ على تقديمه على الزكاة، و نحوه خبر آخر لكنّهما موهونان بإعراض الأصحاب مع أنّهما في خصوص الزكاة، و ربما يحتمل تقديم دين الناس لأهمّيته، و الأقوى ما ذكر من التخصيص، و حينئذ فإن وفت حصّة الحجّ به فهو، و إلاّ فإن لم تف إلاّ ببعض الافعال كالطواف فقط أو هو مع السعي فالظاهر سقوطه و صرف حصّته في الدين أو

____

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

و الحديثان مذكوران في ۲/ ۲۱ مستحقين الزكاة و ۱/ ٤۲ الوصايا، و الاول صحيح بل الثاني ايضا و المضمون واحد و التعبير في الاول هكذا: «رجل يموت و عليه خمس مأة درهم من الزكاة و عليه حجة الاسلام و ترك ثلاثمأة درهم فأوصى بحجة الاسلام و ان يقضي عنه دين الزكاة، قال: يحج عنه من اقرب ما يكون و يخرج البقيّة من الزكاة».

انهما في خصوص الزكاة: (لكن صحيح بريد العجلي في خصوص الدين ۲/ ۲٦ وجوب الحج كذا قيل و صرح به الخوئي لكنها ليست صريحة في التزاحم للدين الشخصي فان الدين يحتمل الشرعي كالزكاة و الخمس فلا دليل في الدين الشخصي فلذلك و لأهمية الدين الشخصي في ارتكاز المتشرعة يعمل على القاعدة، بل يحتمل رجوع الشرط في ذيل ۲/ ۲٦ وجوب الحج الى اصل الحكم أي تقديم الحج فيما لم يكن عليه دين فراجع الحديث: «... جعل جملة و زاده ... في حجة الاسلام فان فضل ... فهو للورثة ان لم يكن عليه دين»).

كما في غرماء المفلّس: (الحكم في الغرماء واضح مسلّم و يدل عليه ٥/ ۳۱ من الدين و القرض: «... ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص ...»).

فالظاهر سقوطه: (فان قاعدة الميسور في المراتب لا الاجزاء مطلقا كما قاله الداماد (قدّس سرّه) و لا يعدّ كل جزء من الشيء مرتبة منه أو نقول لا بد من عمل الاصحاب لتشخيص كون المورد ميسور الشيء أي الصغرى و اما ما يظهر من الماتن من حاجة قاعدة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۹۹

الخمس أو الزكاة، و مع وجود الجميع توزع عليها، و إن وفت بالحجّ فقط أو العمرة ففي مثل حجّ القرآن و الإفراد تصرف فيهما مخيرا بينهما، و الأحوط تقديم الحجّ، و في حجّ التمتّع الأقوى السقوط و صرفها في الدين و غيره، و ربما يحتمل فيه أيضا التخيير. أو ترجيح الحجّ لأهميّته أو العمرة لتقدّمها، لكن لا وجه لها بعد كونهما في التمتّع عملا واحدا، و قاعدة الميسور لا جابر لها في المقام.

مسألة ٨٤: لا يجوز للورثة التصرّف في التركة قبل استيجار الحجّ إذا كان مصرفه مستغرقا لها، بل مطلقا على الأحوط إلاّ إذا كانت واسعة جدّا فلهم التصرّف في بعضها حينئذ مع البناء على إخراج الحجّ من بعضها الآخر كما في الدين، فحاله حال الدين.

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

و الاحوط تقديم الحج: بل الاقوى (لأهمية المواقف، و للدوران بين التعيين و التخيير، و ما قال الخوئي (قدّس سرّه) من ان الاهمية على الفرض، انما هي في عمل المكلف نفسه بالمباشرة لا مثل المقام فيه ما لا يخفى من عدم الفرق).

السقوط: لكن لا يترك الاحتياط في الصرف في الحج (للشك في كونهما عملا واحدا بهذه المنزلة و حينئذ فاحتمال الاهمية للحج كاف في الحكم مع التأييد برواية صاحب السابري في الوصية ٢/ ٣٧ الوصية: «... ان كان المال بمقدار يمكن ان يحج به من مكّة ...» أي الصرف في الحج فقط. و يمكن التأييد بأن الحج موقت فهو أهم و بنفس تعبير النية في العمرة: اني اتمتع بالعمرة الى الحج، خلافا للخوئي (قدّس سرّه) و قد ردّ التمسك بالحديث بأنه في خصوص الوصية و بضعف السند.

و احتاط البروجردي (قدّس سرّه) و بعض آخر في المقام).

المسألة ٨٤: قبل استيجار: أو دفع اجرة الحج الى ولي امر الميت.

واسعة جدا: الملاك عدم الاستغراق، كما ان التصرف جائز اذا تعهد الوارث اداء الدين و قبله الدائن (لا ينتقل مال الميت المقابل للدين الى الورثة إلاّ بعد اداء الدين فهو باق على ملك الميّت، ففي الدين المستغرق لا مال للورثة فلا يجوز لهم التصرف إلاّ اذا ضمنوا الدين و قبل الديّان ضمانهم و لا وجه ظاهرا لما قاله السيد جمال (قدّس سرّه) من الجواز عند ضمانهم و لو لم يقبل الديّان اذ رضى المضمون له لازم في عقد الضمان و اما في غير المستغرق فيجوز لهم التصرف في الزائد على القاعدة لكون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰۰

مسألة ٨٥: إذا أقرّ بعض الورثة بوجوب الحجّ على المورث و أنكره الآخرون لم يجب عليه إلاّ دفع ما يخصّ حصّته بعد التوزيع، و إن لم يف ذلك بالحج لا يجب عليه تتميمه من حصّته، كما إذا أقرّ بدين و أنكره غيره من الورثة، فإنّه لا يجب عليه دفع الأزيد، فمسئلة الاقرار بالحجّ أو الدين مع إنكار الآخرين

الدين حينئذ من باب الكلي في المعين، و للسيرة على التصرف مع شيوع الدين في الاموات و لا اقل من الديون الصغار

و لا اقل من مهر ازواجهم و للنصّ ۱ و ۲/ ۲۹ الوصايا: «... ان كان يستيقن ان الذي ترك يحيط بجميع ديونه فلا ينفق (على عيال الميت) و ان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال» لكن النصّ لا يمنع العمل بالضمان فان ضمن الوارث أو غيره جاز التصرف لبرائه ذمة الميت حينئذ، هذا و الظاهر ان مراد الماتن من قوله: «... اذا كانت واسعة جدا» هو عدم الاستغراق و إلاّ فلا دليل عليه).

المسألة ۸۵: كما اذا أقر بدين: لكن في الاقرار بالحج اذا لم تف حصته بالحج يجب حفظ مقدار الحصة رجاء لاقرار سائر الورثة ان احتمل ذلك و إلاّ فيصرف في سائر جهات الميت الاقرب فالاقرب (خلافا للاستاذ (قدّس سرّه) «۱» و الگلپايگاني و تبعهما بعض أهل العصر و فيه ان القدر المعترف به لم ينتقل الى الورثة و بقى على ملك الميت فلا وجه لتصرف الورثة فيه فلا بد من الصرف في جهات الميت و يشهد له ما ورد في دية نقص العضو على الميت من أنه له تصرف في جهاته.

و أما اصل المسألة أي التحصيص فالدليل هو الشهرة الموافقة لرواية أبي البختري ۵/ ۲۶ الوصايا: «... يلزمه ذلك في حصّته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله ...» فالسند منجبر و الدلالة ظاهرة اذ لو قلنا ان مراد الامام عليه السّلام لزوم كل الدين في حصته لم يكن معنى لذكر: بقدر ما ورث، و لو اريد من قدر ما ورث تأكيد الحصّة و بيانها لم يصح اذ الحصّة اظهر فمعنى: «لا يكون ذلك في ماله كله» اي لا يكون الدين في كل ماله أي ازيد من حصته و اما احتمال ارادة انه لا يكون الدين في امواله الشخصية كما احتمله الحكيم و تبعه الخوئى (قدّس سرّهما) فلا وجه له اذ لا وجه لاحتمال كون الدين في مال الوارث شخصية، و على هذا فالمراد من موثق اسحاق بن عمار ۳/ ۲۶

---

(۱) كانت كتابتنا لهذه التعليقة في الحادي عشر من شوال، و كان قد توفي الاستاذ في الليلة الماضية آخر يوم من شوال ۱۴۱۰، و قد اغتم لمصابه المسلمون في ارجاء المعمورة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰۱

نظير مسئلة الاقرار بالنسب، حيث إنّه إذا أقرّ أحد الأخوين بأخ آخر و أنكره الآخر لا يجب عليه إلاّ دفع الزائد عن حصّته، فيكفي دفع ثلث ما في يده، و لا ينزل إقراره على الاشاعة على خلاف القاعدة للنصّ.

مسألة ۸۶: إذا كان على الميّت الحجّ و لم تكن تركته وافية به و لم يكن دين فالظاهر كونها للورثة، و لا يجب صرفها في وجوه البرّ عن الميّت، لكن الأحوط التصدّق عنه، للخبر عن الصادق عليه السّلام

الوصايا: «... يلزمه ذلك في حصته ...» ايضا ذلك أي بقدر حصّته مع ان اصالة عدم الزيادة مقدمة على اصالة عدم النقيصة لكثرة السّهو في ناحية النقص فالاصل موافق مع نقل ابي البختري حيث نقل: «... يلزمه ذلك في حصته بقدر ما ورث ...» و مرّ ظهور جملة: بقدر ما ورث، في ارادة ما ذكرنا فلا يضر الضعف و لا التعارض مع نقل اسحاق بل لعل الاجماع محقق على ما يظهر من الجواهر و غيره بل لعلّ بناء العقلاء على ذلك حيث لا يبنون على ايذاء المقرّ المحسن المعاون للمظلوم و اضراره بأزيد مما اعترف بل ذلك يوجب عدم اقدام احد على بيان الحقيقة بل قال البروجردي و البهبهاني (قدّس سرّهما): ان التحصيص طبق القاعدة و لعل المقصود ان الاقرار على نفسه فقط جائز و هو بقدر حصته من الدين و يمكن ان يقدح بأن الحاصل بعد التوجه الى انكار سائر الورثة و التوجه الى ان رتبة

الارث بعد الدين يكون الاقرار كله على نفسه، إلاّ ان يقال: هذا غير نتيجة الاقرار مستقيما فلذلك كله اقول لا وجه لإصرار الخوئي (قدّس سرّه) على طرد حديث أبي البختري و العمل بالقاعدة الكلية في الدين أي الكلي في المعين).
على الاشاعة: لعل المراد اشاعة التعلق على نحو الكلي فانه طبق القاعدة لا الاشاعة المصطلحة و الظاهر حصول مضمون النصّ في الاقرار بالنسب بتبادل الحصص من المقر و المنكرين.
المسألة ٨٦: للورثة: (و الفرق بين المسألة و السابقة معلوم فان التركة في السابقة وافية و المنع من ناحية الوارث بخلاف المقام).
للخبر: لكنه ضعيف سندا مع انه في الوصية (و تعميمه لغيرها بلا دليل راجع ٢/ ٣٧ الوصايا، و فرق بين الوصية و المقام ففي الوصية يلزم العمل على نية الميت و لو ارتكازا ان لم يمكن العمل بالنيّة الفعلية بالاقرب فالاقرب بخلاف المقام فان الواجب هو الحج و هو غير ممكن، هذا مع ان المذكور في الحديث الانتقال الى الحج من مكة و هو

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٠٢

عن رجل مات و أوصى بتركته أن أحجّ بها، فنظرت في ذلك فلم يكفه للحج، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدّق بها، فقال عليه السّلام: ما صنعت بها؟ فقال: تصدّقت بها، فقال عليه السّلام: ضمنت إلاّ أن لا يكون يبلغ ما يحجّ به من مكّة، فإن كان لا يبلغ ما يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان. نعم لو احتمل كفايتها للحجّ بعد ذلك أو وجود متبرّع بدفع التتمّة لمصرف الحجّ وجب إبقاؤها.
مسألة ٨٧: إذا تبرّع متبرّع بالحجّ عن الميّت رجعت اجرة الاستيجار إلى الورثة، سواء عيّنها الميّت أو لا، و الأحوط صرفها في وجوه البرّ أو التصدّق عنه، خصوصا فيما إذا عيّنها الميّت للخبر المتقدّم.

اقل نفقة من التمتع، و ما في المتن من الصدقة بصرف عدم تمكن الحج- و ظاهره الميقاتي- لا ينطبق على النصّ، و اما ضعف سند الحديث فلوجود علي بن مزيد أو فرقد و هو لم يوثق).
وجب ابقائها: على الاحوط (يمكن ان يقال: الشك هنا في حصول وفاء المال بعدا فيستصحب عدمه.
المسألة ٨٧: عيّنها الميت: لا يترك الاحتياط حينئذ من الكبار من الورثة و ان علم تعدد المطلوب بحسب ظاهر عبارة الوصية و لو بالقرائن فيجب الصرف في سائر وجوه البرّ الاقرب فالاقرب، و اما صرف الوصية بلا ظهور في تعدد المطلوب فلا يفيد في المقام (قال الخوئي (قدّس سرّه): الوصية مقدمة على الدين بما هي وصيّة بلا نظر الى الموصى به، و فيه: انا لا نعقل ذلك فانّ اعتبار الوصية باعتبار انفهام الموصى به فاذا كان الموصى به هو الحج و لم يمكن فلا وجه لوجوب غيره إلاّ اذا كانت ظاهرة في تعدد المطلوب اذ اعتبار الوصية انما هو بانشاء الموصي و صرف القصد لا يكفي فانها من الانشائيات كسائر العقود و الايقاعات فما لم يذكر شيء لم يدخل تحت اعتبار العقد إلاّ اذا كان كالشرط المبني عليه العقد، إلاّ ان يقال: نعم و لكن المستفاد من روايات ابواب ٣٢ و ٣٧ و ٣٥ و ... من الوصايا بنائها على تعدد المطلوب و كذا الوقف.
هذا، و اما في غير الوصية فلا وجه لوجوب الصرف في غير الحج اذا لم يمكن الحج الواجب على الميّت من جهة عدم الوجوب لتبرع متبرع أو ظهور عدم الوجوب اصلا لكن الاحتياط حسن).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰۳

مسألة ۸۸: هل الواجب الاستيجار عن الميّت من الميقات أو البلد؟ المشهور وجوبه من أقرب المواقيت إلى مكّة إن أمكن، و إلاّ فمن الأقرب إليه فالأقرب، و ذهب جماعة إلى وجوبه من البلد مع سعة المال و إلاّ فمن الأقرب إليه فالأقرب و ربما يحتمل قول ثالث و هو الوجوب من البلد مع سعة المال و إلاّ فمن الميقات، و إن أمكن من الأقرب إلى البلد فالأقرب، و الأقوى هو القول الأوّل و إن كان الأحوط القول الثاني، لكن لا يحسب الزائد عن اجرة الميقاتيّة على الصغار من الورثة، و لو أوصى بالاستيجار من البلد وجب و يحسب الزائد عن اجرة الميقاتيّة من الثلث و لو أوصى و لم يعيّن شيئا كفت الميقاتيّة إلاّ إذا كان هناك انصراف إلى البلديّة أو كانت قرينة على إرادتها كما إذا عيّن مقدارا يناسب البلديّة.

المسألة ۸۸: هو القول الاول: (اذ المقصود برائة ذمة الميت و لم يكن في ذمته سوى الحج نفسه لا المقدمة).

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

و اما في الوصية مع عدم وفاء المال بأزيد من الميقات فلصحيح ۲/۱ نيابة الحج: «رجل اوصى ... و لم يبلغ ... إلاّ خمسين درهما، قال: يحج عنه من بعض المواقيت ...»، و اما مع وفاء المال ففي ۳/۲: «... على قدر ماله ان وسعه ماله فمن منزله و ان لم يسعه ماله فمن الكوفة فان لم يسعه من الكوفة فمن المدينة» و في السند محمد بن عبد اللّه و هو مشترك بل لم يوثق.

قال الخوئي (قدّس سرّه): و قد اشتمل الخبر على امر لم يقل به أحد و هو الشروع من بلد الموصي- خراسان- الى الكوفة الى المدينة بل اللازم على فرضه الشروع من خراسان الى نيشابور و سبزوار و طهران، لا الكوفة، و فيه احتمال ان السفر قديما كان من ايران الى العراق ثم الحجاز، و في ٤/۲ جعل الملاك الميقات و لا بأس بسنده اذ امر السّهل سهل، كما ان في النيابة عن الحيّ ايضا يكفي ذلك لصراحة ۱۱/۱ نيابة الحج: «... لا بأس اذا قضى جميع المناسك فقد تم حجّه» و ان كان يحتمل ارادة صحة الحج لا التكليف لكن السكوت عن ذلك يعطي الاطلاق المقامي للجواز).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰۴

مسألة ۸۹: لو لم يمكن الاستيجار إلاّ من البلد وجب، و كان جميع المصرف من الأصل.

مسألة ۹۰: إذا أوصى بالبلديّة أو قلنا بوجوبها مطلقا فخولف و استوجر من الميقات أو تبرّع عنه متبرّع منه برئت ذمّته و سقط الوجوب من البلد، و كذا لو لم يسع المال إلاّ من الميقات.

مسألة ۹۱: الظاهر أنّ المراد من البلد هو البلد الّذي مات فيه، كما يشعر به خبر زكريّا بن آدم:

سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل مات و أوصى بحجّة، أيجزيه أن يحجّ عنه من غير البلد الّذي مات فيه؟

فقال عليه السّلام: ما كان دون الميقات فلا بأس به. مع أنّه آخر مكان كان مكلّفا فيه بالحجّ، و ربما يقال: إنّه بلد الاستيطان لأنّه المنساق من النصّ و الفتوى، و هو كما ترى، و قد يحتمل البلد الّذي صار مستطيعا فيه، و يحتمل التخيير بين البلدان التي كان فيها بعد الاستطاعة، و الأقوى ما ذكرنا وفاقا لسيّد المدارك، و نسبه إلى ابن إدريس أيضا، و إن كان الاحتمال الأخير و هو التخيير قويّا جدّا.

مسألة ٩٢: لو عيّن بلدة غير بلده كما لو قال: استأجروا من النجف أو من كربلا تعيّن.
مسألة ٩٣: على المختار من كفاية الميقاتيّة لا يلزم أن يكون من الميقات أو الأقرب إليه فالأقرب، بل يكفي كلّ بلد دون الميقات، لكن الاجرة الزائدة على الميقات مع إمكان الاستيجار منه لا يخرج من الأصل، و لا من الثلث إذا لم يوص بالاستيجار من ذلك البلد إلاّ إذا أوصى بإخراج الثلث من دون أن يعيّن مصرفه، و من دون أن يزاحم واجبا ماليّا عليه.
مسألة ٩٤: إذا لم يمكن الاستيجار من الميقات و أمكن من البلد وجب و إن كان عليه دين الناس أو الخمس أو الزكاة فيزاحم الدين إن لم تف التركة بهما، بمعنى أنها توزع عليهما بالنسبة.

المسألة ٩٠: و سقط الوجوب: لكن حق الميت بالنسبة الى النفقة الزائدة من الميقات باق من الثلث ان وسع فيصرف الزائد في وجوه البرّ (بناء على ما تقدم من استفادة تعدد المطلوب من روايات الوصية و الوقف بخلاف باب ثبوت الحج في ذمة الميت بلا وصية في ذلك. هذا ثم ان هذه الاجارة خارجة عن حدود وظائف الوصي و موجب لسقوط ولايته أو لبطلان عقد الاجارة و يأخذ الاجير اجرة المثل لكن العمل صحيح كما ذكرنا).
المسألة ٩١: المراد من البلد: مرّ ان الاعتبار في القضاء بالميقات و اما في الايصاء فالظاهر بلد الاستيطان إلاّ اذا مات في اثناء سفر الحج فالبلد حينئذ بلد الموت.
المسألة ٩٤: توزع: مرّ آنفا تقدّم الحج على الزكاة أو الخمس المتعلق بالذمة دون المتعلق بالعين فان المتعلق بالعين مقدّم و كذا الدين الشخصي فانه مقدم فلا وجه للتوزيع، كما انه على التوزيع اذا لم تف حصة الحج به لا وجه للتوزيع عليه بل يصرف في سائر جهات الميت الاقرب فالاقرب اذا أوصى بالحج.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۰۵

مسألة ٩٥: إذا لم تف التركة بالاستيجار من الميقات لكن أمكن الاستيجار من الميقات الاضطراريّ كمكّة أو أدنى الحلّ وجب نعم لو دار الأمر بين الاستيجار من البلد أو الميقات الاضطراري قدّم الاستيجار من البلد، و يخرج من أصل التركة، لأنّه لا اضطرار للميّت مع سعة ماله.
مسألة ٩٦: بناء على المختار من كفاية الميقاتيّة لا فرق بين الاستيجار عنه و هو حيّ أو ميّت فيجوز لمن هو معذور بعذر لا يرجى زواله أن يجهّز رجلا من الميقات كما ذكرنا سابقا أيضا، فلا يلزم أن يستأجر من بلده على الأقوى و إن كان الأحوط ذلك.
مسألة ٩٧: الظاهر وجوب المبادرة إلى الاستيجار في سنة الموت، خصوصا إذا كان الفوت عن تقصير من الميّت، و حينئذ فلو لم يمكن إلاّ من البلد وجب و خرج من الأصل، و لا يجوز التأخير إلى السنة الاخرى و لو مع العلم بإمكان الاستيجار من الميقات توفيرا على الورثة، كما أنّه لو لم يمكن من الميقات إلاّ بأزيد من الاجرة المتعارفة في سنة الموت وجب، و لا يجوز التأخير إلى السنة الاخرى توفيرا عليهم.
مسألة ٩٨: إذا أهمل الوصيّ أو الوارث الاستيجار فتلفت التركة أو نقصت قيمتها فلم تف بالاستيجار ضمن، كما أنّه لو كان على الميّت دين و كانت التركة وافية و تلفت بالإهمال ضمن.

المسألة ٩٥: الميقات الاضطراري: بناء على شمول ادلته للمقام و هو غير ظاهر ففي مثل المورد لا يترك الاحتياط باستيجار من يكون ميقاته ذلك و هو من تجاوز عن الميقات و لم يتمكن من الرجوع اليه كما سيأتي انشاء اللّه تعالى.
المسألة ٩٦: الاحوط: لا ينبغي تركه (للوجوب عليه شخصا من البلد و لعل المشهور على ذلك، لكن الوجوب عليه مقدّمي فقط و في الشهرة تأمل، و الحج هو المناسك و الاطلاق المقامي في ١/ ١١ نيابة الحج يعطي عدم اللزوم كما مرّ في المسألة ٨٨).
المسألة ٩٧: وجوب المبادرة: (وفاقا لغير واحد فانه دين، و حبس الحقوق من الكبائر، و التصرف في مال الميت ممنوع، و لو قلنا بعدم الوجوب فورا شرعا للمستطيع الحيّ كما مرّ انه عقلي، فلا وجه لحاشية الخونساري (قدّس سرّه). و الضرر الزائد حينئذ غير منفي لثبوت الحق الموجب للعقاب على الميت، و الصرف في الحج مقدم على الورثة فلا ضرر عليهم بل عدم النفع فقط).
المسألة ٩٨: أو نقص قيمتها: (الضمان لكون اليد حينئذ يد الخيانة، و ظهور روايات الباب ٣٦ الوصايا في كون ملاك الضمان هو التعدي و التفريط، و لا فرق بين العين و ماليتها في ذلك فان العين على اليد بجميع شؤونها المالية و من اهمها قيمة السوق فلا وجه لحاشية الگلپايگاني في عدم ضمان نقص القيمة و كذلك الخوئي (قدّس سرّه)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٠۶

مسألة ٩٩: على القول بوجوب البلديّة و كون المراد بالبلد الوطن إذا كان له وطنان الظاهر وجوب اختيار الأقرب إلى مكّة إلاّ مع رضى الورثة بالإستيجار من الأبعد، نعم مع عدم تفاوت الاجرة الحكم التخيير.
مسألة ١٠٠: بناء على البلديّة الظاهر عدم الفرق بين أقسام الحجّ الواجب. فلا اختصاص بحجّة الاسلام، فلو كان عليه حجّ نذريّ لم يقيّد بالبلد و لا بالميقات يجب الاستيجار من البلد، بل و كذا لو أوصى بالحجّ ندبا، اللازم الاستيجار من البلد إذا خرج من الثلث.
مسألة ١٠١: إذا اختلف تقليد الميّت و الوارث في اعتبار البلديّة أو الميقاتيّة فالمدار على تقليد الميّت و إذا علم أنّ الميت لم يكن مقلّدا في هذه المسئلة فهل المدار على تقليد الوارث أو الوصيّ أو العمل على طبق فتوى المجتهد الذي كان يجب عليه تقليده إن كان متعيّنا، و التخيير مع تعدّد المجتهدين و مساواتهم؟ وجوه، و على الأوّل فمع اختلاف الورثة في التقليد يعمل كلّ على تقليده فمن يعتقد البلديّة يؤخذ من حصّته بمقدارها بالنسبة فيستأجر مع الوفاء بالبلديّة بالاقرب فالأقرب إلى البلد، و يحتمل الرجوع إلى الحاكم لرفع النزاع،

في الشرح، و المقام من الموارد التي صرحّوا بعدم ضمان نقصان القيمة و انا في شك من ذلك، بل اقول: مقتضى قاعدة على اليد ضمان كل خصوصيات المأخوذ و لا ريب انّ من اهمّها عرفا هو القيمة و نظر العرف اليها اشدّ و أكثر من النظر الى سائر جهات العين. و قد ادّعى الگلپايگاني (قدّس سرّه) في بعض كلماته الاجماع على عدم ضمان نقصان القيمة، و فيه: عدم تسلّم الاجماع لخلو غير واحد من كتب الفتوى القديمة من ذلك، كما انّ اكثر المحشين هنا موافقون للماتن في الضمان فتأمل).
المسألة ٩٩: الاقرب الى مكة: الملاك هو الاقل قيمة و هو المراد.
المسألة ١٠٠: على البلدية: و كذا على الميقاتية في الوصية فيتّبع ظاهرها بلدا أو ميقاتا أو غيرهما بل لا يبعد نفي مساواة

النذر و حج الاسلام على البلدية ايضا (فانها في حج الاسلام كان للنصوص المدّعى دلالتها على ذلك، و لا دليل على جريانها في النذر).

المسألة ١٠١: على تقليد الميت: بل على تقليد الموظف بالتصدي وصيا كان أو وارثا (إلاّ اذا أوصى بنحو خاص زائدا على الواجب فيجب العمل بالوصية فإنه المكلف بإتيان الواقع).

الرجوع الى الحاكم: الرجوع الى الحاكم متعين لرفع الاختلاف بين المتصدي لامر الميت و المخالف من الورثة اذا لم يكف المال للبلدية مثلا، و اما بين الورثة انفسهم لا من جهة تصدي امر الميت فلا نزاع على التحصيص و انما هو على القاعدة من كون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٠٧

فيحكم بمقتضى مذهبه، نظير ما إذا اختلف الولد الأكبر مع الورثة في الحبوة، و إذا اختلف تقليد الميّت و الوارث في أصل وجوب الحجّ عليه و عدمه بأن يكون الميّت مقلّدا لمن يقول: بعدم اشتراط الرجوع إلى كفاية فكان يجب عليه الحجّ، و الوارث مقلّدا لمن يشترط ذلك فلم يكن واجبا عليه، أو بالعكس فالمدار على تقليد الميّت.

مسألة ١٠٢: الأحوط في صورة تعدّد من يمكن استيجاره الاستيجار من أقلّهم اجرة مع إحراز صحّة عمله مع عدم رضى الورثة، أو وجود قاصر فيهم، سواء قلنا بالبلديّة أو الميقاتيّة، و إن كان لا يبعد جواز استيجار المناسب لحال الميّت من حيث الفضل و الأوثقيّة مع عدم قبوله إلاّ بالأزيد، و خروجه من الأصل، كما لا يبعد عدم وجوب المبالغة في الفحص عن أقلّهم اجرة و إن كانت أحوط.

مسألة ١٠٣: قد عرفت أنّ الأقوى كفاية الميقاتيّة، لكن الأحوط الاستيجار من البلد بالنسبة إلى الكبار من الورثة، بمعنى عدم احتساب الزائد عن اجرة الميقاتيّة على القصّر إن كان فيهم قاصر.

مسألة ١٠٤: إذا علم أنّه كان مقلّدا و لكن لم يعلم فتوى مجتهده في هذه المسئلة فهل يجب الاحتياط أو المدار على تقليد الوصيّ أو الوارث؟ وجهان أيضا.

مسألة ١٠٥: إذا علم استطاعة الميّت مالا و لم يعلم تحقّق سائر الشرائط في حقّه فلا يجب القضاء عنه، لعدم العلم بوجوب الحجّ عليه لإحتمال فقد بعض الشرائط.

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

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

المسألة ١٠٢: الاحوط: بل الاقوى ان لم يكن هتكا للميت (و الظاهر لزوم رعاية شؤون الميّت فلا يصح اطلاق عبارة الاستاذ و بعض آخر باستيجار الاقل اجرة).

المسألة ١٠٣: بمعنى: و لازم ذلك اداء الكبار تفاوت البلدية و الميقاتية كلها لا خصوص حصتهم و هذا خير مستحب لا أحوط بناء على التحصيص.

المسألة ١٠٤: وجهان: مرّ ان المتعين هو الثاني إلاّ في الوصية اذا عين شيئا مخصوصا.

المسألة ١٠٥: و لم يعلم تحقق سائر: و لم يثبتها امارة أو اصل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٠٨

مسألة ١٠٦: إذا علم استقرار الحجّ عليه و لم يعلم أنّه أتى به أم لا، فالظاهر وجوب القضاء عنه لأصالة بقائه في ذمّته، و يحتمل عدم وجوبه عملا بظاهر حال المسلم، و انّه لا يترك ما وجب عليه فورا،

ـــــــــــــــــــــ

المسألة ١٠٦: و يحتمل: لكنه ضعيف (فان ظهور حاله مقتض فقط و لا يفيد الوقوع و اما الحمل على الصحة في العمل فهو بعد احراز العمل.

و اما السيرة المدعاة احيانا من بعض اهل العصر فهي ممنوعة إلاّ في انتقال العين الى الذمة كالخمس أو الزكاة المتعلقة بالعين ثم تلفت مع الشك في الاداء من العين أو عدم الاداء و التعلق بالذمة فان الاصل عدمه و كذا تبديل ضمان عين لشخص بذمة الميت.

فما ذكرته في تعليقتي المفصّلة من الظهور الحالي للمسلم و انه حجة كاشفة عقلائية و ما اظن احدا تيقن بعدم ترك مورّثه شيئا من وظائفه و مع ذلك لا يحتاطون حتى العلماء، فيه انه في العين غير مسلّم ذلك بل في الشك في الانتقال الى الذمة ايضا لا نسلم السيرة بل نتمسك بأصالة عدم الاشتغال كما ان فيما نشك في اصل وجوب القضاء لا دليل على الوجوب اذ موضوعه الفوت و لا يثبت عنوان الفوت بأصالة عدم الاتيان لإختلاف المفهومين عرفا فان الفوت امر وجودي مع عدم الصدق في عدم اتيان ما ليس بخير فتأمل. ففي مثل الصلاة و الصوم لا يثبت وجوب القضاء و في الماليات يختلف الامر بين بقاء العين و تلفه، و اما الحج فيمكن ان يقال: حيث انّه ليس موقتا فصرف عدم الاتيان كاف و يثبت بالاستصحاب و لا نسلّم السيرة في المبالين بالشرع.

و اما ما قاله بعض المحشين من تخصيص ادلّة الاستصحاب هنا بما دل على اشتراط ضم اليمين في ثبوت الدين على الميت مثل ٢٨/١ الشهادات و ٤/١ كيفية الحكم فلا اثر للاستصحاب، و الحج دين ففيه، ان ٢٨/١ الوارد في ثبوت الدّين انما هو يخصّص ادلة البيّنة لا الاستصحاب فان الرواية بصدد اثبات الدين بالبيّنة و اليمين، و المقام مقام الاداء بعد الثبوت و اما ٤/١: «... فان حلف و إلاّ فلا حق له لأنا لا ندري لعله قد أوفاه ...» فهو و ان كان واردا في ثبوت الدين و عدم كفاية الدعوى لكنه ضعيف بياسين الضرير- لم يوثق و لا جهة قوة له سوى نقل حريز احيانا عنه و هو عن حريز اكثر- بل لا يعلم ان ضم الحلف لأصل ثبوت الدين أو الاداء فالرواية- بعد ضم الصدر و الذيل- مجملة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٠٩

و كذا الكلام إذا علم أنّه تعلّق به خمس أو زكاة أو قضاء صلوات أو صيام و لم يعلم أنّه أدّاها أو لا.

مسألة ١٠٧: لا يكفي الاستيجار في برائه ذمّة الميّت و الوارث، بل يتوقّف على الأداء، و لو علم أنّ الأجير لم يؤدّ وجب الاستيجار ثانيا، و يخرج من الأصل إن لم يمكن استرداد الاجرة من الأجير.

مسألة ١٠٨: إذا استأجر الوصيّ أو الوارث من البلد غفلة عن كفاية الميقاتيّة ضمن ما زاد عن اجرة الميقاتية للورثة أو لبقيّتهم.

مسألة ١٠٩: إذا لم يكن للميّت تركة و كان عليه الحجّ لم يجب على الورثة شيء، و إن كان يستحبّ على وليّه، بل قد

يقال بوجوبه للأمر به في بعض الأخبار.

خمس أو زكاة: مع بقاء العين و إلاّ فالأصل عدم الاشتغال بالبدل و كذا في الامانات و نحوها.
المسألة ١٠٧: لم يؤد: و لو شك في ذلك أو قصده النيابة فقوله يكفي اذا كان ثقة (ولي في امثال المقام كلام لم أر من تعرض له قديما و حديثا و هو احتمال شمول ادلة عقد الضمان للمقام اذا وقعت الاجارة منضمّة الى عقد الضمان فانه لا يختص بالعين و الدين بل يجري الضمان في الاعمال ايضا فكما يصح ضمان عمل الاجير فهل يمكن ان نقول بضمان الاجير في وظيفة الميت و انتقال وظيفة الميت الى ذمة الاجير فهو ضامن للحج لا الميت كما في عقد الضمان عند الشيعة. ان قلت: يحتاج الى قبول المضمون له و هو اللّه تعالى، قلت: لا يلزم القبول الشخصي فان علم من الشرع صحة النيابة في العبادات و الاستيجار و علم صحة عقد الضمان ينتج ما ذكرنا، و حينئذ فبصرف عقد الاجارة المنضمة الى الضمان أو نفس الضمان فقط- بلا شرط الاجرة أو معها- انتقل الواجب من ذمة المنوب عنه الميت (أو الحيّ فيما يجوز ذلك) الى ذمة الضامن غاية الامر قل ان ذلك في الضامن الموثوق به لا مطلقا فتدبره جيدا).
المسألة ١٠٨: ضمن: و الاجارة فضولية ان وقعت على عين التركة و إلاّ فالزائد في ذمة المستأجر و الاجارة صحيحة.
المسألة ١٠٩: قد يقال: لكنه ضعيف (فانه فيما كان له مال جمعا بين الاخبار بل مورد خبر الامر ايضا ذلك فان صحيح ١/ ٢٦ الدال على قضاء الولي انما ورد لبيان التفصيل بين الموت في الحرم و قبله لا لبيان اطلاق وجوب القضاء مع ان راويه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۰

مسألة ١١٠: من استقرّ عليه الحجّ و تمكّن من أدائه ليس له أن يحجّ عن غيره تبرّعا أو باجارة، و كذا ليس له أن يحجّ تطوّعا، و لو خالف فالمشهور البطلان، بل ادّعى بعضهم عدم الخلاف فيه و بعضهم الاجماع عليه، و لكن عن سيّد المدارك التردّد في البطلان، و مقتضى القاعدة الصحّة و إن كان عاصيا في ترك ما وجب عليه، كما في مسئلة الصلاة مع فوريّة وجوب إزالة النجاسة عن المسجد، إذ لا وجه للبطلان إلاّ دعوى أنّ الأمر بالشيء نهي عن ضدّه و هي محلّ منع، و على تقديره لا يقتضي البطلان، لأنّه نهي تبعيّ، و دعوى أنّه يكفي في عدم الصحّة عدم الأمر مدفوعة بكفاية المحبوبيّة في حدّ نفسه في الصحّة، كما في مسئلة ترك الأهمّ و الاتيان بغير الأهمّ من الواجبين المتزاحمين، أو دعوى أنّ الزمان مختصّ بحجّته عن نفسه، فلا يقبل لغيره، و هي أيضا مدفوعة بالمنع، إذ مجرّد الفوريّة لا يوجب الاختصاص، فليس المقام من قبيل شهر رمضان حيث إنّه غير قابل لصوم آخر، و ربما يتمسّك للبطلان في المقام بخبر سعد بن أبي خلف عن أبي الحسن موسى عليه السّلام عن الرجل الصرورة يحجّ عن الميت؟
قال عليه السّلام: نعم إذا لم يجد الصرورة ما يحجّ به عن نفسه، فإن كان له ما يحجّ به عن نفسه فليس يجزي عنه حتّى يحجّ من ماله، و هي تجزي عن الميّت إن كان للصرورة مال، و إن لم يكن لم مال، و قريب منه صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد اللّه عليه السّلام، و هما كما ترى بالدلالة على الصحّة أولى، فإنّ غاية ما يدلاّن

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

المسألة ۱۱۰: بكفاية المحبوبية: (و قال البروجردي (قدّس سرّه) و تبعه الگلپايگاني (قدّس سرّه): مع ان النائب ينوي امر المنوب عنه و لا تنافي بينه و بين امر نفسه بالضد، و فيه: ان صحة نية امر المنوب عنه تحتاج الى ادلة النيابة و هي على الفرض ممنوعة و لكن يمكن تصحيح العمل بما ذكره الماتن كما يمكن تصحيح الامر ايضا بالترتب فلا يرد اشكال البهائي (قدّس سرّه) بعدم الامر).

بالدلالة على الصحة أولى: فيه منع بل لعل فهم المشهور اولى (فراجع الروايتين ۱ و ۳/ ۵ نيابة الحج، عبارة الاولى ما ذكره الماتن (قدّس سرّه) و عبارة الثاني هكذا: «عن الصرورة أيحج عن الميّت؟ فقال: نعم اذا لم يجد الصرورة ما يحج به فان كان له مال فليس له ذلك حتى يحج من ماله و هو يجزي عن الميّت كان له مال أو لم يكن له مال».

فان السؤال انما هو عن الحج عن الميت تكليفا و وضعا بحسب الاطلاق لا خصوص التكليف، و ظاهر مفهوم الشرط بعد قوله: نعم، و كذا منطوق الشرط بعد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۱

عليه أنّه لا يجوز له ترك حجّ نفسه و إتيانه عن غيره، و أمّا عدم الصحّة فلا، نعم يستفاد منهما عدم إجزائه

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

هذا بحسب عبارة ۱/ ۵ و اما ۳/ ۵ فظاهر السؤال انه عن جواز الحج عن الميت لا عن غيره او و غيره كالاجزاء عن النائب، و الامام عليه السّلام اجاب عن هذا السؤال، فمفهوم الصدر النهي عنه اذا قدر على ما يحج به عن نفسه و قد صرّح بهذا المفهوم في الجملة الثانية و هل النهي تكليفي أو وضعي؟ صريح الجملة الثالثة يرفع الاجمال و انه وضعي أو يعمه.

و اما احتمال ارادة النهي التكليفي من صدر الحديث و الاجزاء وضعا من الذيل و لو لم يحج الصرورة عن نفسه مع الاستطاعة فهو بعيد، و الاستاذ الداماد (قدّس سرّه) أوقع التعارض بين الصدر و الذيل و التمس الحلّ من احاديث حج الصرورة عن الصرورة في روايات الباب ٦ حيث ان بعضها دال على الجواز و بعضها على المنع و بعضها على التفصيل بين صرورة له مال و من لا مال له، و هو شاهد جمع و تنقلب النسبة، و فيه: ان جهة البحث تختلف مع ما هناك كما لا يخفى، و كيف كان فما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من كون الحديثين في مقام بيان عدم الجواز تكليفا و عدم اجزاء الحج المأتي عن قبل المنوب عنه، عن النائب و يصح عن المنوب عنه فيه ما لا يخفى، فان السؤال لم يكن عن الاجزاء عن النائب نفسه ليكون الجواب عنه، و لا وجه لاحتمال الاجزاء و كذا ما قاله الخونساري (قدّس سرّه) في جامعه: ... الضمير في قوله عليه السّلام فليس يجزي عنه يرجع الى الرجل دفعا لتوهم كفاية الحج عن الميت عن نفسه ثم حكم بكفاية هذا الحج عن الميت ...» لما ذكرنا.

فالظاهر ما نسب الى المشهور و لا اقل من الاحتياط الذي لا يترك، نعم قد يستشكل في تحقق الشهرة لعدم تعرض اكثر القدماء للمسألة عدا الوسيلة و فتوى الشيخ (قدّس سرّه) بالجواز في التهذيبين و افتى في المبسوط بعدم الجواز و في الخلاف بالتفصيل بين الاستيجار و التطوع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۲

عن نفسه، فتردد صاحب المدارك في محله بل لا يبعد الفتوى بالصحة، لكن لا يترك الاحتياط، هذا كله لو تمكن من حج نفسه و أمّا إذا لم يتمكّن فلا إشكال في الجواز و الصحّة عن غيره، بل لا ينبغي الاشكال في الصحّة إذا كان لا يعلم بوجوب الحجّ عليه، لعدم علمه باستطاعته مالا، أو لا يعلم بفوريّة وجوب الحجّ عن نفسه فحجّ عن غيره أو تطوّعا، على فرض صحّة الحجّ عن الغير و لو مع التمكّن و العلم بوجوب الفوريّة لو آجر نفسه لذلك فهل الاجارة أيضا صحيحة أو باطلة، مع كون حجّه صحيحا

الفتوى بالصحة: بل يبعد (بعد الشهرة المحققة المتمسكة ظاهرا بالرواية و ظهور صدر الروايتين في البطلان كما ايّده الاستاذ (قدّس سرّه) و غيره، و باطلاق ۳ و ٦/٤ نيابة الحج، روايتي ابراهيم و بكر في منع حج الصرورة عن الصرورة، لكن الظاهر ان جهة البحث تختلف كما مرّ.

نعم يؤيد المطلوب عبارة نهج البلاغة (۱۰۹۵ فيض الاسلام): «لا قربة بالنوافل اذا أضرّت بالفرائض» و في (ص ۱۲۱۲) «اذا اضرّت النوافل بالفرائض فارفضوها» فانها في التطوع لا الاجارة لكن الملاك لعلّه يعمّ، ثم ان روايات الباب لا تشمل التطوع فلا دليل على بطلانه و ان كان معصية لإضراره بفورية الحج، و ما مرّ من عبارة النهج غير ثابت سندا و ان كان معناه واضحا لا غبار عليه لعدم اشكال عليها من جهة الصدقات المستحبة لمن عليه الزكاة مثلا أو النافلة في الصلاة لمن عليه الواجبة منها، لعدم الاضرار في امثال ذلك لعدم وجوب الفور، نعم في آخر الوقت كذا، و لا يبعد القول بالبطلان لكون الوقت وقت الفريضة، لكن في الحج يجب الفور فالتطوع يزاحمه و يضرّه. و كيف كان فالاحوط فيه ايضا الترك و اتيان الواجب اي حجة الاسلام و اما في غير حجة الاسلام كالنذر و نحوه فلا يجري روايات الباب لكن امثال عبارة النهج تجري في التطوع بل و غيره ايضا بحسب الملاك، فالاحوط الترك ايضا، بل افتى الاستاذ الداماد (قدّس سرّه) بالمنع لتنقيح المناط).

اذا كان لا يعلم: لا عن تقصير و كذا في الجهل بالفور (فان الروايات تقصر بحسب فهم العرف عن شمول مورد الجهل عن قصور و الشهرة ايضا غير ثابت الاطلاق (وفاقا للسيد جمال و البهبهاني (قدّس سرّهما) و بعض آخر و خلافا للگلپايگاني و الاستاذ (قدّس سرّهما) نظرا الى اطلاق الرواية و فيه منع الاطلاق).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۳

عن الغير؟ الظاهر بطلانها، و ذلك لعدم قدرته شرعا على العمل المستأجر عليه، لأنّ المفروض وجوبه عن نفسه فورا، و كونه صحيحا على تقدير المخالفة لا ينفع في صحّة الاجارة خصوصا على القول بأنّ الأمر بالشيء نهي عن ضدّه، لأنّ اللّه إذا حرّم شيئا حرّم ثمنه و إن كانت الحرمة تبعيّة، فإن قلت: ما الفرق

الظاهر بطلانها: بل لو لم تتم الروايات المشار اليها لا يبعد الصحة نظرا الى الترتب (فان ادلة الاجارة تنفّذ كل مورد لم يكن بنفسه ممنوعا شرعا و تقصر عن النظر الى المزاحمات و انما العقل يحكم بلزوم انتخاب الاهم، و إلاّ لأمكن الاشكال في كثير من العقود الجارية بين الناس المزاحمة لتكاليفهم الشرعية من اداء الديون و تعلم المسائل و ...

فالظاهر حينئذ ان لا وجه للفساد من جهة استلزام صحة الاجارة امره بضدّ الواجب كما قاله الگلپايگاني و البروجردي (قدّس سرّهما) أو من جهة استلزام وجوب الفور عدم امكان العمل بالاجارة شرعا كما قال الاستاذ (قدّس سرّه) أو من جهة ان انشاء الاجارة مطلقا مناف لوجوب الحج و مقيدا فيه التعليق المضرّ كما قال الخوئي. نعم على الاستدلال بالروايات البطلان ظاهر لنفي الشارع هذا العمل فهو من أكل المال بالباطل).
اذا حرّم شيئا: (الثابت في ۱/ ٥٥ ما يكتسب به «ان الذي حرّم شربها حرّم ثمنها» الوارد في الخمر و اما ما في المتن فرواه الخلاف فقط في ۳: ١٨٤ مرسلا و كذا مسند أحمد في ١: ۳۲۲ و اما رواية الاكثر فهي: «اذا حرّم أكل شيء حرّم ثمنه» في سنن البيهقي ٦: ١٣ و سنن ابي داود ٢: ٢٥١ و مستدرك النوري (قدّس سرّه) ٦/٨ ما يكتسب به مرسلا، و قلنا في محلّه ان المراد حرمة الثمن اذا بيع بلحاظ المنفعة المحرّمة لا كبيع الخمر بقصد التخلية في بيت الخلاء لرفع رائحة العذرة مثلا).
الحرمة تبعية: لو سلّم الحديث فهو في الحرمة الذاتيّة الشاملة لشؤون الشيء الظاهرة.
فان قلت ما الفرق: (كأن وجه التشابه ان المنشأ في كل واحد من الموردين اما مطلق أو مقيّد بعصيان الامر الآخر في الحج، و الشرط في البيع، و الباب واحد اشكالا و حلا فاجاب بالفرق، و ايضا ان اجتماع حكمين متنافيين لو كان اشكالا لما صحّ القول بصحة البيع الثاني و الخيار، اذ الخيار لمكان وجوب العتق مع أن وجوب العتق و صحة البيع الثاني متنافيان، فلا يرد اشكال بعضهم بعدم التشابه، راجع الحكيم و غير واحد من المحشين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۴

بين المقام و بين المخالفة للشرط في ضمن العقد مع قولكم بالصحة هناك كما إذا باعه عبدا و شرط عليه أن يعتقه فباعه، حيث تقولون: بصحّة البيع، و يكون للبايع خيار تخلّف الشرط؟ قلت: الفرق أنّ في ذلك المقام المعاملة على تقدير صحّتها مفوتة لوجوب العمل بالشرط، فلا يكون العتق واجبا بعد البيع لعدم كونه مملوكا له، بخلاف المقام حيث إنّا لو قلنا بصحّة الإجارة لا يسقط وجوب الحجّ عن نفسه فورا، فيلزم اجتماع أمرين متنافيين فعلا، فلا يمكن أن تكون الاجارة صحيحة، و إن قلنا: إنّ النهي التبعيّ لا يوجب البطلان، فالبطلان من جهة عدم القدرة على العمل لا لأجل النهي عن الاجارة، نعم لو لم يكن متمكّنا من الحجّ عن نفسه يجوز له أن يوجر نفسه للحجّ عن غيره، و إن تمكّن بعد الاجارة عن الحجّ عن نفسه لا تبطل إجارته بل لا يبعد صحّتها لو لم يعلم باستطاعته أو لم يعلم بفوريّة الحجّ عن نفسه فآجر نفسه للنيابة و لم يتذكّر إلى أن فات محلّ استدراك الحجّ عن نفسه كما بعد الفراغ أو في أثناء الأعمال، ثمّ لا إشكال في أنّ حجّه عن الغير لا يكفيه عن نفسه، بل إمّا باطل كما عن المشهور، أو صحيح عمّن نوى عنه كما قوّيناه، و كذا لو حجّ تطوّعا لا يجزيه عن حجّة الاسلام في الصورة المفروضة بل إما باطل أو صحيح و يبقى عليه حجة الاسلام فما عن الشيخ انه من أنه يقع عن حجة الاسلام لا وجه له، إذ الانقلاب القهريّ لا دليل عليه و دعوى أنّ حقيقة واحدة و المفروض اتيانه بقصد القربة فهو منطبق على ما هو عليه من حجة الاسلام مدفوعة بأن حقيقة الوحدة لا تجدي بعد كون المطلوب هو الاتيان بقصد ما عليه، و ليس المقام من باب التداخل بالاجماع كيف، و إلاّ لزم كفاية الحجّ عن الغير أيضا عن حجّة الاسلام، بل لا بدّ من تعدّد الامتثال مع تعدّد الأمر وجوبا و ندبا، أو مع تعدّد الواجبين، و كذا ليس المراد من حجّة الاسلام الحجّ الأوّل بأيّ عنوان كان كما في صلاة التحيّة و صوم الاعتكاف، فلا وجه لما قاله الشيخ أصلا، نعم لو نوى الأمر المتوجّه إليه فعلا و تخيّل أنّه أمر ندبيّ غفلة عن كونه مستطيعا أمكن القول

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

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

تطوعا لا يجزيه: على الاحوط لما مرّ.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۵

بكفايته عن حجّة الاسلام، لكنّه خارج عمّا قاله الشيخ، ثمّ إذا كان الواجب عليه حجّا نذريّا أو غيره و كان وجوبه فوريّا فحاله ما ذكرنا في حجّة الاسلام من عدم جواز حجّ غيره و أنّه لو حجّ صحّ أو لا، و غير ذلك من التفاصيل المذكورة بحسب القاعدة.

(۳- فصل) [في الحج الواجب بالنذر]

في الحجّ الواجب بالنذر و العهد و اليمين، و يشترط في انعقادها البلوغ و العقل و القصد و الاختيار، فلا تنعقد من الصبيّ و إن بلغ عشرا و قلنا بصحة عباداته و شرعيّتها، لرفع قلم الوجوب عنه، و كذا لا تصحّ من المجنون و الغافل و الساهي و السكران و المكره، و الأقوى صحّتها من الكافر وفاقا للمشهور في اليمين، خلافا لبعض، و خلافا للمشهور في النذر، وفاقا لبعض؛ و ذكروا في وجه الفرق عدم اعتبار قصد القربة في اليمين، و اعتباره في النذر، و لا تتحقّق القربة في الكافر، و فيه أوّلا أنّ القربة لا تعتبر في النذر، بل هو مكروه و إنّما تعتبر في متعلّقه حيث إنّ اللازم كونه راجحا شرعا،

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

في الحج الواجب بالنذر

لرفع قلم الوجوب: بل قلم الوضع ايضا باطلاق رفع القلم فلا يفيد تعهده، و اما الضمانات فهي خارجة فان الحديث يرفع ما للبلوغ و الارادة و التعهد دخل فيه كالتكاليف و الانشاءات بخلاف الضمانات ففي الحقيقة هي مربوطة بالمال لا الشخص اولا و بالذات.

من الكافر: (و شمول الدليل العام في النذر له بناء على عدم تكليفه بالفروع كشمول دليل العقود له فهل ترى عدم صحة عقوده؟ فانها عقلائية عامة فلا وجه لحاشية البهبهاني (قدّس سرّه) في عدم تكليف الكفار بالفروع فلا يصح نذره).

من الكافر: ان اعتقد اللّه تعالى و لم يقيّد اتيان العبادة بحال الكفر.

مكروه: لا دليل عليه (فان روايتى ۱ و ۶/۲ من النذر تقصدان الارشاد الى حسن عدم ايجاد كلفة زائدة على النفس أو

الى حسن حلّ المشاكل بالتصميم و العزم لا بالنذر، و لا ترومان المولوية).
في متعلقه: بل لا يعتبر فيه ايضا و الرجحان اعم من العبادية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۶

و ثانيا أنّ متعلّق اليمين أيضا قد يكون من العبادات، و ثالثا أنّه يمكن قصد القربة من الكافر أيضا، و دعوى عدم إمكان إتيانه للعبادات لإشتراطها بالإسلام مدفوعة بامكان إسلامه، ثمّ إتيانه فهو مقدور لمقدوريّة مقدّمته، فيجب عليه حال كفره كسائر الواجبات، و يعاقب على مخالفته، و يترتّب عليها وجوب الكفّارة فيعاقب على تركها أيضا، و إن أسلم صحّ إن أتى به، و يجب عليه الكفّارة لو خالف، و لا يجري فيه قاعدة جبّ الاسلام لإنصرافها عن المقام، نعم لو خالف و هو كافر و تعلّق به الكفّارة فأسلم لا يبعد دعوى سقوطها عنه كما قيل.
مسألة ١: ذهب جماعة إلى أنّه يشترط في انعقاد اليمين من المملوك إذن المولى، و في انعقاده من الزوجة إذن الزوج و في انعقاده من الولد إذن الوالد، لقوله عليه السّلام: لا يمين لولد مع والده، و لا للزوجة مع زوجها، و لا للمملوك مع مولاه فلو حلف أحد هؤلاء بدون الاذن لم ينعقد، و ظاهرهم اعتبار الاذن السابق فلا تكفي الاجارة بعده، مع أنّه من الايقاعات و ادّعي الاتّفاق على عدم جريان الفضوليّة فيها، و إن كان يمكن دعوى أنّ القدر المتيقّن من الاتّفاق ما إذا وقع الايقاع على مال الغير، مثل الطلاق و العتق و نحوهما، لا مثل المقام ممّا كان في مال نفسه، غاية الامر اعتبار رضا الغير فيه، و لا فرق فيه بين الرضا السابق و اللاحق، خصوصا إذا قلنا: إنّ الفضوليّ على القاعدة، و ذهب جماعة إلى أنّه لا يشترط الاذن في الانعقاد، لكن للمذكورين حلّ يمين الجماعة إذا لم يكن مسبوقا بنهي أو إذن، بدعوى أنّ المنساق من

و ثانيا: يريد بالثاني و الثالث دفع الفرق (فلا يرد اشكال الاستاذ (قدّس سرّه) و بعض آخر).
من الكافر: المقرّ بالصانع أو الشاك رجاء.
مدفوعة: مع عدم لزوم كون المتعلق عبادة كما مرّ.
قاعدة الجب: فان موردها الاحكام الشرعي بالذات لا ما جعل على نفسه (و قيل: ان موردها احكام الاسلام، و النذر غير مختص بالاسلام، و اجيب بالاختصاص، و فيه نذر امّ مريم).
المسألة ١: يمكن دعوى: و هو الاظهر (اذ المراد ان امر يمينهم الى هؤلاء، و لا فرق عرفا حينئذ بين الاذن و الاجارة، و الاجماع امره ما ذكره و قد ورد في العبد صحة تزويجه باجازة سيده معللا بأنه عصى سيده فيصح بالاجازة كل مورد لم يكن عصيانه تعالى بل عصيان سائر ذوي الحقوق خلافا للاستاد (قدّس سرّه). راجع الحديث ٢/ ١٠ الأيمان: «لا يمين للولد مع والده و لا لمملوك مع مولاه و لا للمرئة مع زوجها»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۷

الخبر المذكور و نحوه أنّه ليس للجماعة المذكورة يمين مع معارضة المولى أو الأب أو الزوج، و لازمه جواز حلّهم له، و عدم وجوب العمل به مع عدم رضاهم به، و على هذا فمع النهي السابق لا ينعقد، و مع الاذن يلزم، و مع عدمهما ينعقد و لهم حلّه، و لا يبعد قوّة هذا القول، مع أنّ المقدّر كما يمكن أن يكون هو الوجود يمكن أن يكون هو المنع و

المعارضة، أي لا يمين مع منع المولى مثلا، فمع عدم الظهور في الثاني لا أقلّ من الاجمال، و القدر المتيقّن هو عدم الصحّة مع المعارضة و النهي، بعد كون مقتضى العمومات الصحّة و اللزوم، ثمّ إنّ جواز الحلّ أو التوقّف على الاذن ليس في اليمين بما هو يمين مطلقا كما هو ظاهر كلماتهم بل إنّما هو فيما كان المتعلّق منافيا لحقّ المولى أو الزوج، و كان ممّا يجب فيه طاعة الوالد إذا أمر أو نهى، و أمّا ما لم يكن كذلك فلا، كما إذا حلف المملوك أن يحجّ إذا أعتقه المولى، أو حلفت الزوجة أن تحجّ إذا مات زوجها أو طلّقها، أو حلفا أن يصلّيا صلاة الليل، مع عدم كونها منافية لحقّ المولى، أو حقّ الاستمتاع من الزوجة، أو حلف الولد أن يقرأ كلّ يوم جزءا من القرآن، أو نحو ذلك ممّا لا يجب طاعتهم فيها للمذكورين، فلا مانع من انعقاده، و هذا هو المنساق من الأخبار، فلو حلف الولد أن يحجّ إذا استصحبه الوالد إلى مكّة مثلا لا مانع من انعقاده، و هكذا بالنسبة إلى المملوك و الزوجة، فالمراد من الأخبار أنّه ليس لهم أن يوجبوا على أنفسهم باليمين ما يكون منافيا لحقّ المذكورين، و لذا استثنى بعضهم الحلف على فعل الواجب أو ترك القبيح، و حكم بالانعقاد فيهما، و لو كان المراد اليمين بما هو يمين لم يكن وجه لهذا الاستثناء، هذا كلّه في اليمين، و أمّا النذر فالمشهور بينهم

و لا يبعد قوة هذا القول: بل هو بعيد، و المراد ان امر يمينهم الى هؤلاء أي لا يمين مستقلا مع وجود هؤلاء و لا يحتاج الى تقدير الوجود فانه يفهم من كلمة مع كما لا يحتاج الى تقدير الاستقلال و نحوه فانه يفهم من نفي الحقيقة. و اذا كان امرهم الى هؤلاء فأصل النفوذ اليهم لا ان لهم حلّه.

ظاهر كلماتهم: و هو الاقوى (و إلّا لم يختص بهؤلاء فان اليمين على هدم حقوق الناس معلوم البطلان).

مما يجب فيه طاعة الوالد: لم يذكر (قدّس سرّه) ملاك موضوع طاعة الوالد، و لعل الظاهر من العبارة ما كان منافيا لحقه و لم يذكر ملاك حقوقه. و لا يبعد ان يكون الواجب حسن المعاشرة و يكون المحرم هو العقوق و الايذاء لا باعتبار ترك الامر نفسه و ان كان أحوط و قد مرّ بعض الكلام في الصلاة.

كذلك فلا: بل يستفاد العموم و استثناء الامثلة ممنوع.

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۸

أنّه كاليمين في المملوك و الزوجة، و ألحق بعضهم بهما الولد أيضا، و هو مشكل لعدم الدليل عليه خصوصا في الولد إلّا القياس على اليمين، بدعوى تنقيح المناط، و هو ممنوع، أو بدعوى أنّ المراد من اليمين في الاخبار ما يشمل النذر لاطلاقه عليه في جملة من الأخبار، منها خبران في كلام الامام عليه السّلام و منها أخبار في كلام الراوي و تقرير الامام عليه السّلام له، و هو أيضا كما ترى، فالأقوى في الولد عدم الالحاق نعم في الزوجة و المملوك لا يبعد الالحاق باليمين لخبر قرب الاسناد عن جعفر و عن أبيه عليهما السّلام أنّ عليّا عليه السّلام كان يقول: ليس على المملوك نذر إلّا بإذن مولاه، و صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السّلام ليس للمرأة مع

هو غير مناف للحق.

في الولد عدم الالحاق: اذا كان المراد من الدليل ما كان منافيا للحق و اعتبرنا في النذر الرجحان فلا وجه لعدم الالحاق.

نعم على ما قلنا من عموم المراد يصح عدم الالحاق لعدم الدليل فيشمله عموم ادلة النذر إلاّ اذا نهى الوالد فانه ينتفي الرجحان اللازم في النذر (قد اطلق اليمين على النذر كثيرا كما في ٤ و ١١/ ١٧ النذر و ٤/ ٨ و ٤/ ١ لكن لا يزيد على استعمال الامر في الندب و هو لا يدفع ظهوره في الوجوب فلا دليل هنا على ارادة النذر ايضا).

قرب الاسناد: (٢/ ١٥ النذر، ضعيف عند المصنف بالحسين بن علوان حيث لم يوثق صريحا و فيه ان ظاهر عبارة النجاشي توثيقه، و كذا يظهر من ابن عقده راجع جامع الرواة و المعجم و الطبرسي).

ابن سنان: (٢/ ١٥ النذر و اشتمال الحديث على عدم امر للمرأة في العتق و الصدقة و الهبة و التدبير في مالها، مما لا يفتى به يوجب الوهن في المقام مما تكون الجمل المتعددة موارد لكبرى واحدة مذكورة في الدليل و ان لم نقل بمقالة الخوئي– و تبعه بعض أهل العصر– من ان الاشتمال على ما لا يفتى به مطلقا يهدم الوثوق بالرواية كاشتمال كتاب على ضعاف، لإحتمال ارادة التأدّب في تلك الجمل فهذا نظير اشتمال مرسلة حماد في الصلاة على المستحبات الكثيرة فلا يضرّ بالاستناد للوجوب في مشكوك الوجوب و الاستحباب و كاشتمال رواية الصدوق (قدّس سرّه) في حلق اللحية على نتف الشارب فلا يضرّ الاستدلال بالامر بالاعفاء على حرمة الحلق كما لا يضرّ عدم وجوب الاعفاء مطلقا على عدم وجوب المطلق منه، و كيف كان فالحكم في المقام على الاحتياط).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۱۹

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

مسألة ۲: إذا كان الوالد كافرا ففي شمول الحكم له وجهان، أوجههما العدم، للانصراف و نفي السبيل.

مسألة ۳: هل المملوك المبعّض حكمه حكم القنّ أو لا؟ وجهان، لا يبعد الشمول و يحتمل عدم توقّف حلفه على الاذن في نوبته في صورة المهايات، خصوصا إذا كان وقوع المتعلّق في نوبته.

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

ولد الولد: عدم الشمول اظهر لعدم صدق الوالد على الجد إلاّ اذا قلنا بأن مورد الدليل ما اذا كان منافيا لحقه فان للجد ايضا حقوقا فاذا نهى حفيده يصبح نذره مرجوحا.

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

او لا وجهان: و الجواز اقوى (لعدم المنافاة و عدم الدليل على المنع).

المسألة ۲: أوجهها العدم: إلاّ اذا عدّ خلاف المعروف في التعاشر بل لا يبعد الشمول للوالد الذمي (لعدم الفرق في لزوم

العاشر بالمعروف بين الكافر و المؤمن و اما آية نفي السبيل فهي و ان كانت مطلقة لعدم تقيّد الآيات بالسياق لكن النسبة بينها و بين ادلة حقوق الوالدين من وجه لا ينفي احديهما الاخرى بل لعل ادلة حقوق الوالدين مقدمة مع التوجه الى التأكيدات على تأمل).

المسألة ٣: لا يبعد الشمول: بل عدم الشمول أوجه لتعلق الحكم بالعبد و المبعض بعضه عبد لا كله نعم بالنسبة الى زمان نوبة المولى، الحكم ثابت ملاكا كما أنه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۰

مسألة ٤: الظاهر عدم الفرق في الولد بين الذكر و الأنثى، و كذا في المملوك و المالك، لكن لا تلحق الأمّ بالأب.

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

مسألة ٦: لو نذرت المرأة أو حلفت حال عدم الزوجيّة ثمّ تزوّجت وجب عليها العمل به، و إن كان منافيا للاستمتاع بها، و ليس للزوج منعها من ذلك الفعل كالحجّ و نحوه، بل و كذا لو نذرت أنّها لو تزوّجت بزيد مثلا صامت كلّ خميس، و كان المفروض أنّ زيدا أيضا حلف أن يواقعها كلّ خميس إذا تزوّجها، فإنّ حلفها أو نذرها مقدّم على حلفه، و إن كان متأخّرا في الايقاع لأنّ حلفه لا يؤثّر شيئا في تكليفها، بخلاف نذرها فإنّه يوجب الصوم عليها لأنّه متعلّق بعمل نفسها، فوجوبه عليها يمنع من العمل بحلف الرجل.

اذا كان مخالفا لحق سيده فلا ينعقد النذر لعدم الرجحان.

المسألة ٤: الامّ: إلاّ اذا كان منافيا لحقها (فلا رجحان حينئذ).

المسألة ٥: بقى على لزومه: (و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأن الرجحان وقت العمل لازم و في المورد وقت العمل لا رجحان، لتعلق حق الغير، و فيه: ان متعلق النذر هنا وقت العمل ايضا راجح، و الاشكال كان من ناحية السيد و المولى، و الظاهر من الدليل، السيد حال الصيغة اذ من البعيد جدا بقاء النذور في هذه الموارد مراعى الى سنين متمادية احيانا، و هذا بعض الفارق بين المسألة و مسألة نذر زيارة الحسين عليه السّلام كل عرفة اذا استطاع).

المسألة ٦: لو تزوجت بزيد: الظاهر شمول دليل المنع لهذه الصورة فانه النذر على فرض تحقق الزوجية، فنذر الزوج حينئذ مؤثر بلا معارض، و أما اذا نذرت بلا تقييد بالتزوج و قلنا بالصحة كما مرّ فيصح النذران و يتعارضان في العمل كواجدي الماء و يرجع الى الحاكم لرفع النزاع اذ كل تخاصم يرفع اليه و لا يرضى الشارع بالتخاصم الدائم بخلاف واجدي الماء ايهما سبق توضأ (و لا وجه ظاهرا لكلام الخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما) بعدم الفرق بين الاطلاق و التقييد، اذ الفارق فهم العرف بالشمول في المطلق دون المقيد. و لا فرق بين النذر و الحلف من هذه الجهة خلافا للاستاذ و لا فرق بين الصوم و غيره ايضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۱

مسألة ٧: إذا نذر الحجّ من مكان معيّن كبلده أو بلد آخر معيّن فحجّ من غير ذلك المكان لم تبرأ ذمّته و وجب عليه ثانيا، نعم لو عيّنه في سنة فحجّ في تلك السنة من غير ذلك المكان وجب عليه الكفّارة، لعدم إمكان التدارك، و لو نذر أن يحجّ من غير تقييد بمكان ثمّ نذر نذرا آخر أن يكون ذلك الحجّ من مكان كذا و خالف فحجّ من غير ذلك المكان

برأ من النذر الأوّل، و وجب عليه الكفّارة لخلف النذر الثاني، كما أنّه لو نذر أن يحجّ حجّة الاسلام من بلد كذا فخالف فإنّه يجزيه عن حجّة الاسلام و وجب عليه الكفّارة لخلف النذر.

مسألة ٨: إذا نذر أن يحجّ و لم يقيّده بزمان فالظاهر جواز التأخير إلى ظنّ الموت أو الفوت فلا يجب عليه المبادرة إلاّ إذا كان هناك انصراف، فلو مات قبل الاتيان به في صورة جواز التأخير لا يكون عاصيا، و القول بعصيانه مع تمكّنه في بعض تلك الأزمنة و إن جاز التأخير لا وجه له و إذا قيّده بسنة معيّنة لم يجز التأخير مع فرض تمكّنه في تلك السنة، فلو أخّر عصى و عليه القضاء و الكفّارة، و إذا مات

ـــــــــــــــــــــــ

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

المسألة ٨: الى ظن الموت: بل الظاهر عدم الجواز إلاّ مع الاطمينان العقلائي ببقاء الامكان (فانه مقتضى الدينية و لا يجوز الاعتماد على اصل السلامة و بقاء القدرة فانه لو تم لجرى حتى مع ظن الفوت لو اريد الاستصحاب. مع انه ليس موضوع الدليل و لا حكما شرعيا و لو اريد الاصل العقلائي فلا نسلم جريانه في غير الاطمينان و هو يختلف باختلاف الموارد).

عليه القضاء: في لزوم القضاء اشكال و عدمه اوجه، و كذا يشكل في النذر المطلق لكن الوجوب و الاخراج من الثلث فيه اوجه (لعدم الدليل على الدينية المالية في كل حج لإمكان الحج بلا مال، و الدليل ورد في حجة الاسلام لا النذر نعم ورد في نذر احجاج الغير ايضا اعتبار الدينية له، لكنه مع ذلك صرّح بالخروج من الثلث فليس على حدّ الديون حقيقة كما ان القضاء بأمر جديد و معلق على عنوان الفوت فلا يدل عليه الدليل الاول، كما أن كون كل التكاليف ديونا مبني على التسامح في الاطلاقات، و ليس عنوان القضاء من أجل ذلك الاعتبار و إلاّ كان في الوقت ايضا كذلك. و كيف كان فالحج مقيد حينئذ بسنة معينة فاذا لم يتمكن أو عصى و لم يأت به لا دليل على القضاء. نعم الكفارة ثابتة بلا ريب للحنث، و اما رواية مسمع بن عبد الملك ١٦/١ كتاب النذر، الدالة على لزوم اخراج الحج النيابي النذري أو الاحجاج

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٢٢

وجب قضاؤه عنه، كما أنّ في صورة الاطلاق إذا مات بعد تمكّنه منه قبل إتيانه وجب القضاء عنه، و القول بعدم وجوبه بدعوى أنّ القضاء بفرض جديد ضعيف لما يأتي، و هل الواجب القضاء من أصل التركة أو من الثلث؟ قولان، فذهب جماعة إلى القول بأنّه من الاصل، لأنّ الحجّ واجب ماليّ و إجماعهم قائم على أنّ الواجبات الماليّة تخرج من الأصل و ربما يورد عليه بمنع كونه واجبا ماليّا، و إنّما هو أفعال مخصوصة بدنيّة و إن كان قد يحتاج إلى بذل المال في مقدّماته، كما أنّ الصلاة أيضا قد تحتاج إلى بذل المال في تحصيل الماء و الساتر و المكان و نحو ذلك، و فيه أنّ الحجّ في الغالب محتاج إلى بذل المال بخلاف الصلاة و سائر العبادات البدنيّة، فإن كان هناك إجماع أو غيره على أنّ الواجبات الماليّة تخرج من الأصل يشمل الحجّ قطعا، و أجاب صاحب الجواهر بأنّ المناط في الخروج من الأصل كون الواجب دينا، و الحجّ كذلك فليس تكليفا صرفا، كما في الصلاة و الصوم بل للأمر به جهة وضعيّة، فوجوبه على نحو الدينيّة، بخلاف سائر العبادات البدنيّة، فلذا يخرج من الأصل كما يشير إليه بعض الأخبار الناطقة بأنّه

ـــــــــــــــــــــــ

النذري من الاصل المعارضة لصحيحي ضريس و ابن ابي يعفور الدالين على الإخراج من الثلث في الاحجاج، فهي مشتملة على لزوم العمل بالنذر مع عدم تحقق شرطه في زمن حياة الناذر و انتقال هذا الوجوب المراعى الى المال، و هو خلاف القواعد، كما ان الصحيحين خلاف القواعد و لم يعمل بهما اذ لو كان دينا لزم الخروج من الاصل و إلاّ فلا يخرج من الثلث ايضا بلا وصية، و اما الاجماع فبعد هذه الوجوه يحتمل مدركيته جدا.

قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) عدم العمل بذيل حديث مسمع لا يضرّ بالصدر و تبعه بعض اهل العصر و فيه: ان جواب الصدر و الذيل بجملة واحدة لا يمكن التفكيك بينهما فما فصّلته في تعليقتي المفصّلة في هذا المقام غير صحيح.

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

لكن مع ذلك كله الأوجه القضاء و الاخراج من الثلث لصحيح مسمع ١/ ١٦ الدال على عدم الفرق بين نذر الحج و الاحجاج و دلالة صحيحي ضريس و ابن ابي يعفور ١ و ٣/ ٢٩ وجوب الحج، على الاخراج من الثلث في الاحجاج مع فهم العرف عدم الفرق ايضا بل الحج اولى بذلك من الاحجاج فانه مالي يخرج من الثلث و الحج لا يتمحض في المال، و عدم إباء صحيح مسمع من الثلث فانه يدل على الاحجاج من التركة و لا يأبى من الثلث، فحديث مسمع و ان كان من حيث الانعقاد و لزوم القضاء

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۳

دين أو بمنزلة الدين، قلت: التحقيق أنّ جميع الواجبات الالهيّة ديون للّه تعالى، سواء كانت مالا أو عملا ماليّا أو عملا غير ماليّ، فالصلاة و الصوم أيضا ديون للّه و لهما جهة وضع، فذمّة المكلّف مشغولة بهما و لذا يجب قضاؤهما فإنّ القاضي يفرغ ذمّة نفسه أو ذمّة الميّت، و ليس القضاء من باب التوبة، أو من باب الكفّارة بل هو إتيان لما كانت الذمّة مشغولة به، و لا فرق بين كون الاشتغال بالمال أو بالعمل، بل مثل قوله: للّه عليّ أن اعطي زيدا درهما، دين إلهيّ لا خلقيّ فلا يكون الناذر مديونا لزيد بل هو مديون للّه بدفع الدرهم لزيد، و لا فرق بينه و بين أن يقول: للّه عليّ أن أحجّ أو أن اصلّي ركعتين، فالكلّ دين اللّه، و دين اللّه أحقّ أن يقضى، كما في بعض الأخبار، و لازم هذا كون الجميع من الأصل، نعم إذا كان الوجوب على وجه لا يقبل بقاء شغل الذمّة به بعد فوته لا يجب قضاؤه، لا بالنسبة إلى نفس من وجب عليه، و لا بعد موته، سواء كان مالا أو عملا مثل وجوب إعطاء الطعام لمن يموت من الجوع عام المجاعة، فإنّه لو لم يعطه حتّى مات لا يجب عليه و لا على وارثه القضاء، لأنّ الواجب إنّما هو حفظ النفس المحترمة، و هذا لا يقبل البقاء بعد فوته، و كما في نفقة الأرحام فإنّه لو ترك الانفاق عليهم مع تمكّنه لا يصير دينا عليه، لأنّ الواجب سدّ الخلّة، و إذا فات لا يتدارك، فتحصّل أنّ مقتضى القاعدة في الحجّ النذريّ إذا تمكّن و ترك حتّى مات وجوب قضائه من الأصل، لأنّه دين إلهيّ، إلاّ أن يقال بإنصراف الدين عن مثل هذه الواجبات، و هو محلّ منع، بل دين اللّه أحقّ أن يقضى، و أمّا الجماعة القائلون بوجوب

قبل تحقق الشرط خلاف القواعد لكن قد عمل به جماعة مع انه من حيث عدم الفرق بين الحج و الاحجاج لا يخالف القواعد و لا يأبى عن الثلث، و الصحيحان يدلان على الثلث، و اعراض المشهور لعله مدركي من جهة اعتقادهم

المالية الدينيّة في الحج مثلا، و الاكتفاء بجملة واحدة في خبر مسمع و ان كان يضعّف الحديث لكن الصحيحين ايضا موئيدان للمطلب وفاقا للخوئي و السيد جمال و البهبهاني (قدّس سرّهم) خلافا للاستاذ (قدّس سرّه) في اعتقاده الخروج من الاصل و كذا الگلپايگاني (قدّس سرّه) ثم ان ما ذكرنا من الدليل انما هو في النذر المطلق، و اما المقيد فلا دليل على القضاء بعد فرض مضيّ وقته إلاّ ان يكون على نحو تعدد المطلوب).

الالهية ديون: (اطلاق الدين عليها احيانا في ۱۸ و ۲۵ و ۲۹ وجوب الحج لا يوجب دخولها تحت عنوان الدين الذي يخرج من الاصل في باب التركة).

و كما في نفقة الارحام: (على مبناه (قدّس سرّه) نقول: التكليف ثابت فهو واجب الهي فهو دين مع وجود الجهة المالية فيه ايضا، و لا نسلم ان الوجوب فيه يكون على وجه لا يقبل بقاء شغل الذمّة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۴

قضائه من الثلث فاستدلّوا بصحيحة ضريس و صحيحة ابن أبي يعفور الدالّتين على أنّ من نذر الاحجاج و مات قبله يخرج من ثلثه، و إذا كان نذر الاحجاج كذلك مع كونه ماليّا قطعا فنذر الحجّ بنفسه أولى، بعدم الخروج من الأصل، و فيه أنّ الأصحاب لم يعملوا بهذين الخبرين في موردهما، فكيف يعمل بهما في غيره؟ و أمّا الجواب عنهما بالحمل على صورة كون النذر في حال المرض بناء على خروج المنجّزات من الثلث، فلا وجه له بعد كون الأقوى خروجها من الأصل، و ربما يجاب عنهما بالحمل على صورة عدم إجراء الصيغة، أو على صورة عدم التمكّن من الوفاء حتّى مات، و فيهما ما لا يخفى خصوصا الأوّل.

مسألة ۹: إذا نذر الحجّ مطلقا أو مقيّدا بسنة معيّنة و لم يتمكّن من الاتيان به حتّى مات لم يجب القضاء عنه، لعدم وجوب الاداء عليه حتّى يجب القضاء عنه فيكشف ذلك عن عدم انعقاد نذره.

مسألة ۱۰: إذا نذر الحجّ معلّقا على أمر كشفاء مريضه أو مجيء مسافره فمات قبل حصول المعلّق عليه هل يجب القضاء عنه أم لا؟ المسألة مبنيّة على أنّ التعليق من باب الشرط أو من قبيل الوجوب المعلّق، فعلى الأوّل لا يجب لعدم الوجوب عليه بعد فرض موته قبل حصول الشرط و إن كان متمكّنا من حيث المال و سائر الشرايط، و على الثاني يمكن أن يقال بالوجوب لكشف حصول الشرط عن كونه واجبا عليه من الأوّل، إلاّ أن يكون نذره منصرفا إلى بقاء حياته حين حصول الشرط.

مسألة ۱۱: إذا نذر الحجّ و هو متمكّن منه فاستقرّ عليه ثمّ صار معضوبا لمرض أو نحوه أو مصدودا بعدوّ أو نحوه فالظاهر وجوب استنابته حال حياته لما مرّ من الأخبار سابقا في وجوبها، و دعوى

المسألة ۱۰: و على الثاني: عليه ايضا عدم الوجوب اظهر لعدم التمكن منه حال حياته (وفاقا للخوئي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) و مرّ ان هذا وجه ضعف في خبر مسمع و لا يمكن التعبد به وحده خلافا للقواعد للزوم التصريحات الاكيدة اذا بنى التعبد على خلاف القواعد.

إلاّ ان يقال: القضاء تابع للوجوب لا الواجب، فيجب القضاء و ان لم يأت وقت الواجب كما احتمل الاستاد (قدّس سرّه) على تأمل، و فيه: ان القضاء على عنوان فوات الواجب، و الظاهر عرفا منه انه تابع للواجب).

المسألة ۱۱: وجوب استنابته: بل الظاهر عدم الوجوب (لإختصاص الاخبار بحجة الاسلام راجع الباب ۲٤ وجوب

الحج، و احتمل الاستاذ (قدّس سرّه) اطلاق صحيح ٥/ ٢٤: «لو ان رجلا اراد الحج ...» و فيه: انه لو سلم عدم الانصراف الى حج الاسلام فلا اطلاق لقوله عليه السّلام: اراد، يشمل النذر لكون الحديث بصدد وجوب الاستنابة في فرض المنع عن الواجب لا بصدد بيان أنواع الواجب.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۵

اختصاصها بحجّة الاسلام ممنوعة كما مرّ سابقا، و إذا مات وجب القضاء عنه، و إذا صار معضوبا أو مصدودا قبل تمكّنه و استقرار الحجّ عليه أو نذر و هو معضوب أو مصدود حال النذر مع فرض تمكّنه من حيث المال ففي وجوب الاستنابة و عدمه حال حياته و وجوب القضاء عنه بعد موته قولان، أقواهما العدم، و إن قلنا بالوجوب بالنسبة إلى حجّة الاسلام إلاّ أن يكون قصده من قوله: للّه عليّ أن أحجّ، الاستنابة.

مسألة ١٢: لو نذر أن يحجّ رجلا في سنة معيّنة فخالف مع تمكّنه وجب عليه القضاء و الكفّارة، و إن مات قبل إتيانهما يقضيان من أصل التركة، لأنّهما واجبان ماليّان بلا إشكال، و الصحيحتان المشار اليهما سابقا الدالّتان على الخروج من الثلث معرض عنهما كما قيل، أو محمولتان على بعض المحامل، و كذا إذا نذر الاحجاج من غير تقييد بسنة معيّنة مطلقا أو معلّقا على شرط و قد حصل و تمكّن منه و ترك حتّى مات فإنّه يقضى عنه من أصل التركة، و أمّا لو نذر الاحجاج بأحد الوجوه و لم يتمكّن منه حتّى مات ففي وجوب قضائه و عدمه وجهان، أوجههما ذلك، لأنّه واجب ماليّ أوجبه على نفسه فصار دينا، غاية الأمر أنّه ما لم يتمكّن معذور، و الفرق بينه و بين نذر الحجّ بنفسه أنّه لا يعدّ دينا مع عدم التمكّن منه،

و لا يمكن كشف الملاك و الغاء الخصوصية لأهمية حجة الاسلام كما قال الاستاذ، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني و بعض آخر بالغاء الخصوصية و بأنّ الاستنابة مطابقة للقاعدة لإعتبار الدينية في النذر و فيه: ان النذر لو كان على نحو اعم من المباشرة فلم يتحقق حنث و عصيان اصلا، و إلاّ فلا وجه لقبول نيابة الغير ذلك).

و ان قلنا: (على القول به كما مرّ، و على عدم اختصاص الادلة بها كما هو اعتقاد المتن فلا وجه للتفكيك كما قال الاستاذ (قدّس سرّه).

المسألة ١٢: القضاء و الكفارة: في لزوم القضاء اشكال و عدمه اوجه (فان الروايات وردت في المطلق لا المقيد فلا وجه لوجوب القضاء بعد مضي الوقت إلاّ ان تلغى الخصوصية و لا دليل عليه عرفا).

من أصل التركة: بل القضاء فقط من الثلث دون الكفارة (للصحيحين ١ و ٣/ ٢٩ وجوب الحج، و يحمل خبر مسمع ١/ ١٦ النذر ايضا عليهما لعدم التصريح بالأصل فيه و اما الكفارة فلا نسلم انها دين مالي ليثبت في مال الميت أو على الورثة).

اوجهها ذلك: بل عدم الوجوب أقوى (لعدم شمول الصحيحين و صحيح مسمع ذلك و لا نسلم اعتبار الدينيّة المالية).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۶

و اعتبار المباشرة، بخلاف الاحجاج فإنّه كنذر بذل المال، كما إذا قال: للّه عليّ أن اعطي الفقراء مائة درهم و مات قبل تمكّنه، و دعوى كشف عدم التمكّن عن عدم الانعقاد ممنوعة، ففرق بين إيجاب مال على نفسه أو إيجاب عمل

مباشريّ و إن استلزم صرف المال، فإنّه لا يعدّ دينا عليه بخلاف الأوّل.

مسألة ١٣: لو نذر الاحجاج معلّقا على شرط كمجيء المسافر أو شفاء المريض فمات قبل حصول الشرط مع فرض حصوله بعد ذلك و تمكّنه منه قبله فالظاهر وجوب القضاء عنه إلاّ أن يكون مراده التعليق على ذلك الشرط مع كونه حيّا حينه، و يدلّ على ما ذكرنا خبر مسمع بن عبد الملك فيمن كان له جارية حبلى فنذر إن هي ولدت غلاما أن يحجّه أو يحجّ عنه، حيث قال الصادق عليه السّلام بعد ما سئل عن هذا: إنّ رجلا نذر في ابن له إن هو أدرك أن يحجّه أو يحجّ عنه، فمات الأب و أدرك الغلام بعد، فأتى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فسأله عن ذلك، فأمر رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أن يحجّ عنه، ممّا ترك أبوه، و قد عمل به جماعة، و على ما ذكرنا لا يكون مخالفا للقاعدة كما تخيّله سيّد الرياض، و قرّره عليه صاحب الجواهر و قال: إنّ الحكم فيه تعبّديّ على خلاف القاعدة.

مسألة ١٤: إذا كان مستطيعا و نذر أن يحجّ حجّة الاسلام انعقد على الأقوى، و كفاه حجّ واحد، و إذا ترك حتّى مات وجب القضاء عنه، و الكفّارة من تركته، و إذا قيّده بسنة معيّنة فأخّر عنها وجب عليه

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

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

المسألة ١٤: و الكفارة: مرّ الاشكال في الكفارة (فانها واجبة على الشخص المتخلف، و لا نسلم انها دين مالي ثابت في التركة، فالواجب هو اعطاء الفقير مثلا و الاعطاء عمل من الناذر نفسه و ان اشتمل على المال).

بسنة معينة: أي عام الاستطاعة و إلاّ لم ينعقد النذر (ثم ان نذر الواجب لا بأس به فانه كالتعهد مرّتين لعمل شخص فما ذكره الحكيم (قدّس سرّه) و تردّد الشاهرودي (قدّس سرّه) فيه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٢٧

الكفّارة و إذا نذره في حال عدم الاستطاعة انعقد أيضا، و وجب عليه تحصيل الاستطاعة مقدّمة، إلاّ أن يكون مراده الحجّ بعد الاستطاعة.

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

مسألة ١٦: إذا نذر حجّا غير حجّة الاسلام في عامه و هو مستطيع لم ينعقد، إلاّ إذا نوى ذلك على تقدير زوالها فزالت، و يحتمل الصحّة مع الاطلاق أيضا إذا زالت حملا لنذره على الصحّة.

مسألة ١٧: إذا نذر حجّا في حال عدم الاستطاعة الشرعيّة ثمّ حصلت له فإن كان موسّعا أو مقيّدا بسنة متأخّرة قدّم حجّة الاسلام لفوريّتها، و إن كان مضيّقا بأن قيّده بسنة معيّنة و حصل فيها الاستطاعة أو قيّده بالفوريّة قدّمه، و حينئذ فإن بقيت الاستطاعة إلى العام القابل وجبت، و إلاّ فلا، لأنّ المانع الشرعيّ كالعقليّ، و يحتمل وجوب تقديم النذر و لو مع

كونه موسّعا لأنّه دين عليه، بناء على أنّ

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

المسألة ١٥: القدرة العقلية: بلا ضرر نفسي محرّم، و هل يجب العمل به مع الحرج؟ لا يبعد ذلك (فان شمول دليل رفع الحرج لما التزم به الشخص زائدا على التكليف الاولي سيما في مثل النذر المشتمل نوعا على الحرج ممنوع بل لعل ملاك وضع قانون النذر لإلزام الشخص فيما لو لم يكن نذر لم يعمل به لمشقته و ان لا يكون النذر مختصا بذلك، خلافا للاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهما).

المسألة ١٦: و يحتمل الصحة: بل هو الاقوى اذا تمشى منه قصد القربة للرجحان واقعا و اما الحمل على الصحة فهو في فعل الغير أو فعل نفسه اذا كان لا يعلم كيفية فعله، و هنا الوضع معلوم.

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

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

لأنه دين: مرّ الاشكال في كونه دينا ماليا كسائر الديون مع انه قد اختار سابقا وجوب حجة الاسلام اذا وثق بالتمكن من الأداء (و الحاصل عدم اعتبار عدم المانع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۸

الدين و لو كان موسّعا يمنع عن تحقّق الاستطاعة، خصوصا مع ظنّ عدم تمكّنه من الوفاء بالنذر إن صرف استطاعته في حجّة الاسلام.

مسألة ١٨: إذا كان نذره في حال عدم الاستطاعة فوريّا ثمّ استطاع و أهمل عن وفاء النذر في عامه وجب الاتيان به في العام القابل مقدّما على حجّة الاسلام و إن بقيت الاستطاعة إليه لوجوبه عليه فورا ففورا فلا يجب عليه حجّة الاسلام إلاّ بعد الفراغ عنه، لكن عن الدروس أنّه قال بعد الحكم بأنّ استطاعة النذر شرعيّة لا عقليّة: فلو نذر ثمّ استطاع صرف ذلك إلى النذر، فإن أهمل و استمرّت الاستطاعة إلى العام القابل وجب حجّة الاسلام أيضا. و لا وجه له، نعم لو قيّد نذره بسنة معيّنة و حصل فيها الاستطاعة فلم يف به و بقيت استطاعته إلى العام المتأخّر أمكن أن يقال بوجوب حجّة الاسلام أيضا، لأنّ حجّه النذريّ صار قضاء موسّعا، ففرق بين الاهمال مع الفوريّة، و الإهمال مع التوقيت، بناء على تقديم حجّة الاسلام مع كون النذريّ موسّعا.

مسألة ١٩: إذا نذر الحجّ و أطلق من غير تقييد بحجّة الاسلام و لا بغيره و كان مستطيعا أو استطاع بعد ذلك فهل يتداخلان فيكفي حجّ واحد عنهما، أو يجب التعدّد أو يكفي نيّة الحجّ النذريّ عن حجّة الاسلام دون العكس؟ أقوال: أقواها الثاني لأصالة تعدّد المسبّب بتعدّد السبب، و القول بأنّ الأصل هو

الشرعي في تحقق الاستطاعة).

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

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

امكن أن يقال: لكنه ضعيف بل الواجب هو حجة الاسلام فقط (فان القضاء للنذر حينئذ من جهة الغاء الخصوصية عن مورد الصحيحين و حديث مسمع، اي:

الإحجاج المطلق الى الحج و لو مقيدا بسنة و إلاّ فلا دليل على القضاء كما مرّ، لتقيّد النذر بسنة خاصة، و ان كان حجه النذري في تلك السنة مع فرض الاهمال في حج الاسلام صحيحا بل واجبا من باب الترتب، و أما وجوب حجة الاسلام فللاستطاعة).

المسألة ١٩: اقوال: اذا كان النذر قد تعلق بطبيعة الحج بلا ارادة كونه سببا مستقلا يكفي اتيان حجة الاسلام و ليس من التداخل و إلاّ فيلزم التعدد مع تقديم حجة الاسلام (و ليس الباب باب تداخل الاسباب أو المسببات فان بحث التداخل فيما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۲۹

التداخل ضعيف، و استدلّ للثالث بصحيحتي رفاعة و محمّد بن مسلم عن رجل نذر أن يمشي إلى بيت اللّه فمشى، هل يجزيه عن حجّة الاسلام؟ قال عليه السّلام، نعم. و فيه أنّ ظاهرهما كفاية الحجّ النذريّ عن حجّة الاسلام مع عدم الاستطاعة و هو غير معمول به، و يمكن حملهما على أنّه نذر المشي لا الحجّ ثمّ أراد أن يحجّ فسئل عليه السّلام عن أنّه هل يجزيه هذا الحجّ الّذي أتى به عقيب هذا المشي أم لا؟ فأجاب عليه السّلام بالكفاية، نعم لو نذر أن يحجّ مطلقا أيّ حجّ كان كفاه عن نذره حجّة الاسلام، بل الحجّ النيابيّ و غيره أيضا، لأنّ مقصوده حينئذ حصول الحجّ منه في الخارج بأيّ وجه كان.

مسألة ۲۰: إذا نذر الحجّ حال عدم استطاعته معلّقا على شفاء ولده مثلا فاستطاع قبل حصول المعلّق عليه فالظاهر تقديم حجّة الاسلام، و يحتمل تقديم المنذور إذا فرض حصول المعلّق عليه قبل خروج الرفقة مع كونه فوريّا، بل هو المتعيّن إن كان نذره من قبيل الواجب المعلّق.

اختلف الشرط و اتحد الجزاء في كلام الآمر، مثل: ان ظاهرت اعتق، و ان افطرت اعتق، فهل الشرط سبب أو معرف؟ بل الملاك هنا قصد الناذر بل انشائه عن قصد.

فلا وجه لبناء سيد المدارك البحث هنا على التداخل و اعتقده هو، و لا لاستدلال بعضهم على عدم التداخل بالاجماع عن الناصريات أو بمرسل نهاية الشيخ (قدّس سرّه):

«... في بعض الاخبار انه لا يجزي عنه ...»).

و يمكن حملهما: بل الظاهر ما قاله المستدل لكن لا يستفاد الاطلاق لإستفادة الاجزاء مطلقا حتى فيما كان قصد الناذر التعدد (الروايتان في ۱ و ۳/ ۲۷ وجوب الحج، و لا يبعد ظهورهما في كفاية الحج النذري مع المشي عن حجة الاسلام لكن لا يعلم الاطلاق حتى بالنسبة الى ما كان قصد الناذر الاستقلال، و اما احتمال ارادة نذر صرف المشي الى البيت بلا قصد الحج فبعيد في الغاية، و كذا احتمال ارادة كفاية الحج النذري من غير المستطيع عن حجة اسلامه لذكر عدم

المال في ذيله مع عدم الذكر في الصدر فالسؤال ممحض في حيث كفاية النذري عن الاسلامي).
الحج النيابي: يحتاج الى عناية زائدة لشموله و إلاّ فالحج النيابي ليس حجا له.
المسألة ۳۰: و يحتمل: بل يقدم حجة الاسلام و لو كان من قبل الواجب المعلق (خلافا للحكيم (قدّس سرّه) نظرا الى تقدم السبب لكن مرّ لزوم الرجحان في ظرف العمل فلو قيد بالفورية لم يكن فيه رجحان و لو اطلق فحجة الاسلام اهم، و مرّ ان استطاعة الحج ليست شرعية).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۰

مسألة ۳۱: إذا كان عليه حجّة الاسلام و الحجّ النذريّ و لم يمكنه الاتيان بهما إمّا لظنّ الموت أو لعدم التمكّن إلاّ من أحدهما ففي وجوب تقديم الأسبق سببا أو التخيير أو تقديم حجّة الاسلام لأهميّتها وجوه، أوجهها الوسط، و أحوطها الأخير و كذا إذا مات و عليه حجّتان و لم تف تركته إلاّ لاحداهما، و أمّا إن وفت التركة فاللازم استيجارهما و لو في عام واحد.
مسألة ۳۲: من عليه الحجّ الواجب بالنذر الموسّع يجوز له الاتيان بالحجّ المندوب قبله.
مسألة ۳۳: إذا نذر أن يحجّ أو يحجّ انعقد و وجب عليه أحدهما على وجه التخيير، و إذا تركهما حتّى مات يجب القضاء عنه مخيّرا و إذا طرأ العجز من أحدهما معيّنا تعيّن الآخر، و لو تركه أيضا حتّى مات يجب القضاء عنه مخيّرا أيضا، لأنّ الواجب كان على وجه التخيير، فالفائت هو الواجب المخيّر، و لا عبرة بالتعيين العرضيّ، فهو كما لو كان عليه كفّارة الافطار في شهر رمضان و كان عاجزا عن بعض الخصال ثمّ مات، فإنّه يجب الاخراج عن تركته مخيّرا، و إن تعيّن عليه في حال حياته في إحداها فلا يتعيّن في ذلك المتعيّن، نعم لو كان حال النذر غير متمكّن إلاّ من أحدهما معيّنا و لم يتمكّن من الآخر إلى أن مات أمكن أن يقال باختصاص القضاء بالذي كان متمكّنا منه، بدعوى أنّ النذر لم ينعقد بالنسبة إلى ما لم يتمكّن منه، بناء على أنّ عدم التمكّن يوجب عدم الانعقاد، لكن الظاهر أنّ مسئلة الخصال ليست كذلك، فيكون الاخراج من تركته على وجه التخيير و إن لم يكن في حياته متمكّنا إلاّ من

المسألة ۳۱: أحوطها الاخير: بل الاقوى كما مرّ.
و عليه حجتان: و قلنا بخروج الحج النذري ايضا من الاصل، و اما لو قلنا بخروجه من الثلث كما مرّ فتقديم حجة الاسلام أوضح.
المسألة ۳۲: بالحج المندوب: (لعدم المنع شرعا و انما المنع فقط في الصوم كما ان في الصلاة اختلاف و الاظهر الجواز كما مرّ في محله، و هل المنع على القول به في الصلاة يختص بما اذا كان عليه قضاء فرض او يشمل الفرض الادائي و قد خرج النافلة بدليل؟).
المسألة ۳۳: امكن ان يقال: لا وجه له في النذر المطلق فان عدم تمكنه عند النذر لا يسلب القدرة المطلقة، فالنذر لا اشكال فيه اذا تمشى منه القصد و الملاك هو القدرة حال العمل في المقيد وقته و في المطلق وقتا ما يسعه، و اما الخصال فالواجب هو الجامع الانتزاعي و العجز عن الخصوصيات غير دخيل فالقضاء الواجب قضاء الجامع (ثم الظاهر عدم الفرق بين الحج و الاحجاج فان الملاك في انعقاد النذر هو القدرة حين العمل خلافا لما يظهر من الاستاذ (قدّس سرّه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۱

البعض أصلا، و ربما يحتمل في الصورة المفروضة و نظائرها عدم انعقاد النذر بالنسبة إلى الفرد الممكن أيضا، بدعوى أنّ متعلّق النذر هو أحد الأمرين على وجه التخيير، و مع تعذّر أحدهما لا يكون وجوب الآخر تخييريّا، بل عن الدروس اختياره في مسئلة ما لو نذر إن رزق ولدا أن يحجّه أو يحجّ عنه إذا مات الولد قبل تمكّن الأب من أحد الأمرين، و فيه أنّ مقصود الناذر إتيان أحد الأمرين من دون اشتراط كونه على وجه التخيير فليس النذر مقيّدا بكونه واجبا تخييريّا، حتّى يشترط في انعقاده التمكّن منهما.

مسألة ٢٤: إذا نذر أن يحجّ أو يزور الحسين عليه السّلام من بلده ثمّ مات قبل الوفاء بنذره وجب القضاء من تركته و لو اختلفت اجرتهما يجب الاقتصار على أقلّهما اجرة إلاّ إذا تبرّع الوارث بالزائد فلا يجوز للوصيّ اختيار الأزيد اجرة، و إن جعل الميّت أمر التعيين إليه، و لو أوصى باختيار الأزيد اجرة خرج الزائد من الثلث.

مسألة ٢٥: إذا علم أنّ على الميّت حجّا و لم يعلم أنّه حجّة الاسلام أو حجّ النذر وجب قضاوه عنه

ربما يحتمل: لكنه ضعيف لتعلق النذر بعنوان احدهما طريقا الى ايّهما شاء واقعا، و المفروض تحقق القدرة زمانا ما بالنسبة الى احدهما، فالنذر ان تعلق بالجامع الانتزاعي فهو مقدور ببعض افراده و هو كاف في الصحة بل التخيير، و ان تعلق بواقعهما فالعجز الدائم بالنسبة الى واحد منهما لا ينفي القدرة و الصحة بالنسبة الى الآخر، نعم حينئذ القضاء ليس على التخيير بل للمقدور. (و اما توجيه الگلپايگاني و السيد جمال (قدّس سرّهما) للدروس بأن انعقاد النذر في المردد بين المقدور و غيره محل تأمل فهو محل تأمل لأنه اذا لم ينف القصد لا وجه لمنع الآخر، و لم افهم في هذه المسألة وجه تفريق الاستاذ بين طرو العجز على الحج و الاحجاج و أنّ الاول مانع اذا كان دائما بخلاف الثاني!!).

المسألة ٢٤: وجب القضاء: بناء على كون النذر بحكم الدين و قد مرّ ما فيه، و لكن عليه يجوز اختيار الازيد اجرة اذا اوصى به او فوّض التعيين الى الوصيّ (لأنه داخل في المنذور فما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من انه داخل في زمرة وصايا الميت اي فاللازم مراعاة الثلث، فيه انه داخل في منذوره و ليس كسائر الوصايا نعم لو لم نقل بكون النذر كالدين لم يجب القضاء اصلا).

المسألة ٢٥: وجب قضائه: بناء على وجوب قضاء المنذور و إلاّ فلا يجب القضاء اصلا (للشك في وجوب حجة الاسلام حينئذ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۲

من غير تعيين و ليس عليه كفّارة، و لو تردّد ما عليه بين الواجب بالنذر أو بالحلف وجبت الكفّارة أيضا، و حيث إنّها مردّدة بين كفّارة النذر و كفّارة اليمين فلا بدّ من الاحتياط و يكفي حينئذ إطعام ستّين مسكينا، لأنّ فيه إطعام عشرة أيضا الّذي يكفي في كفّارة الحلف.

مسألة ٢٦: إذا نذر المشي في حجّه الواجب عليه أو المستحبّ انعقد مطلقا حتّى في مورد يكون الركوب أفضل، لأنّ المشي في حدّ نفسه أفضل من الركوب، بمقتضى جملة من الأخبار، و إن كان الركوب قد يكون أرجح لبعض الجهات، فإنّ أرجحيّته لا توجب زوال الرجحان عن المشي في حدّ نفسه، و كذا ينعقد لو نذر الحجّ ماشيا مطلقا، و لو

مع الاغماض عن رجحان المشي، لكفاية رجحان أصل الحجّ

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

وجب الكفارة ايضا: إذا علم المخالفة عمدا و قلنا بكون الكفارة من الديون المالية و قد مرّ ما فيه.

من الاحتياط: بل يكفي الاقل على الاقوى و ان كان لا ينبغي ترك الاحتياط (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) نظرا الى ان البرائة انما هي فيما كان الاقل موردا التكليف و شك في اطلاقه و تقييده و هنا متعلق التكليف متباينان اذ تعلق التكليف بعشرة غير معلوم بل بالجامع بين العشرة و الستين، و فيه: انه على أي حال وجوب العشرة شرعا معلوم قطعا اما نفسا و اما تحليلا و الزائد مشكوك و لو انّ منشأ الشك عدم العلم بالتعلق فليس كمثال المديونية لزيد أو عمرو بالاقل و الاكثر).

المسألة ٣٦: في حد نفسه افضل: بل لا يعتبر الافضلية في حد نفسها ايضا لكفاية الفضيلة و الرجحان. (و ما عن بعضهم من لزوم الرجحان بالفعل و اذا كان هذا العمل ينفي الارجح فهو مرجوح، فيه انه مع الواسطة و بالعنوان الثانوي، و لو كان مراعاته لازمة لزم بطلان اكثر نذور الناس المعارضة للافضل، و كيف كان فلا دليل على الرجحان بهذا المعنى، فهل ترى بطلان نذر زيارة مسلم بن عقيل لأن زيارة الحسين عليه السّلام أفضل؟ و اما فضيلة المشي ذاتا فللروايات في الباب ٣٢ وجوب الحج، و ان الاحمز افضل، ففي صحيح ١/ ٣٢ «ما عبد اللّه بشيء اشدّ من المشي و لا افضل» و في صحيح ٣/ ٣٢ ان الحسن عليه السّلام حج عشرين ماشيا).

مع الاغماض: (و الظاهر عدم ورود اشكال الاستاذ (قدّس سرّه) بعدم الإنعقاد اذا لم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۳

في الانعقاد، إذ لا يلزم أن يكون المتعلّق راجحا بجميع قيوده و أوصافه، فما عن بعضهم من عدم الانعقاد في مورد يكون الركوب أفضل لا وجه له و أضعف منه دعوى الانعقاد في أصل الحجّ لا في صفة المشي، فيجب مطلقا لأنّ المفروض نذر المقيّد فلا معنى لبقائه مع عدم صحّة قيده.

مسألة ٢٧: لو نذر الحجّ راكبا انعقد و وجب، و لا يجوز حينئذ المشي و إن كان أفضل لما مرّ من كفاية رجحان المقيّد دون قيده، نعم لو نذر الركوب في حجّه في مورد يكون المشي أفضل لم ينعقد لأنّ المتعلّق حينئذ الركوب لا الحجّ راكبا، و كذا ينعقد لو نذر أن يمشي بعض الطريق من فرسخ في كلّ يوم أو فرسخين، و كذا ينعقد لو نذر الحجّ حافيا، و ما في صحيحة الحذّاء من أمر النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بركوب اخت عقبة بن عامر مع كونها ناذرة أن تمشي إلى بيت اللّه حافية قضيّة في واقعة يمكن أن يكون لمانع من صحّة نذرها من إيجابه كشفها أو تضررّها أو غير ذلك.

يكن للمشي رجحان لعدم كونه من قيود الحج بل المقدمات مع الاشكال في القيود ايضا. و ذلك لان النذر اذا تعلق بالحج الكذائي فرجحان المتعلق و هو هذا المجموع المقيد كاف، فان القيد و المقيد حينئذ واحد، و لا يستفاد من دليل لزوم رجحان المنذور اكثر من ذلك. و المشي و الركوب من قيود نفس اعمال الحج فينظر الى الاحرام راكبا و ماشيا و ... و نظيره اشكال بعضهم بأن عدم لزوم رجحان القيود انما هو فيما لم يكن للناذر عناية بخلاف مثل المشي و

الركوب، و فيه: عدم الفرق عرفا فان العناية بالقيد لا ترفع رجحان المقيد).

المسألة ٢٧: افضل لم ينعقد: بل ينعقد (لكفاية رجحان الركوب و لو لم يكن افضل، و اما رجحان الركوب فللتأسي به عليهما السّلام كما في ٣٣/١ و للقوة على الدعاء كما في ٣١/٥ و فيما كان المشي نظرا الى ابقاء المال مع كونه موسرا و غير ذلك).

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

أو غير ذلك: و يمكن انه عليهما السّلام بصدد نفي رجحان الحفاء كما غضب عليهما السّلام في نذر بعض الأصحاب الصوم دائما، و ترك التسرّي دائما بل لعل ظاهر استشهاد الامام عليه السّلام بكلامه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم ذلك (و لا بعد في ذلك فان امثال هذه الامور توجب الانجرار احيانا الى مثل الرهبانيّة و اختلال النظام. و اما ٣٤/١٠ الدالة على انعقاد نذر المشي حافيا فهو

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۴

مسألة ٢٨: يشترط في انعقاد النذر ماشيا أو حافيا تمكّن الناذر و عدم تضرّره بهما، فلو كان عاجزا أو كان مضرّا ببدنه لم ينعقد، نعم لا مانع منه إذا كان حرجا لا يبلغ حدّ الضرر، لأنّ رفع الحرج من باب الرخصة لا العزيمة هذا إذا كان حرجيّا حين النذر و كان عالما به، و أمّا إذا عرض الحرج بعد ذلك فالظاهر كونه مسقطا للوجوب.

مسألة ٢٩: في كون مبدأ وجوب المشي أو الحفاء بلد النذر أو الناذر أو أقرب البلدين إلى الميقات، أو مبدأ الشروع في السفر، أو أفعال الحجّ أقوال، و الأقوى أنّه تابع للتعيين أو الانصراف، و مع

ضعيف بالرفع و الارسال، و اما صحيح ٨/٢ النذر: «... فليمش فاذا تعب فليركب» فلعل المراد عدم انعقاد النذر في جهة الحفاء و الانعقاد في اصل المشي، و كيف كان فاذا شك في رجحان الحفاء لم ينعقد، إلاّ ان يقال: رجحان المقيد يكفي لكن اذا كان القيد مرجوحا لا يفيد ذلك).

المسألة ٢٨: مضرا ببدنه: ضررا يعتنى به بحيث يكون تحمّله و لو للّه تعالى مرجوحا.

الرخصة: على الرخصة ايضا يفيد عدم انعقاد النذر بمعنى عدم لزوم الوفاء مع ان ذلك التعليل لا يرتبط بالفرق بين العلم و الجهل بل الدليل الموافق للفرق بين العلم و الجهل، ان دليل الحرج لا يجري في النذر فانه كلفة أوردها المكلف على نفسه (و ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) و بعض آخر من ان الشارع هو الذي امضاه فهو الموقع حينئذ الكلفة.

فيه ان دليل النذر عام و مقتضاه القانوني معلن شرعا و قد صرح الشارع بكراهة ايقاع الكلفة و مع ذلك اذا نذر فهو الموقع نفسه في الكلفة. و اما ما يقال تبعا للجواهر من كون دليل الحرج على العزيمة لا الرخصة فهو غير صحيح فانه امتناني لا يناسب الالزام مع ان مادة رفع الحرج و اليسر و نحو ذلك لا يناسب الالزام، و كان الاستاذ (قدّس سرّه) يصرّ على العزيمة و عمدة تمسكه (قدّس سرّه) ان دليل الرفع يرفع اصل الحكم فلا شيء يمتثل و بأن ظاهر الكريمة: **يريد الله بكم اليسر**، ان اليسر يطلبه اللّه تعالى فهو لازم، و فيه: ان مادة اليسر تفيد أن طلبه للراحة لا للايقاع في الضيق و الرفع امتناني لا يوجب البطلان حتّى في مثل الغسل الحرجي أو الوضوء و غير ذلك).

مسقطا للوجوب: مع الجهل بعروض الحرج و كذا يسقط الوجوب اذا كان حرجيا من الاول مع الجهل به هذا لو قلنا بشمول دليل الحرج للنذر و هو محل تأمل بل منع.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۵

عدمهما فأوّل أفعال الحجّ إذا قال: للّه عليّ أن أحجّ ما شيا، و من حين الشروع في السفر إذا قال: للّه عليّ أن أمشي إلى بيت اللّه، أو نحو ذلك، كما أنّ الأقوى أنّ منتهاه مع عدم التعيين رمي الجمار لجملة من الأخبار لا طواف النساء كما عن المشهور، و لا الافاضة من عرفات كما في بعض الاخبار.

مسألة ۳۰: لا يجوز لمن نذر الحجّ ماشيا أو المشي في حجّه أن يركب البحر لمنافاته لنذره و إن اضطرّ إليه لعروض المانع من ساير الطرق سقط نذره كما أنّه لو كان منحصرا فيه من الأوّل لم ينعقد و لو كان في طريقه نهر أو شطّ لا يمكن العبور إلاّ بالمركب فالمشهور أنّه يقوم فيه لخبر السكوني، و الأقوى عدم وجوبه لضعف الخبر عن إثبات الوجوب، و التمسّك بقاعدة الميسور لا وجه له، و على فرضه فالميسور هو التحرّك لا القيام.

المسألة ۲۹: احج ماشيا: كأنه يفرق بحسب اللغات و الموارد و اذا شك فالاقل هو الواجب.

لا طواف النساء: (فانه خارج عن حقيقة الحج كما ان بعد الافاضة من عرفات ايضا اعمال واجبة من الحج فلا يعبأ برواية ٦/ ٣٥ وجوب الحج بعد ورود المستفيضة بتعين رمي الجمار مثل ٢ و ٣ و ٥/ ٣٥).

المسألة ۳۰: سقط نذره: إلاّ على تعدد المطلوب في نذره.

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

و اما تمسك الخوئي و بعض من تبعه بأنّ ابن قولويه شهد بوثاقة رواة كامل زياراته و منهم النوفلي ففيه ان شهادته في الرواة بلا واسطة، أي مشايخه فقط، كما ان الظاهر عدم صحة ما ذهب اليه المجلسي (قدّس سرّه) في المرآة ١٤: ٣٢ من رمي رواية النوفلي عن السكوني بالضعف، اذ الظاهر وثاقتهما في النقل. و يعلم ذلك بالدقة في حسن الضبط و متانة المتن و كثرة الرواية في رواياتهما و ان لم يوثقا صريحا في كتب الرجال مع نقل الشيخ (قدّس سرّه) في العدة الاجماع على العمل برواياتهما بل ذلك معلوم بالتتبع كما ان السبعة الذين لا يقصّرون في السفر من الجابي و الامير و التاجر و الراعي و البدوي و المحارب الدائرين و طالب الصيد لهوا مذكورون في كتب الفقهاء و لا رواية فيهم سوى رواية اسماعيل بن ابي زياد اي السكوني ٩/ ١١ صلاة المسافر،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۶

مسألة ۳۱: إذا نذر المشي فخالف نذره فحج راكبا فإن كان المنذور الحجّ ماشيا من غير تقييد بسنة معيّنة وجب عليه الاعادة و لا كفّارة إلاّ إذا تركها أيضا، و إن كان المنذور الحجّ ماشيا في سنة معيّنة فخالف و أتى به راكبا وجب عليه القضاء و الكفّارة، و إذا كان المنذور المشي في حجّ معيّن وجبت الكفّارة دون القضاء لفوات محلّ النذر، و الحجّ صحيح في جميع الصور، خصوصا الأخيرة، لأنّ النذر لا يوجب شرطيّة المشي في أصل الحجّ، و عدم الصحّة من حيث النذر لا يوجب عدمها من حيث الأصل، فيكفي في صحّته الاتيان به بقصد القربة، و قد يتخيّل البطلان من

حيث إنّ المنويّ و هو الحجّ النذريّ لم يقع، و غيره لم يقصد، و فيه أنّ الحجّ في حدّ نفسه مطلوب و قد قصده في ضمن قصد النذر، و هو كاف ألا ترى أنّه لو صام أيّاما بقصد الكفّارة ثمّ ترك التتابع لا يبطل الصيام في الأيّام السابقة أصلا و إنّما تبطل من حيث كونها صيام كفّارة، و كذا إذا بطلت صلاته لم تبطل قراءته و أذكاره التي أتى بها من حيث كونها قرآنا أو ذكرا، و قد يستدلّ للبطلان إذا ركب في حال الاتيان بالأفعال بأنّ الأمر بإتيانها ماشيا موجب للنهي

ـــــــــــــــــــــــ

و الضبط و الدقة و متانة النقل معلومة بالتتبع فراجع مثلا روايته في ترتيب تقسيم التركة من الكفن و الدين و الوصية و الارث و غير ذلك. و العجب من الخوئي (قدّس سرّه) حيث اضطربت كلماته (قدّس سرّه) في الشرح فتارة وثّقهما و اخرى ردّهما و ثالثة فصّل بينهما).

المسألة ٣١: عليه الاعادة: و في الحقيقة هذا عمله ابتداء.

إلّا اذا تركها: بحيث يصدق الحنث لا فيما اعتمد على اصالة السلامة و البقاء مطمئنا بذلك.

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

في جميع الصور: (و لا وجه لإشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض آخر بتنافى الصحة مع استلزامه تعذر الوفاء بالنذر، اذ هو امر بالعرض و بالعنوان الثانوي).

خصوصا الاخيرة: وجه الخصوصية ان الحج اصله غير واقع تحت النذر و قد اتى به (فلا يرد اشكال الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح بأنه سهو و الاصح: حتى الاخيرة).

و غيره لم يقصد: (مراده عدم القصد في النذر و هو المنويّ، لا حين العمل حتى يقال: هذا الواقع عين المنويّ فانه قصد الحج راكبا و العمل عينه).

و هو كاف: إلّا اذا كان بنحو التقييد بحيث لا يريد امتثال ادلة الحج المطلق اصلا، و كذلك في مثال العموم و الصلاة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٣٧

عن إتيانها راكبا، و فيه منع كون الأمر بالشيء نهيا عن ضدّه، و منع استلزامه البطلان على القول به، مع أنّه لا يتمّ فيما لو نذر الحجّ ماشيا مطلقا من غير تقييد بسنة معيّنة، و لا بالفوريّة لبقاء محلّ الإعادة.

مسألة ٣٢: لو ركب بعضا و مشى بعضا فهو كما لو ركب الكلّ، لعدم الاتيان بالمنذور، فيجب عليه القضاء أو الاعادة ماشيا، و القول بالاعادة و المشي في موضع الركوب ضعيف لا وجه له.

مسألة ٣٣: لو عجز عن المشي بعد انعقاد نذره لتمكّنه منه أو رجائه سقط، و هل يبقى حينئذ وجوب الحجّ راكبا أو لا بل يسقط أيضا و فيه أقوال: أحدها: وجوبه راكبا مع سياق بدنة. الثاني: وجوبه بلا سياق. الثالث: سقوطه إذا كان الحجّ مقيّدا بسنة معيّنة، أو كان مطلقا مع اليأس عن التمكّن بعد ذلك و توقّع المكنة مع الاطلاق و عدم اليأس. الرابع: وجوب الركوب مع تعيين السنة أو اليأس في صورة الاطلاق، و توقّع المكنة مع عدم اليأس. الخامس: وجوب الركوب إذا كان بعد الدخول في الاحرام، و إذا كان قبله فالسقوط مع التعيين، و توقّع المكنة مع الاطلاق، و مقتضى القاعدة و إن كان هو القول الثالث إلّا أنّ الأقوى بملاحظة جملة من الأخبار هو القول الثاني بعد حمل ما في بعضها من الأمر

ـــــــــــــــــــــــ

المسألة ٣٢: عليه القضاء: أي في النذر المعين، لكن مرّ عدم لزوم القضاء (و اما احتمال القضاء مع المشي في موضع الركوب فقط كما عن الشيخ و بعض من تبعه فلا وجه له كما هو واضح لعدم صدق الحج ماشيا على الاول و لا الثاني و اما ما في ٢/ ٢١ النذر من انفاق اجرة ركوب ما ركبه صدقة فهو معرض عنه و خلاف القواعد. مع احتمال ارادة الاحجاج عنه اذا مات في الطريق).

المسألة ٣٣: هو القول الثالث: بل الخامس (لوجوب اتمام الحج اجماعا و كريمة: **اتموا الحج** البقرة: ١٩٦).

القول الثاني: الاحوط لو لم يمكن اقوى هو الاول (فان دلالة صحيح الحلبي و كذا صحيح ذريح ١ و ٢/ ٣٤ وجوب الحج على وجوب السّياق تامة و اما صحاح ١ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢/ ٣٤، و ١ و ٣/ ٨ فلا تنفي السياق بل بعضها ظاهرة في بيان حيث بدلية الركوب عن المشي بعد العجز لا بيان تمام الوظيفة. و أما رواية ابن ادريس عن نوادر البزنطي عن عنبسة ٦/ ٣٤ فبعد تسليم صحة انتساب ما أخذ منه، الى البزنطي و بعد تسليم وثاقة عنبسة من جهة تعبير جميل عنه و عن سورة بن كلب بالاصحاب في ٤/ ١ وجوب النفقات،- و اما شهادة ابن قولويه بوثاقة ما يروي عنهم فلا تشمل عنبسة اذ المراد مشايخه فقط- يمكن رجوع ضمير «هو» الى شيء لا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۳۸

بسياق الهدي على الاستحباب بقرينة السكوت عنه في بعضها الآخر، مع كونه في مقام البيان، مضافا إلى خبر عنبسة الدالّ على عدم وجوبه صريحا فيه، من غير فرق في ذلك بين أن يكون العجز قبل الشروع في الذهاب أو بعده و قبل الدخول في الاحرام أو بعده، و من غير فرق أيضا بين كون النذر مطلقا أو مقيّدا بسنة مع توقع المكنة و عدمه، و إن كان الأحوط في صورة الاطلاق مع عدم اليأس من المكنة و كونه قبل الشروع في الذهاب الاعادة إذا حصلت المكنة بعد ذلك، لاحتمال انصراف الأخبار عن هذه الصورة، و الأحوط إعمال قاعدة الميسور أيضا بالمشي بمقدار المكنة، بل لا يخلو عن قوّة للقاعدة، مضافا إلى الخبر: عن رجل نذر أن يمشي إلى بيت اللّه حافيا قال عليه السّلام: فليمش، فإذا تعب فليركب.

و يستفاد منه كفاية الحرج و التعب في جواز الركوب و إن لم يصل إلى حدّ العجز، و في مرسل حريز: إذا حلف الرجل أن لا يركب أو نذر أن لا يركب فاذا بلغ مجهوده ركب.

مسألة ٣٤: إذا نذر الحجّ ماشيا فعرض مانع آخر غير العجز عن المشي من مرض أو خوفه أو عدوّ أو نحو ذلك فهل حكمه حكم العجز فيما ذكر أو لا، لكون الحكم على خلاف القاعدة؟ وجهان. و لا يبعد التفصيل بين المرض و مثل العدوّ باختيار الأوّل في الأوّل، و الثاني في الثاني، و إن كان الأحوط الالحاق مطلقا.

الى الذبح اي بعد ذا و ذا هل شيء آخر لازم أم لا؟ فاجاب الامام عليه السّلام بعدم لزوم شيء آخر فان قوله عليه السّلام: «... كان اللّه اعذر لعبده» بمنزلة قوله كلما غلب اللّه فهو اولى بالعذر حيث ينفي أيّ شيء و لو استحبابا و لو كان مراده عدم لزوم الذبح بعد ذكر محبوبيّته كان الاحسن الاشارة الى وجه المحبوبيّة ايضا و اما قوله عليه السّلام: «اذبح فهو أحبّ اليّ» فالحبّ اعم، و لا ينفي الوجوب الثابت بما مرّ من الدليل فالاحوط ذلك لو لم يكن اقوى).

و ان كان الاحوط: لا يترك (فان صحيح رفاعة ظاهر في الشروع، و صحيحي الحلبي و ذريح ظاهران في عدم استطاعة المنذور و في المطلق مع سعة الوقت و رجاء القدرة ليس كذلك و ايضا لا يبعد الظهور في الشروع. فان قوله فعجز أي

بعد الشروع فتأمل).

للقاعدة: (و العمدة صحيح رفاعة ١/ ٣٤ وجوب الحج و خبر عنبسة ٦/ ٣٤ مؤيدا بمرسل حريز ١٢/ ٣٤ و اما القاعدة الميسورية فقد ردّها غير واحد منهم الخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما) و قد مرّ بعض الكلام في ذلك في ابواب متفرقة و قلنا بأن موارد نقض القاعدة لا نسلم كونها ميسور الاصل).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٣٩

(٤- فصل في النيابة)

لا إشكال في صحّة النيابة عن الميّت في الحجّ الواجب و المندوب، و عن الحيّ في المندوب مطلقا، و في الواجب في بعض الصور.

مسألة ١: يشترط في النائب امور: أحدها: البلوغ على المشهور فلا يصحّ نيابة الصبيّ عندهم، و إن كان مميّزا، و هو الأحوط، لا لما قيل من عدم صحّة عباداته لكونها تمرينيّة، لأنّ الأقوى كونها شرعيّة و لا لعدم الوثوق به لعدم الرادع له من جهة عدم تكليفه، لأنّه أخصّ من المدّعى، بل لأصالة عدم فراغ ذمّة المنوب عنه بعد دعوى انصراف الأدلّة خصوصا مع اشتمال جملة من الأخبار على لفظ الرجل، و لا

في النيابة

في بعض الصور: و هو العاجز على ما مرّ تفصيله.

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

و الحاصل لزوم الاخذ بظاهر الدليل إلّا ان يتيقن الغاء الخصوصية، ففي مثل:

اذا شك الرجل بين الثلاث و الاربع ... الخ نعلم ذلك، و هل نعلم الالغاء في المقام؟

و نظيره مسألة قضاء المرأة- و قد شاع بين بعض الطلبة المتجددين اليوم ذلك- فنقول هل انتم بعلم على الغاء خصوصية الرجل في قوله عليه السّلام: انظروا الى رجل منكم ... الخ نعوذ باللّه تعالى من الجرأة و الجسارة على الفتوى بصرف الاستحسان و الذوق المنبعث عن القاءات الخارجين أو المارقين. و بعد ذلك كله فلا وجه وجيه لرأي الاردبيلي (قدّس سرّه) بالجواز مع الوثوق بأخباره كما حكاه في المدارك ٧: ١١٣. و هذا أحد آرائه المخالفة لرأي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١۴٠

فرق بين أن يكون حجّه بالاجارة أو بالتبرّع باذن الوليّ أو عدمه، و إن كان لا يبعد دعوى صحّة نيابته في الحجّ المندوب باذن الوليّ. الثاني: العقل فلا تصحّ نيابة المجنون الذي لا يتحقّق منه القصد مطبقا كان جنونه أو أدواريّا في دور جنونه، و لا بأس بنيابة السفيه. الثالث: الايمان لعدم صحّة عمل غير المؤمن و إن كان معتقدا بوجوبه و حصل منه نيّة القربة، و دعوى أنّ ذلك في العمل لنفسه دون غيره كما ترى. الرابع: العدالة أو الوثوق بصحّة عمله، و هذا الشرط إنّما يعتبر في جواز الاستنابة لا في صحّة عمله. الخامس: معرفته بأفعال الحجّ و أحكامه و إن كان بارشاد معلّم حال كلّ عمل. السادس: عدم اشتغال ذمّته بحجّ واجب عليه في ذلك العام، فلا تصحّ نيابة من وجب عليه حجّة الاسلام، أو النذر المضيّق مع تمكّنه من إتيانه، و أمّا مع عدم تمكّنه لعدم المال فلا بأس، فلو حجّ عن غيره مع تمكّنه من الحجّ

المشهور، و كتابه مجمع الفائدة مليء بهذه المخالفات، و المظنون قويا ان كتابه هذا ليس كتاب فتواه بل لحث الطلاب على التحقيق. و أما نحن فنهتم بآراء المشهور و نرى مخالفيهم في الغالب مخالفة الحق).

لعدم صحة عمل غير المؤمن: (للاخبار الكثيرة الظاهرة في دخالة الايمان نفسه في القبول و ترتب الاثر لا من جهة الجهل بالاحكام. و ظاهر القبول هو الصحة إلّا اذا كان مع قرينة دالة على الكمال نظير لا صلاة ... الخ، فلا وجه لتأمل بعضهم فراجع الباب ۲۹ مقدمة العبادات، و استدل الحكيم (قدّس سرّه) برواية السيد ابن طاوس عن عمار ۱۳/۵ قضاء الصلاة لاعتبار الايمان: «لا يقضيه إلّا مسلم عارف» لكن لا وثوق بالرواية لنقل السيّد عن الشيخ (قدّس سرّهما) مع عدم الوجود في التهذيب و الاستبصار).

الوثوق بصحة عمله: لا يعتبر الوثوق بالصحة بل بأصل الاتيان، و اما الصحة فيثبت بالأصل (و لا يثبت اصل الاتيان بإقرار العامل من باب من ملك شيئا ... الخ لأنه في الاعتباريات من العقود و الايقاعات لا التكوينيات كالايجاد و نحوه، فلا وجه لتأمل الگلپايگاني (قدّس سرّه) في ذلك حيث قال: و في حجية قوله مع عدم الوثوق وجهان).

جواز الاستنابة: مراده من الجواز ترتب الاثر.

بارشاد معلم: هذا كاف لصحة العمل، و اما صحة الاجارة فيلزم علم الطرفين بالعمل و لو اجمالا بقدر ما لا يكون العقد غرريا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۱

لنفسه بطل على المشهور، لكن الأقوى أنّ هذا الشرط إنّما هو لصحّة الاستنابة و الاجارة، و إلّا فالحجّ صحيح و إن لم يستحقّ الاجرة، و تبرأ ذمّة المنوب عنه على ما هو الأقوى من عدم كون الأمر بالشيء نهيا عن ضدّه، مع أنّ ذلك على القول به و إيجابه للبطلان إنّما يتمّ مع العلم و العمد، و أمّا مع الجهل أو الغفلة فلا، بل الظاهر صحّة الاجارة أيضا على هذا التقدير، لأنّ البطلان إنّما هو من جهة عدم القدرة الشرعيّة على العمل المستأجر عليه، حيث إنّ المانع الشرعيّ كالمانع العقليّ، و مع الجهل أو الغفلة لا مانع لأنّه قادر شرعا.

مسألة ۲: لا يشترط في النائب الحريّة فتصحّ نيابة المملوك باذن مولاه، و لا تصحّ استنابته بدونه، و لو حجّ بدون إذنه بطل.

مسألة ۳: يشترط في المنوب عنه الاسلام فلا تصحّ النيابة عن الكافر، لا لعدم انتفاعه بالعمل عنه، لمنعه و إمكان دعوى انتفاعه بالتخفيف في عقابه، بل لانصراف الأدلّة فلو مات مستطيعا و كان الوارث مسلما لا يجب عليه استيجاره عنه، و

يشترط فيه أيضا كونه ميتا أو حيّا عاجزا في الحجّ الواجب، فلا تصحّ النيابة عن الحيّ في الحجّ الواجب إلاّ إذا كان عاجزا، و أمّا في الحجّ الندبيّ فيجوز عن الحيّ و الميت تبرّعا أو بالاجارة.

ــــــــــــــــــــــــــ

على المشهور: و مرّ انه الاقوى للنصّ كما مرّ انصراف النص عن مورد الجهل أو الغفلة مع القصور و الاجارة عندئذ صحيحة لعدم المنع.

المسألة ٢: بطل: و لا تبعد الصحة في الغفلة و الجهل حكما أو موضوعا في غير الغاصب (و اما في غاصب المملوك أو المملوك العامد في عصيان المولى فلا، كما انه لا يمكن التصحيح بالاجازة اللاحقة لعدم جريان الفضولية في العبادة فلا وجه ظاهرا لما قاله الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح و ما ورد في ١/ ٢٤ نكاح العبيد من انه لم يعص اللّه و انما عصى سيده فهو في غير العبادة).

المسألة ٣: بل لإنصراف الادلة: (عن المشرك قطعا مع النهي عن الاستغفار لهم و هذا بحكمه، و عن الكافر غير المشرك ايضا فان النيابة انما هي عمن يصحّ منه نفسه العمل هذا مع السيرة لعدم معهودية ذلك من زمن النبي عليهما السّلام مع كون آباء الاصحاب كفارا فالارتكاز على الاستنكار، هذا كله ان قلنا بكون الكفار مكلفين و إلاّ فلا يجب على المنوب عنه فلا نيابة.

و اما الانتفاع فهو و ان كان يستفاد من بعض الروايات لكنه لا يثبت النيابة بل لعله

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۲

مسألة ٤: تجوز النيابة عن الصبيّ المميّز و المجنون بل يجب الاستيجار عن المجنون إذا استقرّ عليه حال إفاقته ثمّ مات مجنونا.

مسألة ٥: لا تشترط المماثلة بين النائب و المنوب عنه في الذكورة و الأنوثة فتصحّ نيابة المرأة عن الرجل كالعكس، نعم الأولى المماثلة.

مسألة ٦: لا بأس باستنابة الصرورة رجلا كان أو امرأة عن رجل أو امرأة، و القول بعدم جواز استنابة المرأة الصرورة مطلقا أو مع كون المنوب عنه رجلا ضعيف، نعم يكره ذلك خصوصا مع كون المنوب عنه رجلا، بل لا يبعد كراهة استيجار الصرورة و لو كان رجلا عن رجل.

ــــــــــــــــــــــــــ

من باب اهداء الثواب في المندوب و لا دليل على المنع عنه خلافا للگلپايگاني حيث منع الانصراف و احتاط، و اما ما استدل به آقا ضياء (قدّس سرّه) و بعض آخر من التسلّم على عدم صلاحية صدور العبادة من الكافر لعدم صلاحيته للتقرب و جريان ذلك في النيابة عنهم ايضا، ففيه منع عدم صحة التقرب اذا اعتقد به تعالى نعم لا يصح العمل لإشتراط الاسلام بالاجماع و الاخبار فتأمل.

هذا في الواجب، و اما المندوب فيصحّ اهداء الثواب و يمكن نفع الكافر و لو بتخفيف العذاب و لا دليل على صحة النيابة، و ما يمكن التمسك به لا يفيد أكثر من النفع بعمل ولده و غيره و لعله ليس من النيابة).

المسألة ٤: و المجنون: الذي كان له افاقة تسع الحج (فلم يحج و قد استقر عليه و إلاّ ففي صحة النيابة اشكال لعدم الاطلاق من هذه الجهة نعم اهداء الثواب في المندوب جائز).

المسألة ٥: الأولى المماثلة: لعل الافضل نيابة الرجل حتى عن المرأة (وفاقا للگلپايگاني (قدّس سرّه) لرواية ٨/ ٨ النيابة و تعليل ٢/ ٩ النيابة).

المسألة ٦: بل لا يبعد: فيه اشكال، بل الاظهر ان الملاك العلم و الفقه بالاحكام فاذا كان النائب عالما بالاحكام لا يكره و ان كان امرأة (بل يستفاد من بعض الروايات مثل ٢/ ٥، استحباب استنابة الرجل الصرورة عن الرجل الصرورة و ما استدل على منع الصرورة عن الصرورة مطلقا أو المرأة الصرورة عن الرجل الصرورة ضعيفة سندا و دلالة ايضا مثل ٣/ ٩ و ٤ و ٨/ ٧ من النيابة و لو لا صحيح ١/ ٨ لقلنا بوجوب نيابة الرجل الصرورة عن مثله لصحيح ٢/ ٥ النيابة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۳

مسألة ٧: يشترط في صحّة النيابة قصد النيابة و تعيين المنوب عنه في النيّة و لو بالاجمال و لا يشترط ذكر اسمه و إن كان يستحبّ ذلك في جميع المواقف.

مسألة ٨: كما تصحّ النيابة بالتبرّع و بالاجارة كذا تصح بالجعالة، و لا تفرغ ذمّة المنوب عنه إلّا باتيان النائب صحيحا، و لا تفرغ بمجرّد الاجارة، و ما دلّ من الأخبار على كون الاجير ضامنا و كفاية الاجارة في فراغه منزّلة على أنّ اللّه تعالى يعطيه ثواب الحجّ إذا قصر النائب في الاتيان، أو مطروحة لعدم عمل العلماء بها بظاهرها.

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

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

المسألة ٨: ثواب الحج: (و لا دليل في شيء من الروايات على ان موضوعها حجة الاسلام و لا يبعد في المستحب اعطاء الثواب اذا استأجر بلا تقصير منه و انما الاجير هو الذي فرّط بل صريح بعض هذه الروايات اعطاء ثواب الحج مع تصريح الروايات بلزوم الاتيان لو مات الاجير قبل الاحرام، فلتحمل الروايات التي استدل بها في الحدائق ١٤: ٢٥٧ مثل ١ و ٢ و ٣/ ٢٣ على الحج الاستحبابي، هذا في الاجارة و الجعالة و نحوهما، و امّا اذا كان بعقد الضمان ففيه اشكال، و قد مرّ بعض الكلام في ذلك فان عقد الضمان جار في الاعمال ايضا و حكمه انتقال الذمة على مبنى الشيعة فيه، نعم، لا بد من رضى المضمون له، و لا يبعد استفادة ذلك من ادلة امكان النيابة فلعل مقتضى القاعدة فراغ الذمة لكن لم ار أحدا افتى به- غير ما مرّ عن الحدائق-).

المسألة ٩: لا يجوز: إلّا اذا كان استيجار الصحيح حرجا عليه، و منه ما اذا استأجر صحيحا ثم صار الاجير معذورا في الحج و كان الاستبدال حرجا على المستأجر لكن الامر في المستقر عليه الحج مشكل (للتأمل في حكومة لا حرج في المستقر بعد التأمل في روايات التسويف، و اما ما ذكره بعض اهل العصر من غلبة ابتلاء الناس بذلك و ان السكوت عن حكمه في الادلة دليل الصحة، ففيه منع كثرة الابتلاء بحدّ يفيد السكوت عنه ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۴

مسألة ١٠: إذا مات النائب قبل الاتيان بالمناسك فان كان قبل الاحرام لم يجز عن المنوب عنه، لما مرّ من كون الأصل عدم فراغ ذمّته إلّا بالاتيان، بعد حمل الأخبار الدالّة على ضمان الاجير على ما أشرنا إليه، و إن مات بعد الاحرام و

دخول الحرم أجزأ عنه، لا لكون الحكم كذلك في الحاجّ عن نفسه، لاختصاص ما دلّ عليه به، و كون فعل النائب فعل المنوب عنه لا يقتضي الالحاق، بل لموثّقه إسحاق بن عمّار المؤيّدة بمرسلتي حسين بن عثمان و حسين بن يحيى الدالّة على أن النائب إذا مات في الطريق أجزأ عن المنوب عنه، المقيّدة بمرسلة المقنعة: «من خرج حاجّا فمات في الطريق فإنّه إن كان مات في الحرم فقد سقطت عنه الحجّة» الشاملة للحاجّ عن غيره أيضا، و لا يعارضها موثّقة عمّار الدالّة على أنّ النائب إذا مات في الطريق عليه أن يوصي، لأنّها محمولة على ما إذا مات قبل الاحرام، أو على الاستحباب، مضافا إلى الاجماع على عدم كفاية مطلق الموت في الطريق، و ضعفها سندا بل و دلالة منجبر بالشهرة و الاجماعات المنقولة، فلا ينبغي الاشكال في الاجزاء في الصورة المزبورة، و أمّا إذا مات بعد الاحرام و قبل دخول الحرم ففي الاجزاء قولان، و لا يبعد الاجزاء و إن لم نقل به في الحاجّ عن نفسه لاطلاق الأخبار

المسألة ١٠: لموثقة اسحاق: (و المتيقن من موردها بعد الاحرام و دخول الحرم.

و لكن لا بأس ببيان المتن ايضا على ما هو الحق من انجبار الضعف بالشهرة ضعف السند بل و الدلالة بمعنى التأييد بفهم المشهور، ففي موثقة اسحاق ١/ ١٥ نيابة الحج:

«... ان مات في الطريق أو بمكة قبل أن يقضى مناسكه فانه يجزي ...» و المتيقن منه بعد الاحرام و الحرم، لذكره قبل قضاء المناسك اي كلها، و الماتن (قدّس سرّه) جعل الموثقة مطلقة ثم قيّدها بمرسلة المفيد (قدّس سرّه) ٤/ ٢٦ وجوب الحج، و لا بأس بما ذكره ايضا و ان كان الاظهر ما ذكرنا، و اما موثق عمار ٥/ ١٥ نيابة الحج، الدال على لزوم ايصاء النائب اذا مات في الطريق فهو مطلق يحمل على قبل الاحرام أو يتصرف في الهيئة و يحمل على الندب).

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

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۵

في المقام، و القدر المتيقّن من التقييد هو اعتبار كونه بعد الاحرام، لكن الأقوى عدمه، فحاله حال الحاجّ عن نفسه في اعتبار الأمرين في الاجزاء، و الظاهر عدم الفرق بين حجّة الاسلام و غيرها من أقسام الحجّ، و كون النيابة بالاجرة أو بالتبرّع.

مسألة ١١: إذا مات الأجير بعد الاحرام و دخول الحرم يستحقّ تمام الاجرة إذا كان أجيرا على تفريغ الذمّة و بالنسبة إلى ما أتى به من الأعمال إذا كان أجيرا على الاتيان بالحجّ، بمعنى الأعمال المخصوصة، و إن مات قبل ذلك لا يستحقّ شيئا، سواء مات قبل الشروع في المشي أو بعده، و قبل الاحرام

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

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

لكن الاقوى: (و العمدة مرسل المفيد المؤيّد بالشهرة و إلاّ لكان الاقوى الاجزاء لما مرّ).

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

المسألة ۱۱: تفريغ الذمة: و لا اشكال في ذلك لأنه مقدور بالواسطة.

و يمكن بل لا يبعد استحقاق تمام الاجرة ايضا اذا كان اجيرا على الحج بلا ذكر من التفريغ أو الاعمال استحقاقا تعبديا بمعنى ان الشارع قبله كتمام الاعمال لكن ذلك كله فيما كان متعلق العقد اداء المال قبال حصول الفراغ اسما مصدريا و كذا الاعمال أو ما بمنزلتها، لكن ذلك لا يناسب الاجارة فان المال فيها اجرة على العمل و فراغ الذمة في المقام حكم الموت على مقدار من العمل، و الموت ليس عملا للأجير، و من البديهي انه لو كان الامر بيده لما مات. و بذلك يظهر ان تنظير المقام بالاجرة على تطهير الثوب، غير صحيح.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۶

أو بعده، و قبل الدخول في الحرم لأنّه لم يأت بالعمل المستأجر عليه لا كر و لا بعضا بعد فرض عدم إجزائه من غير فرق بين أن يكون المستأجر عليه نفس الأعمال أو مع المقدّمات من المشي و نحوه، نعم لو كان المشي داخلا في الاجارة على وجه الجزئيّة بأن يكون مطلوبا في الاجارة نفسا استحقّ مقدار ما يقابله من الاجرة، بخلاف ما إذا لم يكن داخلا أصلا، أو كان داخلا فيها لا نفسا بل بوصف المقدّميّة، فما ذهب إليه بعضهم من توزيع الاجرة عليه أيضا مطلقا لا وجه له كما أنّه لا وجه لما ذكره بعضهم من التوزيع على ما أتى به من الأعمال بعد الاحرام، إذ هو نظير ما إذا استوجر للصلاة فأتى بركعة أو أزيد ثمّ أبطلت صلاته، فإنّه لا إشكال في أنّه لا يستحق الاجرة على ما أتى به، و دعوى أنّه و إن كان لا يستحقّ من المسمّى بالنسبة لكن يستحقّ اجرة المثل لما أتى به، حيث إنّ عمله محترم مدفوعة بأنّه لا وجه له بعد عدم نفع للمستأجر فيه. و المفروض أنّه لم يكن مغرورا من قبله، و حينئذ فتنفسخ الاجارة إذا كانت للحجّ في سنة معيّنة و يجب عليه الاتيان به إذا كانت مطلقة من غير استحقاق لشيء على التقديرين.

مسألة ۱۲: يجب في الاجارة تعيين نوع الحجّ من تمتّع أو قران أو إفراد، و لا يجوز للموجر العدول عمّا عيّن له، و إن كان إلى الأفضل، كالعدول من أحد الاخيرين إلى الأوّل، إلاّ إذا رضي المستأجر بذلك فيما إذا كان مخيّرا بين النوعين أو الأنواع، كما في الحجّ المستحّبي و المنذور المطلق، أو كان

أو بعده و قبل الدخول في الحرم: ان لم نقل بالاجزاء و إلاّ فيستحق تمام الاجرة بناء على كون المال بأزاء الفراغ أو الاعم من الاعمال أو ما بمنزلتها.

على وجه الجزئية: كما قد يتفق في الحج البلدي بل لعله المتفاهم عرفا منه ذلك مطلقا (فلا وجه لإشكال الخونساري (قدّس سرّه)).

ثم ابطلت صلاته: أو مات، يريد أن الموت مع عدم الاجزاء كالإبطال، اذ الاجارة انما هي على العمل الصحيح و ان

ترك بعض الاجزاء أو الشرائط فيما لا يضر بالاسم و لا بالصحة الشرعية (فلا وجه لإعتراض بعض الحواشي).

في سنة معينة: أي مع التقييد بالمباشرة و مع عدمه فيجب الاستيجار من تركته، و لعله مراد المتن و يستحق اجرة المسمى اذا استوجر من تركته، فلا وجه لقوله: على التقديرين، لو اريد ذلك.

المسألة ١٢: تعيين: فيما اختلفت الرغبات، و كان عدم التعيين موجبا للغرر بخلاف ارادة الجامع فيما يجوز.

إذا رضي المستأجر: و أعلم رضاه (للزوم الإعلام في العقود).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۷

ذا منزلين متساويين في مكّة و خارجها، و أمّا إذا كان ما عليه من نوع خاصّ فلا ينفع رضاه أيضا بالعدول إلى غيره، و في صورة جواز الرضا يكون رضاه من باب إسقاط حقّ الشرط كان التعيين بعنوان الشرطيّة و من باب الرضا بالوفاء بغير الجنس إن كان بعنوان القيديّة، و على أيّ تقدير يستحقّ الاجرة المسمّاة، و إن لم يأت بالعمل المستأجر عليه على التقدير الثاني، لأنّ المستأجر إذا رضي بغير النوع الّذي عيّنه فقد وصل إليه ماله على الموجر، كما في الوفاء بغير الجنس في سائر الديون، فكأنّه قد أتى بالعمل المستأجر عليه، و لا فرق فيما ذكرنا بين العدول إلى الأفضل أو إلى المفضول، هذا، و يظهر من جماعة جواز العدول إلى الأفضل. كالعدول إلى التمتّع تعبّدا من الشارع، لخبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السّلام في رجل أعطى رجلا دراهم يحجّ بها مفردة أيجوز له أن يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ؟ قال عليه السّلام: نعم إنّما خالف إلى الأفضل. و الأقوى ما ذكرنا، و الخبر منزّل على صورة العلم برضا المستأجر بذلك مع كونه مخيّرا بين النوعين، جمعا بينه و بين خبر آخر في رجل أعطى رجلا دراهم يحجّ بها حجّة مفردة قال عليه السّلام: ليس له أن يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ، لا يخالف صاحب الدراهم. و على ما ذكرنا من عدم جواز العدول إلاّ مع العلم بالرضا إذا عدل

فلا ينفع رضاه: في برائة ذمة المستأجر لا في استحقاق الاجرة اذا فرض ترتب فائدة عقلائية على هذه الاجارة (و تأمل بعض اهل العصر في صحتها مع كونهما عالمين بالواقع، و هو في محله. ان كان يريد المستأجر النوع الواجب عليه بخلاف ارادة المستحب فيستأجر شخصا آخر لواجبه.

بعنوان الشرطية: فيما لم يكن تعين واحد منها مقوما. و الظاهر كون الخصوصية في الحج مقوما.

بالوفاء بغير الجنس: و هو في غير الاموال مشكل إلاّ اذا رجع الى اقالة الاجارة السابقة ثم عقد جديد على هذا الجنس لعدم جامع ذاتي في عرف المتشرعة حينئذ و ليس كالماليات عندهم فان الاصل فيها هو المالية المطلقة.

جماعة: (يرأسهم شيخ الطائفة (قدّس سرّه) و صحيح أبي بصير في ١٢/١ نيابة الحج).

جمعا: (الخبر الآخر في ١٢/٢ لكنه مرفوع بإرادة امير المؤمنين عليه السّلام من عليّ، أو منقطع عن المعصوم بإرادة علي بن رئاب كما عن المدارك، و تبعه جمع منهم الجواهر و الخوئي (قدّس سرّهما) بشهادة كثرة رواية ابن محبوب عنه فلا يحتاج الى الجمع لعدم حجية ذلك الخبر لعدم معلومية المرويّ عنه و ان كان الظاهر بحسب الطبقات انه علي بن رئاب، و لعدم توثيق هيثم إلاّ ان يستفاد من ذكر الفضل فيه كأبيه و عدم ذكر ضعف فيهما و كثرة روايته.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۸

بدون ذلك لا يستحقّ الاجرة في صورة التعيين على وجه القيديّة، و إن كان حجّه صحيحا عن المنوب عنه، و مفرّغا لذمّته، إذا لم يكن ما في ذمّته متعيّنا فيما عيّن، و أمّا إذا كان على وجه الشرطيّة فيستحقّ إلاّ إذا فسخ المستأجر الاجارة من جهة تخلّف الشرط، إذ حينئذ لا يستحقّ المسمّى بل اجرة المثل.

مسألة ۱۳: لا يشترط في الاجارة تعيين الطريق و إن كان في الحجّ البلديّ لعدم تعلّق الغرض بالطريق نوعا، و لكن لو عيّن تعيّن و لا يجوز العدول عنه إلى غيره إلاّ إذا علم أنّه لا غرض للمستأجر في خصوصيّته، و إنّما ذكره على المتعارف، فهو راض بأيّ طريق كان، فحينئذ لو عدل صحّ و استحقّ تمام الاجرة، و كذا إذا أسقط بعد العقد حقّ تعيينه فالقول بجواز العدول مطلقا أو مع عدم العلم بغرض في الخصوصيّة ضعيف، كالاستدلال له بصحيحة حريز: عن رجل أعطى رجلا حجّة يحجّ عنه من الكوفة، فحجّ عنه من البصرة، فقال: لا بأس إذا قضى جميع المناسك فقد تمّ حجّه. إذ هي محمولة على صورة العلم بعدم الغرض كما هو الغالب، مع أنّها إنّما دلّت على صحّة الحجّ من حيث هو، لا من حيث كونه عملا مستأجرا عليه كما هو المدّعى، و ربما تحمل على محامل اخر، و كيف كان لا إشكال في صحّة حجّه و براءة ذمّة المنوب عنه إذا لم يكن ما عليه مقيّدا بخصوصيّة الطريق المعيّن، إنّما الكلام في استحقاقه الاجرة المسمّاة على تقدير العدول و عدمه، و الاقوى أنّه يستحقّ من المسمّى بالنسبة، و يسقط منه بمقدار المخالفة

ثم الظاهر من خبر أبي بصير رضى المستأجر، للتعليل بالارتكاز أي المخالفة الى الافضل أي الافضل في نظر المستأجر. و يعني به انه اتى بحجة مع امر زائد و هو العمرة في الحقيقة، و ان كان تمتعا فالاجارة وقعت على الحج الموجب للثواب و لا ريب انه في التمتع اكثر فالرضا بل الاذن حاصل).

لا يستحق الاجرة: (و هذا ظاهر، لعدم الاتيان بمورد الاجارة و ان فرض برائة ذمّة المستأجر، فلا وجه ظاهرا لإلزام الاستاذ (قدّس سرّه) التخلّص بالتصالح).

المسألة ۱۳: تعيّن: (و لو لم نعلم تعلق غرض عقلائي به، بل و لو علمنا بعدم غرض عقلائي فيه، فان الاجارة وقعت عليه فيلزم العمل به إلاّ اذا علم عدم غرض الشخص المستأجر في ذلك، فلا وجه ظاهرا لحاشية الخونساري (قدّس سرّه)).

العلم بعدم الفرض: هذا الحمل بعيد و نمنع الغلبة في عدم العبرة بالمبدء.

من حيث هو: (و هذا ظاهر فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) و كذا استظهار بعض آخر من قوله عليه السّلام: لا بأس، الجواز تكليفا، فانه ايضا توطئة لذكر صحة الحج، فظهور الذيل اقوى راجع الحديث في ۱/ ۱۱ نيابة الحج).

المسألة ۱۳: يسقط منه بمقدار المخالفة: بل يطالب المستأجر قيمة العمل الذي لم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۴۹

إذا كان الطريق معتبرا في الاجارة على وجه الجزئيّة، و لا يستحقّ شيئا على تقدير اعتباره على وجه القيديّة، لعدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه حينئذ و إن برئت ذمّة المنوب عنه بما أتى به، لأنّه حينئذ متبرّع بعمله، و دعوى أنّه يعدّ في العرف أنّه أتى ببعض ما استوجر عليه فيستحقّ بالنسبة، و قصد التقييد بالخصوصيّة لا يخرجه عرفا عن العمل ذي الأجزاء، كما ذهب إليه في الجواهر لا وجه لها و يستحقّ تمام الاجرة إن كان اعتباره على وجه الشرطيّة الفقهيّة بمعنى الالتزام في الالتزام، نعم للمستأجر خيار الفسخ لتخلّف الشرط فيرجع إلى اجرة المثل.

مسألة ١٤: إذا آجر نفسه للحجّ عن شخص مباشرة في سنة معيّنة، ثمّ آجر عن شخص آخر في تلك السنة مباشرة أيضا بطلت الاجارة الثانية، لعدم القدرة على العمل بها بعد وجوب العمل بالأولى، و مع عدم اشتراط المباشرة فيهما أو في إحداهما صحّتا معا، و دعوى بطلان الثانية و إن لم يشترط فيها المباشرة مع اعتبارها في الاولى لأنّه يعتبر في صحّة الاجارة تمكّن الأجير من العمل بنفسه فلا يجوز إجارة الأعمى على قراءة القرآن، و كذا لا يجوز إجارة الحائض لكنس المسجد و إن لم يشترط المباشرة ممنوعة، فالأقوى الصحّة، هذا إذا آجر نفسه ثانيا للحجّ بلا اشتراط المباشرة، و أمّا إذا آجر نفسه لتحصيله فلا إشكال فيه، و كذا تصحّ الثانية مع اختلاف السنتين، أو مع توسعة الاجارتين، أو توسعة إحداهما،

____

يأت الأجير به لبقاء العقد فهو مطالب لما استملكه بالعقد من العمل (كما قال الخوئي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) و الوجه واضح).

على وجه القيدية: لو تعلق الغرض الاكيد به بحيث جعله مع اصل الحج بمنزلة مطلوب واحد و ذلك قد يحصل لبعض الناس غير المتعارف، و كلام الجواهر في المتعارف (و ما في بعض الحواشي من ان الملاك هو العرف لا العبارة، و الطريق ليس قيدا عرفا، فيه: انه لا يمنع ارادة شخص خاص القيدية. نعم المتعارف ليس التقيد و عليه يحمل كلام الجواهر ١٧: ٣٧٦، فالحاصل ان المركب ذو اجزاء غير المقيّد الذي هو مطلوب واحد و هما غير المشروط).

المسألة ١٤: بطلت الاجارة الثانية: ان كان المباشرة أخذت على وجه التقييد بنحو وحدة المطلوب و البطلان حينئذ لعدم شمول الدليل بعد شموله للاولى و يملك المستأجر عمل الأجير و منافعه فلا موضوع حينئذ للثانية، و هذا مراد المتن من عدم القدرة (فالظاهر عدم وجه لتأمل الاستاذ و بعض آخر في التعليل بعد العلم بمراده من عدم القدرة، كما ان تأمل الخونساري (قدّس سرّه) في اصل الحكم مطلقا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۰

بل و كذا مع إطلاقهما أو إطلاق إحداهما إذا لم يكن انصراف إلى التعجيل، و لو اقترنت الاجارتين في وقت واحد بطلتا معا مع اشتراط المباشرة فيهما، و لو آجره فضوليّان من شخصين مع اقتران الاجارتين يجوز له إجازة إحداهما كما في صورة عدم الاقتران، و لو آجر نفسه من شخص ثمّ علم أنّه آجره فضوليّ من شخص آخر سابقا على عقد نفسه ليس له إجازة ذلك العقد، و إن قلنا بكون الاجازة كاشفة، بدعوى أنّها حينئذ تكشف عن بطلان إجارة نفسه، لكون إجارته نفسه مانعا عن صحّة الاجازة حتّى تكون كاشفة، و انصراف أدلّة صحّة الفضوليّ عن مثل ذلك.

مسألة ١٥: إذا آجر نفسه للحجّ في سنة معيّنة لا يجوز له التأخير، بل و لا التقديم إلاّ مع رضى المستأجر، و لو أخّر لا لعذر أثم و تنفسخ الاجارة إن كان التعيين على وجه التقييد، و يكون للمستأجر خيار الفسخ لو كان على وجه الشرطيّة، و إن أتى به مؤخّرا لا يستحقّ الاجرة على الأوّل و إن برئت ذمّة المنوب عنه به، و يستحقّ المسمّاة على الثاني إلاّ إذا فسخ المستأجر فيرجع إلى اجرة المثل، و إذا اطلق الاجارة و قلنا بوجوب التعجيل لا تبطل مع الاهمال، و في ثبوت الخيار للمستأجر حينئذ و عدمه وجهان، من أنّ الفوريّة ليست توقيتا، و من كونها بمنزلة الاشتراط.

____

غير ظاهر الوجه، فالتفصيل اقوى كما قلنا).

انصراف الى التعجيل: أي كان ظهوره العرفي هو التوسعة.

بطلتا: ان اريد التقييد، و لعله المراد من الاشتراط لا الشرط الفقهي.

ليس له اجازة: أي لا تنفذ وضعا.

و انصراف ادلة صحة الفضولي: بل قصور ادلة الفضولي (فان ادلته الخاصة الواردة في البيع و النكاح لا يشمل مثل المقام و كذا الدليل العام في العقود و البيع لعدم صحة استناد هذا العقد الى المالك بعد صدور العقد مباشرة منه المخرجة للمورد عن سلطانه).

المسألة ۱۵: و تنفسخ الاجارة: الظاهر تخيّر المستأجر بين الفسخ و استرداد المسمى أو الابقاء و مطالبة قيمة العمل، و عدم الامكان الطاري لا يوجب البطلان أو انفساخ العقد، كما ان الظاهر عدم الفرق حينئذ بين كون التأخير لعذر أو لغيره.

وجهان: صرف وجوب التعجيل شرعا لا يوجب حقا معامليا، نعم اذا كان انصراف بحيث يكون كالمذكور في العقد أو المبني عليه أوجب حقا، و حينئذ اما تقييد أو اشتراط و لكل حكمه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۱

مسألة ١٦: قد عرفت عدم صحّة الاجارة الثانية فيما إذا آجر نفسه من شخص في سنة معيّنة، ثمّ آجر من آخر في تلك السنة، فهل يمكن تصحيح الثانية باجازة المستأجر الأوّل أو لا؟ فيه تفصيل، و هو أنّه إن كانت الاولى واقعة على العمل في الذمّة لا تصحّ الثانية بالاجازة لأنّه لا دخل للمستأجر بها إذا لم تقع على ماله حتّى تصحّ له إجازتها، و إن كانت واقعة على منفعة الأجير في تلك السنة بأن تكون منفعته من حيث الحجّ أو جميع منافعه له جاز له إجازة الثانية، لوقوعها على ماله، و كذا الحال في نظائر المقام، فلو آجر نفسه ليخيط لزيد في يوم معيّن ثمّ آجر نفسه ليخيط أو ليكتب لعمرو في ذلك اليوم ليس لزيد إجازة العقد الثاني، و أمّا إذا ملّكه منفعته الخياطيّ فآجر نفسه للخياطة أو للكتابة لعمرو جاز له إجازة هذا العقد، لأنّه تصرف في متعلّق حقّه و إذا أجاز يكون مال الاجارة له، لا للموجر، نعم لو ملك منفعة خاصّة كخياطة ثوب معيّن أو الحجّ عن ميّت معيّن على وجه التقييد يكون كالأوّل في عدم إمكان إجازته.

مسألة ١٧: إذا صدّ الأجير أو احصر كان حكمه كالحاجّ عن نفسه فيما عليه من الأعمال، و تنفسخ الاجارة مع كونها مقيّدة بتلك السنة، و يبقى الحجّ في ذمّته مع الاطلاق، و للمستأجر خيار التخلّف إذا كان اعتبار تلك السنة على وجه الشرط في ضمن العقد، و لا يجزي عن المنوب عنه و إن كان بعد الاحرام و دخول الحرم، لأنّ ذلك كان في خصوص الموت من جهة الأخبار، و القياس عليه لا وجه له، و لو ضمن الموجر الحجّ في المستقبل في صورة التقييد لم تجب إجابته، و القول بوجوبه ضعيف، و ظاهرهم استحقاق الاجرة بالنسبة إلى ما أتى به من الأعمال، و هو مشكل لأنّ المفروض عدم إتيانه للعمل المستأجر عليه، و عدم فائدة فيما أتى به، فهو نظير الانفساخ في الأثناء لعذر غير الصدّ و الحصر، و كالانفساخ في أثناء سائر الأعمال المرتبطة لعذر في إتمامها و قاعدة احترام عمل المسلم لا تجري، لعدم الاستناد إلى المستأجر، فلا يستحقّ اجرة المثل أيضا.

المسألة ١٦: لا تصح الثانية بالاجازة: إلاّ اذا كانت المباشرة في هذه السنة شرطا لا قيدا فالاجازة من الاول حينئذ اسقاط الشرط (بل يمكن في صورة التقيد ايضا لكون الثانية مزاحمة لحق المستاجر الاول و لا يلزم في الفضولي الملكية بل

صرف التعلق الاعم من الملكية و الحقية كاف نظير اجارة المرتهن فاذا اجاز يكون في الحقيقة بمنزلة رفع اليد عن الاجارة الاولى ان كانت مقيدة بتلك السنة و يكون مال الاجارة للموجر لا للمجيز، إلاّ ان يقال: في صورة التقييد في الاجارة الاولى لا تصح الثانية لتكون مزاحمة للاولى).

المسألة ١٧: و هو مشكل: بل الظاهر عدم الاستحقاق (فانّ المتعارف في الحج و الصلاة و الصوم و امثالها الاستيجار للطبيعي بشرط شيء و هو لا ينطبق على الطبيعي بشرط لا إلاّ اذا صرّح بأن مورد الاستيجار طبيعي العمل في كل جزء لا بشرط، لو

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۲

مسألة ١٨: إذا أتى النائب بما يوجب الكفّارة فهو من ماله.

مسألة ١٩: إطلاق الاجارة يقتضي التعجيل، بمعنى الحلول في مقابل الأجل لا بمعنى الفوريّة، إذ لا دليل عليها، و القول بوجوب التعجيل إذا لم يشترط الأجل ضعيف فحالها حال البيع في أنّ إطلاقه يقتضي الحلول بمعنى جواز المطالبة و وجوب المبادرة معها.

مسألة ٢٠: إذا قصرت الاجرة لا يجب على المستأجر إتمامها، كما أنّها لو زادت ليس له استرداد الزائد، نعم يستحبّ الاتمام كما قيل، بل قيل: يستحبّ على الأجير أيضا ردّ الزائد، و لا دليل بالخصوص على شيء من القولين، نعم يستدلّ على الأوّل بأنّه معاونة على البرّ و التقوى، و على الثاني بكونه موجبا للاخلاص في العبادة.

مسألة ٢١: لو أفسد الأجير حجّه بالجماع قبل المشعر فكالحاجّ عن نفسه يجب عليه إتمامه، و الحجّ من قابل، و كفّارة بدنة، و هل يستحقّ الاجرة على الأوّل أو لا؟ قولان مبنيّان على أنّ الواجب هو الأوّل، و أنّ الثاني عقوبة، أو هو الثاني و أنّ الأوّل عقوبة، قد يقال بالثاني للتعبير في الأخبار بالفساد

ترتب عليه غرض عقلائي كإرادة الثواب لكل جزء لو فرض البطلان او عدم التوفيق للاتمام أو غرض شخصي للمستأجر في ذلك أو انصرف اطلاق العقد الى ذلك، و إلاّ فظاهر العقد كون الاجرة في قبال تمام العمل بنحو وحدة المطلوب فلا وجه لحاشية الاستاذ و الگلپايگاني (قدّس سرّهما)).

المسألة ١٩: ضعيف: لا ينبغي ترك الاحتياط بالتعجيل بمعنى الاتيان فورا ففورا إلاّ مع الرضا بالتأخير. (و قد الزمه الگلپايگاني (قدّس سرّه) لكن الظاهر عدم الوجوب فان العمل في الذمة ليس كالعين و لا يعدّ عدم تسليمه تصرفا فيه، نعم للدائن حق المطالبة و على المديون الاداء حينئذ).

المسألة ٢٠: نعم يستدل: لكنه لا يكون دليلا (اذ بعد الاتيان كيف يكون الاتمام تعاونا على البرّ إلاّ بعنوان التبديل للنفقة كما ان ردّ الزائد من ناحية الأجير ايضا لا يوجب الاخلاص بعد العمل إلاّ مع القول بإمكان تبديل الامتثال و كذا تبديل جهات الامتثال لكن تبديل النفقة، و كذا تبديل الامتثال لا يوافق التحقيق، نعم ينطبق على ذلك عنوان الاحسان و اعطاء المال للّه تعالى، إلاّ ان يقال بإستفادة امكان التغيير في الاعتباريات من ادلة الجماعة بعد الانفراد، و لو لم يؤت بالعمل ثانيا لكنه بلا دليل واضح و ان كان موافقا للذوق).

المسألة ٢١: لبعض الاخبار: (مثل صحيحة زرارة ٩/ ٣ كفارات الاستمتاع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۳

الظاهر في البطلان، و حمله على إرادة النقصان و عدم الكمال مجاز لا داعي إليه، و حينئذ فتنفسخ الاجارة إذا كانت معيّنة و لا يستحقّ الاجرة، و يجب عليه الاتيان في القابل بلا اجرة، و مع إطلاق الاجارة تبقى ذمّته مشغولة، و يستحقّ الاجرة على ما يأتي به في القابل، و الأقوى صحّة الأوّل، و كون الثاني عقوبة لبعض الأخبار الصريحة في ذلك في الحاجّ عن نفسه، و لا فرق بينه و بين الأجير، و لخصوص خبرين في خصوص الأجير عن إسحاق بن عمّار عن أحدهما عليهما السّلام قال: قلت: فإن ابتلى بشيء يفسد عليه حجّه حتّى يصير عليه الحجّ من قابل، أيجزي عن الأوّل؟ قال: نعم، قلت: فانّ الأجير ضامن للحجّ؟ قال: نعم. و في الثاني سئل الصادق عليه السّلام عن رجل حجّ عن رجل فاجترح في حجّه شيئا، يلزم فيه الحجّ من قابل و كفّارة؟ قال عليه السّلام: هي للأوّل تامّة، و على هذا ما اجترح. فالاقوى استحقاق الاجرة على الأوّل و إن ترك الاتيان من قابل عصيانا، أو لعذر، و لا فرق بين كون الاجارة مطلقة أو معيّنة، و هل الواجب إتيان الثاني بالعنوان الّذي أتى به الأوّل، فيجب فيه قصد النيابة عن المنوب عنه و بذلك العنوان، أو هو واجب عليه تعبّدا و يكون لنفسه؟ وجهان لا يبعد الظهور في الأوّل، و لا ينافي كونه عقوبة، فإنّه يكون الاعادة عقوبة، و لكن الأظهر الثاني، و الأحوط أن يأتي به بقصد ما في الذمّة، ثمّ لا يخفى عدم تماميّة ما ذكره ذلك القائل من عدم استحقاق الاجرة في صورة كون الاجارة معيّنة، و لو على ما يأتي به في القابل، لانفساخها و كون وجوب الثاني تعبّدا، لكونه خارجا عن متعلّق الاجارة، و إن كان مبرءا لذمّة المنوب عنه، و ذلك لأنّ الاجارة و إن كانت منفسخة بالنسبة إلى الأوّل لكنها باقية بالنسبة إلى الثاني تعبّدا لكونه عوضا شرعيّا تعبديّا عمّا وقع عليه العقد فلا وجه لعدم استحقاق الاجرة

«عن محرم غشى امرأته و هي محرمة ... عليها بدنة و عليهما الحج من قابل، قلت:
فأي الحجتين لهما؟ قال: الاولى التي احدثا فيها ما أحدثا و الاخرى عليهما عقوبة» و الخبران الآخران هما ۱ و ۲/ ۱۵
نيابة الحج، و عليه فالتعبير بالفساد في بعض الروايات بمعنى النقص لا البطلان).
لا يبعد الظهور في الاول: لا ظهور فيه (فان الالزام بالأتيان عقوبة ليس له أية دلالة على لزوم قصد العنوان المقصود في الاول بل في بعض الروايات تصريح بأنه عقوبة للفاعل فلا ربط له بالمنوب عنه وفاقا للاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهما).
الى الثاني تعبدا: التعبد في كونه الحج الصحيح على فرضه لا يستلزم التعبد في بقاء الاجارة بالنسبة اليه فان غايته الدلالة على كونه الحج الموظف أي النيابة لكن التقيد بكونه الحج النيابي غير التعبد بكونه الاجاري سيما و هو خلاف القاعدة لا يصار اليه بصرف ظهور ما لو فرض (لو فرضنا ظهور التعبد بكونه الحج الصحيح أي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۴

على الثاني، و قد يقال بعدم كفاية الحجّ الثاني أيضا في تفريغ ذمّة المنوب عنه، بل لا بدّ للمستأجر أن يستأجر مرّة اخرى في صورة التعيين، و للأجير أن يحجّ ثالثا في صورة الاطلاق، لأنّ الحجّ الأوّل فاسد، و الثاني إنّما وجب للافساد عقوبة فيجب ثالث، إذ التداخل خلاف الأصل، و فيه أنّ هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن الحجّ في القابل بالعنوان الأوّل، و الظاهر من الأخبار على القول بعدم صحة الأوّل وجوب إعادة الأوّل، و بذلك العنوان، فيكفي في التفريغ، و لا يكون

من باب التداخل، فليس الافساد عنوانا مستقلا، نعم إنّما يلزم ذلك إذا قلنا: إنّ الإفساد موجب لحجّ مستقلّ لا على نحو الأوّل، و هو خلاف ظاهر الأخبار، و قد يقال في صورة التعيين: إنّ الحجّ الأوّل إذا كان فاسدا و انفسخت الاجارة يكون لنفسه، فقضاؤه في العام القابل أيضا يكون لنفسه، و لا يكون مبرءا لذمّة المنوب عنه، فيجب على المستأجر استيجار حجّ آخر، و فيه أيضا ما عرفت من أنّ الثاني واجب بعنوان إعادة الأوّل و كون الأوّل بعد انفساخ الاجارة بالنسبة إليه لنفسه لا يقتضي كون الثاني له، و إن كان بدلا عنه، لأنّه بدل عنه بالعنوان المنويّ، لا بما صار إليه بعد الفسخ، هذا، و الظاهر عدم الفرق في الاحكام المذكورة بين كون الحجّ الأوّل المستأجر عليه واجبا أو مندوبا، بل الظاهر جريان حكم وجوب الاتمام و الاعادة في النيابة تبرّعا أيضا، و إن كان لا يستحقّ الاجرة أصلا.

ــــــــــــــــــــــ

الموظف النيابي، في كونه الاجاري فهو ظهور ضعيف لا يقاوم القواعد فانه تعبد بعقد غير مقصود و غير معقود.

ثم انّ تعبير ضمان الاجير في بعض الروايات لا يدل على كونه عوضا شرعيا اصلا، و كيف كان فقول الجواهر– ۱۷: ۳۹۰– في عدم الاستحقاق حينئذ اقوى).

فليس الافساد عنوانا مستقلا: مع ان الروايات المتعرضة للوظيفة لا تشير الى حج ثالث اصلا، و هذا السكوت في مقام بيان الوظيفة دليل عدم الوجوب و كذلك الحاج عن نفسه لا يجب عليه الحج الثالث إلّا اذا كان استطاعته بعد الافساد فانه يأتي في القابل الحج عقوبة ثم في الثالث حجة الاسلام (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) فانه يعتقد بالتداخل حينئذ لكنه بلا دليل فان الاستطاعة و ان حصلت لكن فورية الحج لا تستلزم التداخل لتقدم الحج العقابي بالظهور العرفي فانه كسجود السهو، يرتبط بالحج السابق. و ايضا تصرح الروايات بإتيانه في القابل و هذا التصريح مقدم على دليل فورية حجة الاسلام فالسبب متعدد و الفورية مختلفة).

واجب بعنوان اعادة: مرّ عدم ظهور في ذلك كما مرّ أن الظاهر الصحيح كون الاول هو الموظف فلا تصل النوبة الى هذه الاحتمالات.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۵

مسألة ۲۲: يملك الأجير الاجرة بمجرّد العقد، لكن لا يجب تسليمها إلّا بعد العمل إذا لم يشترط التعجيل و لم يكن قرينة على إرادته من انصراف أو غيره، و لا فرق في عدم وجوب التسليم بين أن تكون عينا أو دينا، لكن إذا كانت عينا و نمت كان النماء للأجير، و على ما ذكر من عدم وجوب التسليم قبل العمل إذا كان المستأجر وصيّا أو وكيلا و سلّمها قبله كان ضامنا لها على تقدير عدم العمل من الموجر، أو كون عمله باطلا، و لا يجوز لهما اشتراط التعجيل من دون إذن الموكّل أو الوارث و لو لم يقدر الأجير على العمل مع عدم تسليم الاجرة كان له الفسخ و كذا للمستأجر، لكن لمّا كان المتعارف تسليمها أو نصفها قبل المشي يستحقّ الأجير المطالبة في صورة الاطلاق، و يجوز للوكيل و الوصيّ دفعها من غير ضمان.

مسألة ۲۳: إطلاق الإجارة يقتضي المباشرة، فلا يجوز للأجير أن يستأجر غيره إلّا مع الاذن صريحا أو ظاهرا، و الرواية الدالّة على الجواز محمولة على صورة العلم بالرضا من المستأجر.

ــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۲: من انصراف: الى المتعارف كما يصرح في آخر المسألة.

ضامنا: إلاّ اذا كان وكيلا أو وصيا في ذلك الدفع ايضا، أو رأى مصلحة الموصي أو الموكل في ذلك كزيادة الاجرة على فرض التأخير أو لتعذر أو تعسّر الاستيجار بدون ذلك (و وجه الكل واضح إلاّ تعسّر الاستيجار، و وجهه مرضيّة عدم امكان العمل أو خوف ذلك، و دليل لزوم التحفظ على العمل بالوصية يقتضي ذلك عقلائيا، و ايضا دليل نفي الحرج الجاري في العمل بالوصيّة فتأمل).

الوارث: ان عيّن من ناحية الميت بعنوان تولي اموره، و إلاّ فالوارث بعنوانه لا تأثير لإذنه إلاّ اذا اوجب تصرفا في مال الوارث ايضا كالدفع من مجموع المال قبل التقسيم فيما كان زائدا على مصارف الحج مثلا.

له الفسخ: لا وجه لفسخ الأجير إلاّ فيما له المطالبة كمورد الانصراف أو التصريح، نعم للمستأجر خيار تعذر التسليم و اذا انقضى السنة يكون للمستأجر مطالبة قيمة العمل من الأجير (لا الانفساخ كما قال الاستاد (قدّس سرّه) لتملك العمل عليه).

دفعها: اي دفع ما يتعارف كلا أو جزء.

المسألة ٢٣: على صورة العلم بالرضى: أي قبول بدل المستأجر عليه من باب الوفاء بغير الجنس أو الرضى حين العقد بحيث يقتضي وقوع العقد على الاعم. لكن لعل مورد الرواية لم يكن من باب الاستيجار اصلا بل اعطاء مال للحج لا للحج عنه فأعطاه الاخذ غيره. و وجه تردد السائل احتمال اختصاص هذه الصدقة بالشخص.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۶

مسألة ٢٤: لا يجوز استيجار من ضاق وقته عن إتمام الحجّ تمتّعا، و كانت وظيفته العدول إلى حجّ الإفراد عمّن عليه حجّ التمتّع، و لو استأجره مع سعة الوقت فنوى التمتّع ثمّ اتّفق ضيق الوقت فهل يجوز له العدول و يجزي عن المنوب عنه أو لا؟ وجهان، من إطلاق أخبار العدول، و من انصرافها إلى الحاجّ عن نفسه، و الأقوى عدمه، و على تقديره فالأقوى عدم أجزائه عن الميّت و عدم استحقاق الاجرة عليه، لأنّه غير ما على الميّت، و لأنّه غير العمل المستأجر عليه.

مسألة ٢٥: يجوز التبرّع عن الميّت في الحجّ الواجب أيّ واجب كان و المندوب، بل يجوز التبرّع عنه بالمندوب، و إن كانت ذمّته مشغولة بالواجب، و لو قبل الاستيجار عنه للواجب، و كذا يجوز الاستيجار عنه في المندوب كذلك، و أمّا الحيّ فلا يجوز التبرّع عنه في الواجب إلاّ إذا كان معذورا في المباشرة لمرض أو هرم، فإنّه يجوز التبرّع عنه و يسقط عنه وجوب الاستنابة على الأقوى كما مرّ سابقا، و أمّا الحجّ المندوب فيجوز التبرع عنه، كما يجوز له أن يستأجر له حتّى إذا كان عليه حجّ واجب لا يتمكّن من أدائه فعلا، و أمّا إن تمكّن منه فالاستيجار للمندوب قبل أدائه مشكل، بل التبرّع عنه حينئذ أيضا

هذا مع ان الرواية ضعيفة سندا من جهات (فان الاحول أو جعفر الأحول- كما في التهذيب- مجهول و لا يحتمل كون المراد أبا جعفر الأحول كما ذكر في الوسائل لأنه باقري و يعقوب الذي قائده هادوي، و الرواية عن الرضا عليه السّلام و في عثمان بن عيسى الرواسي الواقفي و كذا في أبي سعيد سهل بن زياد كلام لكن لا بأس بهما).

المسألة ٢٤: و الاقوى عدمه: بل الاقوى جواز العدول و اجزائه عن المنوب عنه، و كذا استحقاق الاجرة اذا وقع الاجارة على الحج مطلقا او على تفريغ الذمة، نعم اذا صرّح بإرادة الاعمال الخاصة الاختيارية دون الاضطرارية فيجب الوفاء و لا يستحق الاجرة على سواها (وفاقا للگلپايگاني و البهبهاني (قدّس سرّهما). فان الاجارة على الحج الشرعي اجارة

على عمل له حالتان اختيارية و اضطرارية و يجري البحث في الوقوفين، و نظيره في الصلاة الّتي تتميمها بصلاة الاحتياط سيما مع اختلاف الكيفيّة. و اعتقد الاستاذ (قدّس سرّه) تبعا للبروجردي و السيد جمال (قدّس سرّهما) العدول و الاجزاء دون استحقاق الاجرة، و ما ذكرنا أوفق بالقواعد).
المسألة ٢٥: و يسقط عنه: محل تأمل بل لا يبعد لزوم الاستنابة (فان ظاهر ادلة الباب لزوم الاستناد عملا كما في الاستنابة و لعل الاذن او الاجازة ايضا غير كاف).
قبل ادائه مشكل: بل الاظهر الصحة و كذا التبرع: (و حاصل الكلام ان الحج

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۷

لا يخلو عن إشكال في الحجّ الواجب.
مسألة ٢٦: لا يجوز أن ينوب واحد عن اثنين أو أزيد في عام واحد، و إن كان الأقوى فيه الصحّة إلاّ إذا كان وجوبه عليهما على نحو الشركة، كما إذا نذر كلّ منهما أن يشترك مع الآخر في تحصيل الحجّ، و أمّا في الحجّ المندوب فيجوز حجّ واحد عن جماعة بعنوان النيابة، كما يجوز بعنوان إهداء الثواب لجملة من الأخبار الظاهرة في جواز النيابة أيضا، فلا داعي لحملها على خصوص إهداء الثواب.
مسألة ٢٧: يجوز أن ينوب جماعة عن الميّت أو الحيّ في عام واحد في الحجّ المندوب تبرّعا أو بالاجارة، بل يجوز ذلك في الواجب أيضا، كما إذا كان على الميّت و الحيّ الذي لا يتمكّن من المباشرة لعذر حجّان مختلفان نوعا كحجّة الاسلام و النذر، أو متّحدان من حيث النوع كحجّتين للنذر، فيجوز أن يستأجر أجيرين لهما في عام واحد، و كذا يجوز إذا كان أحدهما واجبا، و الآخر مستحبّا، بل يجوز أن يستأجر أجيرين لحجّ واجب واحد كحجّة الاسلام في عام واحد احتياطا، لاحتمال بطلان حجّ أحدهما، بل و كذا مع العلم بصحّة الحجّ من كلّ منهما، و كلاهما آت بالحجّ الواجب، و إن كان إحرام أحدهما قبل إحرام الآخر، فهو مثل ما إذا صلّى جماعة على الميّت في وقت واحد. و لا يضرّ سبق أحدهما بوجوب الآخر، فإنّ الذمّة مشغولة ما لم يتم العمل، فيصحّ قصد الوجوب من كلّ منهما و لو كان أحدهما أسبق شروعا.

الواجب على الحيّ لا يسقط بفعل الغير كما في الصلاة و الصوم و غير ذلك، إلاّ في الحيّ العاجز عن المباشرة في الحج لمرض و هرم فيجوز الاستنابة و يدل عليه الأخبار المتظافرة في الباب ٢٥ نيابة الحج و غير ذلك، لكن يجوز الاستيجار للمندوب و كذا التبرع و لو كان عليه الواجب و امكنه بنفسه او الاستنابة لإطلاق ادلة التبرع و الاستنابة في المندوب و لو كان عليه واجب بل يجوز لنفسه ايضا اتيان المندوب قبل الواجب للاطلاق المزبور و يصحّحه الترتب ثم ان كلمة «في الحج الواجب» في الذيل مستدرك، و الظاهر ارتباطه بأوائل المسألة الآتية مكان قوله فيها: «و ان كان الاقوى فيه الصحة» و ارتباط تلك العبارة بهذه المسألة).
المسألة ٢٦: المندوب فيجوز: (لصراحة مثل صحيح ١/ ٢٨ نيابة الحج في جواز التشريك أيّ مقدار اراد الشخص، و الظاهر من الروايات جريان ذلك في الحج عن نفسه و عن غيره فيجوز التشريك فيما اتى عن نفسه و كذا في النيابة).
المسألة ٢٧: اسبق شروعا: بشرط تقارن الختام و إلاّ فقصد الوجوب للاّحق مشكل فيقصد القربة المطلقة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۸

(٥- فصل في الوصية بالحج)

مسألة ١: إذا أوصى بالحجّ فإن علم أنّه واجب اخرج من أصل التركة و إن كان بعنوان الوصيّة، فلا يقال مقتضى كونه بعنوانها خروجه من الثلث، نعم لو صرّح باخراجه من الثلث اخرج منه، فإن وفى به و إلاّ يكون الزائد من الأصل، و لا فرق في الخروج من الأصل بين حجّة الاسلام و الحجّ النذريّ و الافساديّ، لأنّه بأقسامه واجب ماليّ، و إجماعهم قائم على خروج كلّ واجب ماليّ من الأصل، مع أنّ في بعض الأخبار أنّ الحجّ بمنزلة الدين، و من المعلوم خروجه من الأصل بل الأقوى خروج كلّ واجب من الأصل و إن كان بدنيّا كما مرّ سابقا، و إن علم أنّه ندبي فلا إشكال في خروجه من الثلث، و إن لم يعلم أحد الأمرين ففي خروجه من الأصل أو الثلث وجهان، يظهر من سيّد الرياض خروجه من الأصل حيث إنّه وجّه كلام الصدوق الظاهر في كون جميع الوصايا من الأصل بأنّ مراده ما إذا لم يعلم كون الموصى به واجبا أو لا، فإنّ مقتضى عمومات وجوب العمل بالوصيّة خروجها من الأصل، خرج عنها صورة العلم بكونها ندبيّا، و حمل الخبر الدالّ بظاهره على ما عن الصدوق أيضا على ذلك، لكنّه مشكل، فإنّ العمومات مخصّصة بما دلّ على أنّ الوصية بأزيد من الثلث، تردّ إليه إلاّ مع إجازة الورثة، هذا مع أنّ الشبهة مصداقية، و التمسك بالعمومات فيها محلّ إشكال، و أمّا الخبر المشار إليه و هو قوله عليه السّلام: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كلّه فهو جايز» فهو موهون باعراض العلماء

في الوصية بالحج

المسألة ١: و لا فرق: مرّ الاشكال في غير حجة الاسلام و ان الملاك ليس صرف دخالة المال، كما مرّ عدم خروج كل واجب من الاصل.

الشبهة مصداقية: و حينئذ فلا يثبت شيء من اطراف الاحتمال إلاّ ان يجري الاستصحاب و نحوه.

في هذه الازمنة: الملاك هو الظهور العرفي و لا ريب في اختلاف الموارد.

بإعراض العلماء: (كما في غير واحد من روايات عمار و منها روايته في بلوغ الانثى لكن في المقام السند الى عمار ايضا غير معتمد لوقوع عمر بن شداد الازدي (أو عمرو) و هو لم يوثق و روى ايضا بجنب الازدي، السريّ و هو ملعون كذاب، و لا نعلم اسمه. و نظير الحديث ١٦/ ١١ لكنه قضية في واقعة فراجع. و يمكن حمل الحديث على التصرفات المنجزة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۵۹

عن العمل بظاهره، و يمكن أن يكون المراد بماله هو الثلث الذي أمره بيده، نعم يمكن أن يقال في مثل هذه الأزمنة بالنسبة إلى هذه الأمكنة البعيدة عن مكة: الظاهر من قول الموصي: حجّوا عنّي هو حجّة الاسلام الواجبة لعدم تعارف الحجّ المستحبّي في هذه الأزمنة و الأمكنة، فيحمل على أنّه واجب من جهة هذا الظهور و الانصراف، كما أنّه إذا قال: أدّوا كذا مقدارا خمسا أو زكاة، ينصرف إلى الواجب عليه فتحصّل أنّ في صورة الشكّ في كون الموصى به واجبا حتّى يخرج من أصل التركة، أو لا حتّى يكون من الثلث مقتضى الأصل الخروج من الثلث، لأنّ الخروج من الأصل موقوف على كونه واجبا و هو غير معلوم، بل الأصل عدمه إلاّ إذا كان هناك انصراف كما في مثل الوصيّة بالخمس أو الزكاة أو

الحجّ و نحوها، نعم لو كانت الحالة السابقة فيه هو الوجوب كما إذا علم وجوب الحجّ عليه سابقا و لم يعلم أنّه أتى به أو لا فالظاهر جريان الاستصحاب و الاخراج من الأصل و دعوى أنّ ذلك موقوف على ثبوت الوجوب عليه و هو فرع شكّه لا شكّ الوصيّ أو الوارث و لا يعلم أنّه كان شاكا حين موته أو عالما بأحد الامرين مدفوعة بمنع اعتبار شكّه بل يكفي شكّ الوصيّ أو الوارث أيضا، و لا فرق في ذلك بين ما إذا أوصى

و هو غير معلوم: اذا كان غير معلوم، و الحكم على واقع الامر، فلا وجه لإثبات احد الطرفين، و اما اصالة العدم فان اريد عدم الوجوب على الميت فهي مثبتة بالنسبة الى الوصي فان موضوع حكم الوصي الوجوب على الميت و عدم ادائه و هذه لا تثبت ذلك و ان اريد عدم الوجوب على الوصي فهو عدم ازلي منذ كان وصيا فلعله كان واجبا عليه فتدبره.

مدفوعة: و ان كان المذكور هنا مخالفا لما ذكره في المسألة الخامسة من ختام الزكاة. لكن اثبات وجوب الاخراج من الاصل بالاستصحاب في غير صورة بقاء العين المتعلق للحق ممنوع إلاّ فيما كان اصل اشتغال الذمة قطعيا و الشك في الاداء كإتلاف المال قبل اداء الحق لا كالتلف مع احتمال اداء الحق بل الاظهر عدم جريان الاستصحاب حتى في صورة قطعية اشتغال الذمة اذ الاثر و هو تعلق الدين بالتركة مترتب على اقتران الموت بإشتغال الذمة بحيث اثبت الاشتغال حين الموت و اثبات هذا التقيد و التقارن لا يمكن باستصحاب اشتغال الذمة إلاّ بالأصل المثبت فالاحوط الخروج من سهم الكبار برضاهم (و به يظهر الاشكال في حاشية الاستاذ و حتى في شرح الخوئي (مد ظله) مع انه دقق النظر في الشقوق).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١۶٠

أو لم يوص، فإنّ مقتضى أصالة بقاء اشتغال ذمّته بذلك الواجب عدم انتقال ما يقابله من التركة إلى الوارث، و لكنّه يشكل على ذلك الأمر في كثير من الموارد لحصول العلم غالبا بأنّ الميت كان مشغول الذمّة بدين أو خمس أو زكاة أو حجّ أو نحو ذلك، إلاّ أن يدفع الحمل على الصحّة، فإنّ ظاهر حال المسلم الاتيان بما وجب عليه، لكنه مشكل في الواجبات الموسّعة، بل في غيرها أيضا في غير الموقّتة، فالأحوط في هذه الصورة الاخراج من الأصل.

مسألة ٢: يكفي الميقاتيّة، سواء كان الحجّ الموصى به واجبا أو مندوبا، و يخرج الأوّل من الأصل، و الثاني من الثلث إلاّ إذا أوصى بالبلديّة، و حينئذ فالزائد عن اجرة الميقاتية في الأوّل من الثلث، كما أنّ تمام الاجرة في الثاني منه.

عدم انتقال ما يقابله: على الاظهر و ان كان من المحتمل الانتقال مع تعلق حق الديان كالوصية بالمال (وفاقا في هذا الاحتمال للبهبهاني (قدّس سرّه) لعدم استفادة ازيد من ذلك من ادلة مانعية الدين و الوصية مع لحاظ ادلة الارث اذ لا بد امّا من القول بالبقاء على ملك الميت مع ظهور ادلة الارث في الانتقال بمجرد الموت و اما من القول بالانتقال الى الديان و لا يستفاد ذلك من ادلته و أما من القول بالمال بلا مالك و هو ايضا خلاف ظاهر الادلة. لكن الاظهر ذلك لعدم الدليل على الانتقال الى الديان و ان الانتقال الى الوارث انما هو بعد الدين رتبة أو أداء أو مقدارا).

لكنه يشكل: مرّ عدم الاشكال لعدم جريان الاستصحاب.

بالحمل على الصحة: لكن لا مستند له يعتمد عليه (فان اصالة الصحة تجري في اثبات صحة العمل لا اثبات اصل العمل، و اما ظاهر حال المسلم و انه يعمل بوظائفه فلا دليل يعتمد عليه و هل يمكن الحكم بكون الموصى به واجبا،

بحمل الوصية على الصحة اذا كانت بالخروج من الاصل فيه اشكال من جهة عدم دليل عام يشمل هذا المورد من الحمل على الصحة أى ما يشك في ولاية الموصي و نظيره الشك في ولاية كل عاقد).

المسألة ۲: واجبا: إلاّ فيما كان الواجب منذورا من البلد على اعتقاده (قدّس سرّه).

اوصى بالبلدية: و لو بانصراف كلامه كما لا يبعد في امثال زماننا في الامكنة البعيدة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۱

المسألة ۳: إذا لم يعيّن الاجرة فاللازم الاقتصار على اجرة المثل للانصراف إليها، و لكن إذا كان هناك من يرضى بالأقلّ منها وجب استيجاره، إذ الانصراف إلى اجرة المثل إنّما هو نفي الأزيد فقط، و هل يجب الفحص عنه لو احتمل وجوده؟ الأحوط ذلك توفيرا على الورثة، خصوصا مع الظنّ بوجوده، و إن كان في وجوبه إشكال، خصوصا مع الظنّ بالعدم، و لو وجد من يريد أن يتبرّع فالظاهر جواز الاكتفاء به، بمعنى عدم وجوب المبادرة إلى الاستيجار، بل هو المتعيّن توفيرا على الورثة، فإن أتى به صحيحا كفى، و إلاّ وجب الاستيجار، و لو لم يوجد من يرضى باجرة المثل فالظاهر وجوب دفع الأزيد إذا كان الحجّ واجبا، بل و إن كان مندوبا أيضا مع وفاء الثلث، و لا يجب الصبر إلى العام القابل و لو مع العلم بوجود من يرضى باجرة المثل أو أقلّ، بل لا يجوز لوجوب المبادرة إلى تفريغ ذمّة الميّت في الواجب، و العمل بمقتضى الوصيّة في المندوب، و إن عيّن الموصي مقدارا للاجرة تعيّن و خرج من الأصل في الواجب إن لم يزد على اجرة المثل، و إلاّ فالزيادة من الثلث، كما أنّ في المندوب كلّه من الثلث.

المسألة ۳: فاللازم: مع عدم رضى الورثة أو صغرهم و هكذا في استيجار الاقل.

وجب استيجاره: لا لما ذكره من التعليل بل لكون الواجب هو طبيعي الحج و هو يحصل بالاقل فالزائد لا دليل على اخراجه من الاصل.

الاحوط ذلك: لا يترك بالفحص المتعارف اذا لم ينجر الى التعطيل أو التأخير، لا للتوفير و كذا في فرع التبرع، بل لما ذكر من كون الواجب هو طبيعي الحج و لعله يحصل بالاقل و اما التمسك بأصالة عدم من يرضى بالاقل كما في بعض الحواشي ففيه اشكال (فلا وجه لكلام الخوئي في الشرح اذ السؤال عن حالته السابقة و ان المراد بالرضا، الفعلي الذي هو مع التوجه فلا يلزم أو الشاني الذي اذا دعي و التفت فلا حالة سابقة له و ايضا الاثر الشرعي هو وجوب الاتيان بالحج، و حكم الضمان بالزائد على فرض وجود راض بالاقل مترتب على الواقع و الشك يكفيه فتأمل).

هو المتعين: فيه اشكال حتى في الواجب و ان كان أحوط مع وجود قاصر في الورثة (فان الواجب دين و هو مقدم على الارث و لا دليل على لزوم قبول التبرع كما ان المندوب الخارج من الثلث سبيل الهي لا دليل على لزوم تقديم التبرع المندوب على هذا المندوب).

بمقتضى الوصية: ان عين السنّة و لو بالانصراف.

ان لم يزد على اجرة المثل: فلا اثر لتعيينه الاجرة بالنسبة الى الواجب فان حجة الاسلام دين يجب اخراجه على أي حال.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۲

المسألة ٤: هل اللازم في تعيين اجرة المثل الاقتصار على أقلّ الناس اجرة أو يلاحظ اجرة من يناسب شأن الميّت في شرفه وضعته؟ لا يبعد الثاني، و الأحوط الأظهر الأوّل، و مثل هذا الكلام يجري أيضا في الكفن الخارج من الأصل أيضا.

المسألة ٥: لو أوصى بالحجّ و عيّن المرّة أو التكرار بعدد معيّن تعيّن، و إن لم يعيّن كفى حجّ واحد إلاّ أن يعلم أنّه أراد التكرار، و عليه يحمل ما ورد في الأخبار من أنّه يحجّ عنه مادام له مال، كما في خبرين، أو ما بقي من ثلثه شيء كما في ثالث، بعد حمل الأوّلين على الأخير من إرادة الثلث من لفظ المال، فما عن الشيخ و جماعة من وجوب التكرار ما دام الثلث باقيا ضعيف، مع أنّه يمكن أن يكون المراد من الأخبار أنّه يجب الحجّ مادام يمكن الاتيان به ببقاء شيء من الثلث بعد العمل بوصايا اخر، و على فرض ظهورها في إرادة التكرار و لو مع عدم العلم بارادته لا بدّ من طرحها لإعراض المشهور عنها، فلا ينبغي الاشكال في كفاية حجّ واحد مع عدم العلم بارادة التكرار، نعم لو أوصى باخراج الثلث و لم يذكر إلاّ الحجّ يمكن أن يقال: بوجوب صرف تمامه في الحجّ، كما لو لم يذكر إلاّ المظالم أو إلاّ الزكاة أو إلاّ الخمس، و لو أوصى أن يحجّ عنه مكررًا كفى مرّتان، لصدق التكرار معه.

المسألة ٤: الاظهر الاول: بل الثاني بل كون الاول احوط محل تأمل (فإن شرف الميت كالحيّ و قد دفن بعض اهل البيت عليهم السّلام في اكفان غالية. نعم الزمان يختلف. و اما اشكال الاحتياط فلعدم انتقال المال الى الورثة حتى يلزم مراعاتهم.

و الحاصل أن ادلة مصارف الحج تنزل على المتعارف و هو يختلف بحسب شؤون الافراد مع ان التخلف عن الشؤون قد ينجرّ الى الهتك المحرّم).

المسألة ٥: من الاخبار: (راجع ١ و ٢ و ٣/ ٤ نيابة الحج).

لإعراض المشهور: بل لقصور السند لعدم التوثيق بالنسبة الى محمد بن الحسن الاشعري ابي خالد و جهالة محمد بن حسين بن ابي خالد لو كان غير محمد بن حسن و لم يكن غلط النسخة.

صرف تمامه: ان كان للكلام ظهور في ارادته و قد يراد استقلال كل من الثلث و الحج فهو يوصى بالحج و بإخراج الثلث.

مرتان: بل ظاهر العبارة التكرار بمقدار وفاء المال.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۳

المسألة ٦: لو أوصى بصرف مقدار معيّن في الحجّ سنين معيّنة و عيّن لكلّ سنة مقدارا معيّنا و اتّفق عدم كفاية ذلك المقدار لكلّ سنة صرف نصيب سنتين في سنة، أو ثلاث سنين في سنتين مثلا، و هكذا لا لقاعدة الميسور لعدم جريانها في غير مجعولات الشارع، بل لأنّ الظاهر من حال الموصي إرادة صرف ذلك المقدار في الحجّ، و كون تعيين مقدار كل سنة بتخيّل كفايته، و يدلّ عليه أيضا خبر عليّ بن محمّد الحضيني، و خبر إبراهيم بن مهزيار، ففي الأوّل تجعل حجّتين في حجّة، و في الثاني تجعل ثلاث حجج في حجّتين، و كلاهما من باب المثال كما لا يخفى، هذا و لو فضل من السنين فضلة لا تفي بحجّة فهل ترجع ميراثا، أو في وجوه البرّ، أو تزاد على اجرة بعض السنين؟ وجوه، و لو كان الموصى به الحجّ من البلد و دار الأمر بين جعل اجرة سنتين مثلا لسنة، و بين الاستيجار بذلك المقدار من

الميقات لكلّ سنة ففي تعيين الأوّل أو الثاني وجهان، و لا يبعد التخيير بل أولوية الثاني إلاّ أنّ مقتضى إطلاق الخبرين الأوّل،

المسألة ٦: لعدم جريانها: الظاهر عدم الفرق بناء على اعتبار القاعدة و قد مرّ اعتبارها سابقا و كأن مبناها استظهار تعدد المطلوب من ادلة التكاليف ما لم يمنعه مانع. و اما ظهور حال الموصي فتختلف الموارد، فالعمدة الروايتان.

خبر علي بن محمد: هو الكاتب الى الامام عليه السّلام و الراوي هو ابراهيم في كلا الخبرين (راجع ١ و ٣/٢ نيابة الحج، و لا يبعد وثاقة ابراهيم بن مهزيار المستفادة من بعض تعبيرات القوم لا صرف كونه من رجال كامل الزيارات فان شهادة ابن قولويه في المشايخ بلا واسطة فقط كما مرّ سابقا. راجع رجال ابي علي الطبرسي و الاردبيلي (قدّس سرّهما).

وجوه: اوسطها الاقوى لإستظهار تعدد المطلوب، و لا وجه وجيه للاول و الثالث.

اولوية الثاني: بل تعيّنه (لإستظهار اولوية الحج نفسه من الطريق اليه في نظر الموصي و هو المراد من خبر عبد اللّه بن بكير الوارد في الوصية بالحج، لا التعبد، و لا فرق بين الوصية بالحج الواحد او المتعدد فلا اشكال في التوسل الى خبر ابن بكير (و هكذا سائر روايات الباب ٢ نيابة الحج و ان كان رواية ابن بكير اصرح في المراد العام. وفاقا للگلپايگاني و خلافا لبعضهم منهم الاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهما) نظرا الى ان مثل خبر ابن بكير في غير المورد فان المقام مقام التعدد، و مورد خبر ابن بكير في الحج الواحد لكن فيه الغاء الخصوصية بل لا يرى العرف خصوصية اصلا فالحق مع الگلپايگاني (قدّس سرّه) في تعبيره بأن خبر ابن بكير حاكم على خبر ابراهيم بن مهزيار، فانه في عدم امكان الحج و خبر ابن بكير في الامكان من الميقات).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۴

هذا كلّه إذا لم يعلم من الموصي إرادة الحجّ بذلك المقدار على وجه التقييد، و إلاّ فتبطل الوصيّة إذا لم يرج إمكان ذلك بالتأخير، أو كانت الوصيّة مقيّدة بسنين معيّنة.

المسألة ٧: إذا أوصى بالحجّ و عين الاجرة في مقدار فإن كان الحجّ واجبا و لم يزد ذلك المقدار عن اجرة المثل، أو زاد و خرجت الزيادة من الثلث تعين، و إن زاد و لم تخرج الزيادة من الثلث بطلت الوصيّة، و يرجع إلى اجرة المثل، و إن كان الحجّ مندوبا فكذلك تعيّن أيضا مع وفاء الثلث بذلك المقدار، و إلاّ فبقدر وفاء الثلث، مع عدم كون التعيين على وجه التقييد، و إن لم يف الثلث بالحجّ أو كان التعيين على وجه التقييد بطلت الوصيّة، و سقط وجوب الحجّ.

المسألة ٨: إذا أوصى بالحجّ و عيّن أجيرا معيّنا تعيّن استيجاره باجرة المثل، و إن لم يقبل إلاّ بالأزيد، فإن خرجت الزيادة من الثلث تعيّن أيضا، و إلاّ بطلت الوصيّة، و استوجر غيره باجرة المثل في الواجب مطلقا، و كذا في المندوب إذا وفى به الثلث و لم يكن على وجه التقييد، و كذا إذا لم يقبل أصلا.

المسألة ٩: إذا عين للحجّ اجرة لا يرغب فيها أحد و كان الحجّ مستحبّا بطلت الوصيّة إذا لم يرج وجود راغب فيها، و حينئذ فهل ترجع ميراثا، أو تصرف في وجوه البرّ، أو يفصّل بين ما إذا كان كذلك من الأوّل فترجع ميراثا أو كان الراغب موجودا ثمّ طرأ التعذّر؟ وجوه، و الأقوى هو الصرف في وجوه البرّ، لا لقاعدة الميسور، بدعوى أنّ الفصل إذا تعذّر يبقى الجنس، لأنّها قاعدة شرعيّة، و إنّما تجري في الأحكام الشرعيّة المجعولة للشارع، و لا مسرح لها في

مجعولات الناس، كما أشرنا إليه سابقا، مع أنّ

فتبطل الوصية: (و لا وجه ظاهرا لبعض الحواشي: «فيه نظر لإطلاق النصّ» لإنصراف النصّ عن مورد التقييد قطعا، و قال البروجردي (قدّس سرّه): التقييد مجرد فرض، و فيه ما لا يخفى).
المسألة ٧: بطلت الوصية: ان لم تجزها الورثة، و كذا في نظائر المسألة، لكن الاظهر ان البطلان في هذه الصورة ايضا فيما كان الزائد مأخوذا واحدا كالارتباطي كالايصاء بمبلغ الف تومان بشرط لا عن النقص و الزيادة و إلاّ فالأظهر وجوب اخراج ما يمكن من الزائد من الثلث.
الثلث بالحج: حتى الميقاتي.
المسألة ٨: اوصى بالحج: أي الواجب الاصلي و الاّ فهو خارج من الثلث مطلقا.
المسألة ٩: لا يرغب: و لو للحج الميقاتي.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٦۵

الجنس لا يعدّ ميسورا للنوع، فمحلّها المركّبات الخارجيّة إذا تعذّر بعض أجزائها، و لو كانت ارتباطيّة، بل لأنّ الظاهر من حال الموصي في أمثال المقام إرادة عمل ينفعه، و إنّما عيّن عملا خاصّا لكونه أنفع في نظره من غيره، فيكون تعيينه لمثل الحجّ على وجه تعدّد المطلوب و إن لم يكن متذكّرا لذلك حين الوصيّة، نعم لو علم في مقام كونه على وجه التقييد في عالم اللبّ أيضا يكون الحكم فيه الرجوع إلى الورثة، و لا فرق في الصورتين بين كون التعذّر طاريا أو من الأوّل، و يؤيّد ما ذكرنا ما ورد من الأخبار في نظائر المقام، بل يدلّ عليه خبر عليّ بن سويد عن الصادق عليه السّلام قال: قلت: مات رجل فأوصى بتركته أن أحجّ بها عنه، فنظرت في ذلك فلم تكف للحجّ، فسألت من عندنا من الفقهاء، فقالوا: تصدّق بها، فقال عليه السّلام: ما صنعت؟ قلت: تصدّقت بها فقال عليه السّلام: ضمنت إلاّ إن لا تكون تبلغ أن يحجّ بها من مكّة، فإن كانت تبلغ أن يحجّ بها من مكّة فأنت ضامن. و يظهر ممّا ذكرنا حال سائر الموارد الّتي تبطل الوصيّة لجهة من الجهات، هذا في غير ما إذا أوصى بالثلث و عيّن له مصارف و تعذّر بعضها، و أمّا فيه فالأمر أوضح، لأنّه بتعيينه الثلث لنفسه أخرجه عن ملك الوارث بذلك فلا يعود إليه.

مجعولات الناس: مرّ عدم الفرق فيما هو الملاك اي تعدد المطلوب.
و يؤيد: (و الظاهر ان هذه الاخبار ايضا تشير الى تعدد المطلوب ارتكازا و كذا ما ورد في الوصية بالحج بنفقة لا تفي بالبلدية و الوصية بعتق العبد المسلم و المجهول مصرفها لنسيان الوصي و نذر الحج ماشيا حافيا مع طرو العجز و الوقف المجهول المصرف، فراجع الأبواب المناسبة للمقام مثل الباب ٦١ و ٧٧ من الوصايا و ٣ و ٢ نيابة الحج، و غير ذلك، و اما استفادة الگلپايگاني- و كذا الخونساري (قدّس سرّهما)- التعبد من هذه الاخبار، ففيه: انه منقوض في كلام نفسه بجهتين: ١- فتواه بمراعاة الاقرب الى نظر الجاعل، قال: و ان لم يستظهر تعدد المطلوب بل و ان استظهر خلافه!! فانه على وحدة المطلوب لا نظر للجاعل الى غيره اصلا، بل النسبة التباين، و صرف الاقربية الفرضية لا يؤثر في الحكم في الانشائيات إلاّ تعبدا من باب الولاية و هو بعيد عن مساق الادلة. ٢- فتواه بالبطلان فيما لو علم التقييد في عالم اللبّ، مع ان العلم لا اثر له في واقع الامر فاذا صار التقييد مؤثرا فالملاك هو الوحدة أو تعدد المطلوب. هذا

مع ان التعبد في الانشائيات بعيد إلاّ أن يراد الولاية و الحكم الولائي بذلك و هو ايضا بعيد عن ظاهر الادلة.
علي بن سويد: الاصح ابن مزيد أو فرقد و لم يوثق (راجع ۲/ ۳۷ الوصايا)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۶

المسألة ۱۰: إذا صالحه داره مثلا و شرط عليه أن يحجّ عنه بعد موته صحّ و لزم و خرج من أصل التركة، و إن كان الحجّ ندبيّا، و لا يلحقه حكم الوصيّة، و يظهر من المحقّق القمّي- سره- في نظير المقام إجراء حكم الوصيّة عليه، بدعوى أنّه بهذا الشرط ملك عليه الحجّ، و هو عمل له اجرة، فيحسب مقدار اجرة المثل لهذا العمل، فإن كانت زائدة عن الثلث توقّف على إمضاء الورثة، و فيه أنّه لم يملك عليه الحجّ مطلقا في ذمّته، ثمّ أوصى أن يجعله عنه بل إنّما ملك بالشرط الحجّ عنه، و هذا ليس مالا تملكه الورثة فليس تمليكا و وصيّة، و إنّما هو تمليك على نحو خاصّ لا ينتقل إلى الورثة، و كذا الحال إذا ملّكه داره بمائة تومان مثلا بشرط أن يصرفها في الحجّ عنه أو عن غيره، أو ملّكه إيّاها أن يبيعها و يصرف ثمنها في الحجّ أو نحوه، فجميع ذلك صحيح لازم من الأصل، و إن كان العمل المشروط عليه ندبيّا، نعم له الخيار عند تخلّف الشرط، و هذا ينتقل إلى الوارث، بمعنى أنّ حقّ الشرط ينتقل إلى الوارث، فلو لم يعمل المشروط عليه بما شرط عليه يجوز للوارث أن يفسخ المعاملة.

المسألة ۱۰: و شرط عليه: فلا يكون بمنزلة العوض في المصالحة بل شرط في العقد و حينئذ فلا يدخل في ملك الميت و لا الوارث اذ الشرط بنفسه لا يوجب التملك بل الالزام و الالتزام و حق الخيار. و اما ما قال في المتن من عدم كونه مالا تملكه الورثة لكونه الحج عن الميت لا الحج مطلقا ففيه عدم الفرق اذ للورثة الاسقاط أو المصالحة كما ان في الاستيجار بعد الموت ايضا مورد العقد الحج عن الميت و مع ذلك تملكه الورثة فهذا ليس مانعا و انما المانع كونه شرطا لا عوضا فلو كان عوضا في عقد لازم صحّ ما ذكره المحقق القمي، و لعل مراده (قدّس سرّه) ما اذا صالحه بأن يحج لا و شرط عليه ان يحج.
بمأة تومان: على ما ذكرنا يتضح صحة قول المحقق القمي (قدّس سرّه) في هذه الصورة فان المأة حينئذ ملك الميت ثم الورثة و يجري عليها حكم الوصية. بخلاف الصورة الثانية لكونها على وجه الاشتراط لو لم يناقش في صحة هذا الشرط لكونه تحديدا لسلطنة المالك، و ان كان الاظهر هو الصحة. (خلافا للبهبهاني و ظاهر الگلپايگاني و النجفي و البروجردي (قدّس سرّهم) في صحة هذا الشرط).
حق الشرط ينتقل اليه: (و هذا لا اشكال فيه عندنا خلافا للخوئي و ظاهر النجفي (قدّس سرّهما) و بعض آخر و لا يلزم رجوع نفع الى الوارث شخصه بل نفس السلطنة مفيدة لهم أو حق لهم).
ان يفسخ المعاملة: و حينئذ فلو كان لازم الخروج من الاصل أو كان من الثلث

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۷

المسألة ۱۱: لو أوصى بأن يحجّ عنه ماشيا أو حافيا صحّ و اعتبر خروجه من الثلث إن كان ندبيّا، و خروج الزائد عن اجرة الميقاتيّة عنه إن كان واجبا، و لو نذر في حال حياته أن يحجّ ماشيا أو حافيا و لم يأت به حتّى مات، و أوصى به أو لم يوص وجب الاستيجار عنه من أصل التركة كذلك، نعم لو كان نذره مقيّدا بالمشي ببدنه أمكن أن يقال بعدم

وجوب الاستيجار عنه، لأنّ المنذور هو مشيه ببدنه فيسقط بموته، لأنّ مشي الأجير ليس ببدنه، ففرق بين كون المباشرة قيدا في المأمور به أو موردا.

المسألة ۱۲: إذا أوصى بحجّتين أو أزيد و قال: إنّها واجبة عليه صدّق و تخرج من أصل التركة، نعم لو كان إقراره بالوجوب عليه في مرض الموت و كان متّهما في إقراره فالظاهر أنّه كالاقرار بالدين فيه في خروجه من الثلث إذا كان متهما على ما هو الأقوى.

و قد وصّى بأصل الثلث فيخرج باسيتجار شخص آخر مثلا و الاّ فلا بد من رضى الورثة كما ان اصل اعمال الخيار يكون عند عدم التمكن من اخذ الحق و لو بالاجبار من طريق حاكم شرعي أو عرفي عند عدم امكان الشرعي. (وفاقا لغير واحد منهم في كون طبيعة حق الخيار كذلك و هو كذلك إلاّ مع القرار بأن يكون قرارهما مثلا على حق الفسخ بمجرد التأبّي و الاّ فهو يطلب ماله اولا فان تعذر يفسخ. و على ما ذكرنا لا يحتاج الى اذن الحاكم لكونه حق الورثة لا الحاكم لكونه قابلا للانتقال فيشمله عموم: «ما ترك الميت من حق فلوارثه» فتشكيك الخونساري (قدّس سرّه) و غيره في الشمول، في غير محله و كذا ارجاع الشيرازي (قدّس سرّه) و غيره الى الحاكم اي الفسخ يكون بإذنه).

المسألة ۱۱: عن أجرة الميقاتية: بل ما به التفاوت بين الاجرة ماشيا أو حافيا و الاجرة لا كذلك و هذا في حجة الاسلام (لا غيرها حتى المنذور لما مرّ من عدم كونه دينا ماليا).

وجب ... من اصل التركة: مرّ ان المنذور ليس دينا ماليا.

معتدا: بحيث يرجع الى نوع من الاشتراط ببقاء حياته نفسه (و حينئذ فلا وجه للاستيجار على ما قال الگلپايگاني).

المسألة ۱۲: صدّق: اذا كان لقوله محمل صحيح كاحتمال حجة الاسلام و الاستيجار، و اما النذري و نحوه فقد مرّ اخراجه من الثلث.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۸

المسألة ۱۳: لو مات الوصيّ بعد ما قبض من التركة اجرة الاستيجار و شكّ في أنّه استأجر الحجّ قبل موته أو لا فإن مضت مدّة يمكن الاستيجار فيها فالظاهر حمل أمره على الصحّة مع كون الوجوب فوريّا منه، و مع كونه موسّعا إشكال، و إن لم تمض مدّة يمكن الاستيجار فيها وجب الاستيجار من بقيّة التركة إذا كان الحجّ واجبا، و من بقيّة الثلث إذا كان مندوبا، و في ضمانه لما قبض و عدمه لاحتمال تلفه عنده بلا ضمان وجهان، نعم لو كان المال المقبوض موجودا اخذ حتّى في الصورة الاولى، و إن احتمل أن يكون استأجر من مال نفسه إذا كان ممّا يحتاج إلى بيعه و صرفه في الاجرة و تملّك ذلك المال بدلا عمّا جعله اجرة، لأصالة بقاء ذلك المال على ملك الميّت.

المسألة ١٤: إذا قبض الوصيّ الاجرة و تلف في يده بلا تقصير لم يكن ضامنا، و وجب الاستيجار من بقيّة التركة أو بقيّة الثلث، و إن اقتسمت على الورثة استرجع منهم، و إن شكّ في كون التلف عن تقصير أو لا فالظاهر عدم الضمان أيضا، و كذا الحال إن استأجر و مات الأجير و لم يكن له تركة أو لم يمكن الأخذ من ورثته.

المسألة ۱۳: على الصحة: من جهة ترك ايصائه بهذا الحق عليه و ظهور حال المسلم في عدم حق عليه عندئذ لا من جهة عدم المعصية في تصرفه في المال و لا فرق حينئذ بين الفوري و الموسّع.

وجهان: الظاهر عدم وجه الضمان (فانه امين و ان كان لا يثبت اتيانه بالعمل).
أخذ: الظاهر عدم جواز الاخذ إلاّ فيما كان قرائن اطمينانية على عزل المال و البناء على عدم التصرف تصرفا ملكيا.
المسألة ١٤: بقية التركة أو بقية الثلث: (الدين من الاصل على نحو الكلي في المعين، و الوصية من الثلث على نحو الاشاعة لظهور النسبة في ذلك كما مرّ الاستدلال بالنسبة في الخمس للاشاعة).
المسألة ١٥: لم يجز: (لكن يمكن أن يقال: الجواز أوجه اذا لم يكن معارض للحمل على الصحة كسائر موارد العقد على ما تحت يده لحصول الاستيلاء، فالعقد ممن له الولاية لا مثل العقد على مال الغير، و ان قلت: الآن تحت يده لا بعد الموت، قلت: اذا احتمل الصحة فالملكية باقية للميت بعد تحقق اليد الخارجية و عدم المعارض لفرض كون المال عند الميت فيستصحب احكام الولاية وفاقا للحكيم و بعض آخر و خلافا للاستاذ و الخوئي لعدم العلم بكون العقد ممن له الولاية لكن التصرف الآن أي الوصية

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۶۹

المسألة ١٥: إذا أوصى بما عنده من المال للحجّ ندبا و لم يعلم أنّه يخرج من الثلث أو لا، لم يجز صرف جميعه، نعم لو ادّعى أنّ عند الورثة ضعف هذا أو أنّه أوصى سابقا بذلك و الورثة أجازوا وصيّته ففي سماع دعواه و عدمه وجهان.
المسألة ١٦: من المعلوم أنّ الطواف مستحبّ مستقلاً من غير أن يكون في ضمن الحجّ و يجوز النيابة فيه عن الميّت، و كذا عن الحيّ إذا كان غائبا عن مكّة أو حاضرا و كان معذورا في الطواف بنفسه، و أمّا مع كونه حاضرا و غير معذور فلا تصحّ النيابة عنه، و أمّا سائر أفعال الحجّ فاستحبابها مستقلا غير معلوم، حتّى مثل السعي بين الصفا و المروة.

على هذا المال الخارجي الذي تحت يده، فهو نظير الاباحة لما بعد السنة مع احتمال الخروج عندئذ عن ملكه. لكن مع ذلك كله الحق مع المتن لكون الموصي يريد التصرف لما بعد الموت، و الولاية عندئذ منفية و الآن باعتباره مشكوك و كذا الاستيلاء).
المسألة ١٥: وجهان: و السماع اقوى على المعهود في الدعاوى لا الانفاذ مطلقا (فانه مما يرتبط به و ليس كدعوى امر غير مفيد و غير مرتبط حتى لا يسمع و لا يترتب له جريان الحكم و كان المخالف كالخوئي و البهبهاني (قدّس سرّهما) تصوّر من السماع الانفاذ فردّه بعدم سماع قول ذي اليد على الاطلاق لعدم الحجية على الاطلاق و لذا لا يسمع في اثبات كريّة الماء).
المسألة ١٦: غائبا: و لو بأقل من عشرة اميال، و لكن الاحوط الاولى ان يكون ذلك بعد قضاء مناسك حج نفسه (لصحيح ٥/ ١١ الطواف، و لا عبرة بعشرة اميال لضعف المستند و هو مرسل عبد الرحمن ٣/ ١٨ نيابة الحج، فالملاك صدق الغيبة عن مكة بل الموضوع لعدم جواز النيابة في صحيح ١/ ٥١ الطواف هو الاقامة بمكة مع عدم العلّة).
حتى مثل السعي: (لضعف دلالة الخبرين في ذلك فان صحيح ١٥/ ١ السّعي: «... فاذا سعيت ... كان لك عند اللّه ...» في مقام بيان ثواب اعمال الحج، و لا اطلاق له يشمل الاستقلال عن سائر الاجزاء نظير ذكر فضيلة الركوع في الصلاة و رواية ٤/ ١: «ما من بقعة احب الى اللّه من المسعى» مربوط بشرف مكان السّعي هذا مع ضعف السند، و بذلك يظهر الخدشة في حاشية الاستاذ (قدّس سرّه): «و ان يظهر من بعض الروايات استحبابه» و مثله النجفي (قدّس سرّه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۰

المسألة ۱۷: لو كان عند شخص وديعة و مات صاحبها و كان عليه حجّة الاسلام و علم أو ظنّ أنّ الورثة لا يؤدّون عنه إن ردّها إليهم، جاز بل وجب عليه أن يحجّ بها عنه، و إن زادت عن اجرة الحجّ ردّ الزيادة إليهم لصحيحة بريد عن رجل استودعني مالا فهلك و ليس لوارثه شيء و لم يحجّ حجّة الاسلام، قال عليه السّلام: حجّ عنه و ما فضل فأعطهم. و هي و إن كانت مطلقة إلاّ أنّ الأصحاب قيّدوها بما إذا علم أو ظنّ بعدم تأديتهم لو دفعها إليهم، و مقتضى إطلاقها عدم الحاجة إلى الاستيذان من الحاكم الشرعيّ، و دعوى أنّ ذلك للاذن من الامام عليه السّلام كما ترى، لأنّ الظاهر من كلام الامام عليه السّلام بيان الحكم الشرعيّ، ففي مورد الصحيحة لا حاجة إلى الاذن من الحاكم، و الظاهر عدم الاختصاص بما إذا لم يكن للورثة شيء،

ــــــــــــــ

ثم ان حضور ولي الامر عليه السلام كل سنة في مكة غير معلوم و ان كان مشتهرا، و حديث ۸/ ٤٦ وجوب الحج: «و الله ان صاحب هذا الامر يحضر الموسم كل سنة فيرى الناس و يعرفهم و يرونه و لا يعرفونه» ليس من المعصوم بل من العمري، إلاّ أن يقال: نثق بكون كلامه صحيحا لكن هل ادلة الخبر الواحد تكشف عن الواقع سيّما في غير المسائل العملية التي يكون الخبر حجة فيها كالتاريخ؟ و أما خبر ٤٦/٩ ففي طريقه جعفر بن محمد الكوفي الذي قيل هو كذّاب، نعم من البعيد عدم حضوره عليه السّلام مع الاستحباب الاكيد للحضور كل سنة نظير الوثوق من هذا الطريق بوجود الاهل و العيال له عليه السلام، مؤيدا بأخبار خاصّة في ملاقاة الاشخاص اياه روحي فداه في الموسم، راجع الباب ٥٢ البحار فاذا كان حاضرا فالطواف عنه غير مشروع، إلاّ أن يقال: موضوع المنع الاقامة بلا علّة و عذر و هو عليه السلام كثير الشغل لا يمكنه الوقوف في مكان خاص إلاّ سريعا فهو يحضر لكنه في أي زمان، و دقيقة؟ فلعل وقوفه عليه السّلام بالموقفين ايضا اضطراري فقط، و يظهر من رواية البحار ٥٢: ٥٩ استحباب الحج عنه لكنه غير النيابة في الطواف مستقلا).

المسألة ۱۷: لصحيحة بريد: ۱۳/۱ نيابة الحج و على فرض الاشكال في السند- من جهة اشتراك سويد القلا بين ابن سعيد و ابن مسلم كما لا يبعد- هي معمول بها.

أو ظن: عقلائيا (و ان لم يكن معتبرا شرعا فانه المفهوم من الحديث: «و ليس لوارثه شيء» فان ذكر هذه الجملة لظن عدم العمل بوظيفة الدين، فلا وجه لإشكال الگلپايگاني و الخوئي (قدّس سرّهما) في الظن غير المعتبر).

لا حاجة الى الاذن: لا ينبغي ترك الاحتياط بالاستيذان (اذ التصرف في مال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۱

و كذا عدم الاختصاص بحجّ الودعيّ بنفسه لانفهام الأعمّ من ذلك منها، و هل يلحق بحجّة الاسلام غيرها من أقسام الحجّ الواجب أو غير الحجّ من سائر ما يجب عليه مثل الخمس و الزكاة و المظالم و الكفّارات و الدّين أو لا؟ و كذا هل يلحق بالوديعة غيرها مثل العارية و العين المستأجرة و المغصوبة و الدين في ذمّته أو لا؟ وجهان، قد يقال بالثاني، لأنّ الحكم على خلاف القاعدة إذا قلنا: إنّ التركة مع الدين تنتقل إلى الوارث و إن كانوا مكلّفين بأداء الدين، و محجورين عن التصرّف قبله، بل و كذا على القول ببقائها معه على حكم مال الميّت لأنّ أمر الوفاء إليهم، فلعلّهم أرادوا الوفاء من غير هذا المال، أو أرادوا أن يباشروا العمل الّذي على الميّت بأنفسهم، و الأقوى مع العلم بأنّ الورثة لا يؤدّون

بل مع الظنّ القويّ أيضا جواز الصرف فيما عليه، لا لما ذكره في المستند من أنّ وفاء ما على الميّت من الدين أو نحوه واجب كفائيّ على كلّ من قدر على ذلك، و أولويّة الورثة بالتركة إنّما هي مادامت موجودة، و أمّا إذا بادر أحد إلى صرف المال فيما عليه لا يبقى مال حتّى تكون الورثة أولى به، إذ هذه الدعوى فاسدة جدّا، بل لإمكان فهم المثال من الصحيحة، أو دعوى تنقيح المناط، أو أنّ المال إذا كان بحكم مال الميّت فيجب صرفه عليه، و لا يجوز دفعه إلى من لا يصرفه عليه، بل، و كذا على القول بالانتقال إلى الورثة، حيث إنّه يجب صرفه في دينه، فمن باب الحسبة يجب على من عنده صرفه عليه، و يضمن لو دفعه إلى الوارث لتفويته على الميّت، نعم يجب الاستيذان من الحاكم لأنّه وليّ من لا وليّ له، و يكفي الاذن الاجماليّ،

الميت أو المشترك بينه و الورثة، او مال الورثة على اختلاف الآراء، يحتاج الى اذن الولي، و لعل الامام عليه السّلام اذن في الحديث فلا يستفاد الاطلاق لكن الاظهر ان الحديث في مقام بيان الحكم الشرعي، اي لا حاجة الى الاذن من أحد فلعل للحج خصوصية).

من اقسام الحج: اذا كان دينا كالاستيجاري بخلاف النذر على ما مرّ.

و الكفارات: الظاهر انها كالتكاليف المحضة لا تلحق بالحج، نعم الماليات كالخمس و الزكاة ملحقة بالحج كالحاق غير الوديعة بها (لما يأتي من ان ذكرها من باب المثال أو ينقّح المناط عرفا).

أو ان المال: لكن لا دليل على كونه وظيفة من عنده المال لعدم ولاية او وصاية أو وكالة مثلا (فلا وجه لقول الحكيم و الگلپايگاني في تأييد هذا الوجه).

باب الحسبة: الشارع لا يرضى بتضييع الحق، و امر الوفاء الى الورثة لو لم يكن دليل خاص، ثم ان امر الحسبة الى الحاكم اولا. فلا دليل على كون اداء الدين وظيفة من عنده المال و لو مع الاستيذان من الحاكم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۲

فلا يحتاج إلى إثبات وجوب ذلك الواجب عليه، كما قد يتخيّل، نعم لو لم يعلم و لم يظنّ عدم تأدية الوارث يجب الدفع إليه، بل لو كان الوارث منكرا أو ممتنعا و أمكن إثبات ذلك عند الحاكم أو أمكن إجباره عليه لم يجز لمن عنده أن يصرفه بنفسه.

المسألة ١٨: يجوز للنائب بعد الفراغ عن الأعمال للمنوب عنه أن يطوف عن نفسه و عن غيره، و كذا يجوز له أن يأتي بالعمرة المفردة عن نفسه و عن غيره.

المسألة ١٩: يجوز لمن أعطاه رجل مالا لاستيجار الحجّ أن يحجّ بنفسه ما لم يعلم أنّه أراد الاستيجار من الغير، و الأحوط عدم مباشرته إلاّ مع العلم بأنّ مراد المعطي حصول الحجّ في الخارج و إذا عيّن شخصا تعيّن إلاّ إذا علم عدم أهليّته، و أنّ المعطي مشتبه في تعيينه، أو أنّ ذكره من باب أحد الأفراد.

(٦- فصل في الحج المندوب)

المسألة ١: يستحبّ لفاقد الشرائط من البلوغ و الاستطاعة و غيرهما أن يحجّ مهما أمكن، بل و كذا من أتى بوظيفته من الحجّ الواجب، و يستحبّ تكرار الحجّ، بل يستحبّ تكراره في كلّ سنة، بل يكره تركه خمس سنين متوالية، و في بعض الأخبار من حجّ ثلاث حجّات لم يصبه فقر أبدا.

المسألة ٢: يستحبّ نيّة العود إلى الحجّ عند الخروج من مكّة، و في الخبر إنّها توجب الزيادة في العمر، و يكره نيّة عدم العود، و فيه أنّها توجب النقص في العمر.

المسألة ٣: يستحبّ التبرّع بالحجّ عن الأقارب و غيرهم أحياء و أمواتا، و كذا عن المعصومين عليهم السّلام أحياء و أمواتا و كذا يستحبّ الطواف عن الغير و عن المعصومين عليهم السّلام أمواتا و أحياء مع عدم حضورهم في مكّة، أو كونهم معذورين.

المسألة ٤: يستحبّ لمن ليس له زاد و راحلة أن يستقرض و يحجّ إذا كان واثقا بالوفاء بعد ذلك.

المسألة ٥: يستحبّ إحجاج من لا استطاعة له.

منكرا أو ممتنعا: يجوز الصرف حينئذ مع الاستيذان (لإطلاق الدليل).

المسألة ١٨: بالعمرة: و لا يعتبر الفصل بين العمرتين حينئذ (فانه في العمرتين المفردتين عن نفسه و لا دليل واضح في غير ذلك. و اما العمل لنفسه بعد النيابة فلا اشكال في صحته و يدل عليها ١ و ٢/ ٢١ نيابة الحج، و اطلاق روايات الباب ٤ الطواف.

المسألة ١٩: ما لم يعلم: أو يوثق، أو كان ظاهر اللفظ كذا، إلاّ أن يوثق بعدم الخصوصية.

في الحج المندوب

المسألة ٥: من لا استطاعة له: بل مطلقا (لإطلاق الدليل).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٧٣

المسألة ٦: يجوز إعطاء الزكاة لمن لا يستطيع الحجّ ليحجّ بها.

المسألة ٧: الحجّ أفضل من الصدقة بنفقته.

المسألة ٨: يستحبّ كثرة الانفاق في الحجّ، و في بعض الأخبار إنّ اللّه يبغض الاسراف إلاّ بالحجّ و العمرة.

المسألة ٩: يجوز الحجّ بالمال المشتبه كجوائز الظلمة مع عدم العلم بحرمتها.

المسألة ١٠: لا يجوز الحجّ بالمال الحرام، لكن لا يبطل الحجّ إذا كان لباس إحرامه و طوافه و ثمن هديه من حلال.

المسألة ١١: يشترط في الحجّ الندبيّ إذن الزوج و المولى بل الأبوين في بعض الصور، و يشترط أيضا أن لا يكون عليه حجّ واجب مضيّق، لكن لو عصى و حجّ صحّ.

المسألة ١٢: يجوز إهداء ثواب الحجّ إلى الغير بعد الفراغ عنه، كما يجوز أن يكون ذلك من نيّته قبل الشروع فيه.

المسألة ١٣: يستحبّ لمن لا مال له يحجّ به أن يأتي به و لو باجارة نفسه عن غيره، و في بعض الأخبار أنّ للأجير من الثواب تسعا، و للمنوب عنه واحد.

المسألة ٦: يجوز: (و لو لم نقل بعموم سبيل اللّه، للنصوص في ٤١ و ٤٢ مستحقين الزكوة و لعله مشمول سبيل اللّه عند المعصوم عليه السّلام، لكنّا نعمل بعموم كلام المعصوم عليه السّلام و الجواز مطلق لا ينحصر بما اذا لم يوجد فقير أو سائر الاصناف، نعم إلاّ ان يكون مورد اهم خلافا لبعض اهل العصر في احتياطه في ذلك اذا وجد مستحق يكون اولى. قال: «و الاولى ان يكون ذلك في الضرورة» و لا يعلم المراد من الضرورة! و خلافا للحكيم و النجفي

(قدّس سرّهما) في تعليق الحكم على تعميم سبيل اللّه).

المسألة ٨: الاسراف: فيجوز الاسراف فيهما بمعنى عدم لزوم التضيق بمقدار القصد، لا الاسراف مطلقا الشامل للاتلاف و التبذير بلا جهة مثلا.

المسألة ١٠: لباس احرامه: و كذا محل الوقوف في الموقفين و المركوب في المسعى، لكن مرّ الكلام في اللباس في مسألة ٧٠ من مسائل وجوب الحج.

ثمن هديه: ان اشترى بعينه.

المسألة ١١: لو عصى: مرّ الكلام في المسألة ١٠٩ وجوب الحج.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۴

(۷- فصل في أقسام العمرة)

المسألة ١: تنقسم العمرة كالحجّ إلى واجب أصليّ و عرضيّ و مندوب، فتجب بأصل الشرع على كلّ مكلّف بالشرائط المعتبرة في الحجّ في العمر مرّة بالكتاب و السنّة و الاجماع، ففي صحيحة زرارة: العمرة واجبة على الخلق بمنزلة الحجّ، فإنّ اللّه تعالى يقول: **و أتمّوا الحجّ و العمرة للّه.** و في صحيحة الفضيل في قول اللّه تعالى: **و أتمّوا الحجّ و العمرة،** قال عليه السّلام: هما مفروضان، و وجوبها بعد تحقّق الشرائط فوريّ كالحجّ، و لا يشترط في وجوبها استطاعة الحجّ، بل تكفي استطاعتها في وجوبها، و إن لم تتحقّق استطاعة الحجّ، كما أنّ العكس كذلك، فلو استطاع للحجّ دونها وجب دونها، و القول باعتبار الاستطاعتين في وجوب كلّ منهما و أنّهما مرتبطان ضعيف، كالقول باستقلال الحجّ في الوجوب دون العمرة.

المسألة ٢: تجزي العمرة المتمتّع بها عن العمرة المفردة بالاجماع و الأخبار. و هل تجب على من وظيفته حجّ التمتّع إذا استطاع لها و لم يكن مستطيعا للحجّ؟ المشهور عدمه، بل أرسله بعضهم إرسال المسلّمات و هو الأقوى، و على هذا فلا تجب على الأجير بعد فراغه عن عمل النيابة و إن كان مستطيعا لها و هو في مكّة، و كذا لا تجب على من تمكّن منها و لم يتمكّن من الحجّ لمانع، و لكن الأحوط الاتيان بها.

في اقسام العمرة

المسألة ١: ضعيف: و سيأتي حكم التمتع (و راجع في المقام روايات الباب ١ العمرة. بعد عموم كريمة **للّه على الناس حج البيت** للعمرة ايضا).

المسألة ٢: مستطيعا لها: و الاستطاعة للعمرة حينئذ مستقلة مع قطع النظر عن الارتباط و الاّ فلا محل للعمرة المتمتع بها في فرض المسألة (فلا يرد اشكال البهبهاني (قدّس سرّه)).

لكن الاحوط: (و ليس بواجب للتصريح بدخول العمرة المتمتع بها في الحج و ارتباطها به فان الواجب طبيعة العمرة و لو مرتبطة كعمرة التمتع سيما مع ورود الادلة على اشتباك الحج و العمرة خرج منها وظيفة الحاضر، راجع ٢/ ٣ اقسام الحج، هذا مع السيرة على عدم اتيانها من النائي إلاّ في المستحب فانه في الحاضر و النائي على السواء يؤتى بها منفردة، راجع روايات البابين ٢ و ٣ من العمرة بل في غير متمتّع ايضا يمكن دعوى السيرة على عدم رعاية الوجوب مستقلا فلم يعهد الايصاء بها لمستطيعها دون الحج، و كذا الاستيجار لها كما قال الخونساري (قدّس سرّه) في الجامع،

فتأمل).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۵

المسألة ٣: قد تجب العمرة بالنذر و الحلف و العهد و الشرط في ضمن العقد و الاجارة و الإفساد، و تجب أيضا لدخول مكّة بمعنى حرمته بدونها فإنّه لا يجوز دخولها إلاّ محرما إلاّ بالنسبة إلى من يتكرّر دخوله و خروجه كالحطّاب و الحشّاش، و ما عدا ما ذكر مندوب، و يستحبّ تكرارها كالحجّ، و اختلفوا في

ـــــــــــــــــــــــــــ

المسألة ٣: و الافساد: (كمن يفسد عمرته بالجماع قبل الفراغ من الطواف أو السعي فيجب البقاء الى الشهر القادم للاعادة و عليه بدنة، راجع صحيح ١/ ١٢ كفارات الاستمتاع و غيره).

من يتكرر دخوله: لا كل من يتكرر دخوله بل من يجلب حوائج اهل البلد من الخارج، اي يكون شغله ذلك، و كذلك لا يجب الاحرام للمبطون و نحوه من المرض، و كذلك لمن عاد الى مكة قبل مضي شهر من احرامه او احلاله على ما يأتي (لعدم العلم بكون الملاك تكرر الدخول مطلقا. فان دليل المسألة صحيح رفاعة ٢/ ٥١ الاحرام: «ان الحطابة و المجتلبة اتوا النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فسئلوه فأذن لهم ان يدخلوا حلالا» و لا دليل على حمل الحديث على ارادة مطلق متكرر الدخول بل الموضوع للحكم جلب حوائج الناس، ان قلت: هذا بالنسبة الى كلمة المجتلبة و اما الحطابّة فلا نسلم فانه من يجمع الحطب و لو لنفسه أي يتكرر دخوله لأجل جلب الحطب لنفسه و لا ريب في عدم الخصوصية بل المراد مطلق التكرر، قلت: بل لا نسلم، فلعل المراد بائع الحطب و هو المناسب للمجتلبة فالثاني ذكر العام بعد الخاص بل الظاهر عدم ارادة ما ذكرتم لعدم تعارف جمع الحطب لنفسه كل يوم مثلا. و اما استدلال كشف اللثام بالحرج، ففيه: انه شخصي و يختلف الموارد فيه.

و استثنى في الروايات المريض و المبطون و كأن المراد من يكون الاحرام حرجا عليه للمرض. و استثنى ايضا من يعود الى مكة من يومه و من يعود قبل مضي شهر من احرامه أو احلاله على ما يأتي، و المراد من العائد ليومه ايضا إما العائد بعد الاحرام أو الجالب لحوائج البلد و الاّ فهو معرض عنه. راجع ١١ و ١ و ٢ و ٤/ ٥٠، الاحرام و ٤/ ٥١، الاحرام).

و الاقوى عدم اعتبار الفصل: لا ينبغي ترك الاحتياط باعتبار الشهر، لكن لا اشكال بالاتيان رجاء (وفاقا للحكيم و الگلپايگاني و غير واحد من قدماء الاصحاب في عدم اعتبار الشهر، و خلافا للخوئي و غير واحد نظرا الى دعوى ظهور الادلة في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۶

مقدار الفصل بين العمرتين فقيل: يعتبر شهر، و قيل: عشرة أيّام، و الأقوى عدم اعتبار فصل فيجوز إتيانها كلّ يوم، و تفصيل المطلب موكول إلى محلّه.

ـــــــــــــــــــــــــــ

اعتبار الشهر قال و قول المخالف ان المراد من دليل تحديد الشهر بيان حكم الشهر و ان لكل شهر عمرة لا تحديد العمرة، فيه: ان بعض الروايات بلسان «في كل شهر عمرة» مع التأييد بحكم الافساد المصرّح في الرواية بالصبر حتى الشهر القادم فيعتمر و بحكم الداخل قبل مضيّ شهر من احلاله أو احرامه، و قول الحكيم بأنه ارفاق لا يجري في

الافساد. مع ان رواية عشرة ايام ضعيفة بالبطائني فانه المراد من علي بن أبي حمزة لا الثمالي لعدم امكان رواية قائدة- أي البزنطي على مصرّح به الصدوق في مشيخة الفقيه- عنه هذا، و لكن مع ذلك كله الاقوى قول الماتن (قدّس سرّه) فان مطلقات استحباب العمرة و التأكيد على تكرارها بتعبير العمرة بعد العمرة كفارة لما بينهما، محكمة لا دليل واضح على تقييدها، فان قولهم عليهم السّلام: «لكل شهر عمرة» لا يفيد اكثر من حق الشهر لا تحديد العمرة. و تعبير: في كل شهر عمرة، ايضا لا يفيد أكثر من ذلك و الزام مفسد العمرة بالصبر الى الشهر القادم لعمرة اخرى لعلّه يختصّ به عقوبة. و اما جواز دخول مكة بلا احرام قبل مضيّ شهر من احلاله أو احرامه لا يفيد أكثر من اشعار ما، هذا مع ان جمع الشهر و عشرة ايام في روايتي البطائني يفيد عدم كون الشهر تحديدا و اظن كون المراد في الروايات التأكيد باتيان العمرة في كل شهر لا التحديد، و ذكر العشرة لبيان عدم التحديد، و عدم ذكر الاقل منها لعدم تعارف الاقل، و لو بنى على ضعف البطائني فليس إلاّ روايات الشهر و قد مرّ البيان فيها لكن لا يبعد وثاقة البطائني في النقل سيما و ان الروايات عنه كانت قبل الانحراف و إلاّ فلا يمكن نقل الاعاظم عن الكلب الممطور. هذا مع ان العمرة عبادة بلا ريب و لا وقت لها كما للحج، و لا ريب ان العبادة حسنة قليلها و كثيرها سيما الطواف الذي هو صلاة. و اما روايتا اعتبار السنة فغير معمولتين بل الاجماع على خلافهما، و لعل المراد عمرة التمتع كما قيل، راجع روايات الباب ٦ و ٢ و ٣ و ٤ العمرة و الباب ١٢ كفارات الاستمتاع و الباب ٥١ الاحرام.

لكن مع ذلك كله لا ينبغي ترك الاحتياط بالاتيان بقصد الرجاء قبل تمام الشهر، و المراد بالشهر هو الهلالي لا ثلاثون يوما. فان الظاهر من الروايات ذلك سيما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۷

(۸- فصل في أقسام الحج)

و هي ثلاثة بالاجماع و الأخبار: تمتّع و قران و إفراد، و الأوّل فرض من كان بعيدا عن مكّة، و الآخران فرض من كان حاضرا، أي غير بعيد، و حدّ البعد الموجب للأوّل ثمانية و أربعون ميلا من كلّ جانب على المشهور الأقوى لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام قلت له: قول اللّه عزّ و جلّ في كتابه: **ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام** فقال عليه السّلام: يعني أهل مكّة ليس عليهم متعة، كلّ من كان أهله دون ثمانية و أربعين ميلا ذات عرق و عسفان كما يدور حول مكّة فهو ممّن دخل في هذه الآية، و كلّ من كان أهله

موثق اسحاق ٩/ ٦ العمرة: «السنة اثنى عشر شهرا لكل شهر عمرة» و اظهر منه صحيح حماد ٦/ ٢٢ اقسام الحج: «... ان رجع في شهره دخل بغير احرام و ان دخل في غير الشهر دخل محرما» بناء على اتحاد حكم الخروج عن مكة قبل الحج، مع المقام، و كذا صحيح بريد ١/ ١٢ كفارات الاستمتاع: «... عليه ان يقيم الى الشهر الاخر ...».

ثم انه لا دليل على اعتبار الفصل بين العمرة المفردة و عمرة التمتع او بين الحج و المفردة، نعم لا يجوز اتيان المفردة بين عمرة التمتع و الحج لمكان اشتباكهما لكن لو فعل فهل تبطل؟ و هل الثانية أو الاولى؟ و هل الاولى كما كانت او تصير مفردة و تصير الثانية عمرة التمتع؟ يحتمل الثاني كما يظهر من الشرائع. و كذا لا دليل على لزوم الفصل بين العمرتين المفردتين عن شخصين. كما لا يخفى على المتدبر في لسان الروايات).

اقسام الحج

هي ثلاثة: (بلا اشكال و خلاف و تدل كريمة البقرة: ١٩٦ على ان التمتع فرض غير حاضر المسجد الحرام، أي و فرض الحاضر غير ذلك، و من الروايات صحيح ٣ و ١/ ١ اقسام الحج، و خبر ٢/ ١ و الروايات في الأبواب ٢ و ٣ و ٦ و ...

مستفيضة أو متواترة، و يستفاد من مثل صحيح ٢/١٤ ان المشروع في صدر الاسلام القران و الافراد و ان التمتع شرع في حجة الوداع).

على المشهور: الشهرة غير ثابتة (و في الجواهر: لم نتحققه).

و ذات عرق: و في النسخة المصححة: دون ذات عرق (الرواية الاولى صحيحة ٦/٣ اقسام الحج و اما الثانية ٦/٧ ففي السند علي بن السندي و هو لم يوثق مع انه لم يذكر الشيخ (قدّس سرّه) طريقه اليه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٧٨

وراء ذلك فعليه المتعة. و خبره عنه عليه السّلام سألته عن قول اللّه عزّ و جلّ ذلك الخ قال: لأهل مكّة ليس لهم متعة و لا عليهم عمرة، قلت: فما حدّ ذلك؟ قال: ثمانية و أربعون ميلا من جميع نواحي مكّة دون عسفان و ذات عرق. و يستفاد أيضا من جملة من أخبار اخر، و القول بأنّ حدّ اثنى عشر ميلا من كلّ جانب كما عليه جماعة ضعيف، لا دليل عليه إلاّ الأصل، فإنّ مقتضى جملة من الأخبار وجوب التمتّع على كلّ أحد و القدر المتيقّن الخارج منها من كان دون الحدّ المذكور، و هو مقطوع بما مرّ، أو دعوى أن الحاضر مقابل للمسافر، و السفر أربعة فراسخ، و هو كما ترى، أو دعوى أنّ الحاضر المعلّق عليه وجوب غير التمتّع أمر عرفيّ، و العرف لا يساعد على أزيد من اثنى عشر ميلا، و هذا أيضا كما ترى، كما أنّ دعوى أنّ المراد من ثمانية و أربعين التوزيع على الجهات الأربع فيكون من كلّ جهة اثنى عشر ميلا منافية لظاهر تلك الأخبار،

ــــــــــــــــــــــــــ

اخبار اخر: محل تأمل (لعل المراد مثل صحيح الفضلاء: «ليس لأهل مكة، و لا لأهل مرّ، و لا لأهل سرف متعة ...» و نظيره خبر سعيد ١ و ٦/٦ اقسام الحج.

و لكن العلم بمحل هذه الموارد دقيقا سيما في المراد منها في عصر النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مشكل و لا يستفاد الحدّ منه ايضا، قال في المعتبر: «معلوم ان هذه المواضع اكثر من اثنى عشر ميلا». و معلوم ان ذلك غير استفادة الحدّ. و في بعض معاجم البلدان كتاريخ بلدان اليعقوبي ذكر بطن مرّ اول محل لمن خرج من مكة الى المدينة ثم عسفان ثم قديد ثم الجحفة ثم الأبواء ثم سقيا بني غفار ثم العرج ثم رويثه ثم الروحاء ثم سيالة ثم ملل ثم حضيرة ثم ذي الحليفة. و عن الواقدي ان قبل بطن مرّ خمسة اميال، و اما سرف ككتف فهو قريب التنعيم و التنعيم صار ضمن مكّة فعلا. و لعل مراد المصنف مثل صحيح الحلبي ٦/٤ و نظيره ٦/٥ اقسام الحج: «... ما دون المواقيت الى مكة فهو حاضري المسجد الحرام و ليس لهم متعة». ايضا بناء على كون المراد ما دون تمام المواقيت).

وجوب التمتع على كل احد: فيه منع، بل الظاهر ان الاخبار في مقام بيان وظيفة النائي قبال العامة القائلين بجواز الافراد و القران له (فان ذلك مساق ٢/٣ بل ١٠ و ١٤ و ١٢ و ٣/١٧ و ... ايضا).

ايضا كما ترى: (فان الحاضر هنا مقابل الغياب لا السفر فلا وجه لإستدلال الجواهر ١٨: ٦ بذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۷۹

و أمّا صحيحة حريز الدالّة على أنّ حدّ البعد ثمانية عشر ميلا فلا عامل بها، كما لا عامل بصحيحتي حمّاد بن عثمان و الحلبيّ الدالّتين على أنّ الحاضر من كان دون المواقيت إلى مكّة، و هل يعتبر الحدّ المذكور من مكّة أو من المسجد؟ وجهان، أقربهما الأوّل، و من كان على نفس الحدّ فالظاهر أنّ وظيفته التمتّع، لتعليق حكم الافراد و القران على ما دون الحدّ و لو شكّ في كون منزله في الحدّ أو خارجه وجب عليه الفحص،

صحيح حريز: (١٠/ ٦ اقسام الحج، و وجّهه في الوسائل بأنه بيان حكم من كان في ثمانية عشر و لم يتعرض لحكم الزائد عن هذا الحدّ، و فيه ما لا يخفى من ارتكاب خلاف الظاهر، فيردّ علمه الى اهله).

دون المواقيت: إلاّ أن يراد دون كل المواقيت اي دون اقربها الى مكة و هو ذات عرق فانه المطابق لإعتبار ثمانية و اربعين.

اقربهما الاول: بل الثاني (اذ صحيحة زرارة ٣ و ٧/ ٦ اقسام الحج يفسّر الآية، و الآية تذكر المسجد الحرام بعنوان المحور و مورد النظر فهو المبدء عرفا و ايضا لو كان مكة هو المبدء لزم تحول المنتهى أي ذات عرق مثلا بتحول المبدء زيادة و نقصا في البلد، و الظاهر اطلاق الحديث من جهة المنتهى بحسب الازمان، ان قلت: موضوع الحكم في الآية حاضر المسجد الحرام، و معناه: المقيم في مكة، فالبلد هو المحور، قلت: الحضور طريق، و المحور هو المحضر. و اما سائر روايات الباب فلا تعرض فيها لما يمكن ان يستفاد منه الملاك، فراجع. ثم ان المترائى من كلامي الخوئي (قدّس سرّه) في ص ١٩٣ و ص ١٨٨ نوع تهافت في المستفاد من الكريمة، هل هو عموم الحكم لكل مكلف أو خصوص النائي فراجع).

على ما دون الحدّ: كما يستفاد من صحيح زرارة ٣/ ٦، ثم الاعتبار في التحديد ببلد الساكن لا البيت (فان الظاهر من الادلة اعتبار المكان و المحلّ كذات عرق و عسفان لا البيت).

عليه الفحص: على الاحوط ان لم يكن حرجيا (فان المتعارف في الحدود عند العقلاء هو الفحص و قد افتى المعظم بالفحص في تحقق حدّ السفر و ورد الدليل في ذلك في الاستحاضة و الحيض راجع ١/ ٩ نواقض الوضوء و غيرها، و حيث ان الشك قد يزول بأدنى الفحص فالشك غير مستقر و لا يشمله ادلة الاصول إلاّ فيما صرّح به كما في النجاسة على ما في صحيح زرارة في استصحاب الطهارة. لكن مع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۰

و مع عدم تمكّنه يراعي الاحتياط، و إن كان لا يبعد القول بأنّه يجري عليه حكم الخارج، فيجب عليه التمتّع، لأنّ غيره معلّق على عنوان الحاضر، و هو مشكوك فيكون كما لو شكّ في أنّ المسافة ثمانية فراسخ أو لا، فإنّه يصلّي تماما، لأنّ القصر معلّق على السفر و هو مشكوك ثمّ ما ذكر إنّما هو بالنسبة إلى حجّة الاسلام حيث لا يجزي للبعيد إلاّ التمتّع، و لا للحاضر إلاّ الافراد أو القران، و أمّا بالنسبة إلى الحجّ الندبيّ فيجوز لكلّ من البعيد و الحاضر كلّ من الأقسام الثلاثة بلا اشكال، و إن كان الأفضل اختيار التمتّع، و كذا بالنسبة إلى الواجب غير حجّة الاسلام كالحجّ النذريّ و غيره.

المسألة ١: من كان له وطنان: أحدهما في الحدّ، و الآخر في خارجه لزمه فرض أغلبهما، لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام: من أقام بمكّة سنتين فهو من أهل مكّة و لا متعة له، فقلت لأبي جعفر عليه السّلام:

ذلك لإشتهار عدم لزوم الفحص في الموضوعات مطلقا فالحكم على الاحوط).

يراعى الاحتياط: بطرق منها: ان يحرم من الميقات بنية عمرة التمتع و يعتمر، و بعد الفراغ يحرم لحج التمتع من مكة ثم يخرج الى احد المواقيت و يحرم ثانيا للحج- بناء على جواز الخروج لحاجة و لا ريب في انه حينئذ حاجة- فقد اتى حينئذ بوظيفة التمتع و يكون الاحرام الثاني حينئذ لغوا، و ايضا بوظيفة الافراد، و يكون اعتماره التمتع لغوا ثم يأتي بعد تمام الحج بعمرة مفردة (فالظاهر عدم صحة قول بعضهم كالنجفي (قدّس سرّه) بأنه كيف الاحتياط مع دوران الامر بين المحذورين).

و ان كان لا يبعد: فيما امكن استصحاب عدم كونه حاضرا عند المسجد الحرام، (و لا يلزم حينئذ الاحتياط اذا لم يتعين الامر بالفحص، اذ الآية و هي الاصل في هذا الحكم رتبت حكم التمتع على من لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام، ففيما جرى استصحاب عدم الحضور يجري عليه حكم الخارج عن الحدّ، إلاّ ان يقال: عدم الحضور أخذ بنحو السلب العدولي لا تحصيلي، لكن يمكن تحقق السابقة له ايضا).

كما لو شك: عنوان الحضور و السفر كلاهما وجوديان لا يمكن التمسك بالعام في شبهته المصداقية. نعم يجوز التمسك باستصحاب الحالة السابقة موضوعا أو حكما و كأنه مراد الماتن لا التمسك بالعام.

كالحج النذري: أي اذا اطلق النذر و نحوه، و لعل المراد بغيره هو مثل اليمين أو الاستيجار و لا ريب انهما تابعان للصيغة، و اما قضاء الفاسد فهو تابع للفاسد.

المسألة ١: فرض اغلبهما: كان أو لم يكن مقيما بمكة سنتين (لصحيح زرارة ١/ ٩

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ١٨١

أرأيت إن كان له أهل بالعراق و أهل بمكّة؟ فقال عليه السّلام: فلينظر أيّهما الغالب، فإن تساويا فإن كان مستطيعا من كلّ منهما تخيّر بين الوظيفتين و إن كان الأفضل اختيار التمتّع، و إن كان مستطيعا من أحدهما دون الآخر لزمه فرض وطن الاستطاعة.

المسألة ٢: من كان من أهل مكّة و خرج إلى بعض الأمصار ثمّ رجع إليها فالمشهور جواز حجّ التمتّع له، و كونه مخيّرا بين الوظيفتين، و استدلّوا بصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي عبد اللّه عليه السّلام

اقسام الحج المذكور في المتن، و الظاهر ان صدر الحديث في المقيم سنتين بمكة لا يخصّص الذيل، فان الصدر في الفرق بين المجاور و المقيم سنتين و أنه الاهل لا المجاور، و الذيل في بيان حكم ذي الاهلين خلافا للاستاذ (قدّس سرّه) حيث خصّص الذيل بالصدر و سائر روايات الباب ٩، و لا يمكن القول بإطلاق الصدر و ان المقيم سنتين اهل مكة و لو غلب غير مكة عليها في الاقامة، بل الظاهر انه لبيان اصل كونه من اهل مكة قبال الجوار كما يظهر من سائر روايات الباب).

تخير بين الوظيفتين: لأن كلا الدليلين يشملانه، فاذا قطعنا بأن الواجب ليس إلاّ احدهما تخير (لا لما قيل كما في المستمسك من عدم شمول شيء من الدليلين له فيرجع الى العام الفوق حتى يستشكل كما استشكل الخوئي بأنه حينئذ لا يلزم رعاية كون الاستطاعة من كليهما بل لما ذكرنا من شمول الدليلين فانه مستطيع و اهل لمكة و مستطيع و

ناء ايضا، و اما ما قاله الخوئي (مدّ ظلّه) من ان التخيير بين الايجابين و هنا الموضوعان احدهما ايجابي و الآخر سلبي اي رتب حكم التمتع على من لم يكن اهله حاضرا، و هذا لأهله حضور فحكمه القران و الافراد و لا اقل من الاحتياط، ففيه:

انه على ذلك لم يفرق بين الغالب و التساوي، مع ان الخبر فرّق بينهما، فيعلم من ذلك ان عدم الحضور في الآية بنحو العدول لا السلب).

فرض وطن الاستطاعة: اي الوطن الذي يستطيع فرضه كان فيه او في غيره (و الوجه واضح بعد الدقة فيما ذكرنا قبلا، فانه و لو كان ذا وطنين لكن لا يستطيع من احدهما، خلافا للبروجردي (قدّس سرّه) القائل بالتخيير كالفرع السابق، و كأنه لإطلاق مفهوم ذيل صحيح زرارة لكن ذلك لا يقاوم القاعدة).

المسألة ۲: فالمشهور: و هو الاقوى (فان حمل الخبرين على خصوص الندبي خلاف الاطلاق، بل الظاهر خصوص الواجب، فان افضلية التمتع في الندب واضح

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۲

عن رجل من أهل مكّة يخرج إلى بعض الأمصار، ثمّ يرجع إلى مكّة فيمرّ ببعض المواقيت. أله أن يتمتّع؟ قال عليه السّلام: ما أزعم أنّ ذلك ليس له لو فعل، و كان الاهلال أحبّ إليّ. و نحوها صحيحة اخرى عنه و عن عبد الرحمن بن أعين عن أبي الحسن عليه السّلام. و عن ابن أبي عقيل عدم جواز ذلك، و أنّه يتعيّن عليه فرض المكّيّ إذا كان الحجّ واجبا عليه، و تبعه جماعة لما دلّ من الأخبار على أنّه لا متعة لأهل مكّة، و حملوا الخبرين على الحجّ الندبيّ بقرينة ذيل الخبر الثاني، و لا يبعد قوّة هذا القول مع أنّه أحوط، لأنّ الأمر دائر بين التخيير و التعيين، و مقتضى الاشتغال هو الثاني، خصوصا إذا كان مستطيعا حال كونه في مكّة فخرج قبل الاتيان بالحجّ، بل يمكن أن يقال: إنّ محلّ كلامهم صورة حصول الاستطاعة بعد الخروج عنها، و أمّا إذا كان مستطيعا فيها قبل خروجه منها فيتعيّن عليه فرض أهلها.

المسألة ۳: الآفاقيّ إذا صار مقيما في مكّة فإن كان ذلك بعد استطاعته و وجوب التمتّع عليه فلا إشكال في بقاء حكمه، سواء كانت إقامته بقصد التوطّن أو المجاورة و لو بأزيد من سنتين، و أمّا إذا لم

عند الشيعة لا يجهل عند عبد الرحمن بن الحجاج مع ان الامام عليه السّلام حكم بأفضلية الإهلال، أي: بالحج، أي: حج الافراد، مع ان تعبير «ما ازعم ان ذلك ليس له» لا يلائم الندب لوضوح الجواز، و لو سلم التعارض بينهما و بين اطلاق المنع عن المتعة لاهل مكة نظرا الى اطلاق الخبرين فالاطلاق في المطلقات يوجب التخيير، و كذا اصالة البرائة عن تعين التكليف).

لا متعة: هذه مطلقة يخصّصها الخبران، و لو سلم اطلاقهما فالتعارض من وجه، فالمرجع اطلاق ما دل على اصل وجوب الحج، و لو قيل بعدم كونها في بيان البيان فالاصل هو البرائة عن التعيين لا الاشتغال فانه بعد ثبوت التكليف، و كان الشك في مقام الامتثال للتزاحم.

بل يمكن: لكنه خلاف اطلاق كلامهم كما انه خلاف اطلاق الخبرين، و لذا لا يعبأ باستصحاب وجوب الافراد اذا كان مستطيعا قبل الخروج.

المسألة ۳: بقصد التوطن: (لعدم دليل على تبدل حكمه لا من الروايات الواردة في الباب لعدم اطلاقها من هذه الجهة

أي الاستطاعة قبل الاقامة أو بعدها بل منصرفة عن الاستطاعة قبلا، فان نظرها صرفا الى تبدل الوظيفة بالاقامة سنتين مثلا، كما انها منصرفة عن التوطن بل موردها المجاورة. و لا من الادلة المطلقة من الآيات و الروايات لأن اقسام الحج متنوعة متعددة، فاذا اشتغلت ذمته بأحد الانواع لا دليل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۳

يكن مستطيعا ثمّ استطاع بعد إقامته في مكّة فلا إشكال في انقلاب فرضه إلى فرض المكّي في الجملة، كما لا إشكال في عدم الانقلاب بمجرّد الاقامة، و إنّما الكلام في الحدّ الذي به يتحقّق الانقلاب، فالأقوى ما هو المشهور من أنّه بعد الدخول في السنة الثالثة، لصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام من أقام بمكّة سنتين فهو من أهل مكّة و لا متعة له الخ. و صحيحة عمر بن يزيد عن الصادق عليه السّلام المجاور بمكّة يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ إلى سنتين، فاذا جاور سنتين كان قاطنا، و ليس له أن يتمتّع، و قيل بأنّه بعد الدخول في الثانية لجملة من الأخبار و هو ضعيف لضعفها باعراض المشهور عنها، مع أنّ القول الأوّل موافق للأصل، و أمّا القول بأنّه بعد تمام ثلاث سنين فلا دليل عليه إلاّ الأصل المقطوع بما ذكر، مع أنّ القول به غير محقّق لاحتمال إرجاعه إلى القول المشهور بإرادة الدخول في السنة الثالثة، و أمّا الأخبار الدالّة على انّه بعد ستّة أشهر أو بعد خمسة أشهر فلا عامل بها مع احتمال صدورها تقيّة، و امكان حملها على محامل اخر و الظاهر من الصحيحين اختصاص الحكم بما إذا كانت الاقامة بقصد المجاورة، فلو كانت بقصد

على التبدل بتبدل محل التوطن، و هذا بخلاف صلاة المسافر و الحاضر فانهما نوع واحد بزيادة ركعتين فقط هذا مع ظهور الاجماع ايضا في المسألة، فلا وجه لقول الحدائق بالتبدل و قد اختاره بعض اهل العصر، و لا لإحتياط الگلپايگاني، و لا لإدعاء الحكيم (قدّس سرّه) اطلاق روايات الباب).

الى فرض المكي في الجملة: أي صورة التوطن، او الاقامة سنتين بقصد المجاورة، و الظاهر عدم التبدل اذا اقيم جبرا كالمسجون (و ان لم يتعرضوا للمسجون و نحوه، لكن الادلة لا تشملها بل تنصرف و لا علم لنا بالملاك حتى يشمل المسجون، فلعل الملاك الاقامة القصدية فالتكليف باق ان كان مستطيعا قبل ذلك و لا دليل على التبدل، و كذا اذا استطاع بعد الاقامة الجبريّة).

بإعراض المشهور: مع انه لو كانت معتبرة وقع التعارض، و المتيقن من التبدل بعد سنتين فيرجع قبل ذلك الى الدليل العام الموجب للتمتع على النائي و من لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام أي متوطنا في مكة (راجع ۱ و ۹/۲ اقسام الحج في اعتبار سنتين و ۳ و ۵ و ۸ و ۹/۹ و ۸/٤ اقسام الحج في اعتبار السنة).

تقية: يعني بها الاعم من تقية المخالف (هذا مع ضعف دليل خمسة اشهر بالارسال ۳ و ۸/۵ اقسام الحج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۴

التوطّن فينقلب بعد قصده من الأوّل فما يظهر من بعضهم من كونها أعمّ لا وجه له، و من الغريب ما عن آخر من الاختصاص بما إذا كانت بقصد التوطّن، ثمّ الظاهر أنّ في صورة الانقلاب يلحقه حكم المكّي بالنسبة إلى الاستطاعة أيضا، فيكفي في وجوب الحج الاستطاعة من مكّة و لا يشترط فيه حصول الاستطاعة من بلده، فلا وجه لما يظهر من

صاحب الجواهر من اعتبار استطاعة النائي في وجوبه لعموم أدلّتها، و أنّ الانقلاب إنّما أوجب تغيير نوع الحجّ، و أمّا الشرط فعلى ما عليه فيعتبر بالنسبة إلى التمتّع، هذا، و لو حصلت الاستطاعة بعد الاقامة في مكّة لكن قبل مضيّ السنتين فالظاهر أنّه كما لو حصلت في بلده فيجب عليه التمتّع، و لو بقيت إلى السنة الثالثة أو أزيد، فالمدار على حصولها بعد الانقلاب، و أمّا المكّي إذا خرج إلى سائر الامصار مقيما بها فلا يلحقه حكمها في تعين التمتّع عليه، لعدم الدليل و بطلان القياس إلاّ إذا كانت الاقامة فيها بقصد التوطّن و حصلت الاستطاعة بعده، فانّه يتعيّن عليه التمتّع بمقتضى القاعدة و لو في السنة الأولى، و أمّا إذا كانت بقصد المجاورة أو كانت الاستطاعة حاصلة في مكّة فلا، نعم الظاهر دخوله حينئذ في المسألة السابقة، فعلى القول بالتخيير فيها كما عن المشهور يتخيّر، و على قول ابن أبي عقيل يتعيّن عليه وظيفة المكّي.

المسألة ٤: المقيم في مكّة إذا وجب عليه التمتّع كما إذا كانت استطاعته في بلده أو استطاع في مكّة قبل انقلاب فرضه فالواجب عليه الخروج إلى الميقات لاحرام عمرة التمتّع، و اختلفوا في تعيين ميقاته على أقوال: أحدها: أنّه مهلّ أرضه، ذهب إليه جماعة، بل ربما يسند إلى المشهور كما في الحدائق

من الاول: بعد مضي قدر يصدق انه وطنه و ان اهله من حاضري المسجد الحرام، و لعله يصدق ذلك بمضي قليل من المدة، بل بمجرد الورود و تهيئة المسكن و الشغل.

الاستطاعة من مكة: لا دخل فيها للاقامة سنتين و تبدل الوظيفة، فان الجائي الى مكة يكفيه الاستطاعة من مكة، و انما الكلام في الاستطاعة الرجوعية، و الظاهر اعتبارها إلاّ لمن لا يريد الرجوع الى وطنه أو مكان آخر بقصد التوطن أو المجاورة.

فيجب عليه التمتع: لو اتى به قبل تمام سنتين، كما ان المبادرة واجبة، فالملاك حال اتيان الحج.

المسألة ٤: مهلّ ارضه: (أي ميقات بلده قبل الاقامة بمكة لموثق سماعة ١/ ٨ اقسام الحج، و لكن تعليق الحكم على مشية المكلف يدل على عدم الخصوصية كما افاد الماتن (قدّس سرّه) سيما و ان سماعة نفسه يروي الخروج الى ذات عرق و الاحرام منها ٢/ ١٠ اقسام الحج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۵

لخبر سماعة عن أبي الحسن عليه السّلام سألته عن المجاور أله أن يتمتّع بالعمرة إلى الحجّ؟ قال عليه السّلام نعم يخرج إلى مهلّ أرضه فليلبّ إن شاء. المعتضد بجملة من الأخبار الواردة في الجاهل و الناسي الدالّة على ذلك بدعوى عدم خصوصيّة للجهل و النسيان، و أنّ ذلك لكونه مقتضى حكم التمتّع، و بالأخبار الواردة في توقيت المواقيت، و تخصيص كلّ قطر بواحد منها أو من مرّ عليها، بعد دعوى أن الرجوع إلى الميقات غير المرور عليه. ثانيها: أنّه أحد المواقيت المخصوصة مخيّرا بينها، و إليه ذهب جماعة اخرى، لجملة اخرى من الأخبار مؤيدة بأخبار المواقيت، بدعوى عدم استفادة خصوصيّة كل بقطر معيّن. ثالثها: أنّه أدنى الحلّ، نقل عن الحلبيّ، و تبعه بعض متأخّري المتأخّرين لجملة ثالثة من الأخبار، و الأحوط الأوّل و إن كان الأقوى الثاني، لعدم فهم الخصوصيّة من خبر سماعة، و أخبار الجاهل و الناسي، و أنّ ذكر المهلّ من باب أحد الأفراد، و منع خصوصيّة للمرور في الأخبار العامّة الدالّة على المواقيت و أمّا أخبار القول الثالث فمع ندرة العامل بها مقيّدة بأخبار المواقيت، أو محمولة على صورة التعذّر. ثمّ

الظاهر أنّ ما ذكرنا حكم كلّ من كان في مكّة و أراد الاتيان بالتمتّع و لو مستحبّا، هذا كلّه مع إمكان الرجوع إلى المواقيت، و أمّا إذا تعذّر فيكفي الرجوع إلى أدنى الحلّ، بل الأحوط الرجوع إلى ما يتمكّن من خارج الحرم ممّا هو دون الميقات و إن لم يتمكّن من الخروج إلى أدنى الحلّ أحرم من موضعه، و الأحوط الخروج إلى ما يتمكّن.

ـــــــــــــــــــــ

ادنى الحل: (لصحيح الحلبي ۳/ ۹ و نظيره ۲/ ۸ الدال على الاحرام من الجعرانة، و صحيح عمر ۱/ ۲۲ المواقيت، لكن العمدة صحيح الحلبي فان مورد الثالث العمرة المفردة و هو محتمل الثاني).

فمع ندرة العامل: فتسقط عن الحجية بإعراض المشهور، و اما النسبة بينها و بين اخبار المواقيت فليست الاطلاق و التقييد بل التباين فلا تكون مقيدة بأخبار المواقيت.

كل من كان: (قال الحكيم (قدّس سرّه)- و تبعه الاستاذ (قدّس سرّه)- فيه اشكال بالنسبة الى من يصدق عليه انه اهل مكة فان ميقاته منزله أو ادنى الحلّ، و الاحوط تجديد التلبية لإطلاق ادلة توقيت النزل لمن كان منزله دون الميقات و ان لم يفتوا به على الظاهر، و لصحيح عمر بن يزيد ۱/ ۲۲ مواقيت في ادنى الحل. و فيه: ان هذا التعبير غير شامل لأهل مكة لظهور كلمة دون و نحوه في الخارج عن مكّة، و صحيح عمر معرض عنه).

فيكفي: (هذا و ما بعده لا دليل عليه سوى الميسور و ادعي عليه الاجماع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۶

(۹- فصل) [صورة حجّ التمتّع]

صورة حجّ التمتّع على الاجمال أن يحرم في أشهر الحجّ من الميقات بالعمرة المتمتّع بها إلى الحجّ، ثمّ يدخل مكّة فيطوف فيها بالبيت سبعا، و يصلّي ركعتين في المقام، ثمّ يسعى لها بين الصفا و المروة سبعا، ثمّ يطوف للنساء احتياطا و إن كان الأصحّ عدم وجوبه، و يقصّر، ثمّ ينشيء إحراما للحجّ من مكّة في وقت يعلم أنّه يدرك الوقوف بعرفة، و الأفضل إيقاعه يوم التروية، ثمّ يمضي إلى عرفات فيقف بها من الزوال إلى الغروب ثمّ يفيض و يمضي منها إلى المشعر فيبيت فيه و يقف به بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ثمّ يمضي إلى منى فيرمي جمرة العقبة، ثمّ ينحر أو يذبح هديه و يأكل منه ثمّ يحلق أو

ـــــــــــــــــــــ

فصل- صورة حج التمتع

الأصح عدم وجوبه: (و لا قائل معروف بالوجوب، و دليله عليل، و وجه تقديم الطواف في المتن رعاية الروايات المحللة للنساء بمجرد التقصير كما في روايات الباب ۱ التقصير. فلو كان الطواف لازما كان قبل التقصير، لكن صريح ۱/ ۸۲ الطواف عدم الوجوب، و هكذا صريح ٦/ ۸۲، و اما معتبر ۷/ ۸۲ الدال على اللزوم فهو مربوط بالحج لا العمرة، لا يقال: ليس بعد السعي في الحج تقصير و قد ذكر فيه، لأن كلمة «قصّر» زيادة في التهذيب ٥: ١٦٢، و ليس في الاستبصار راجع ٢: ٢٤٤).

يوم التروية: بعد صلاة الظهر، و لا بأس بالتعجيل قبل ذلك الى ثلاثة ايام، و الاحوط اختصاص ذلك بالمعذور كالشيخ و المريض (كما في الباب ۳ احرام الحج).

من الزوال: من يوم عرفة.

فيبيت: على الاحوط، و ان كان تركه لا يضرّ بالحج.

بعد طلوع الفجر: من يوم النحر، و كذا المضي الى منى.

يأكل منه: على الاحوط، و كذا الاهداء و التصدق به.

ثم يحلق: و في النساء يتعين التقصير، و في الصرورة يتعين الحلق على الاحوط، و كذا عاقص الشعر و الملبّد، و في الخنثى يتعين التقصير ان لم يكن صرورة أو عاقصا أو ملبدا و الاّ يجمع بينهما و يقدم التقصير على الاولى، و في الحلق يجب حلق جميع الرأس على الاحوط بخلاف التقصير. و من وظيفته الحلق و لا شعر لرأسه يمرّ الموسى على رأسه و يقصّر ايضا على الاحوط.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۷

يقصّر فيحلّ من كلّ شيء إلاّ النساء، و الطيب، و الأحوط اجتناب الصيد أيضا و إن كان الأقوى عدم حرمته عليه من حيث الاحرام ثمّ هو مخيّر بين أن يأتي إلى مكّة ليومه فيطوف طواف الحجّ و يصلّي ركعتيه و يسعى سعيه فيحلّ له الطيب، ثمّ يطوف طواف النساء و يصلّي ركعتيه فتحلّ له النساء ثمّ يعود إلى منى لرمي الجمار فيبيت بها ليالي التشريق و هي الحادي عشر و الثاني عشر و الثالث عشر، و يرمي في أيّامها الجمار الثلاث، و أن لا يأتي إلى مكّة ليومه بل يقيم بمنى حتّى يرمي جماره الثلاث يوم الحادي عشر و مثله يوم الثاني عشر، ثمّ ينفر بعد الزوال إذا كان قد اتّقى النساء و الصيد، و إن أقام إلى النفر الثاني و هو الثالث عشر و لو قبل الزوال لكن بعد الرمي جاز أيضا، ثمّ عاد إلى مكّة للطوافين و السعي و لا إثم عليه في شيء من ذلك على الأصحّ، كما أنّ الأصحّ الاجتزاء بالطواف و السعي تمام ذي الحجّة، و الأفضل الأحوط هو اختيار الأوّل بأن يمضي إلى مكّة يوم النحر بل لا ينبغي التأخير لغده فضلا عن أيّام التشريق إلاّ لعذر. و يشترط في حجّ التمتّع امور أحدها: النيّة بمعنى قصد الاتيان بهذا النوع من الحجّ حين الشروع في إحرام العمرة، فلو لم ينوه أو نوى غيره أو تردّد في نيّته بينه و بين غيره لم يصحّ، نعم في جملة من الأخبار أنّه لو أتى بعمرة مفردة في أشهر الحجّ جاز أن يتمتّع بها، بل يستحبّ ذلك إذا بقي في مكّة إلى هلال ذي الحجّة، و يتأكّد إذا بقي إلى يوم التروية، بل عن القاضي وجوبه حينئذ و لكن الظاهر تحقّق الاجماع على خلافه، ففي موثّق سماعة عن الصادق عليه السّلام من حجّ معتمرا في شوّال و من نيّته أن

من حيث الاحرام: و ان حرم لحرمة الحرم.

و الثالث عشر: لبعض الافراد، و هو من اصطاد أو جامع محرما، أو لم يخرج من منى حتى دخل ليلة الثالث عشر.

تمام ذي الحجة: (لظهور الآية في ان أشهر الحج كلها موسم الحج، و ظهور ۲ و ۳/ ۱ زيارة البيت في جواز التأخير الى ان يذهب ايام التشريق بلا قيد، نعم لا الى بعد الشهر للتحديد في الآية و غيرها راجع في هذا التصوير الاجمالي لحج التمتع الأبواب ۸۲ الطواف و ۱۳ من الحلق و ۱ من زيارة البيت و ابواب العمرة، و التفصيل في المناسك).

بل لا ينبغي التأخير: مخافة الاحداث و المعاريض كما في الحديث.

تحقق الاجماع على خلافه: بل النصوص على خلافه (مثل ۲ و ۳/ ۷ ابواب العمرة، و فعل الحسين عليه السّلام حجة على ذلك كما في الحديث، و ما في بعض المقاتل من أنه عليه السّلام أبدل عمرة التمتع الى عمرة مفردة لا دليل عليه، كما يظهر من جمع النصوص جواز الاعتمار مفردا حتى في العشر الأول من ذي حجة على كراهية).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۸

يعتمر و رجع إلى بلاده فلا بأس بذلك، و إن هو أقام إلى الحجّ فهو متمتّع، لأنّ أشهر الحجّ شوّال و ذو القعده و ذو الحجّة، فمن اعتمر فيهنّ فأقام إلى الحجّ فهي متعة، و من رجع إلى بلاده و لم يقم إلى الحجّ فهي عمرة، و إن اعتمر في شهر رمضان أو قبله فأقام إلى الحجّ فليس بمتمتّع، و إنّما هو مجاور أفرد العمرة، فإن هو أحبّ أن يتمتّع في أشهر الحجّ بالعمرة إلى الحجّ فليخرج منها حتّى يجاوز ذات عرق أو يتجاوز عسفان متمتّعا بعمرته إلى الحجّ، فإن هو أحبّ أن يفرد الحجّ فليخرج إلى الجعرانة فيلبّي منها.

و في صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد اللّه عليه السّلام من اعتمر عمرة مفردة فله أن يخرج إلى أهله إلاّ أن يدركه خروج الناس يوم التروية. و في قويّة عنه عليه السّلام من دخل مكّة معتمرا مفردا للحجّ فيقضي عمرته كان له ذلك، و إن أقام إلى أن يدركه الحجّ كانت عمرته متعة، قال عليه السّلام: و ليس تكون متعة إلاّ في أشهر الحجّ، و في صحيحة عنه عليه السّلام من دخل مكّة بعمرة فأقام إلى هلال ذي الحجّة فليس له أن يخرج حتّى يحجّ مع الناس. و في مرسل موسى بن القاسم: من اعتمر في أشهر الحجّ فليتمتّع. إلى غير ذلك من الأخبار، و قد عمل بها جماعة، بل في الجواهر لا أجد فيه خلافا، و مقتضاها صحّة التمتّع مع عدم قصده حين إتيان العمرة، بل الظاهر من بعضها أنّه يصير تمتّعا قهرا من غير حاجة إلى نيّة التمتّع بها بعدها، بل يمكن أن يستفاد منها أنّ التمتّع هو الحجّ عقيب عمرة وقعت في أشهر الحجّ بأيّ نحو أتى بها، و لا بأس بالعمل بها، لكن القدر المتيقّن منها هو الحجّ الندبيّ ففيما إذا وجب عليه التمتّع فأتى بعمرة

____

قهرا: (كما يظهر من قوله عليه السّلام: «هي متعة» ٤/ ٧ أبواب العمرة و ٥/ ٧، لكن يجب عليه الاتمام و لم يجز الخروج الى أهله، و هو خلاف نصوص الباب و الفتاوي، و ايضا لم يجز له حج الافراد لعدم جواز تبديل التمتع بغيره في غير ضرورة، إلاّ أن يقال: الجمع بين النصوص يقضي بكون التبديل القطعي عند تعقّب العمرة بالحج، فما لم يأت المكلف بالحج لا يكون الانقلاب فعليا و لا يبعد ذلك بعد التأمل في النصوص، بل له أن ينوي إفراد الحج ايضا، فالانقلاب اقتضائي فقط ثم يصير فعليا لو لم يعارضه المكلف بالتبديل أو الانصراف بالذهاب عن مكة.

هو الحج الندبي: (نظره (قدّس سرّه) الى عدم كون الأخبار ناظرة الى نوع حكم الحج وجوبا أو ندبا، فلا دليل على الاجتزاء في الواجب، و هذا مراده (قدّس سرّه) من القدر المتيقن، لكن لا يبعد الاطلاق، و لا أقل من الاستدلال بترك الاستفصال، نعم الظاهر اختصاص الأدلة بمن لم يكن من الاول قاصدا للحج، و إلاّ فيجب عليه عمرة التمتع اذا كان نائيا كما هو المفروض، فمن اعتمر و اتفق له البقاء الى ايام الحج و أراد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۸۹

مفردة ثمّ أراد أن يجعلها عمرة التمتع يشكل الاجتزاء بذلك عمّا وجب عليه، سواء كان حجّة الاسلام أو غيرها ممّا وجب بالنذر أو الاستيجار، الثاني: أن يكون مجموع عمرته و حجّه في أشهر الحجّ، فلو أتى بعمرته أو بعضها في غيرها لم يجز له أن يتمتّع بها، و أشهر الحجّ شوّال و ذو القعدة و ذو الحجّة بتمامه على الأصحّ، لظاهر الآية، و جملة من الأخبار كصحيحة معاوية بن عمّار، و موثّقة سماعة، و خبر زرارة، فالقول بأنّها الشهران الأوّلان مع العشر الأول من

ذي الحجّة كما عن بعض أو مع ثمانية أيّام كما عن آخر، أو مع تسعة أيّام و ليلة يوم النحر إلى طلوع فجره كما عن ثالث، أو إلى طلوع شمسه كما عن رابع ضعيف، على أنّ الظاهر أنّ النزاع لفظيّ، فإنّه لا إشكال في جواز إتيان بعض الأعمال إلى آخر ذي الحجّة فيمكن أن يكون مرادهم أنّ هذه الأوقات هي آخر الأوقات التي يمكن بها إدراك الحجّ.

المسألة ۱: إذا أتى بالعمرة قبل أشهر الحجّ قاصدا بها التمتّع فقد عرفت عدم صحّتها تمتّعا، لكن هل تصحّ مفردة أو تبطل من الأصل؟ قولان، اختار الثاني في المدارك، لأنّ ما نواه لم يقع، و المفردة لم ينوها، و بعض اختار الأوّل لخبر الأحول عن أبي عبد اللّه عليه السّلام في رجل فرض الحجّ في غير أشهر الحجّ، قال: يجعلها عمرة. و قد يستشعر ذلك من خبر سعيد الأعرج قال أبو عبد اللّه عليه السّلام: من تمتع في أشهر الحجّ ثمّ أقام بمكّة حتّى يحضر الحجّ من قابل فعليه شاة، و إن تمتّع في غير أشهر الحجّ ثمّ جاور حتّى يحضر الحجّ فليس عليه دم، إنّما هي حجّة مفردة، إنّما الأضحى على أهل الأمصار. و مقتضى القاعدة و إن كان هو ما ذكره صاحب المدارك لكن لا بأس بما ذكره ذلك البعض للخبرين. الثالث: أن يكون الحجّ

الحج يجوز له، و ينقلب عمرة التمتع، هذا في حجة الاسلام، و أما الاستيجار فتابع للقرار، و الظاهر من القرار نوعا هو الاعتمار بقصد النيابة عن المستأجر، و الواجب عليه كان عمرة التمتع كما مرّ أن ظاهر الأدلة الاختصاص بغير من كان قاصدا للحج من الأول، و النذر أيضا تابع لعقد النذر، فلو عقد على كل عمرة قبلت شرعا بعنوان التمتع صحّ و كفى، و لو عقد على عمرة التمتع بعنوانه لم يجز الاكتفاء به، راجع الباب ۱۱ من اقسام الحج، و الباب ۷ من العمرة.

بعض الأعمال: كالهدي و الطوافين و السعي.

الى آخر ذي الحجة: و كذا يجوز تأخير عمرة التمتع الى ما امكن معه درك حج السنة.

المسألة ۱: للخبرين: (لكن سند الصدوق الى الأحول ۷/ ۱۱ اقسام الحج غير نقي فانه يروي عنه بواسطة شيخه ماجيلويه الذي لم يوثق، و صرف الشيخوخة لا يدل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۰

و العمرة في سنة واحدة كما هو المشهور المدّعى عليه الاجماع، لأنّه المتبادر من الأخبار المبيّنة لكيفيّة حجّ التمتّع، و لقاعدة توقيفيّة العبادات، و للأخبار الدالّة على دخول العمرة في الحجّ و ارتباطها به، و الدالّة على عدم جواز الخروج من مكّة بعد العمرة قبل الاتيان بالحجّ، بل و ما دلّ من الأخبار على ذهاب المتعة

على الوثاقة، كما ان في مشايخ حديثه مثل ابي نصر الضبي الذي قال الصدوق (قدّس سرّه):

ما رأيت انصب منه، و كان يقول: اللهم صلّ على محمد فردا! نقله في ضمن اسناد حديث عيون اخبار الرضا عليه السّلام، إلاّ أن يقال: يجري في ماجيلويه ما نقوله في محمد بن سنان فتأمل. و أما الاشكال عليه بأنه في الحج، ففيه: ان الحج قد يطلق على الاعم من العمرة، و الاّ فلا وجه لقوله عليه السّلام: «يجعلها عمرة». و اما خبر الاعرج ۱/ ۱۰ اقسام الحج فهو في صرف بيان تبديل حكم التمتع الى الافراد بالمجاورة و ليس في مقام الاكتفاء بما اتى به من العمرة. و اما الاشكال السندي فيه بوجود محمد بن سنان، فلعله غير وارد لاعتبار احاديثه فإنا لا نتوقف على صرف توثيق اهل علم الرجال، فان كثرة الرواية مع متانة المتن و مطابقتها لنقل الثقات مع عدم ضعف بيّن تكون شاهدة على وثاقة

الرجل. و أما ما في بعض الحواشي من كون ذلك طبق القاعدة ففيه: انه مبتن على كون اقسام العمرة حقيقة واحدة و هو ممنوع كما مرّ سابقا، نعم لا بأس بقصد الرجاء في ذلك. إلاّ أن يقال: سلّمنا ذلك في عمرة التمتع فإنها حقيقة على حدة لكن المفردة ليست سوى انها مفردة، أي غير مرتبطة، فتأمل. فانه يمكن ان يقال: افرادها أي: استقلالها، أي: كونها بشرط لا، فهي حقيقة على حدة.

المبيت لكيفية: أي لو كان الافتراق جائزا لاشير و لو في رواية واحدة، و لعله المراد من توقيفية العبادات، و الاّ فلو كان المراد الأصل فالأصل هو البرائة عن الاشتراط.

على دخول العمرة في الحج: بإنضمام ادلة فورية الحج.

و الدالة على عدم جواز الخروج من مكة: بما في ذيلها من انه لو اقتضت الضرورة الخروج لا يخرج إلاّ محرما للحج فيمضي الى عرفات (لا صرف الاحتباس فانه أعم لإمكان الاحتباس حتى العام القابل).

ذهاب المتعة: أي لو كان الانفصال جائزا لم تذهب المتعة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۱

بزوال يوم التروية أو يوم عرفة و نحوها، و لا ينافيها خبر سعيد الأعرج المتقدّم، بدعوى أنّ المراد من القابل فيه العام القابل فيدلّ على جواز إيقاع العمرة في سنة، و الحجّ في اخرى، لمنع ذلك، بل المراد منه الشهر القابل على أنّه لمعارضة الأدلّة السابقة غير قابل، و على هذا فلو أتى بالعمرة في عام و أخّر الحجّ إلى العام الآخر لم يصحّ تمتّعا، سواء أقام في مكّة إلى العام القابل، أو رجع إلى أهله ثمّ عاد إليها، و سواء أحلّ من إحرام عمرته أو بقي عليه إلى السنة الاخرى، و لا وجه لما عن الدروس من احتمال الصحّة في هذه الصورة، ثمّ المراد من كونهما في سنة واحدة أن يكونا معا في أشهر الحجّ من سنة واحدة، لا أن لا يكون بينهما أزيد من اثني عشر شهرا، و حينئذ فلا يصحّ أيضا لو أتى بعمرة التمتّع في أواخر ذي الحجّة، و أتى بالحجّ في ذي الحجّة من العام القابل. الرابع: أن يكون إحرام حجّه من بطن مكّة مع الاختيار للاجماع و الأخبار و ما في خبر إسحاق عن أبي الحسن عليه السّلام من قوله: كان أبي مجاورا هيهنا فخرج يتلقّى بعض هؤلاء، فلمّا رجع فبلغ ذات عرق أحرم من ذات عرق بالحجّ و دخل و هو محرم بالحجّ. حيث إنّه ربما يستفاد منه جواز الاحرام بالحجّ من غير مكّة، محمول على محامل أحسنها أنّ المراد بالحجّ عمرته، حيث إنّها أوّل أعماله، نعم يكفي أيّ موضوع منها كان و لو في سككها للاجماع و خبر عمرو بن حريث عن الصادق عليه السّلام من أين اهلّ بالحجّ؟ فقال: إن شئت من رحلك، و إن شئت من المسجد، و إن شئت من الطريق، و أفضل مواضعها المسجد، و أفضل مواضعه المقام أو الحجر، و قد يقال:

الشهر القابل: بقرينة المقابلة للأشهر كما هو المشهور: للإطلاقات الدالة على وجوب الحج على من استطاع في كل عام مرة واحدة، و لو جاز الافتراق لم يكن الواجب في عام واحد. و عدم الوجوب في كل عام استغراقا لا ينافي ذلك فان كل عام طرف الواجب، و يمكن حمل خصوص قيد العموم على الاستحباب.

غير قابل: (قال الاستاذ (قدّس سرّه): على انه ضعيف السند بمحمد بن سنان؛ و فيه ما مرّ من اعتباره و هو (قدّس سرّه) في الدرس كان يعتبره).

احسنها: (محل تأمل للتصريح بالتقابل حيث يذكر الحج و احرامه بعد ذكر العمرة في صدر الحديث راجع ۸/ ۲۲

اقسام الحج. كما ان الحمل على التقية لا يلائم نقل الامام الكاظم عليه السّلام سيما مع توهين المخالف بلفظ هؤلاء، و الحمل على الإفراد لا يناسب ذكر المتمتع، لكن الحديث مشوش المتن فإن قوله عليه السّلام: «كان أبي مجاورا ...» الخ لا يرتبط بالسؤال، و معارض بالأكثر و الامتن).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۲

أو تحت الميزاب، و لو تعذّر الاحرام من مكّة أحرم ممّا يتمكّن، و لو أحرم من غيرها اختيارا متعمّدا بطل إحرامه، و لو لم يتداركه بطل حجّه، و لا يكفيه العود إليها بدون التجديد، بل يجب أن يجدّده لأنّ إحرامه من غيرها كالعدم، و لو أحرم من غيرها جهلا أو نسيانا وجب العود إليها، و التجديد مع الامكان، و مع عدمه جدّده في مكانه. الخامس: ربما يقال: إنّه يشترط فيه أن يكون مجموع عمرته و حجّه من واحد و عن واحد، فلو استوجر اثنان لحجّ التمتّع عن ميّت أحدهما لعمرته و الاخرى لحجّه لم يجز عنه،

احرم ممّا يتمكن: (يمكن استفادته من روايات الباب ١٤ الميقات، فانها في العمرة، لكن التعليل بخوف فوات الاعمال يشمل احرام الحج ايضا سيما في التمتع الذي هو بمنزلة عمل واحد، مع ظهور التسالم و الاجماع ايضا. و ان وصل الى عرفات بدون الاحرام جهلا أو نسيانا يدل على صحة حجه اذا احرم من هناك خصوص ٢ و ٣/ ٢٠ المواقيت، و لعل المراد مطلق العذر لا خصوص الجهل و النسيان. هذا و أما اصل المسألة فيدل عليه روايات الباب ٢١ المواقيت و الباب ٩ اقسام الحج حيث تصرّح بالاحرام من مكّة، و اما ٤/ ٩ الآمر بالإحرام من المسجد الحرام فضعيف بإبراهيم بن ميمون حيث لم يرد توثيق فيه، و لا استفدناه من القرائن فليحمل على الاستحباب تسامحا، كما انّ مثل صحيح معاوية ١/ ٥٢ الاحرام، الآمر بإحرام الحج دبر الصلاة بعد الزوال في مقام ابراهيم أو الحجر فيه قرائن الاستحباب مع انه لم يحرز وحدة الارادة حتى تحمل مطلقات الباب عليه، و قد صرّح في مثل صحيح ٢/ ٢١ المواقيت و ٣/ ٩ اقسام الحج بصحة الاحرام ان شاء من المسجد أو الرحل أو الشوارع. و أما الميزاب فلا دليل عليه بخصوصه إلاّ انه بعض الحجر و لعله مراد التذكرة و الدروس و غير واحد).

بدون التجديد: (خلافا لبعض العامة نظرا الى ان المطلوب هو الإحرام و كونه في مكة و قد حصلا، و فيه ان الإحداث يلزم ان يكون في مكة).

جدّده في مكانه: و لو نفس الموقف ثم الظاهر الاكتفاء بإحرامه السابق عن جهل أو نسيان فيما لم يكن متمكنا من الرجوع الى مكة واقعا. (في الموقف نفسه دليل ٢ و ٣/ ٢٠ المواقيت، و اما قبله فلم يرد دليل بالخصوص، لكن روايات الباب ١٤ المواقيت بالتعليل يشمل المقام و لو ان موردها العمرة، لكن التعليل بخوف فوات الاعمال يشمل المقام سيما و انه في التمتع الذي يكون الحج و العمرة بمنزلة عمل واحد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۳

و كذا لو حجّ شخص و جعل عمرته عن شخص و حجّه عن آخر لم يصحّ، و لكنّه محلّ تأمّل بل ربما يظهر من خبر محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام صحّة الثاني، حيث قال: سألته عن رجل يحجّ عن أبيه أيتمتّع؟ قال: نعم المتعة له، و الحجّ عن أبيه.

خلافا للمنسوب الی الشیخ و العلامة نظرا الی انه لا اثر للتجدید لمساواة ما فعله لما یستأنفه و للبرائة، و فیه ما في الجواهر من ان الاول غیر مأمور به و هو کالعدم. و لا وجه للبرائة مع الاطلاقات الدالة علی لزوم الاحرام الصحیح.

و اما الاکتفاء به فیما لم یکن متمکنا واقعا من الرجوع الی مکة لأن تکلیفه الواقعي کان ما اتی به لکن لم یکن یعلم الحال، و هذا لا یوجب التفاوت).

محل تأمل: الظاهر عدم الجواز (بعد دلالة الأدلة علی أن الحج و العمرة في التمتع عمل واحد فلا یجوز التفریق کما في الصلاة الواحدة أو الصوم الواحد، و أما الحدیث ۱/ ۲۷ نیابة الحج فحیث کان علی خلاف القاعدة و لم یظهر عامل به من قدماء الأصحاب لا بد من الحمل علی بعض المحامل من کون المراد ان فائدة التمتع دنیویا أي الاحلال بعد العمرة، له و ان کان المنوب عنه میتا لا یمکنه الاستمتاع کما فسّره المجلسي الأول في روضة المتقین ۵: ٦٥، أو أن المراد التشریك في المستحب، اذ لو کان الکلام في المفروض لزم أن یکون علی طبق ما فات و لا یمکن ان یکون المتعة عن نفسه فان العمرة في التمتع دخلت في الحج الی یوم القیامة کما في روایات الباب ۲ اقسام الحج و غیرها فلا امر بالإجزاء اي العمرة و الحج مستقلا، و بذلك یظهر عدم صحة عنوان الوسائل في الباب ۲۷ نیابة الحج:

جواز نیة الانسان عمرة التمتع عن نفسه و حج التمتع عن ابیه. نعم حدیث آخر في الباب رواه في ابواب الذبح ۵/ ۱ و في السند صالح بن عقبة، و ضعفه ابن الغضائري و العلامة و نقل ابو علي توثیقه عن جدّه و یظهر التوثیق من ابن قولویه و علی بن ابراهیم و قد عمل به الخوئي (قدّس سرّه) مقتصرا علی مورده من الاب و الام لکن حمله علی المستحب اولی لعین ما ذکر بل لا بد من ذلك بعد عرض الحدیث علی الادلة الدالة علی وحدة الحج و العمرة في التمتع، و التوجه الی ان في الواجب یلزم قضاء ما فات بعینه).

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۱۹۴

المسألة ۲: المشهور أنّه لا یجوز الخروج من مکّة بعد الإحلال من عمرة التمتّع قبل أن یأتي بالحجّ، و أنّه إذا أراد ذلك علیه أن یحرم بالحجّ فیخرج محرما به، و إن خرج محلا و رجع بعد شهر فعلیه أن یحرم بالعمرة، و ذلك لجملة من الأخبار الناهیة للخروج، و الدالّة علی أنّه مرتهن و محتبس بالحجّ، و الدالة علی أنّه لو أراد الخروج خرج ملبیّا بالحجّ، و الدالة علی أنّه لو خرج محلا فإن رجع في شهره دخل محلا، و إن رجع في غیر شهره دخل محرما، و الأقوی عدم حرمة الخروج و جوازه محلا حملا للأخبار علی الکراهة کما عن ابن إدریس و جماعة اخری بقرینة التعبیر بلا احبّ في بعض تلك الأخبار، و قوله علیه السّلام في مرسلة الصدوق: إذا أراد المتمتّع الخروج من مکّة إلی بعض المواضع فلیس له ذلك،

المسألة ۲: و الاقوی عدم حرمة: لا یترك الاحتیاط بعدم الخروج لغیر الضرورة إلاّ محرما للحج بل لا یخلو عن قوة (وفاقا للمشهور، لظهور الادلة في النهي في الباب ۲۲ اقسام الحج و کلمة «لا احب» في صحیح الحلبي ۷/ ۲۲ و ان کان ظاهرا في غیر الالزام لکن لیس بحیث یوجب صرف الظهور. و خبر ابان ۹/ ۲۲ الدال علی الجواز إن أبق غلامه أو تضل راحلته قال: «و لا یجاور إلاّ علی قدر ما لا تفوته عرفة» الدال علی کون الملاك في عدم الجواز خوف فوت عرفة، مخدوش سندا بالارسال و اما الرضوي الدال علی کون الملاك ذلك ۱/ ۱۸ اقسام الحج من المستدرك فلا یعلم

كونه حديثا كما انت خبير. نعم مرسل الصدوق بعنوان «قال» مجزما ۱۰/ ۲۲ اقسام الحج: «... فليس له ذلك ... إلاّ أن يعلم أنه لا يفوته الحج». شيء قوي لكن مع ذلك يشكل الاعتماد على جزمه، فلعله اعتمد على نظره في توثيق اجتهادي. نعم ان صرّح باسم الراوي و وثقه نقبله منه كغيره من المشايخ كما قال الحكيم (قدّس سرّه) او بني على اصالة العدالة كما قال الخوئي (قدّس سرّه) و ان كان هذا و كذا ذاك مخدوشا لعدم كون الصدوق من زمرة المجتهدين المحصلّين بل هو من المحدثين قبل ورود الفقه في الدورة الجديدة، بل الظاهر ان جزمه في الحديث توثيق للرواة و ليس بأقل قدرا من توثيق علماء الرجال. و العجب من النجفي (قدّس سرّه) حيث قال: «و الارسال كاف في عدم العمل به سيما في مرسلات الفقيه».! لكنه مع ذلك فالأحوط ما ذكر بل لا يخلو عن قوة. و ذكر الخوئي أن «لا احب» يستعمل في الالزام ايضا كما في القرآن في آيات كثيرة راجع المعجم لكن الأظهر أنها في القرآن رعاية لنكتة ادبية و إلاّ فعدم الظهور في الإلزام بل على الخلاف لا ينكر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۵

لأنّه مرتبط بالحجّ حتّى يقضيه إلاّ أن يعلم أنّه لا يفوته الحجّ. و نحوه الرضويّ، بل و قوله عليه السّلام في مرسل ابان: و لا يتجاوز إلاّ على قدر ما لا تفوته عرفة، إذ هو و إن كان بعد قوله: فيخرج محرما. إلاّ أنّه يمكن أن يستفاد منه أنّ المدار فوت الحجّ و عدمه، بل يمكن أن يقال: إنّ المنساق من جميع الأخبار المانعة أنّ ذلك للتحفّظ عن عدم إدراك الحجّ و فوته لكون الخروج في معرض ذلك، و على هذا فيمكن دعوى عدم الكراهة أيضا مع علمه بعدم فوات الحجّ منه، نعم لا يجوز الخروج لا بنيّة العود أو مع العلم بفوات الحجّ منه إذا خرج، ثمّ الظاهر أنّ الأمر بالاحرام إذا كان رجوعه بعد شهر إنّما هو من جهة أنّ لكلّ شهر عمرة لا أن يكون ذلك تعبّدا، أو لفساد عمرته السابقة، أو لأجل وجوب الاحرام على من دخل مكّة، بل هو صريح خبر إسحاق بن عمّار قال: سألت أبا الحسن عليه السّلام عن المتمتّع يجيء فيقضي متعته ثمّ تبدو له حاجة فيخرج إلى المدينة أو إلى ذات عرق أو إلى بعض المنازل، قال عليه السّلام: يرجع إلى مكّة بعمرة إن كان في غير الشهر الّذي تمتّع فيه، لأنّ لكلّ شهر عمرة، و هو مرتهن بالحجّ. الخ. و حينئذ فيكون الحكم بالاحرام إذا رجع بعد شهر على وجه الاستحباب لا الوجوب، لأنّ العمرة التي هي وظيفة كلّ شهر ليست واجبة، لكن في جملة من الأخبار كون المدار على الدخول في شهر الخروج أو بعده كصحيحتي

من جهة أن لكل شهر عمرة: فيه منع بل الظاهر ان المراد لزوم عمرة جديدة اذا كان في غير الشهر الذي تمتع فيه (و يشير اليه قوله عليه السّلام و هو مرتهن بالحج اي مرتهن في هذه العمرة الجديدة بالحج و إلاّ فأصل وجوب اتيان الحج عليه معلوم لا اشكال فيه، و قد صرح بذلك في صحيحة حماد ٦/ ۲۲ اقسام الحج: «قلت: فأي الإحرامين و المتعتين متعة الاولى أو الاخيرة؟ قال عليه السّلام الأخيرة هي عمرته و هي المحتبس بها التي وصلت بحجته». فالمراد من قوله عليه السّلام لكل شهر عمرة، اثبات عدم المنع من هذه الناحية لوجوب الاحرام لعمرة جديدة اذا كان الدخول في غير شهر التمتع فإن العمرتين في شهرين لا منع منهما بل قد مرّ عدم المنع للمتعدد من العمرة في شهر واحد ايضا و ان كان الفصل اولى او أحوط أو يكره عدم الفصل لكن كراهته كسائر موارد كراهة العبادة، هذا و الظاهر أن مفاد صحيح اسحاق ۸/ ۲۲ ايضا ما ذكرنا كما يشهد به قوله عليه السّلام: «مرتهن بالحج» فان ذلك ليس إلاّ في عمرة التمتع و الفصل بين العمرتين مربوط بالأفراد).

في شهر الخروج: فيه منع بل يحتمل قويا ارادة شهر التمتع (من قوله عليه السّلام: ان رجع في شهره أي شهر عمله و تمتعه، فلا يعارض صريح صحيح اسحاق بن عمار:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۶

حمّاد و حفص بن البختريّ و مرسلة الصدوق و الرضويّ، و ظاهرها الوجوب إلاّ أن تحمل على الغالب من كون الخروج بعد العمرة بلا فصل، لكنّه بعيد، فلا يترك الاحتياط بالاحرام إذا كان الدخول في غير شهر الخروج، بل القدر المتيقّن من جواز الدخول محرّ صورة كونه قبل مضيّ شهر من حين الاهلال، أي الشروع في إحرام العمرة و الاحلال منها، و من حين الخروج، إذ الاحتمالات في الشهر ثلاثة و ثلاثين يوما من حين الاهلال، و ثلاثين من حين الاحلال بمقتضى خبر إسحاق بن عمّار، و ثلاثين من حين الخروج بمقتضى هذه الأخبار، بل من حيث احتمال كون المراد من الشهر في الأخبار هنا و الأخبار الدالّة على أنّ لكلّ شهر عمرة الأشهر الاثنى عشر المعروفة، لا بمعنى ثلاثين يوما، و لازم ذلك أنّه إذا كانت عمرته في آخر شهر من هذه الشهور فخرج و دخل في شهر آخر أن يكون عليه عمرة الأولى مراعاة الاحتياط من هذه الجهة أيضا، و ظهر ممّا ذكرنا أنّ الاحتمالات ستّة: كون المدار على الاهلال، أو الإحلال، أو الخروج، و على التقادير الشهر بمعنى ثلاثين يوما أو أحد الأشهر المعروفة، و على أيّ حال إذا ترك الاحرام مع الدخول في شهر آخر و لو قلنا بحرمته لا يكون موجبا لبطلان عمرته السابقة فيصحّ حجّه بعدها، ثمّ إنّ

ــــــــــــــــــ

في غير الشهر الذي تمتع فيه. و أما صحيح حفص بن البختري ٤/ ٢٢ فلم يذكر فيه الشهر اصلا فهو سهو من قلم المصنف (قدّس سرّه). و أما مرسل الصدوق و الرضوي ١٠/ ٢٢ اقسام الحج من الوسائل و ١/ ١٨ المستدرك فقد ذكر فيهما شهر الخروج لكن السند ضعيف بالإرسال مع احتمال ما ذكره المصنف (قدّس سرّه) و هو اتصال الخروج بتمام العمرة. و كذا مرسل حفص و أبان ٤/ ٥١ ابواب احرام الوسائل مع احتمال كونه في مقام بيان حكم المقيم بمكة أو المتوطن و كلامنا في المتمتع).

الأشهر الاثنى عشر: هذا هو الأظهر، كما أن الأظهر كون العبرة في مبدء الشهر بالأحلال (فان المتفاهم من اطلاق الشهر هو ما بين الهلالين لا الثلاثون إلاّ فيما قامت قرينة كأشهر العدة لكون العبرة فيها بالمقدار. مع ان حديث اسحاق بن عمار ٩/ ٦ العمرة كالصريح في ذلك، قال عليه السّلام: «السنة اثنى عشر شهرا يعتمر لكل شهر عمرة» و كذلك يستفاد ذلك من ادلة استحباب العمرة في خصوص بعض الشهور كرجب و رمضان فلو اعتمر آخر الشهر ثم خرج و أراد الدخول في اول الشهر بعده يعتمر لشمول دليل لكل شهر عمرة لذلك و ان كان الفصل بيوم. و أما الإعتبار بالإحلال و الفراغ فلظهور كلمة «تمتع» في حديث اسحاق بن عمار في تمامية العمل و الفراغ).

لا يكون موجبا لبطلان عمرته: لا يترك الاحتياط بإتيان عمرة اخرى متمتع بها

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۷

عدم جواز الخروج على القول به إنّما هو في غير حال الضرورة، بل مطلق الحاجة، و أمّا مع الضرورة أو الحاجة مع كون الاحرام بالحجّ غير ممكن أو حرجا عليه فلا إشكال فيه، و أيضا الظاهر اختصاص المنع على القول به بالخروج إلى المواضع البعيدة فلا بأس بالخروج إلى فرسخ أو فرسخين بل يمكن أن يقال بإختصاصه بالخروج إلى خارج

الحرم، و إن كان الأحوط خلافه، ثمّ الظاهر أنّه لا فرق في المسألة بين الحجّ الواجب و المستحبّ، فلو نوى التمتّع مستحبّا ثمّ أتى بعمرته يكون مرتهنا بالحجّ، و يكون حاله في الخروج محرما أو محلاّ، و الدخول كذلك، كالحجّ الواجب، ثمّ إنّ سقوط وجوب الاحرام عمّن خرج محلا و دخل قبل شهر مختصّ بما إذا أتى بعمرة بقصد التمتّع، و أمّا من لم يكن سبق منه عمرة فيلحقه حكم من دخل مكّة في حرمة دخوله بغير الاحرام إلاّ مثل الحطّاب و الحشّاش و نحوهما، و أيضا سقوطه إذا كان بعد العمرة قبل شهر إنّما هو على وجه الرخصة بناء على ما هو الأقوى من عدم

قبل حجه (لقوة احتمال الغاء العمرة السابقة بالخروج محلا و الدخول في غير الشهر و ان كان يحتمل كون الالغاء فيما اتى بالثانية لا مطلقا).

أو الحاجة: (جواز الخروج لمطلق الحاجة لصحيحة حفص و كذا حماد، و اما ترك الاحرام حينئذ فلا يجوز إلاّ مع عدم الامكان أو الحرجيّة لدليل نفي الحرج).

المواضع البعيدة: بل الظاهر كون الملاك هو الخروج عن مكة (لظاهر الصحيحين ١ و ٥/ ٣٢ اقسام الحج).

و المستحب: لكن لو كانت العمرة الاولى ملغاة مع المستحب لا تجب العمرة الثانية حينئذ لعدم وجوب الحج و فساد ما عمل به من العمرة.

سبق منه عمرة: تمتعا و غيره (و على ذلك فمرسل حفص و أبان ٤ و ٥/ ٥١ الاحرام، الظاهر في عدم وجوب الاحرام لمن يخرج لحاجة من الحرم اذا رجع في شهر الخروج، الشامل للقاطن و غيره، محمول على بعض المحامل كما مرّ، و منها الاختصاص بمن دخل مكة معتمرا فخرج ثم اراد الدخول قبل شهر فلا احرام عليه كما في ٦/ ٢٢ اقسام الحج و غيره في الباب و ٥١ الاحرام. كما ان ٥/ ٥١ الإحرام في رجوع الصادق عليه السّلام عن مشايعة والده و دخوله مكة بلا احرام، قضية شخصية لا يعلم كيفيتها).

على وجه الرخصة: على ما مرّ و ان كان الاحتياط لا ينبغي تركه (لإمكان استفادة عدم المشروعية من مثل صحيح ٦/ ٢٢ اقسام الحج لكن مرّ قوة ما في المتن).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۸

اشتراط فصل شهر بين العمرتين، فيجوز الدخول بإحرام قبل الشهر أيضا، ثمّ إذا دخل بإحرام فهل عمرة التمتّع هي العمرة الاولى أو الأخيرة؟ مقتضى حسنة حمّاد أنّها الأخيرة المتّصلة بالحجّ، و عليه لا يجب فيها طواف النساء، و هل يجب حينئذ في الاولى أو لا؟ وجهان أقواهما نعم، و الأحوط الاتيان بطواف مردّد بين كونه للأولى أو الثانية، ثمّ الظاهر أنّه لا إشكال في جواز الخروج في أثناء عمرة التمتّع قبل الاحلال منها.

المسألة ٣: لا يجوز لمن وظيفته التمتّع أن يعدل إلى غيره من القسمين الأخيرين اختيارا، نعم إن ضاق وقته عن إتمام العمرة و إدراك الحجّ جاز له نقل النيّة إلى الإفراد، و أن يأتي بالعمرة بعد الحجّ بلا خلاف، و لا إشكال، و إنّما الكلام في حدّ الضيق المسوّغ لذلك، و اختلفوا فيه على أقوال: أحدها: خوف فوات الاختياريّ من وقوف عرفة. الثاني: فوات الركن من الوقوف الاختياريّ و هو المسمّى منه.

الثالث: فوات الاضطراريّ منه. الرابع: زوال يوم التروية. الخامس: غروبه. السادس: زوال يوم عرفة.

السابع: التخيير بعد زوال يوم التروية بين العدول و الاتمام إذا لم يخف الفوت، و المنشأ اختلاف الأخبار فإنّها مختلفة

أشدّ الاختلاف، و الأقوى أحد القولين الأوّلين، لجملة مستفيضة من تلك الأخبار فإنّها يستفاد منها على اختلاف ألسنتها أنّ المناط في الاتمام عدم خوف فوت الوقوف بعرفة. «منها» قوله عليه السّلام في رواية يعقوب بن شعيب الميثمي: لا بأس للمتمتّع إن لم يحرم من ليلة التروية متى ما تيسّر له ما لم

لا يجب فيها طواف النساء: (لعدم مشروعيته فى عمرة التمتع).

اقواهما نعم: بل الاقوى العدم لكونها لاغية (مع انه لو فرض اتيانه النساء بعد الإحلال و قبل الخروج من مكة فلا وجه للحرمة ثانيا فإنها بلا موجب و لا دليل على انقلاب الاولى الى عمرة مفردة حتى يجب فيها طواف النساء).

لا اشكال في جواز الخروج: فيه منع لظهور بعض الادلة في الارتهان للحج و الاحتباس بمجرد الدخول متمتعا لكن لو عصى و خرج لا يحتاج الى احرام جديد (لظهور مثل صحيح حماد و الحلبي ٦ و ٧/ ٢٢ اقسام الحج فيما ذكرنا).

المسألة ٣: رواية يعقوب: لكن الظاهر انها اجنبية عن المقام فإنها في مقام بيان آخر وقت انشاء احرام الحج و لا يستلزم ذلك كونها آخر الوقت للمتمتع الضائق وقته مع ان خوف فوات الموقفين ظاهر في فوت الكل حتى المسمى فينطبق على الثاني، و الأحسن الاستدلال بصحيحة جميل الآتية ١٥/ ٢٠ اقسام الحج و كذا صحيح الحلبي ٦/ ٢١ الحج سندا و دلالة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۱۹۹

يخف فوات الموقفين، و في نسخة: لا بأس للمتمتع أن يحرم ليلة عرفة الخ. و أمّا الأخبار المحدّدة بزوال يوم التروية أو بغروبه أو بليلة عرفة أو سحرها فمحمولة على صورة عدم إمكان الادراك إلاّ قبل هذه الأوقات، فإنّه مختلف باختلاف الأوقات و الأحوال و الأشخاص، و يمكن حملها على التقيّة إذا لم يخرجوا مع الناس يوم التروية، و يمكن كون الاختلاف لأجل التقيّة كما في أخبار الأوقات للصلوات، و ربما تحمل على تفاوت مراتب أفراد المتعة في الفضل بعد التخصيص بالحجّ المندوب فإنّ أفضل أنواع التمتّع أن تكون عمرته قبل ذي الحجّة، ثمّ ما تكون عمرته قبل يوم التروية، ثمّ ما يكون قبل يوم عرفة، مع أنّا لو أغمضنا عن الأخبار من جهة شدّة اختلافها و تعارضها نقول: مقتضى القاعدة هو ما ذكرنا، لأنّ المفروض أنّ الواجب عليه هو التمتّع، فما دام ممكنا لا يجوز العدول عنه، و القدر المسلّم من جواز العدول صورة عدم إمكان إدراك الحجّ، و اللازم إدراك الاختياريّ من الوقوف، فإنّ كفاية الاضطراريّ منه خلاف الأصل، يبقى الكلام في ترجيح أحد القولين الأوّلين، و لا يبعد رجحان أوّلهما، بناء على كون الواجب استيعاب تمام ما بين الزوال و الغروب بالوقوف، و إن كان الركن هو المسمّى، و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال، فإنّ من جملة الأخبار مرفوع سهل عن أبي عبد اللّه عليه السّلام في متمتّع دخل يوم عرفة، قال: متعته تامّة إلى أن يقطع الناس تلبيتهم، حيث إنّ قطع التلبية بزوال يوم عرفة، و صحيحة جميل: المتمتّع له المتعة إلى زوال الشمس من يوم عرفة، و له الحجّ إلى زوال الشمس من يوم النحر.

و مقتضاهما كفاية إدراك مسمّى الوقوف الاختياريّ، فإنّ من البعيد إتمام العمرة قبل الزوال من عرفة و إدراك الناس في أوّل الزوال بعرفات، و أيضا يصدق إدراك الموقف إذا أدركهم قبل الغروب إلاّ أن يمنع

و أما الاخبار المحدّدة: (مثل ١٤/ ٢١ اقسام الحج و بعضها حدّد بدرك الناس بمنى كما في ٣/ ٢٠ اقسام الحج، و في

بعضها يوم التروية- لا خصوص الزوال أو الغروب- كما في ٩ و ١١ و ١٥/ ٢١ اقسام الحج، و في بعضها غروبه مثل ١٠ و ١١/ ٢٠ اقسام الحج، و في بعضها سحر يوم عرفة مثل ٩/ ٢٠ أو دخول يوم عرفة مثل ٨/ ٢١).

في ترجيح احد القولين: بعد عدم امكان التخيير و ان قيل، لنفي احدهما الآخر صريحا.

رجحان اولهما: بل الثاني.

مرفوع سهل: (٧/ ٢٠ اقسام الحج و كذا صحيح الحلبي كما مرّ ٦/ ٢١ اقسام الحج، و ايضا خبر محمد بن مسرور كما في الوسائل ١٦/ ٢٠ اقسام الحج أو محمد بن سرد أو سرو كما في التهذيب لكنه مجهول، و صحيح جميل ١٥/ ٢٠ اقسام الحج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٠٠

الصدق فإنّ المنساق منه إدراك تمام الواجب. و يجاب عن المرفوعة و الصحيحة بالشذوذ كما ادّعي، و قد يؤيّد القول الثالث و هو كفاية إدراك الاضطراريّ من عرفة بالأخبار الدالّة على أنّ من يأتي بعد إفاضة الناس من عرفات و أدركها ليلة النحر ثمّ حجّه، و فيه أنّ موردها غير ما نحن فيه و هو عدم الادراك من حيث هو، و فيما نحن فيه يمكن الادراك، و المانع كونه في أثناء العمرة، فلا يقاس بها، نعم لو أتمّ عمرته في سعة الوقت ثمّ اتّفق أنّه لم يدرك الاختياريّ من الوقوف كفاه الاضطراريّ، و دخل في مورد تلك الأخبار، بل لا يبعد دخول من اعتقد سعة الوقت فأتمّ عمرته ثمّ بان كون الوقت مضيّقا في تلك الأخبار، ثمّ إنّ الظاهر عموم حكم المقام بالنسبة إلى الحجّ المندوب و شمول الأخبار له، فلو نوى التمتّع ندبا و ضاق وقته عن إتمام العمرة و إدراك الحجّ جاز له العدول إلى الافراد، و في وجوب العمرة بعده إشكال و الأقوى عدم وجوبها، و لو علم من وظيفته التمتّع ضيق الوقت عن إتمام العمرة و إدراك الحجّ قبل أن يدخل في العمرة هل يجوز له العدول من الأوّل إلى الافراد؟ فيه إشكال، و إن كان غير بعيد و لو دخل في العمرة بنيّة التمتّع في سعة الوقت و أخّر الطواف و السعي متعمّدا إلى ضيق الوقت ففي جواز العدول و كفايته إشكال و الأحوط العدول و عدم الاكتفاء إذا كان الحجّ واجبا عليه.

بالشذوذ: لا نسلم.

مضيقا في تلك الأخبار: بل يكفي له درك الوقوف الاضطراري أي ليلة العيد في عرفات، فان موضوع العدول في الروايات هو الخوف، و هذا كان معتقدا سعة الوقت. (فان العدول خلاف القاعدة و يحتاج الى دليل).

و الاقوى عدم: (اذ الأمر بالعمرة المفردة بعد حج الإفراد في هذه الروايات مثل صحيح ٦/ ٢١ اقسام الحج ليس لبيان وجوب العمرة مطلقا و لو كان التمتع استحبابيا بل لبيان امكان اتيان العمرة لمن تجب عليه. و اما اصل عموم الحكم للندب ايضا فلإطلاق روايات الباب).

و ان كان غير بعيد: بل بعيد، فان ادلة العدول لا تشمل ما علم ضيق الوقت عن الاتمام قبل الشروع في العمرة فحينئذ ان كان ضيق الوقت بسوء اختياره في التأخير فيستقر حج التمتع عليه فيحج في السنة القادمة و إلاّ فينكشف عدم الوجوب عليه من الأول حتى اذا كان ذلك بعد السفر و تقرب الميقات.

و الاحوط العدول: بل العدول خلاف الاحتياط لإحتمال عدم المشروعية، بل الاحوط الاتمام بقصد الاعم من عمرة التمتع ثم ادراك الوقوف الاضطراري، و من

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٠١

المسألة ٤: اختلفوا في الحائض و النفساء إذا ضاق وقتهما عن الطهر و إتمام العمرة و إدراك الحجّ على أقوال: أحدها: أنّ عليهما العدول إلى الافراد و الاتمام، ثمّ الاتيان بعمرة بعد الحجّ لجملة من الأخبار. الثاني: ما عن جماعة من أنّ عليهما ترك الطواف، و الاتيان بالسعي، ثمّ الإحلال و إدراك الحجّ و قضاء طواف العمرة بعده، فيكون عليهما الطواف ثلاث مرّات: مرّة لقضاء طواف العمرة، و مرّة للحجّ، و مرّة للنساء، و يدلّ على ما ذكروه أيضا جملة من الأخبار. الثالث: ما عن الاسكافيّ و بعض متأخّري المتأخّرين من التخيير بين الأمرين للجمع بين الطائفتين بذلك. الرابع: التفصيل بين ما إذا كانت حائضا قبل الاحرام فتعدل، أو كانت طاهرا حال الشروع فيه ثمّ طرأ الحيض في الأثناء فتترك الطواف و تتمّ العمرة و تقضي بعد الحجّ، اختاره بعض بدعوى أنّه مقتضى الجمع بين الطايفتين، بشهادة خبر أبي بصير سمعت أبا عبد اللّه عليه السّلام يقول: في المرأة المتمتّعة إذا أحرمت و هي طاهر ثمّ حاضت قبل أن

عمرة مفردة ثم الحج افرادا، ثم يأتي الحج على وظيفته في العام القابل (فان الاحتمالات ثلاثة شمول ادلة العدول على ما اصرّ عليه الحكيم (قدّس سرّه) و لم يستبعده الگلپايگاني (قدّس سرّه) قياسا بأمثاله من الأبدال الاضطرارية كما في باب الصلاة و الوضوء كمن اراق الماء عمدا فينتقل الى التيمم، و فيه: ان دليل لا تترك الصلاة بحال (مضمون ٥/ ١ الاستحاضة) موجود فيه بخلاف المقام، و احتمال الاتمام و ادراك الوقوف الاضطراري بعرفة أو المشعر، و فيه: ان دليله مثل روايات ٢٣ من وقوف المشعر، ايضا فيما كان الاضطرار طبعا لا عمدا، و احتمال جعل العمرة مفردا فتبطل عمرته المتمتع بها لا اصل احرامه، و احتمال بطلان العمرة و الاحرام فانه قصد التمتع، و صحيحه ما كان متعقبا بالطواف في سنته، فالاحوط ما ذكرنا. و ان كان الأظهر في النظر هو البطلان، لكن هذا الاحتياط ليس حرجا عليه بعد كونه بعد الاحرام).

المسألة ٤: القول الاول: على الاحوط مطلقا و على الاقوى فيما كانت حائضا قبل الاحرام، و أما اذا طرء الحيض بعد الاحرام فيمكن القول بأنها متخيرة بين العدول أو إتمام العمرة مع ترك الطواف ثم قضائه بعد الحج، لكن لا يترك الاحتياط بإختيار العدول (لموافقة المشهور و ترجيح هذه الفرقة من الروايات، و ان كان مقتضى الصناعة ما ذكرنا من التفصيل للجمع بين الروايات: ٢/ ٢١ اقسام الحج فإنها مطلقة تشمل صورة الحيض قبل الاحرام و ١/ ٤٩ الإحرام في خصوص ذلك و كذا ١/ ٩١ الطواف و يؤيد بخبري ابي بصير ٥/ ٨٤ الطواف.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٠٢

تقضي متعتها سعت و لم تطف حتّى تطهر، ثمّ تقضي طوافها و قد قضت عمرتها، و إن أحرمت و هي حائض لم تسع و لم تطف حتّى تطهر. و في الرضويّ عليه السّلام: إذا حاضت المرأة من قبل أن تحرم إلى قوله عليه السّلام: و إن طهرت بعد الزوال يوم التروية فقد بطلت متعتها، فتجعلها حجّة مفردة، و إن حاضت بعد ما أحرمت سعت بين الصفا و المروة و فرغت من المناسك كلّها إلاّ الطواف بالبيت، فإذا طهرت قضت الطواف بالبيت و هي متمتّعة بالعمرة إلى الحجّ، و عليها طواف الحجّ و طواف العمرة و طواف النساء. و قيل في توجيه الفرق بين الصورتين: أنّ في الصورة الأولى لم تدرك شيئا من أفعال العمرة طاهرا فعليها العدول إلى الافراد، بخلاف الصورة الثانية فإنّها أدركت بعض

أفعالها طاهرا فتبني عليها و تقضي الطواف بعد الحجّ، و عن المجلسيّ في وجه الفرق ما محصّله: أنّ في الصورة الاولى لا تقدر على نيّة العمرة لأنّها تعلم أنّها لا تطهر للطواف و إدراك الحجّ، بخلاف الصورة الثانية، فإنّها حيث كانت طاهرة وقعت منها النيّة و الدخول فيها. الخامس: ما نقل عن بعض من أنّها تستنيب للطواف ثمّ تتمّ العمرة و تأتي بالحجّ، لكن لم يعرف قائله و الأقوى من هذه الأقوال هو القول الأوّل للفرقة الأولى من الأخبار التي هي أرجح من الفرقة الثانية لشهرة العمل بها دونها، و أمّا القول الثالث و هو التخيير فإن كان المراد منه الواقعيّ بدعوى كونه مقتضى الجمع بين الطائفتين ففيه أنّهما يعدّان من المتعارضين، و العرف لا يفهم التخيير منهما، و الجمع الدلاليّ فرع فهم العرف من ملاحظة الخبرين ذلك، و إن كان المراد التخيير الظاهريّ العمليّ، فهو فرع مكافئة الفرقتين، و المفروض أنّ الفرقة الأولى أرجح من حيث شهرة العمل بها، و أمّا التفصيل المذكور فموهون بعدم العمل، مع أنّ بعض أخبار القول الأوّل ظاهر في صورة كون الحيض بعد الدخول في الاحرام، نعم لو فرض كونها حائضا حال الاحرام و عالمة بأنّها لا تطهر لإدراك الحجّ يمكن أن يقال: يتعيّن عليها العدول إلى الإفراد من الأوّل، لعدم فائدة في الدخول في العمرة، ثمّ العدول إلى الحجّ، و أمّا القول الخامس فلا وجه له و لا له قائل معلوم.

هذا في الصورة الاولى موافقا للمشهور و أما الصورة الثانية فمصحح اسحاق بن عمار ۱۳/ ۲۱ اقسام الحج يدل على العدول، و صحيح العلاء و صحيح عجلان ۱ و ۲/ ۸٤ الطواف على حفظ التمتع و تأخير الطواف و الجمع يقتضي التخيير بالتصرف في الهيئة بعد عدم امكان التصرف بالإطلاق و التقييد في المادة. مؤيدا بذيل خبري ابي بصير ۵/ ۸٤ و عجلان على ما يستفاد من رجال ابي علي ثقة فليس قول الحكيم (و تبعه بعض اهل العصر) بالضعف فيه مسلما، كما ان التحديد بيوم التروية في بعض روايات الصورة الثانية لا يضر بسائر الفقرات. و بما ذكرنا في المدعى و الدليل يظهر ضعف

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۳

المسألة ۵: إذا حدث الحيض و هي في أثناء طواف عمرة التمتّع فإن كان قبل تمام أربعة أشواط بطل طوافه على الأقوى، و حينئذ فإن كان الوقت موسّعا أتمّت عمرتها بعد الطهر، و إلاّ فلتعدل إلى حجّ الإفراد، و تأتي بعمرة مفردة بعده، و إن كان بعد تمام أربعة أشواط فتقطع الطواف، و بعد الطهر تأتي بالثلاثة الاخرى و تسعى و تقصّر مع سعة الوقت، و مع ضيقه تأتي بالسعي و تقصّر ثمّ تحرم للحجّ و تأتي بأفعاله ثمّ تقضي بقيّة طوافها قبل طواف الحجّ أو بعده، ثمّ تأتي ببقيّة أعمال الحجّ، و حجّها صحيح تمتّعا، و كذا الحال إذا حدث الحيض بعد الطواف و قبل صلاته.

سائر الأقوال، و أما الخامس فهو و ان كان على القاعدة لكن تساقط الروايات غير ظاهر مع عدم دليل على الاستنابة، و أما سرّ الاحتياط فموافقة المشهور).

المسألة ۵: بطل على الاقوى: (وفاقا للمشهور، و لذلك ينجبر ضعف الروايات مثل ٤/ ۸۵ الطواف و هي ضعيفة بإبراهيم لو كان النهاوندي و الاّ فهو مجهول و ۲/ ۸٦ الطواف و هي ايضا ضعيفة بأبي اسحاق و الارسال و ۲/ ۸۵ و هي مرسلة و ۱/ ۸۵ و هي ضعيفة بسلمة بن الخطاب مؤيدة بروايات حدوث الحدث في اثناء الطواف.

و أما تمسك الصدوق (قدّس سرّه) في الفقيه للصحة و جواز اتمام الطواف بعد الظهر بصحيح محمد بن مسلم و

ترجيحه على غيره سندا و لأن فيه الرّخصة و الرحمة، الفقيه ٢: ٢٤١، ففيه: ان الصحيح يحمل على النافلة بقرينة سائر الأدلة كما ان في سائر الأحداث اذا احدث الطائف في النافلة قبل النصف بنى عليه و في الفريضة بطل الطواف.

على ان الطواف عمل واحد و يعتبر فيه الموالاة و لو اريد الاحتياط فيتم بعد الظهر ثم يأتي بطواف كامل على حدة أو يأتي بطواف كامل بقصد الأعم من الاتمام و التمام).

بعد الطهر تأتي: (للشهرة و ان كان الدليل فيه ضعف كما مرّ و اختار الخوئي (قدّس سرّه) البطلان لضعف السند بخلاف الحدوث بعد تمام الطواف فانه يقبله و فيه جبر الشهرة).

أو بعده: و الأحوط ان يكون قبل (طبقا لصحيح علاء ١/ ٨٤ الطواف).

و كذا الحال: (فان الطواف لا يبطل بالحيض اللاحق و لا يضرّ الفصل بينه و صلاته للعذر كسائر الاعذار في ذلك، هذا مع صحيح زرارة ١/ ٨٨ الطواف و كذا صحيح معاوية ١/ ٨٩ الطواف بالإطلاق، و أما احتمال العدول الى الافراد فلا يتأتى هنا فإنه في العاجز عن الطواف لا الصلاة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۴

(١٠- فصل في المواقيت)

و هي المواضع المعيّنة للاحرام، اطلقت عليها مجازا أو حقيقة متشرعيّة، و المذكور منها في جملة من الأخبار خمسة، و في بعضها ستّة، و لكن المستفاد من مجموع الأخبار أنّ المواضع التي يجوز الاحرام منها عشرة: أحدها: ذو الحليفة، و هي ميقات أهل المدينة و من يمرّ على طريقهم، و هل هو مكان فيه مسجد الشجرة أو نفس المسجد؟ قولان و في جملة من الأخبار أنّه هو الشجرة، و في بعضها أنّه مسجد الشجرة و على أيّ حال فالأحوط الاقتصار على المسجد إذ مع كونه هو المسجد فواضح، و مع كونه مكانا فيه المسجد فاللازم حمل المطلق على المقيّد، لكن مع ذلك الأقوى جواز الاحرام من خارج المسجد و لو اختيارا، و إن قلنا: إنّ ذا الحليفة هو المسجد، و ذلك لأنّه مع الاحرام من جوانب المسجد يصدق الاحرام منه

في المواقيت

أو حقيقة متشرعة: (و يظهر من الصحاح و القاموس ان الاطلاق على هذه المواضع حقيقة لغوية لكن الأظهر ارادتهما الاستعمال في ذلك لا الحقيقة).

فالاحوط: (بل لا يخلو عن قوة نظرا الى نفس ادلّة الباب لظهور صحيح علي بن رئاب و صحيح الحلبي ٣ و ٧/ ١ المواقيت في كون ذي الحليفة و الشجرة و مسجد الشجرة واحدا. و أما احتمال كون المراد من مسجد الشجرة مجموع البقعة و المنطقة نظير التسمية بمسجد سليمان كما قال الخوئي (مدّ ظلّه) فيه: انه خلاف ظاهر الاطلاق ما لم يدل دليل كما انه خلاف اطلاق العرف اليوم في كلمة مسجد الشجرة. و اما استدلال المتن بحمل المطلق على المقيد، ففيه: انه لم يرد امر بالإحرام من مسجد الشجرة ليكون مقيدا للمطلق بل الظاهر كما قلنا انه و الشجرة و ذو الحليفة اسامي لمكان واحد، و أما الاشكال على المتن بأنه من الكل و الجزء لا الكلي و الجزئي حتى يمكن فيه الاطلاق و التقييد كما قال الحكيم (قدّس سرّه) و اشار اليه النجفي (قدّس سرّه) ففيه امكان جريان الاطلاق و التقييد في الشخصيات ايضا بحسب الاحوال ففي المقام نقول: الاحرام لا يلزم من كل جزء بل من كل ما صدق عليه الاسم و هو مطلق المكان من

المنطقة فيمكن تقييده بلزوم الصدق المقيد، هذا و لكن لا يبعد الجواز من جهة الدليل في الحائض و إلحاق سائر ذوي الاعذار به).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۵

عرفا، إذ فرق بين الأمر بالاحرام من المسجد، أو بالاحرام فيه هذا مع إمكان دعوى أنّ المسجد حدّ للاحرام فيشمل جانبيه مع محاذاته، و إن شئت فقل المحاذاة كافية و لو مع القرب من الميقات.

المسألة ١: الأقوى عدم جواز التأخير إلى الجحفة و هي ميقات أهل الشام اختيارا، نعم يجوز مع الضرورة لمرض أو ضعف أو غيرهما من الموانع، لكن خصّها بعضهم بخصوص المرض و الضعف لوجودهما في الأخبار فلا يلحق بهما غيرهما من الضرورات، و الظاهر إرادة المثال. فالأقوى جوازه مع مطلق الضرورة.

منه عرفا: لا يترك الاحتياط بالإحرام من داخل المسجد (لإختلاف الموارد في الاطلاقات فان بعض الاطلاقات وارد عرفا في العمل من داخل المكان، فاذا قيل:

كن مع فلان من المسجد الكذائي الى كذا فلعل الظاهر ارادته من داخل المسجد و كذا داوم الذكر الفلاني من مسجد كذا الى كذا. فالحاصل: ان الميقات هو المسجد و الاحوط كون الاحرام من داخل المسجد و ان كان يمكن ان يقال المسجد اخذ في الدليل مبدءا لا ظرفا لكن يلزم الاتصال أي كون الاحرام من جوانبه المتصلة).

مع محاذاته: (اذ المتفاهم من ذكر المواقيت لحاظ حريم البعد عن مكة كما مرّ، و يمكن وجود جهات مرجحة في بعض هذه المواقيت أو كلها كما ان ذا الحلفية كان فيه حلف أو حلوف اجتماعية على الاظهر فالنظر ليس الى خصوص داخل المكان جمودا على بعض خصوصيات اللفظ فلا يبعد عدم اللزوم من داخل المسجد، لكن لا يترك الاحتياط كما مرّ، سيما و ان قوله بكفاية المحاذاة القربى لعله يشمل امام المسجد ايضا كالخلف).

المسألة ١: مع مطلق الضرورة: من جهة الحرج أو الضرر البدني المحرم (وفاقا للخوئي و المشهور فانه وجه الجمع بين مثل صحيح علي بن جعفر ١/ ٥ المواقيت حيث يدل على جواز الاحرام من الجحفة اختيارا بالاطلاق و مثله ١ و ٦/ ٣ المواقيت و بين مثل ٢ و ٣ و ١/ ٩ المواقيت حيث تدل على عدم جواز العبور محلا من المواقيت و مثل ٤ و ٦/ ٥ المعتبر ان الدالان على اختصاص الجواز بالعليل او الضعيف و مثل رواية ابراهيم ١/ ٨ المواقيت الدال على عدم الجواز حتى في البرد و نحوه. و أما الحرج فيرفع الحكم اي لزوم الاحرام من ذي الحليفة فيجوز من الجحفة بالادلة المطلقة غير المخصصة حينئذ. و كذا الضرر البدني المحرّم و أما اليسير غير المحرّم فغير ملتفت اليه كوجع دقائق مثلا و اما الضرر المالي غير الحرجي فلا دليل على رافعيته.

لكن العلة و المرض تشمل مثل الحيض ايضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۶

المسألة ٢: يجوز لأهل المدينة و من أتاها، العدول إلى ميقات آخر كالجحفة أو العقيق، فعدم جواز التأخير إلى الجحفة إنّما هو إذا مشى من طريق ذي الحليفة، بل الظاهر أنّه لو أتى إلى ذي الحليفة ثمّ أراد الرجوع منه و المشي من طريق آخر جاز، بل يجوز أن يعدل عنه من غير رجوع، فإنّ الّذي لا يجوز هو التجاوز عن الميقات محلا، و إذا عدل إلى

طريق آخر لا يكون مجاوزا، و إن كان ذلك و هو في ذي الحليفة، و ما في خبر إبراهيم بن عبد الحميد من المنع عن العدول إذا أتى المدينة مع ضعفه منزّل على الكراهة.

المسألة ٣: الحائض تحرم خارج المسجد على المختار، و يدلّ عليه مضافا إلى ما مرّ مرسلة يونس في كيفيّة إحرامها و لا تدخل المسجد و تهلّ بالحجّ بغير صلاة، و أمّا على القول بالاختصاص بالمسجد فمع عدم

المسألة ٢: لا يكون مجاوزا: فيه اشكال بل منع ثم في مورد جواز العبور محلا لمرض و نحوه فالاحوط بل لا يخلو عن قوة الاحرام من الجحفة لا سائر المواقيت، و أما اذا لم يتمكن من الاحرام في ذي الحليفة اصلا فلا فرق بين المواقيت بالنسبة اليه (الاشكال و المنع في مورد المسألة لدعوى صدق التجاوز و لا يجوز إلاّ محرما و لا يلزم استقامة العبور في صدق التجاوز فاذا وصل الى الميقات ثم عدل الى اليمين أو اليسار ايضا صدق التجاوز عنه و لا وجه لحمل خبر ابراهيم ٨/١ المواقيت على الكراهة بعد غضب الامام لذلك، نعم في السند جعفر بن محمد بن حكيم و لم يوثق، و أما لزوم الاحرام من الجحفة لمن لم يحرم من ذي الحليفة جوازا كالمريض فلظهور مثل صحيح ١/٥ المواقيت في انحصار ميقات اهل المدينة في ذي الحليفة و الجحفة و ظهور مثل ٥ و ٦/٤ المواقيت ايضا في تعين الجحفة للعليل و نحوه).

المسألة ٣: مرسلة يونس: ليس فيها ارسال فلا بأس بالعمل بها و لا يبعد الحاق سائر ذوي الاعذار بالحائض ايضا (راجع ٤٨/٢ الاحرام و احتمال ارادة احرام الحج فقط لا يصل الى حدّ يدفع ظهور الصدر: «... عن الحائض تريد الاحرام ... و لا تدخل المسجد ...». فقوله عليه السّلام: «و تهل بالحج بغير الصلاة» يراد من الحج المعنى الشامل للعمرة و يستفاد حكم المقام من صحيح ٤٩/١ الاحرام ايضا الوارد في احرام اسماء بنت عميس و قد نفست بمحمد بن ابي بكر و قد أحرمت مع النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أي من خارج مسجد الشجرة بحسب ما نفهم من عمق القضية بعد عدم جواز الورود في المسجد بل لعله مقتضى القاعدة بعد عدم امكان الاحرام من نفس المسجد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٠٧

إمكان صبرها إلى أن تطهر تدخل المسجد و تحرم في حال الاجتياز إن أمكن، و إن لم يمكن لزحم أو غيره أحرمت خارج المسجد و جدّدت في الجحفة أو محاذاتها.

المسألة ٤: إذا كان جنبا و لم يكن عنده ما جاز له أن يحرم خارج المسجد، و الأحوط أن يتيمّم للدخول و الاحرام، و يتعيّن ذلك على القول بتعيين المسجد، و كذا الحائض إذا لم يكن لها ماء بعد نقائها. الثاني: العقيق و هو ميقات أهل نجد و العراق و من يمرّ عليه من غيرهم. و أوّله المسلخ، و أوسطه غمرة، و آخره ذات عرق، و المشهور جواز الاحرام من جميع مواضعه اختيارا، و أنّ الأفضل الاحرام من المسلخ ثمّ من غمرة، و الاحوط عدم التأخير إلى ذات عرق إلاّ لمرض أو تقيّة، فإنّه ميقات العامّة، لكنّ الأقوى ما هو المشهور، و يجوز في حال التقيّة الاحرام من أوّله قبل ذات عرق سرّا من غير نزع ما عليه من الثياب إلى ذات عرق ثمّ إظهاره و لبس ثوبي الاحرام هناك، بل هو الأحوط و إن أمكن تجرّده و لبس الثوبين سرّا ثمّ نزعهما و لبس ثيابه إلى ذات عرق ثمّ التجرّد و لبس الثوبين فهو أولى. الثالث: الجحفة و هي

في حال الاجتياز: و الاحوط ترك ذلك فان المتيقن من جواز الاجتياز هو اتخاذ المسجد معبرا طبقا للآية: **إلا عابري سبيل** لا مثل ذلك (وفاقا للخوئي إلاّ ان يقصد العبور).

و جدّدت في الجحفة: و الاحوط نفسها لا محاذاتها و يجوز التأخير الى الجحفة ايضا (لشمول العلة للحيض عرفا راجع ٤/ ٦ المواقيت).

المسألة ٤: و الاحوط ان يتيمم: بل الاحوط الاحرام خارج المسجد متصلا به على القول بجواز ذلك بل المتعين ذلك عليه، كما ان المتعين على القول الأخر هو التيمم لتدخل المسجد و تحرم (لا التأخير الى الجحفة كما عن المستند).

العقيق ... جميع مواضعه اختيارا: لا يترك الاحتياط بالاحرام من المسلخ و يجوز من ذات عرق ايضا على كراهة فلا مورد للتقية (الأظهر حسب الجمع بين الروايات ١ و ٢ و ٣ المواقيت و ٨/ ٢٢ اقسام الحج ان العقيق اسم لمنطقة شاملة لأوله أي بريد البعث قبل المسلخ بستة اميال مما يلي العراق ثم المسلخ ثم غمرة ثم آخره ذات عرق و أما الاحرام فلا يصح قبل المسلخ و لعل تسميته به ايضا لسلخ الثياب و الظاهر الجواز حتى من ذات عرق مع نوع حزازة.

و أما مكاتبة الحميري و اصرار الامام عليه السّلام بالاحرام قبل ذات عرق مع اعمال نوع من التقية بحيث لا يفهم المخالف، فالسند بحسب طريق الاحتجاج ضعيف ١٠/ ٢ المواقيت بالإرسال و على طريق الشيخ بجهالة احمد بن ابراهيم النوبختي (ص ٢٣٥ غيبة الشيخ. ط نجف). و على ما ذكرنا من جواز

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۸

لأهل الشام و مصر و مغرب و من يمرّ عليها من غيرهم إذا لم يحرم من الميقات السابق عليها. الرابع: يلملم و هو لأهل اليمن. الخامس: قرن المنازل و هو لأهل الطائف. السادس: مكّة و هي لحجّ التمتّع.

الاحرام من ذات عرق لا مورد للتقية حينئذ، و لكن لو قلنا بعدم الجواز فقد احتاط الماتن بالاحرام سرا قبل ذات عرق ثم النزع و لبس ثيابه الى ذات عرق ثم التجرد أيضا وفقا لهم، و فيه: انه لو قلنا بكون لبس ثوبي الاحرام من مقومات الاحرام فهو غير متمكن من الاحرام ان لم يتمكن من تجرده عن لباسه و لبس ثوبي الاحرام و لو مع النزع فورا، و لو قلنا بأن لبس ثوبي الاحرام ليس مقوما لحقيقة الاحرام بل واجب مستقل فينوي في نفسه و يلبي و لا شيء عليه لمكان التقية لكن عليه الكفارة للبس المخيط، و لو كان مكاتبة الحميري معتبرة لم يكن عليه الكفارة لسكوت الامام عليه السّلام لكن عرفت ضعف السند، إلاّ أن يقال: التقية ترفع كل الآثار و منها الكفارة و هذا اظهر، فان التقية في كل شيء يضطر اليه الشخص و هذا اظهر خلافا للگلپايگاني و الخوئي (قدّس سرّهما) هنا و في بحثه في التقية مستوفا في الطهارة. لكن نفس نزع لباس الاحرام و لبس مخيطه خلاف الاحتياط بل لا يجوز اختيارا فكيف جعله اولى. ثم فرض التقية ايضا فيما ذكر يحتاج الى التأمل اذ المنقول عن العامة جميعهم جواز الاحرام قبل الميقات نعم هذه فتاويهم و لعل العمل غير الفتوى فالتقية بحسب العمل و الاشتهار).

لأهل اليمن: بل لكل من يمرّ عليه كما ان اهل اليمن يمكنهم المرور احيانا من قرن المنازل فيحرمون منها (و الفصل بين مكة و يلملم قرب خمس و تسعين كيلو مترا لكن الظاهر ان الناس الآن لا يمرون على جبل يلملم- إلاّ أهل الأطراف و نواحيه- بل على محاذيه، و الفصل بين مكة و المحاذي ليلملم بحسب الطريق الجديد قرب خمسين كيلو مترا).

لأهل الطائف: أو كل من يمر عليه (راجع الباب ١ و غيره من المواقيت).
مكة و هي لحج التمتع: كما في روايات كثيرة و في بعضها من المسجد و في الآخر من الكعبة و ثالث من رحله أو شوارع مكة و الحاج مخير في ذلك (٥٢ الاحرام و ٢١ المواقيت و التخيير كما في صحيح عمرو بن حريث ٢/ ٢١ المواقيت. و اما معتبرة اسحاق بن عمار ٨/ ٢٢ اقسام الحج الظاهرة في كون ميقات الحج ذات عرق ففيها نوع تشويش و اضطراب مع ان الخروج قبل الحج غير جائز بلا احرام فكيف خرج عليه السّلام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۰۹

السابع: دويرة الأهل، أي المنزل، و هي لمن كان منزله دون الميقات إلى مكّة، بل لأهل مكّة أيضا على

دون الميقات الى مكة: لا يبعد ان يكون الملاك كون منزله بالنظر الى الخارج عن مكة قبل الميقات و دونه الى مكة و انه اذا كان الميقات خلفه فميقاته منزله و اذا كان الميقات قدامه فميقاته الميقات، و الفرق ان مقتضى رعاية القرب الى مكة مطلقا لزوم رعاية القرب و بعد المسافة و لو لم يكن الميقات خلفه و قدامه فاذا كان منزله على رأس خمسة فراسخ مثلا من مكة و كان أحد المواقيت على رأس فرسخين مثلا لزم الذهاب الى الميقات و الاحرام منه و ان لم يكن قدامه بل بأحد جانبيه مثلا، فنحن نقبل ان الملاك هو رعاية النسبة الى مكة كما هو المشهور لا عرفات مثلا كما عن الشهيد الثاني و غيره لكن النسبة ليست نسبة القرب و البعد مسافة مطلقا بل نسبة القدامية و الخلفيّة و اذا كان منزله بين الميقاتين كما بين مسجد الشجرة و الجحفة فالجحفة قدامه فيلزم الاحرام منه (لظهور روايات الباب ١٧ المواقيت فيما ذكرنا. و قد ورد في الباب ٦ المواقيت ان من اخّر الاحرام من مسجد الشجرة يحرم من الجحفة).
بل لأهل مكة ايضا: محلّ تأمل، و الاحوط الجمع (لعدم شمول النصوص فانها ظاهرة فيمن كان منزله بعد الميقات قبل مكة حتى مرسل الفقيه الذي استدل به للمقام ٦/ ١٧ المواقيت: «عن رجل منزله خلف الجحفة من اين يحرم؟ قال عليه السّلام من منزله» و النبوي عن البيهقي ٢٩: ٥: «و من كان دونهنّ فمهلّه من أهله» فان موضوع الحكم فيهما ايضا كون المنزل خلف الجحفة و دون الميقات، و لا ريب في رعاية النسبة في مفهوم هاتين الكلمتين ايضا أي الخلفية بالنسبة الى مكة مثلا و الاّ فيمكن لحاظ ان الجحفة خلف منزله بالشروع من طرف آخر. و اذا كان كذلك فمنزله خارج مكة. و الشهرة المحققة في المقام لا يفيد لإحتمال الاستناد الى الرواية قويا مع ان مقتضى الصحيحين ابي فضل سالم الحناط و عبد الرحمن بن حجاج ٥ و ٦/ ٩ اقسام الحج لزوم احرام المجاور من جعرانة و باطلاقهما يشملان من انتقل فرضه ايضا فانه مجاور، نعم لا يشمل المتولد في مكة لكن نعلم ان المجاور المتوطن و المتولد المتوطن حكمهما واحد، و من البعيد جدا الحكم بلزوم احرام المجاور المقيم بعد عشرين سنة أو أكثر من الجعرانه و المتولد في مكة من مكة فان حكمهما في باب الوطنية في الفقه واحد، و الاحوط للمتولد المتوطن الاحرام من المنزل أو الجعرانة ثم تجديده في آخر،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۰

المشهور الأقوى و إن استشكل فيه بعضهم فإنّهم يحرمون لحجّ القران و الافراد من مكّة، بل و كذا المجاور الّذي انتقل فرضه إلى فرض أهل مكّة، و إن كان الأحوط إحرامه من الجعرانة و هي أحد مواضع أدنى الحلّ، للصحيحين الواردين

فيه، المقتضي إطلاقهما عدم الفرق بين من انتقل فرضه أو لم ينتقل، و إن كان القدر المتيقّن الثاني، فلا يشمل ما نحن فيه، لكن الأحوط ما ذكرنا عملا بإطلاقهما، و الظاهر أنّ الاحرام من المنزل للمذكورين من باب الرخصة، و إلاّ فيجوز لهم الاحرام من أحد المواقيت، بل لعلّه أفضل، لبعد المسافة و طول زمان الاحرام.

الثامن: فخّ و هو ميقات الصبيان في غير حجّ التمتّع عند جماعة بمعنى جواز تأخير إحرامهم إلى هذا المكان، لا أنّه يتعيّن ذلك، و لكن الأحوط ما عن آخرين من وجوب كون إحرامهم من الميقات، لكن لا يجرّدون إلاّ في فخّ، ثمّ إنّ جواز التأخير على القول الأوّل إنّما هو إذا مرّوا على طريق المدينة، و أمّا إذا سلكوا طريقا لا يصل إلى فخّ فاللازم إحرامهم من ميقات البالغين. التاسع: محاذاة أحد المواقيت الخمسة،

بل لا يترك الاحتياط بذلك. و هو لم يتعرض لحكم المتولد المتوطن).

لحج القرآن و الافراد: أو لحج التمتع ندبا (وفاقا للخونساري (قدّس سرّه) لعدم قيد في النصوص بالقران و الافراد، و صرف تعين ذلك الحج عليهم واجبا لا يوجب الانحصار مطلقا حتى الندب).

فخ: قريب من مكة استشهد فيه الحسين بن علي سبط الحسن المجتبى عليه السلام سنة ١٦٩ هجرية.

لكن الأحوط ما عن آخرين: بل لعله الأظهر (لعدم ذكر الاحرام في صحيحتي ايوب و علي بن جعفر عليه السّلام ١٨ المواقيت فان المذكور فيهما صرف تجريد الصبيان من البستهم، و لا نسلم كون ذلك كناية عن الاحرام، كما ان صحيح معاوية ٣/ ١٧ اقسام الحج في الذهاب بالصبيان الى الجحفة ايضا غير مربوط بالاحرام من الجحفة و لذلك ذكر بطن مرّ ايضا في جنب الجحفة مع انه ليس ميقاتا قطعا، فهذه النصوص مربوطة بالترخيص لهم في عدم نزع المخيط و بالإطلاق المقامي يدل على عدم لزوم الكفارة ايضا. و اما خبر يونس بن يعقوب ٧/ ١٧ اقسام الحج فهو في الاحرام بهم من الجحفة أو العرج لكن لم يقل أحد بكون العرج ميقاتا على انه ضعيف سندا لعدم توثيق والد يونس. و كيف كان فالاحوط، احرامهم من احدى المواقيت بل لا يخلو عن قوة و لكن يجوز لهم تأخير نزع الثياب بلا كفارة).

محاذاة احد المواقيت: لكنه في محاذاة غير الشجرة من المواقيت، لا ينبغي ترك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۱

و هي ميقات من لم يمرّ على أحدها، و الدليل عليه صحيحتا ابن سنان، و لا يضرّ اختصاصهما بمحاذاة مسجد الشجرة بعد فهم المثاليّة منهما، و عدم القول بالفصل، و مقتضاهما محاذاة أبعد الميقاتين إلى مكّة إذا كان في طريق يحاذي اثنين، فلا وجه للقول بكفاية أقربهما إلى مكّة، و تتحقّق المحاذاة بأن يصل في طريقه إلى مكّة إلى موضع يكون بينه و بين مكّة باب و هي بين ذلك الميقات و مكّة بالخطّ المستقيم، و بوجه آخر أن يكون الخطّ من موقفه إلى الميقات أقصر الخطوط في ذلك الطريق، ثمّ إنّ المدار على صدق المحاذاة عرفا، فلا يكفي إذا كان بعيدا عنه فيعتبر فيها المسامتة كما لا يخفى، و اللازم حصول

الاحتياط (لإختصاص النص بمحاذاة الشجرة و ان افتى المشهور بالعموم و استشكل الخوئي لذلك. و الحكيم (قدّس سرّه) اكتفى بعدم القول بالفصل و ان استشكل بعض المتأخرين كالأردبيلي و الحدائق و صاحب المدارك و اقول فهم المشهور المثالية من النص دليل بخلاف الشهرة المحضة فلا تكون دليلا).

أبعد الميقاتين: (فان مورد النص مسجد الشجرة و هو ابعد المواقيت عن مكة مع ان العبور عن الميقات بلا احرام غير جائز).

باب: لا ريب في كون العبارة محرّفة و لعلّ باب تحريف مسافة من النساخ أو كانت العبارة: «كما بين ذلك». (و كيف كان، فالمراد تساوي المسافة بين محل اقامة الشخص و مكة مع ما بين الميقات و مكة، لكن عدم تطابق ذلك مع عنوان المحاذاة كليا لا اشكال فيه لصدق التساوي المذكور على سائر الجوانب حتى مقابل مسجد الشجرة و لذلك قيده (قدّس سرّه) بالمسامتة).

اقصر الخطوط: بشرط كون الميقات على يمينه أو شماله بالخط المستقيم بحيث لو جاز لكان الميقات ورائه (و الاّ فصرف ذلك لا يكفي فانه اذا فرض دخوله الدائرة الفرضية المارة من الميقات و محلّ اقامته المحيطه بمركزها أي مكة المكرمة مائلا نحو الميقات يكون الخط المتوهم بين ذلك المكان و الميقات اقصر مع عدم صدق المحاذاة، و يتحقق التوجه الى مكة ايضا عندئذ اذا فرض فصل موقفه عن الميقات بحدود خمس و اربعين درجة.

على صدق المحاذاة عرفا: هذا هو الملاك (و هو اوسع من الوجهين المذكورين لتحقق المحاذاة مع ما فيهما من الاشكال على ما مرّ).

اذا كان بعيدا: و لم يكن محاذيا لبعض المواقيت الاخر.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۲

العلم بالمحاذاة إن أمكن، و إلاّ فالظنّ الحاصل من قول أهل الخبرة، و مع عدمه أيضا فاللازم الذهاب إلى الميقات أو الاحرام من أوّل موضع احتماله و استمرار النيّة و التلبية إلى آخر مواضعه، و لا يضرّ احتمال كون الاحرام قبل الميقات حينئذ، مع أنّه لا يجوز، لأنّه لا بأس به إذا كان بعنوان الاحتياط، و لا يجوز إجراء أصالة عدم الوصول إلى المحاذاة، أو أصالة عدم وجوب الاحرام، لأنّهما لا يثبتان كون ما بعد ذلك محاذاة، و المفروض لزوم كون إنشاء الإحرام من المحاذاة، و يجوز لمثل هذا الشخص أن ينذر الاحرام قبل الميقات فيحرم في أوّل موضع الاحتمال أو قبله على ما سيأتي من جواز ذلك مع النذر، و الأحوط في صورة الظنّ أيضا عدم الاكتفاء به، و إعمال أحد هذه الامور، و إن كان الأقوى الاكتفاء، بل الأحوط عدم الاكتفاء بالمحاذاة مع إمكان الذهاب إلى الميقات، لكن الأقوى ما ذكرنا من جوازه مطلقا، ثمّ إن أحرم في موضع الظنّ بالمحاذاة و لم يتبيّن الخلاف فلا إشكال، و إن تبيّن بعد ذلك كونه قبل المحاذاة و لم يتجاوزه أعاد الاحرام، و إن تبيّن كونه قبله و قد تجاوز أو تبيّن كونه بعده فإن أمكن العود و التجديد تعيّن، و إلاّ فيكفي في الصورة الثانية و يجدّد في الأولى في مكانه، و الأولى التجديد مطلقا، و لا فرق في جواز الاحرام في المحاذاة بين البرّ و البحر ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا يتصوّر طريق لا يمرّ على ميقات، و لا يكون محاذيا

العلم بالمحاذاة: يريد أن العلم مقدم على العلمي و ان كان العلمي ايضا حجة و لا يبعد ذلك (فلا يرد اشكال الخوئي (قدّس سرّه) في الترتيب نظرا الى كون الملاك هو الحجّية علما أو علميا، اذ لا يبعد لزوم تقديم العلم ان امكن كسائر الموارد).

اهل الخبرة: اذا كان ثقة و يكفي عدم الاتهام.

بعنوان الاحتياط: لعدم التشريع حينئذ، و دليل عدم جواز الاحرام قبل الميقات لا يثبت الحرمة الذاتية (فلا وجه لإشكال

الاستاذ (قدّس سرّه) و بعض آخر تمسكا بالاستصحاب الحكمي أو الموضوعي لعدم الجواز).
في موضع الظن: أو العلم (لإمكان التخلف فيه ايضا).
اعاد الاحرام: (لعدم امكان الاجزاء هنا و لو قلنا به في الامر الظاهري، لعدم امر هنا اصلا).
فيكفي في الصورة الثانية: ان كان حين الاحرام غير متمكن واقعا من العود الى الميقات و لو انه كان غير ملتفت. (فان الاحرام من غير الميقات لا يجوز للمتمكن واقعا).
و البحر: و كذا الفضاء كما في الطائرة ان امكنه الاحرام محاذيا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۳

لواحد منها، إذ المواقيت محيطة بالحرم من الجوانب، فلا بدّ من محاذاة واحد منها، و لو فرض إمكان ذلك فاللازم الاحرام من أدنى الحلّ و عن بعضهم أنّه يحرم من موضع يكون بينه و بين مكّة بقدر ما بينها و بين أقرب المواقيت إليها و هو مرحلتان، لأنّه لا يجوز لأحد قطعه إلاّ محرما، و فيه أنّه لا دليل عليه، لكن الأحوط الإحرام منه و تجديده في أدنى الحلّ. العاشر: أدنى الحلّ و هو ميقات العمرة المفردة بعد حجّ القران أو الإفراد، بل لكلّ عمرة مفردة، و الأفضل أن يكون من الحديبيّة أو الجعرّانة أو التنعيم فإنّها منصوصة،

محيطة بالحرم: لكن مرّ عدم كفاية المحاذاة البعيدة فيمكن ذلك كما فرضه غير واحد سيما بين يلملم و قرن المنازل.
من ادنى الحلّ: بل لا يترك الاحتياط بالذهاب الى احد المواقيت أو يتخلص بالنذر (اما المواقيت فلقضاء التوقيت شرعا و عدم جواز العدول كما في مثل ۳ و ۹/ ۱ المواقيت، و اما عدم العبرة بأدنى الحلّ فلعدم الدليل عليه هنا، و ان اصل البرائة عن لزوم الاحرام من الميقات- لو سلم عدم شمول ادلته عن المقام- لا يثبت الاحرام من ادنى الحلّ كما لا يقتضيه ادلة عدم جواز دخول الحرم بلا احرام لأنها مربوطة بمكة، يعني ان ادلة عدم جواز دخول مكة بلا احرام مقيدة لها، يعني ان الحرم برعاية مكة و الاّ لزم عدم مورد لرعاية ادلة مكة، إلاّ ان يقال: يكفي في عدم اللغوية التأكيد للحرمة، و ايضا رعاية الترتب اى لكل حكم كما في استحباب الغسل لدخول الحرم و المسجد و البيت. و لكن نقول: كيف كان لا يثبت ان ادنى الحل ميقات المقام و ان كان ميقات العمرة المفردة خلافا للاستاذ و غير واحد حيث اكتفوا بأدنى الحل هنا، و اكتفى الگلپايگاني (قدّس سرّه) بالأقرب الى ادنى الحلّ ان لم يمكن العبور من المواقيت و لم نجد دليلا في المقام على ذلك).
العاشر ... لكل عمرة مفردة: اذا كان في مكة، و أما النائي فميقاته للعمرة المفردة ايضا احد المواقيت إلاّ فيما لم ينو العمرة ابتداء ثم بدا له الاحرام للعمرة بعد الميقات فيجوز من ادنى الحلّ ايضا (و هذه عمرة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من الجعرانة حين اقبل من الطائف، احد عمرتيه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و عمرته الاخرى عمرة القضاء قضاء لما منعه المشركون من الدخول في مكة في السنة السادسة من الهجرة حين اراد العمرة محرمين من مسجد الشجرة و مهلين من عسفان مع مئات من الصحابة. و أما ما في ۲/ ۲۲ المواقيت من اعتماره بثلاث عمر فهو اعم من العمرة و الشروع فيها، فان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۴

و هي من حدود الحرم على اختلاف بينها في القرب و البعد، فإنّ الحديبية بالتخفيف أو التشديد: بئر بقرب مكّة على طريق جدّة دون مرحلة، ثمّ أطلق على الموضع، و يقال: نصفه في الحلّ، و نصفه في الحرم، و الجعرّانة بكسر الجيم و العين و تشديد الراء، أو بكسر الجيم و سكون العين و تخفيف الراء: موضع بين مكّة و الطائف على سبعة أميال، و التنعيم: موضع قريب من مكّة و هو أقرب أطراف الحلّ إلى مكّة، و يقال: بينه و بين مكّة أربعة أميال، و يعرف بمسجد عائشة، كذا في مجمع البحرين، و أمّا المواقيت الخمسة فعن العلاّمة في المنتهى أنّ أبعدها من مكّة ذو الحليفة، فإنّها على عشرة مراحل من مكّة، و يليه في البعد الجحفة، و المواقيت الثلاثة الباقية على مسافة واحدة، بينها و بين مكّة ليلتان قاصدتان، و قيل:

إنّ الجحفة على ثلاث مراحل من مكّة.

المسألة ٥: كلّ من حجّ أو اعتمر على طريق فميقاته ميقات أهل ذلك الطريق، و إن كان مهلّ أرضه غيره، كما أشرنا إليه سابقا، فلا يتعيّن أن يحرم من مهلّ أرضه بالاجماع و النصوص، منها صحيحة صفوان أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم وقّت المواقيت لأهلها و من أتى عليها من غير أهلها.

في السنة السادسة ارادوا فمنعوا هاتان عمرتاه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم احديهما في السنة السابعة، و الظاهر انها كانت من مسجد الشجرة و كان اهلاله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أي رفع صوته بالتلبية من الجحفة كما يظهر من صحيح الكافي ۲/ ۲۲ المواقيت، و ان عبّر في نقل الصدوق بالإحرام من الجحفة، و الثانية في السنة الثامنة بعد فتح مكة ثم غزوة حنين، احرم في الثامن عشر من ذي القعدة من الجعرانة و لم يكن قاصدا للعمرة اولا فان فتح مكة كان في رمضان لا اشهر الحج و قد شرب الماء في عسفان موضع اهلاله للعمرة في السنة السادسة التي منع المشركون. و أما الحج: فلم يحج صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في مدة اقامته في المدينة حتى السنة العاشرة فحج فيها امتثالا لأمر اللّه تعالى **و اذّن في الناس بالحج** و كان مقدمة لإعلان ولاية علي عليه السّلام).

و مسجد عائشة: (لأمره صلّى اللّه عليه و آله و سلّم اخاها عبد الرحمن بإعمارها منها، ثم ان دليل اعتبار ادنى الحلّ و خصوص التنعيم للعمرة ۲/ ۲۱ اقسام الحج، و في صحيح ۱/ ۲۲ المواقيت: «من اراد ليخرج من مكة ليعتمر احرم من الجعرانة أو الحديبية أو ما اشبهها»).

على مسافة واحدة: قيل فيه اشكال على ما يظهر من الخارطة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۵

المسألة ٦: قد علم ممّا مرّ أنّ ميقات حجّ التمتّع مكّة واجبا كان أو مستحبّا، من الآفاقيّ أو من أهل مكّة، و ميقات عمرته أحد المواقيت الخمسة أو محاذاتها كذلك أيضا، و ميقات حجّ القران و الإفراد أحد تلك المواقيت مطلقا أيضا إلاّ إذا كان منزله دون الميقات أو مكّة، فميقاته منزله، و يجوز من أحد تلك المواقيت أيضا، بل هو الأفضل، و ميقات عمرتهما أدنى الحلّ إذا كان في مكّة، و يجوز من أحد المواقيت أيضا، و إذا لم يكن في مكّة فيتعيّن أحدها و كذا الحكم في العمرة المفردة مستحبّة كانت أو واجبة، و إن نذر الاحرام من ميقات معيّن تعيّن، و المجاور بمكّة بعد السنتين حاله حال أهلها، و قبل ذلك حاله حال النائي، فإذا أراد حجّ الافراد أو القران يكون ميقاته أحد الخمسة أو محاذاتها، و إذا أراد العمرة المفردة جاز إحرامها من أدنى الحلّ.

المسألة ٦: عمرته احد المواقيت الخمسة: إلاّ اذا كان منزله دون الميقات فهو ميقاته كما مرّ، و قال الخوئي (قدّس سرّه) «قد مرّ في المسألة الرابعة من فصل اقسام الحج ان ميقات عمرة التمتع لأهل مكة ان اراد اتيان حج التمتع استحبابا أو وجوبا بالنذر و الاجارة و غيرهما أحد المواقيت أو ادنى الحلّ مخيرا» لكن قد مرّ اعراض المشهور عن اخبار ادنى الحلّ.

فميقاته منزله: مرّ الاشكال بالنسبة الى اهل مكة و ان ميقاتهم الجعرانه.

فيتعين احدها: ان كان منزلة قبل الميقات، و أما من كان منزله بعد الميقات فمنزله الميقات كما مرّ.

في العمرة المفردة: اي غير عمرة القران و الافراد بقرينة التقابل، لكن قد مرّ انه لمن كان في مكة أو بدى له الاعتمار.

تعين: التعين بالنذر لا يوجب التعين في صحة الحج، ثم ان صحة النذر يتوقف على مشروعيته فلا يصح نذر الاحرام من الميقات بعد الميقات كالجحفة بعد الشجرة فانه غير مشروع، و قيل: يلزم الرجحان في متعلق النذر، فانعقاده يتوقف على كون الاحرام من ذلك الميقات راجحا شرعا إلاّ ان يكون من متممات الحج فينذر الحج من الميقات الخاص و مجموعه راجح، قاله بعض اهل العصر، و فيه: ان الرجحان حاصل بلا ريب فانه عمل عبادي فهو نظير نذر المشي لزيارة المؤمن فانه راجح في نفسه و لا يلزم الأرجحية.

حال اهلها: فميقاتهم ادنى الحل كالجعرانة و كذلك قبل سنتين كما مرّ.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۶

(۱۱- فصل في أحكام المواقيت)

المسألة ۱: لا يجوز الإحرام قبل المواقيت، و لا ينعقد، و لا يكفي المرور عليها محرما، بل لا بدّ من إنشائه جديدا، ففي خبر ميسرة: دخلت على أبي عبد اللّه عليه السّلام و أنا متغيّر اللون، فقال عليه السّلام: من أين أحرمت بالحجّ؟ فقلت: من موضع كذا و كذا، فقال عليه السّلام: ربّ طالب خير يزلّ قدمه، ثمّ قال: أيسرّك إن صليت الظهر في السفر أربعا؟ قلت: لا، قال: فهو و اللّه ذاك، نعم يستثنى من ذلك موضعان:

أحدهما: إذا نذر الإحرام قبل الميقات فإنّه يجوز و يصحّ للنصوص، منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد اللّه عليه السّلام لو أنّ عبدا أنعم اللّه تعالى عليه نعمة أو ابتلاه ببليّة فعافاه من تلك البليّة فجعل على نفسه أن يحرم من خراسان كان عليه أن يتمّ. و لا يضرّ عدم رجحان ذلك بل مرجوحيّته قبل النذر، مع أنّ اللازم كون متعلّق النذر راجحا، و ذلك لاستكشاف رجحانه بشرط النذر من الأخبار، و اللازم رجحانه حين العمل و لو كان ذلك للنذر و نظيره مسألة الصوم في السفر المرجوح أو المحرّم من حيث هو مع صحّته و رجحانه بالنذر، و لا بدّ من دليل يدلّ على كونه راجحا بشرط النذر فلا يرد أنّ لازم ذلك صحّة نذر كلّ مكروه أو محرّم، و في المقامين المذكورين الكاشف هو الأخبار، فالقول بعدم الانعقاد كما عن جماعة لما ذكر لا وجه له، لوجود النصوص، و إمكان تطبيقها على القاعدة، و في إلحاق العهد و اليمين بالنذر و عدمه وجوه، ثالثها إلحاق العهد دون اليمين، و لا يبعد الأوّل لامكان الاستفادة من الأخبار،

في احكام المواقيت

بشرط النذر: (بمعنى ان الاحرام لكونه عبادة راجحة ذاتا و قد عرضه المنع المكاني و هو يزول بالنذر أو ان المنع

المكاني انما هو في غير النذر بالتخصيص و لا يريد عدم رجحان للاحرام في غير المكان اصلا، فلا يستفاد من روايات الباب ٩ و ١١ من المواقيت المنع الذاتي بل التشريعي. و اما في النذر فيصح و يجب بلا اشكال كما في روايات الباب ١٣ من المواقيت بل لا يبعد الاستفادة منها ان ذلك راجح ذاتا مرجوح بالعرض بإعتبار ردّ ترخيص الشارع في غير النذر، و لعل الصوم في السفر كذلك).

لا يبعد الاول: (لشمول تعبير الموثقة ٣/ ١٣ المواقيت: «... فجعل على نفسه ان يحرم بخراسان» للثلاثة فان المكلف في الموارد الثلاثة يجعل على نفسه امرا لكن يحتمل قويا ارادة الجعل على نفسه بالحمل الاولي و هو النذر فقط فالإلحاق حينئذ مشكل، و الأصل عدمه فالاحتياط حسن).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢١٧

و الأحوط الثاني: لكون الحكم على خلاف القاعدة، هذا، و لا يلزم التجديد في الميقات و لا المرور عليها، و إن كان الأحوط التجديد خروجا عن شبهة الخلاف، و الظاهر اعتبار تعيين المكان، فلا يصحّ نذر الاحرام قبل الميقات مطلقا، فيكون مخيّرا بين الأمكنة، لأنّه القدر المتيقّن بعد عدم الاطلاق في الأخبار، نعم لا يبعد الترديد بين المكانين بأن يقول: للّه عليّ أن احرم إمّا من الكوفة أو من البصرة، و إن كان الأحوط خلافه، و لا فرق بين كون الاحرام للحجّ الواجب أو المندوب أو للعمرة المفردة، نعم لو كان للحجّ أو عمرة التمتّع يشترط أن يكون في أشهر الحجّ، لإعتبار كون الاحرام لهما فيها، و النصوص إنّما جوّزت قبل الوقت المكانيّ فقط، ثمّ لو نذر و خالف نذره فلم يحرم من ذلك المكان نسيانا أو عمدا لم يبطل إحرامه إذا أحرم من الميقات نعم عليه الكفّارة نعم عليه الكفّارة إذا خالفه متعمّدا. ثانيهما: إذا أراد إدراك عمرة رجب و خشي تقضّيه إن أخّر الاحرام إلى الميقات، فإنّه يجوز له الاحرام قبل الميقات، و تحسب له عمرة رجب، و إن أتى ببقيّة الأعمال في شعبان لصحيحة إسحاق بن عمّار عن أبي عبد اللّه عليه السّلام عن رجل يجيء معتمرا ينوي عمرة رجب فيدخل عليه الهلال قبل أن يبلغ العقيق، أيحرم قبل الوقت

و الاحوط: بل الاحوط الاحرام من ذلك المكان رجاء ثم تجديده من الميقات، و الاحوط منه عدم التعرض للعهد و اليمين.

فلا يصح نذر: بل لا تبعد الصحة (لعدم دليل على التعيين بعد فرض الرجحان الذاتي أو بشرط النذر، و يتحقق الوفاء بالإحرام قبيل الميقات كما يتحقق به من وطنه، نعم لو فرض ان الصحة تعبد محض و قلنا بعدم اطلاق في الاخبار و لم نقل ان موارد الاخبار امثلة اشكل الأمر لكنه ليس كذلك).

لا يبعد الترديد: (لعدم الفرق عرفا بين ان يذكر الاسمين على حدة في عبارتين او في عبارة واحدة مع او الترديدية في الاعتبار، فقد ينذر المعين و قد ينذر احدهما، بخلاف عدم التعيين المنطبق على شبر قبل الميقات ايضا، فلا يفهمه العرف و ان كان الملاك عند العرف غير معلوم، فالعرف يفهم اعتبار المردد من دليل النذر بخلاف عدم التعيين المطلق، لكن مرّ صحة نذر غير المعين ايضا اذا جرى الوفاء و الحنث فيه فلا وجه لإشكال بعضهم).

لصحيحة اسحاق: أي معتبرته (فان اسحاق فطحي و نقل الحكيم (قدّس سرّه) عن بعضهم ان الخبر صحيح كما عبّر الجواهر ايضا، و كأنه لنقل الطوسي (قدّس سرّه) رواية ارتباطه بالكاظم عليه السّلام لكن الأظهر انها مربوطة بإسحاق بن عمار بن حيان الكوفي).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۸

و يجعلها لرجب أو يؤخّر الاحرام إلى العقيق و يجعلها لشعبان؟ قال: يحرم قبل الوقت لرجب فإنّ لرجب فضلا. و صحيحة معاوية بن عمّار سمعت أبا عبد اللّه عليه السّلام يقول: ليس ينبغي أن يحرم دون الوقت الّذي وقّت رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم إلاّ أن يخاف فوت الشهر في العمرة. و مقتضى إطلاق الثانية جواز ذلك لادراك عمرة غير رجب أيضا، حيث إنّ لكلّ شهر عمرة، لكن الأصحاب خصّصوا ذلك برجب فهو الأحوط، حيث إنّ الحكم على خلاف القاعدة، و الأولى و الأحوط مع ذلك التجديد في الميقات، كما أنّ الأحوط التأخير إلى آخر الوقت، و إن كان الظاهر جواز الاحرام قبل الضيق إذا علم عدم الادراك إذا أخّر إلى الميقات، بل هو الأولى، حيث إنّه يقع باقي أعمالها أيضا في رجب، و الظاهر عدم الفرق بين العمرة المندوبة و الواجبة بالأصل أو بالنذر و نحوه.

المسألة ۲: كما لا يجوز تقديم الاحرام على الميقات كذلك لا يجوز التأخير عنها فلا يجوز لمن أراد الحجّ أو العمرة أو دخول مكّة أن يجاوز الميقات اختيارا إلاّ محرما، بل الأحوط عدم المجاوزة عن محاذاة الميقات أيضا إلاّ محرما، و إن كان أمامه ميقات آخر، فلو لم يحرم منها وجب العود إليها مع الامكان إلاّ إذا كان أمامه ميقات آخر فإنّه يجزيه الاحرام منها، و إن أثم بترك الاحرام من الميقات الأوّل، و الأحوط العود إليها مع الامكان مطلقا، و إن كان أمامه ميقات آخر، و أمّا إذا لم يرد النسك و لا دخول مكّة بأن كان له شغل خارج مكّة و لو كان في الحرم فلا يجب الاحرام، نعم في بعض الأخبار وجوب

فهو الأحوط: و ان كان الاقوى الاطلاق (لعدم تعرض الأصحاب لغير رجب فلا يثبت الاعراض).

باقي اعمالها ايضا: (كأنّ مراده (قدّس سرّه) عدم لزوم الذهاب الى الميقات حينئذ، فقد يكون الطريق اقصر فيصل الى مكة اسرع. فلا يرد اشكال الاستاذ (قدّس سرّه) تبعا للبروجردي (قدّس سرّه) بعدم وضوح ما ذكره الماتن في الفرض.

و قال: الاحسن التعليل بطول الاحرام في رجب، و فيه: احتمال ما ذكرنا فيكون الاحرام اقصر).

المسألة ۲: بل الأحوط: بل لا يخلو عن قوة في خصوص محاذى مسجد الشجرة (لظهور: «... فليحرم منها ...» في صحيح ۲/ ۷ المواقيت في الوجوب، و لا دليل في غيره، لكن يحتمل عدم الخصوصية، فالحكم على الاحوط.

و الأحوط العود: لا يترك (لظهور مثل صحيح الحلبي ۷/ ۱٤ المواقيت:

«يرجع الى ميقات اهل بلاده ...» الخ، و صحيح ابراهيم ۱/ ۸ في خصوص مسجد الشجرة: «ليس له الاحرام إلاّ من مسجد الشجرة»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۱۹

الاحرام من الميقات إذا أراد دخول الحرم و إن لم يرد دخول مكّة، لكن قد يدّعى الاجماع على عدم وجوبه، و إن كان يمكن استظهاره من بعض الكلمات.

المسألة ۳: لو أخّر الاحرام من الميقات عالما عامدا و لم يتمكّن من العود إليها لضيق الوقت أو لعذر آخر و لم يكن أمامه ميقات آخر بطل إحرامه و حجّه على المشهور الأقوى، و وجب عليه قضاؤه إذا كان مستطيعا، و أمّا إذا لم يكن مستطيعا فلا يجب، و إن أثم بترك الاحرام بالمرور على الميقات، خصوصا إذا لم يدخل مكّة و القول بوجوبه عليه و

لو لم يكن مستطيعا بدعوى وجوب ذلك عليه إذا قصد مكّة فمع تركه يجب قضاؤه لا دليل عليه، خصوصا إذا لم يدخل مكّة، و ذلك لأنّ الواجب عليه إنّما كان الاحرام لشرف البقعة كصلاة التحيّة في دخول المسجد فلا قضاء مع تركه، مع أنّ وجوب الاحرام لذلك لا يوجب وجوب الحجّ عليه، و أيضا إذا بدا له و لم يدخل مكّة كشف عن عدم الوجوب من الأوّل، و ذهب بعضهم إلى أنّه لو تعذّر عليه العود إلى الميقات أحرم من مكانه، كما في الناسي و الجاهل نظير ما إذا ترك التوضّي إلى أن ضاق الوقت فإنّه يتيمّم و تصحّ صلاته و إن أثم بترك الوضوء متعمّدا، و فيه أنّ البدليّة في المقام لم تثبت، بخلاف مسألة التيمّم، و المفروض أنّه ترك ما وجب عليه متعمّدا.

اراد دخول الحرم: فلا يترك الاحتياط (لمثل صحيح عاصم ۱/ ۵۰ ابواب الاحرام، و ظاهره الوجوب لدخول الحرم و لم يظهر اجماع على خلافه كعدم وجه عقلى على خلافه، فان ما قاله الخوئي (مد ظله) من لغوية الحكم الثاني أي وجوب الاحرام لدخول مكة بعد الحكم بالوجوب لدخول الحرم فيه ما لا يخفى، لإحتمال الوجوب لصرف الحرم ايضا، و لو لم يدخل مكة فالأحوط لو لم يكن اقوى وجوب الاحرام لدخول الحرم. وفاقا للگلپايگاني، و قال الحكيم (قدّس سرّه): هذه الأدلة لا توجب الوجوب الذاتي بل الشرطي لصحة الاحرام، و فيه: عدم قرينة على ذلك بعد ظهور الدليل في لزوم الاحرام من الميقات).

المسألة ۳: قضائه: يريد الاتيان في سنة اخرى (و تعبير القضاء بإعتبار عدم تحقق الفور).

لم يدخل مكة: و سيما اذا لم يدخل الحرم لعدم القائل بالوجوب حتى ظاهرا.

لشرف البقعة: (بل لشرف الحرم، و ان كان هو ايضا لشرف مكة، و هو لشرف البقعة، نعم ما ذكره صحيح كتشبيهه بالمسجد).

في المقام لم تثبت: لكن صحيح الحلبي ۷/ ۱۴ المواقيت مطلق يشمل العامد، بل لعل ظهور قوله: «ترك الاحرام»، في العمد (و أما رواية علي بن جعفر ۱۰/ ۱۴

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۰

المسألة ٤: لو كان قاصدا من الميقات للعمرة المفردة و ترك الاحرام لها متعمّدا يجوز له أن يحرم من أدنى الحلّ، و إن كان متمكّنا من العود إلى الميقات فأدنى الحلّ له مثل كون الميقات أمامه، و إن كان الأحوط مع ذلك العود إلى الميقات، و لو لم يتمكّن من العود و لا الاحرام من أدنى الحلّ بطلت عمرته.

المسألة ٥: لو كان مريضا لم يتمكّن من النزع و لبس الثوبين يجزيه النيّة و التلبية، فإذا زال عذره نزع و لبسهما و لا يجب حينئذ عليه العود إلى الميقات، نعم لو كان له عذر عن أصل إنشاء الاحرام لمرض أو إغماء ثمّ زال وجب عليه العود إلى الميقات إذا تمكّن، و إلّا كان حكمه حكم الناسي في الاحرام من مكانه إذا لم يتمكّن إلّا منه، و إن تمكّن العود في الجملة وجب، و ذهب بعضهم إلى أنّه إذا كان مغمى عليه ينوب عنه غيره لمرسل جميل عن أحدهما عليهما السّلام في مريض اغمي عليه فلم يفق حتّى أتى الموقف، قال عليه السّلام: يحرم عنه رجل. و الظاهر أنّ المراد أنّه يحرمه رجل و يجنّبه عن محرّمات الاحرام، لا أنّه ينوب عنه في الاحرام، و مقتضى هذا القول عدم وجوب العود إلى الميقات بعد إفاقته، و إن كان ممكنا، و لكن العمل به مشكل، لإرسال الخبر و عدم الجابر فالأقوى العود مع الامكان و عدم الاكتفاء به مع عدمه.

ففيها على فرض صحة السند- و ليس كذلك- اشكال تجويز الاحرام من مكانه مع امكان الرجوع الى الميقات و هو غير معمول به فلا وجه لحاشية بعض اهل العصر).

المسألة ٤: يجوز له ان يحرم: فيه اشكال لما مرّ من عدم دليل على كون ادنى الحل ميقاتا للعمرة المفردة مطلقا بل لمن كان في مكة أو بدى له الاعتمار كما للرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلّم، نعم اذا كان في مكة و لو عصيانا بترك الاحرام يكون ادنى الحلّ ميقاتا له و حينئذ فيجب العود الى الميقات في مفروض المتن.

المسألة ٥: يجزيه النية: و ان تمكن من لبس الثوبين و لو لحظة لبسهما ثم ينزعهما.

زال عندها: كأنّ النسخة الصحيحة كانت زال عذره.

و لبسهما: على الأحوط (سيأتي في المسألة ٢٧ من كيفية الاحرام ان اللبس واجب حدوثا و لا دليل عليه بقاء فيجوز أن يكون عريانا اذا لم يكن ناظر محترم. فلا يختص النزع بالضرورة كالحمام مثلا، و حينئذ ففي الحدوث كان معذورا و بعده لا يجب اصلا، نعم هو احوط).

في الجملة وجب: سيأتي عدم دليل على هذا الاطلاق.

و الظاهر: بل الظاهر هو النيابة، و العمدة ضعف السند بالارسال و في المتن اضطراب (راجع ٤/ ٢٠ المواقيت).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۱

المسألة ٦: إذا ترك الاحرام من الميقات ناسيا أو جاهلا بالحكم أو الموضوع وجب العود إليها مع الامكان، و مع عدمه فإلى ما أمكن إلاّ إذا كان أمامه ميقات آخر، و كذا إذا جاوزها محلا لعدم كونه قاصدا للنسك و لا لدخول مكّة، ثمّ بدا له ذلك فإنّه يرجع إلى الميقات مع التمكّن، و إلى ما أمكن مع عدمه.

المسألة ٧: من كان مقيما في مكّة و أراد حجّ التمتّع وجب عليه الاحرام لعمرته من الميقات إذا تمكّن، و إلاّ فحاله حال الناسي.

المسألة ٨: لو نسي المتمتّع الاحرام للحجّ بمكّة ثمّ ذكر وجب عليه العود مع الامكان، و إلاّ ففي مكانه، و لو كان في عرفات بل المشعر و صحّ حجّه، و كذا لو كان جاهلا بالحكم، و لو أحرم له من غير مكّة

المسألة ٦: فالى ما أمكن: لا دليل على هذا الاطلاق، نعم اذا كان داخل الحرم يلزم العود خارج الحرم لو امكنه فيحرم منه و لا يلزم الابتعاد إلاّ في الحائض الجاهلة بالحكم (الاستثناء لصحيحة معاوية ٤/ ١٤ المواقيت و لا يمكن طردها بالمطلقات كما فعل بعض اهل العصر لعدم كثرة المطلقات بحيث يقوى ظهورها على ظهور الخاص، كما لا دليل على مطلق الجاهل).

و الى ما أمكن: بل الى خارج الحرم فقط لو امكنه و إلاّ فمن مكانه، هذا اذا كان داخل الحرم و إلاّ فاللازم الإحرام قبل دخول الحرم ان لم يتمكن من الميقات و لا يلزم الاحرام من مكانه مطلقا (لصحيح الحلبي ١/ ١٤ المواقيت، و صحيح ٤/ ١٤ و عدم لزوم الإحرام من مكانه مطلقا لعدم لزوم الابتعاد كما مرّ، و لأن صحيح الحلبي ورد فيمن دخل الحرم. و ظاهر رواية على بن جعفر ١٠/ ١٤ المواقيت عدم لزوم الرجوع الى الميقات و لو تمكن، لكن السند ضعيف).

المسألة ٧: مقيما في مكة: و كان وظيفته التمتع أو تمتع ندبا كما مر.

حال الناس: و مرّ عدم لزوم العود الى ما امكن بل الى خارج الحرم فقط.

المسألة ٨: بل المشعر: بل بعده ايضا قبل اتمام الاعمال بمقتضى دليل وجوب الاحرام (و العفو عن الاحرام كلا انما هو في الناسي الى بعد الاعمال. و الحكم ايضا لقاعدة الميسور، و ما تقدم من دليل الاحرام من مكانه اذا لم يتمكن من العود، و عليه يحمل اطلاق صحيح علي بن جعفر ٨/ ١٤ المواقيت في تجويز الاحرام من مكانه على الاطلاق، بل لعلّ الظاهر في تلك الازمنة ذلك الى عدم امكان العود).

لو كان جاهلا: (لم يذكر حكمه صريحا في الصحيح المزبور لكن المستفاد صدرا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٢٢

مع العلم و العمد لم يصحّ، و إن دخل مكّة بإحرامه، بل وجب عليه الاستيناف مع الامكان، و إلاّ بطل حجّه، نعم لو أحرم من غيرها نسيانا و لم يتمكّن من العود إليها صحّ إحرامه من مكانه.

المسألة ٩: لو نسي الاحرام و لم يذكر حتّى أتى بجميع الأعمال من الحجّ أو العمرة فالأقوى صحّة عمله، و كذا لو تركه جهلا حتّى أتى بالجميع.

(١٢- فصل في مقدمات الاحرام)

المسألة ١: يستحبّ قبل الشروع في الاحرام امور: أحدها: توفير شعر الرأس بل و اللحية لإحرام

و ذيلا من ذكر النسيان في فرع الصدر و الجهل في فرع الذيل ارادة مطلق العذر و لذلك يستفاد حكم الجهل في فرع الصدر ايضا من نسيانه و حكم نسيان فرع الذيل من حكم جهله).

و لم يتمكن من العود اليها: (الظاهر انه كذلك مطلقا و لا وجه لتفصيل الخوئي (قدّس سرّه) بين ما اذا امكنه العود الى مكة عند احرامه النسياني و بين ما اذا لم يمكنه العود عندئذ، اذ المفهوم من الأدلة كون الملاك الوضع الحالي في تمكن العود و عدمه لكون الشخص حينئذ يريد العود أو عدمه و يريد الاحرام فيلزم الاحرام حينئذ من مكانه اذا لم يمكنه العود. و تفصيل الخوئي (قدّس سرّه) غير مفهوم لفرض انه لا يتمكن من العود فكيف يحكم عليه بلزوم العود؟).

المسألة ٩: صحة عمله: (لإلغاء الخصوصية عرفا من صحيح علي بن جعفر الوارد في احرام حج التمتع ٢/ ٢٠ المواقيت و من مرسل جميل الوارد في عمرة التمتع على ما قيل ١/ ٢٠ أو في احرام الحج مطلقا كما قال الحكيم و هو الأصح، و ضعفه منجبر بالعمل فلا وجه لإشكال المدارك بأنه قياس، و قيل بأولوية صحة العمرة المفردة من صحة عمرة التمتع المفهومة من الحديث لإرتباطه بالحج فلا يلزم احتياط الخونساري (قدّس سرّه) في العمرة المفردة).

مقدمات الاحرام

المسألة ١: و اللحية: فيه اشكال (فإن التوفير مقدمة للحلق و هو في الرأس، و أما ٦/ ٢ و ٤/ ٤ الاحرام في عدم اخذ الشعر من اللحية ايضا فهما مخدوشان سندا، الاول بالارسال و الثاني بضعف محمد بن فضيل الازدي أو بالاشتراك بينه و بين الثقة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٢٣

الحجّ مطلقا، لا خصوص التمتّع كما يظهر من بعضهم لإطلاق الأخبار من أوّل ذي القعدة، بمعنى عدم إزالة شعرهما لجملة من الأخبار، و هي و إن كانت ظاهرة في الوجوب إلاّ أنّها محمولة على الاستحباب لجملة اخرى من الأخبار ظاهرة فيه فالقول بالوجوب كما هو ظاهر جماعة ضعيف، و إن كان لا ينبغي ترك الاحتياط، كما لا ينبغي ترك الاحتياط بإهراق دم لو أزال شعر رأسه بالحلق، حيث يظهر من بعضهم وجوبه أيضا لخبر محمول على الاستحباب، أو على ما إذا كان في حال الاحرام، و يستحبّ التوفير للعمرة شهرا. الثاني: قصّ الأظفار و الأخذ من الشارب و إزالة شعر الابط و العانة بالطلي أو الحلق أو النتف، و الأفضل الأوّل، ثمّ الثاني، و لو كان مطليّا قبله يستحبّ له الاعادة و إن لم يمض خمسة عشر يوما، و يستحبّ أيضا إزالة الأوساخ من الجسد لفحوى ما دلّ على المذكورات، و كذا يستحبّ الاستياك. الثالث: الغسل للاحرام في الميقات، و مع العذر عنه التيمّم و يجوز تقديمه على الميقات

نعم لا بأس بالرجاء من باب التسامح في ادلة السنن).

عدم ازالة: بل بمعنى عدم الأخذ من الشعر (كما في ١ و ٢/ ٢ الاحرام، و كما يستفاد من كلمة التوفير في كلمات الاصحاب).

لجملة اخرى: (مثل صحيحة ٦/ ٤ الاحرام، و موثق ٢/ ٤ الاحرام و حينئذ فالاحتياط لصرف عدم مخالفة بعض الفتاوى و الاّ فلا ريب في الحكم).

في حال الاحرام: و لعله اقوى احتمالات الحديث (و معنى الحديث ١/ ٥ الاحرام ان المتمتع اذا حلق رأسه في شوال فلا بأس و ان حلق بعد شهر شوال اي بعد الثلاثين اي الثلاثين المذكورة في صدر الحديث،- و البعد الذي يوفر الشعر و بعد تلك الثلاثين هو ذي القعدة و بعده- ففيه بأس، لكن مورد الكلام فيما كان في مكة و بعد عمرة التمتع، بل الظاهر ان الكلام في المتمتع أي حال التمتع فهو لم يخرج من احرام التمتع، و كيف كان فلا ريب في الحكم اذ لو كان واجبا لشاع).

قصّ الاظفار و ...: (راجع روايات الأبواب ٧ و ٦ الاحرام و ٨٥ و ٣٢ آداب الحمام).

الغسل للاحرام: (و ان كان ظاهر بعض الأدلة كموثقة سماعة ٣/ ١ الاغسال المسنونة هو الوجوب لكن الفتاوى و السيرة على خلافه، فالمراد بالوجوب معناه اللغوي).

التيمم: (لعدم قصور في ادلة البدلية فان التيمم أحد الطهورين ففي كل مورد ثبت الغسل من جهة الطهورية فالتيمم بدله).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۴

مع خوف إعواز الماء، بل الأقوى جوازه مع عدم الخوف أيضا، و الأحوط الاعادة في الميقات، و يكفي الغسل من أوّل النهار إلى الليل، و من أوّل الليل إلى النهار، بل الأقوى كفاية غسل اليوم إلى آخر الليل و بالعكس، و إذا أحدث بعدها قبل الاحرام يستحبّ إعادته خصوصا في النوم، كما أنّ الأولى إعادته إذا أكل أو لبس مالا يجوز أكله أو لبسه للمحرم، بل و كذا لو تطيّب، بل الأولى ذلك في جميع تروك الاحرام، فلو أتى بواحد منها بعدها قبل الاحرام الأولى إعادته، و لو أحرم بغير غسل أتى به، و أعاد صورة الاحرام،

مع عدم الخوف ايضا: (كما يستفاد من صحيح هشام ١/٨ الاحرام و كذا ٢ و ٥/ ٨، و ايضا مطلقات ادلة غسل الاحرام فان المقيّد في المستحب لا يوجب تقيد المطلق لعدم التنافي بخلاف الواجب، و بناء عليه يجوز تقديم الغسل حتى في بلده فيغتسل مثلا في طهران و يذهب بالطائرة الى الميقات لو امكنه).

و بالعكس: بل يكفي لليوم أو الليلة بعد ايضا، فلا حدّ زماني كالمكاني على ما مرّ (فان الملاك كون الاحرام عن غسل و مع طهور، و ادلة التحديد باليوم و الليل ظاهرة في جهة الاثبات لا النفي).

خصوصا في النوم: (فانه مذكور في ١/ ١٠ الاحرام، لكن يعارضه ٣/ ١٠ و لا يمكن الحمل على الاستحباب، اذ السؤال ظاهر في الحكم الوضعي و المراد من الجواب هو النقض و عدمه فالدليلان متعارضان لكن القاعدة الكلية في نقض الغسل هو النقض بالحدث نوما و غيره فاذا كان المقصود من الغسل وقوع الاحرام مع الطهور فاذا انتقض الغسل بالحدث ففيه الاعادة، نعم ان كان المقصود صرف وقوع الاحرام عقيب الغسل فقد حصل المقصود، لكن الظاهر غير ذلك و قد اشير اليه في ٦/١ مقدمات الطواف، صحيح عبد الرحمن بن الحجاج و كذا موثق اسحاق ٣/٢ زيارة البيت).

اذا اكل: (و لا يبعد كون الامر به ارشادا الى انتقاض الغسل و عدم عدّ الأكل و أمثاله ناقضا في سائر الموارد لا يوجب الحمل على المولوية هنا لإمكان خصوصية في المورد من حيث توسعة النواقض و يؤيده ١/ ١١ الاحرام رواية علي بن أبي حمزة).

كما ان الاولى: بل لا يبعد استحباب الاعادة (كما يظهر من مثل صحيح ١/ ١٣ الاحرام، و أما في سائر تروك الاحرام فلا دليل و لا بأس بالرجاء).

اعاد صورة الاحرام: بل ظاهر الدليل هو اعادة الاحرام لا صورته و ليس ذلك خلافا لحكم العقل أو العقلاء حتى يتصرف في ظاهر الدليل. (وفاقا لصاحب الجواهر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۵

سواء تركه عالما عامدا أو جاهلا أو ناسيا، و لكن إحرامه الأوّل صحيح باق على حاله، فلو أتى بما يوجب الكفّارة بعده و قبل الاعادة وجبت عليه، و يستحبّ أن يقول عند الغسل أو بعده: «بسم اللّه و باللّه، اللّهمّ اجعله لي نورا و طهورا و حرزا و أمنا من كلّ خوف، و شفاء من كلّ داء و سقم، اللّهمّ طهّرني و طهّر قلبي و اشرح لي صدري، و أجر على لساني محبّتك و مدحتك و الثناء عليك، فإنّه لا قوّة لي إلاّ بك. و قد علمت أنّ قوام ديني التسليم لك، و الاتّباع لسنّة نبيّك صلواتك عليه و آله». الرابع: أن يكون الاحرام عقيب صلاة فريضة أو نافلة، و قيل بوجوب ذلك لجملة من الأخبار الظاهرة فيه، المحمولة على الندب

في ١٨: ١٨٩ و للخوئي هنا و خلافا له في مسألة ٥ كيفية الاحرام، فان الاعادة ليس ظاهر معناها بطلان الاول فإنها تشمل التكرار ايضا و لا ينحصر بالابطال، فالاحرام بمعنى امر حاصل عن التلبية كالطهارة عن الوضوء و له درجات استكمالي كالطهارة، فكما ان الوضوء بعد الوضوء نور على نور فكذا الاحرام، و لو قلنا بكون الاحرام نفس التلبية أو الاشعار و التقليد، أو نفس الالتزام بترك المحرمات أو اتيان الاعمال فالأمر أوضح لإمكان الالتزام بعد الالتزام تأكيدا كالنذر بعد النذر، و كذا امكان التلبية ثانيا و هو أوضح. فالاعادة و ان كانت ظاهرة في ابطال السابق لكنه بالاستلزام لا

المطابقة، و اذا علمنا عدم البطلان لكون الغسل مستحبا فمعناه ما ذكرنا، و حاصله التبديل بالأكمل بمعنى الانتقال الى درجة اكمل لا تبديل امتثال الفرد بفرد مباين على ما يظهر من بعضهم فالأحسن الأخذ بظاهر الدليل ۱/ ۲۰ الاحرام).

أو ناسيا: (و ان لم يذكر النسيان في صحيح ۱/ ۲۰ الاحرام، لكن لا يبعد ظهور الجملة التركيبية في الحديث في مطلق العذر، و أما ما قال الخوئي (قدّس سرّه) من كون النسيان نوعا من الجهل ففيه المنع عرفا و ان صحّ بالدقة، بل الجهل هنا ظاهره الحكمي مع ان النسيان يمكن في الموضوع).

وجبت عليه: و لكن لا تتعدد الكفارة بتعدد الاحرام (اصل ثبوتها لتحقق الاحرام حتى لو قلنا بأن المراد من الاعادة حقيقة الاحرام لا الصوري لأنه حينئذ بمعنى التبديل لا الكشف عن بطلان الاول فلا يتحقق آن بلا احرام، و هل يتعدد الكفارة على القول بالاعادة حقيقة كما في النذر بعد النذر او لا؟ الظاهر لا، لكون الكفارات ثابتة على المحرم، لا الاحرام بخلاف النذر فانها فيه على النذر و قد تكرر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۶

للاختلاف الواقع بينها، و اشتمالها على خصوصيّات غير واجبة، و الأولى أن يكون بعد صلاة الظهر في غير إحرام حجّ التمتّع، فإنّ الأفضل فيه أن يصلّي الظهر بمنى، و إن لم يكن في وقت الظهر فبعد صلاة فريضة اخرى حاضرة، و إن لم يكن فمقضيّة و إلاّ فعقيب صلاة النافلة. الخامس: صلاة ستّ ركعات أو أربع ركعات أو ركعتين للاحرام، و الأولى الاتيان بها مقدّما على الفريضة و يجوز إتيانها في أيّ وقت كان بلا كراهة حتّى في الأوقات المكروهة، و في وقت الفريضة حتّى على القول بعدم جواز النافلة لمن عليه فريضة، لخصوص الأخبار الواردة في المقام، و الأولى أن يقرأ في الركعة الأولى بعد الحمد التوحيد و في الثانية الحجر، لا العكس كما قيل.

للاختلاف الواقع بينها: (يريد الاختلاف من جهة الفرض و النفل و تعداد الركعات، لكن صرف ذلك غير مانع بعد امكان الجمع بلزوم كونه بعد فريضة أو نافلة لا اقل من ركعتين كما في صحيح معاوية ۱/ ۱٦ الاحرام راجع الروايات في الأبواب ۱۵ و ۱٦ و ۱۸ و ۱۹ من الاحرام كما ان اشتمال الدليل على غير الواجب ايضا كذلك، فان رفع اليد عن ظاهر الوجوب بالدليل لا يوجب رفع اليد عنه بلا دليل، لكن المانع العمدة اعراض الأصحاب عن ظاهر الدليل في الوجوب و كلما كان الدليل اظهر و أصرح في الوجوب فاعراضهم عنه ادل على طرد الوجوب لكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط).

بعد صلاة الظهر: و يظهر من الأخبار استحباب كونه عند الزوال و لو قبل صلاة الظهر (راجع مثل صحيح ۱/ ۱۵ و ۵ و ٦).

فمقضيّة: رجاء (لعدم الدليل عليها، فان الظاهر من المكتوبة في الدليل هو الأداء).

مقدما على الفريضة: لا دليل على ذلك، فان ظاهر الأخبار كون الاحرام بعد الفريضة أو النافلة.

ان يقرء: (لرواية معاذ بن مسلم- و قد وثقه العلامة- ۱/ ۱۵ القرائة في الصلاة: «لا تدع ان تقرء ب**قل هو اللّه أحد** و **قل يا أيها الكافرون** في سبعة مواطن في الركعتين قبل الفجر و ركعتي الزوال و الركعتين بعد المغرب و ركعتين من اول صلاة الليل و ركعتي الاحرام و الفجر اذا اصبحت و ركعتي الطواف» و لم يصرح فيها بتقديم التوحيد، لكن لعل تقديم ذكره اشارة الى ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۷

المسألة ۲: يكره للمرأة إذا أرادت الاحرام أن تستعمل الحنّاء إذا كان يبقى أثره إلى ما بعده مع قصد الزينة، بل لا معه أيضا إذا كان يحصل به الزينة و إن لم يقصدها، بل قيل بحرمته، فالأحوط تركه و إن كان الأقوى عدمها، و الرواية مختصّة بالمرأة، لكنّهم ألحقوا بها الرجل أيضا لقاعدة الاشتراك، و لا بأس به و أمّا استعماله مع عدم إرادة الاحرام فلا بأس به، و إن بقي أثره، و لا بأس بعدم إزالته و إن كانت ممكنة.

(۱۳- فصل في كيفية الاحرام)

و واجباته ثلاثة: الأوّل النيّة بمعنى القصد إليه، فلو أحرم من غير قصد أصلا بطل، سواء كان عن عمد أو سهو أو جهل، و يبطل نسكه أيضا إذا كان الترك عمدا، و أمّا مع السهو و الجهل فلا يبطل، و يجب عليه تجديده من الميقات إذا أمكن، و إلاّ فمن حيث أمكن على التفصيل الّذي مرّ سابقا في ترك أصل الاحرام.

المسألة ۲: يبقى اثره: (بدعوى الانصراف عما لا يبقى اثره و قد دل صحيح ۲۳/۱ تروك الاحرام على الجواز مطلقا و ۲۳/۲ على الكراهة في موارد المرئة، و لا وجه لإشكال بعض اهل العصر بالتعارض لعدم تعارض بين مصرح بالجواز و دليل الكراهة، نعم الحاق الرجل مشكل لإحتمال الخصوصيّة و لعل نظير المقام حكم الرقص فتأمل).

في كيفية الاحرام

فلو احرم من غير قصد: (يريد من الاحرام سببه شرعا من التلبية و اللبس و الاشعار و التقليد كإرادة العقد من البيع، و العقد قد يقع بلا قصد. فالظاهر ان الاحرام هو الدخول في حرم اللّه تعالى، فإنه في اللغة بمعنى ذلك، و كذا بمعنى تحريم الحلال لكن التناسب للمعنى الاول، و التلبية سبب الدخول في حرمة اللّه تعالى و كذا الاشعار و التقليد كما في ۱۲/۲۰ اقسام الحج: «يوجب الاحرام ثلاثة اشياء التلبية و الاشعار و التقليد» و يستفاد من غيرها ايضا مثل ۱۹ و ۲۱ و ۱۲/... فالاحرام ليس التلبية، كما انه ليس توطين النفس على ترك المحرمات أو الالتزام بالترك أو بالافعال المخصوصة في الاحرام، اذ لا يلزم الالتزام على ترك جميع المحرمات بل اذا فعلها ففيه الكفارة، و لا يبطل الاحرام إلاّ في بعضها كالجماع مثلا من جهة انه يبطل الاحرام، فقصد فعله لا يجتمع قصد الاحرام كالتضاد لا من جهة دخله في معنى الاحرام.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۸

المسألة ۱: يعتبر فيها القربة و الخلوص كما في سائر العبادات، فمع فقدهما أو أحدهما يبطل إحرامه.

المسألة ۲: يجب أن تكون مقارنة للشروع فيه، فلا يكفي حصولها في الأثناء، فلو تركها وجب تجديده، و لا وجه لما قيل: من أنّ الاحرام تروك، و هي لا تفتقر إلى النيّة، و القدر المسلّم من الاجماع على اعتبارها إنّما هو في الجملة و لو قبل التحلّل، إذ نمنع أوّلا كونه تروكا فإنّ التلبية و لبس الثوبين من الأفعال، و ثانيا اعتبارها فيه على حدّ اعتبارها في سائر العبادات في كون اللازم تحقّقها حين الشروع فيها.

المسألة ۳: يعتبر في النيّة تعيين كون الاحرام لحجّ أو عمرة، و أنّ الحجّ تمتّع أو قران أو إفراد، و أنّه لنفسه أو نيابة عن غيره، و أنّه حجّة الاسلام أو الحجّ النذريّ أو الندبيّ، فلو نوى الاحرام من غير تعيين و أوكله إلى ما بعد ذلك بطل، فما

عن بعضهم من صحّته و أنّ له صرفه إلى أيّهما شاء من حجّ أو عمرة لا وجه له، إذ الظاهر أنّه جزء من النسك فتجب نيّته كما في أجزاء سائر العبادات، و ليس مثل الوضوء و الغسل بالنسبة إلى الصلاة، نعم الأقوى كفاية التعيين الاجماليّ حتّى بأن ينوي الاحرام لما سيعيّنه من حجّ أو عمرة، فإنّه نوع تعيين و فرق بينه و بين ما لو نوى مرددا مع إيكال التعيين إلى ما بعد.

و أيضا التوطين أو الالتزام المزبور حيث انه يتعلق بالفعل أو الترك فهو مقدمة له، و هما من احكام الاحرام، و قصد الحكم مقدمة له و متعلق به و لا يكون موضوعا له و الاحرام موضوع هذه الاحكام و ايضا الاحرام بحسب ارتكاز المتشرعة امر يقصد الشخص و يتوجه اليه و يوجده فيقول: أوجدته و اوقعته، فهو الدخول في حرمة اللّه تعالى يعتبر شرعا بوسيلة التلبية أو الاشعار نظير وقوع البيع عند العقلاء باللفظ و يلزم في تحققه كون التلبية أو الاشعار مع القصد بالتسبيب أي التوسل بالتلبية الى الاحرام، اي يلبي بقصد الاحرام كما يقول: بعت بقصد تحقق البيع لا الاخبار مثلا، و بعد الدقة فيما ذكرنا تعرف ما في بعض الحواشي من الاشكال على المتن في اعتبار القصد).

المسألة ٣: لما سيعيّنه: الأقوى عدم كفايته (خلافا للخوئي و النجفي (قدسرهما) لعدم وقوع التعيين و التعين الآن بخلاف ما اذا قرء البسملة بقصد سورة تكون في صفحة لا حقة مثلا فان السورة متعينة حينئذ و ان لا يعلمه، فلا وجه لتشبيه الخوئي (قدّس سرّه) فان السورة متعينة بلا احتياج الى عمل تعيين من المكلف عندئذ بخلاف المقام فان تعينه لا بد ان يقع بواسطة تعيينه فيما بعده، كما لا وجه لقول بعض أهل العصر بعدم لزوم التعيين لتعينه بما يأتي بعده من الاعمال فان الاعمال فيما بعد ايضا على اقسام و كل قسم مربوط بنوع خاص من الحج و العمرة و تعين النوع بالعمل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۲۹

المسألة ٤: لا يعتبر فيها نيّة الوجه من وجوب أو ندب إلاّ إذا توقّف التعيين عليها، و كذا لا يعتبر فيها التلفّظ بل و لا الاخطار بالبال فيكفي الداعي.

المسألة ٥: لا يعتبر في الاحرام استمرار العزم على ترك محرّماته، بل المعتبر العزم على تركها مستمرّا، فلو لم يعزم من الأوّل على استمرار الترك بطل، و أمّا لو عزم على ذلك و لم يستمرّ عزمه بأن نوى بعد تحقّق الاحرام عدمه أو إتيان شيء منها لم يبطل، فلا يعتبر فيه استدامة النيّة كما في الصوم، و الفرق أنّ التروك في الصوم معتبرة في صحّته بخلاف الاحرام فإنّها فيه واجبات تكليفيّة.

المسألة ٦: لو نسي ما عيّنه من حجّ أو عمرة وجب عليه التجديد سواء تعيّن عليه أحدهما أو لا، و قيل: إنّه للمتعيّن منهما، و مع عدم التعيين يكون لما يصحّ منهما، و مع صحّتهما كما في في أشهر الحجّ

شبه الدور، فهذا نظير أن يقال: لا نعيّن الصلاة، أنها فريضة ظهر أو نافلة بل يتعين بعدا، فان قرأنا سورة تعين انه فريضة، أو فان سلمنا على الركعتين تعين انه نافلة فهذا من قبيل تعين الموضوع بالحكم، فالتعين بما بعد انما هو فيما لم يكن هذا الشيء منظورا اصلا و لا يجري في الجزء كما في المفتاح بالنسبة الى البيت في البيع، و لا يجري في مثل الاحرام بل الاحوط في البسملة ايضا ذلك بل لو قلنا بأنها جزء كل سورة لا يخلو عن وجه، فلا وجه لما قاله النجفي (قدّس سرّه) من انه تعيين اجمالي كما لا وجه لما قاله من صحة نية الجامع فهل هو إلاّ كنية الجامع بين الظهر و العصر؟!)

المسألة ٤: فيكفي الداعي: (و تحقق هذا العنوان القصدي لا يستلزم انشاء كالعقود و الايقاعات حتى يقال (كما قال البروجردي (قدّس سرّه)) بأن تحقق هذا الانشاء بدون الاخطار و الارادة التفصيلية مشكل، بل هو كقصد التعظيم و التوهين يكفي الداعي عند العقلاء).

المسألة ٥: المعتبر العزم على تركها: بل لا يعتبر ذلك ايضا إلاّ فيما يوجب البطلان لو كان ملتفتا اليه كالجماع مثلا، و أما في مثل الاستظلال مثلا فلو كان عازما على الاستظلال احيانا من الاول لم يبطل احرامه، و كذا لبس المخيط فمحرمات الاحرام بعضها تكليفية فقط و بعضها تكليفية و وضعية معا.

المسألة ٦: التجديد: أي تجديد ما يصح على الاحوط فيما يختص الصحة بأحدهما فيجدد الصحيح فان كان طبق الاول فهو و ان كان غيره فالاول ملغى لعدم امكان صحته على الفرض، و أما فيما يمكن صحة ايّ منهما فلا ينفع التجديد كما لا يخفى،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۰

الأولى جعله للعمرة المتمتّع بها و هو مشكل، إذ لا وجه له.

المسألة ٧: لا تكفي نيّة واحدة للحجّ و العمرة، بل لا بدّ لكلّ منهما من نيّته مستقلا، إذ كلّ منهما يحتاج إلى إحرام مستقلّ، فلو نوى كذلك وجب عليه تجديدها، و القول بصرفه إلى المتعيّن منهما إذا تعيّن عليه أحدهما و التخيير بينهما إذا لم يتعيّن و صحّ منه كلّ منهما كما في أشهر الحجّ لا وجه له، كالقول بأنّه لو كان في أشهر الحجّ بطل و لزم التجديد، و إن كان في غيرها صحّ عمرة مفردة.

المسألة ٨: لو نوى كاحرام فلان فإن علم أنّه لماذا أحرم صحّ، و إن لم يعلم فقيل بالبطلان لعدم التعيين، و قيل بالصحّة لما عن عليّ عليه السّلام، و الأقوى الصحّة لأنّه نوع تعيين، نعم لو لم يحرم فلان أو بقي على الاشتباه فالظاهر البطلان، و قد يقال: إنّه في صورة الاشتباه يتمتّع، و لا وجه له إلاّ إذا كان في مقام يصحّ له العدول إلى التمتّع.

فلا بد ان يعمل على طبق العلم الاجمالي ما امكن و في المقام تفصيل اذ الاحتمالات متعددة، فقد يدور الامر بين عمرة التمتع و العمرة المفردة و قد يدور بين المفردة و حج الافراد و قد يدور بين حج الافراد و عمرة التمتع و طريق الاحتياط فيها يختلف.

و هو مشكل: اذ العدول عن حج الافراد الى العمرة المتمتع بها غير معلوم الجواز، و الاختيار قبل الشروع غير العدول بعده كما ان التعين للمتعين واقعا بلا وجه للزوم قصد العنوان إلاّ اذا كان من قصده الاجمالي اتيان ما هو الوظيفة.

المسألة ٧: لا تكفي: أي بنحو القران بينهما فلا يجوز القران بينهما بإحرام واحد لا الترتيب لعدم المنع منه.

وجب: أي بطل السابق فيلزم استيناف العمل لرفع التكليف لكنه فيما يمكن صحتهما، و أما فيما لا يمكن إلاّ صحة احدهما كما في غير اشهر الحج فلا يلزم الاستيناف لفرض قصد العنوان لكنه مع ضم عنوان آخر (فان صرف ضمّ شيء لا يقع اليه لا يوجب البطلان).

كالقول: و هو الأوجه (في مفروض المسألة، و هو قصد العنوان مع عنوان آخر لا قصد الجامع، فانه نظير ضم نية غسل بلا موجب الى نية غسل له موجب، لا يضره ذلك).

المسألة ٨: فالظاهر البطلان: بمعنى عدم تيقن البرائة بمقتضى الاشتغال اليقيني، و أما في الواقع فهو صحيح للتعين واقعا

فإذا علم اجمالا أن تكليفه عين تكليف فلان،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۱

المسألة ۹: لو وجب عليه نوع من الحجّ أو العمرة فنوى غيره بطل.

المسألة ۱۰: لو نوى نوعا و نطق بغيره كان المدار على ما نوى دون ما نطق.

المسألة ۱۱: لو كان في أثناء نوع و شكّ في أنّه نواه أو نوى غيره بنى على أنّه نواه.

و ان فلانا احرم طبق وظيفته كان صحيحا بمعنى اسقاط التكليف ايضا (و حينئذ فإحرام علي عليه السّلام على طبق القاعدة الدارجة، نعم في روايات احرام علي عليه السّلام يبدو في النظر اشكالان، احدهما: ان التمتع ما شرّع قبل عمل النبي (ص) فإحرام علي عليه السّلام اذا كان كإحرام النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فهو كان على طريقة قبل تشريع التمتع أي القران و الافراد كسائر المسلمين، و يمكن الجواب بأن تغير الحكم لا يضر بهذا التعيين الواقعي، فكيف كان هو عليه السلام احرم كإحرام النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم الثاني: انه عليه السلام لم يسق الهدي، فلا يكون قرانا و يمكن الجواب بأنه اذا احرم كإحرام النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فكأنه جعل كل الامور غير ما عمل بنفسه مما تجري فيه الوكالة و النيابة على النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و اوكل اليه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم، و منها سوق الهدي و لذلك اشركه النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في هديه و أما اختلاف الأخبار في تعداد البدنة التي ساقها النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لا يضر بأصل الحكم. و بما ذكرنا يرتفع اشكال هذه الروايات خلافا للخوئي (مد ظلّه) ثم ان ما ذكرنا في اصل المسألة هو الصحيح عندنا خلافا لغير واحد من المحشين حتى في الفرع قبل أي ما لم يعلم، و قال البروجردي (قدّس سرّه) بالصحة اذا تعذر و لم يمكن التعيين بغير هذا الوجه، و فيه: انه ان لم يكن كافيا للتعين فالتعذر لا يعين المأمور به).

المسألة ۹: بطل: إلاّ اذا كان من باب الخطأ في التطبيق، ثم ان البطلان بمعنى عدم سقوط التكليف فلو كان الوجوب بالنذر و شبهه فأصل العمل صحيح و يبقى عليه العمل بالنذر.

المسألة ۱۱: بنى على: (لأن قصد العنوان محرز الآن و الشك في التغيير حتى يبطل بتناقض القصد أو عدم التغيير حتى لا يكون باطلا وفاقا للاستاذ و الخوئي و الاكثر و خلافا للحكيم و بعض آخر، و لا وجه له اذ نسلم ان قاعدة التجاوز تجري بعد احراز العنوان لكن العنوان محرز فعلا كما لا وجه لما قاله بعض اهل العصر من ان ما في المتن يصح اذا كان ظاهر حاله ذلك ظهورا معتدا به عند العقلاء ...، اذ السؤال عن دليل حجية هذا الظهور باق).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۲

المسألة ۱۲: يستفاد من جملة من الأخبار استحباب التلفّظ بالنيّة، و الظاهر تحقّقه بأيّ لفظ كان، و الأولى أن يكون بما في صحيحة ابن عمّار و هو أن يقول: «اللّهمّ إنّي اريد ما أمرت به من التمتّع بالعمرة إلى الحجّ على كتابك و سنّة نبيّك صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فيسّر ذلك لي و تقبّله منّي و أعنّي عليه، فإن عرض شيء يحبسني فحلّني حيث حبستني لقدرك الّذي قدّرت عليّ، اللّهمّ إن لم تكن حجّة فعمرة، أحرم لك شعري و بشري و لحمي و دمي و عظامي و مخّي و عصبي من النساء و الطيب، أبتغي بذلك وجهك و الدار الآخرة».

المسألة ۱۳: يستحبّ أن يشترط عند إحرامه على اللّه أن يحلّه إذا عرض مانع من إتمام نسكه من حجّ أو عمرة، و أن يتمّم إحرامه عمرة إذا كان للحجّ و لم يمكنه الاتيان كما يظهر من جملة من الأخبار و اختلفوا في فائدة هذا الاشتراط فقيل: إنّها سقوط الهدي، و قيل: إنّها تعجيل التحلّل و عدم انتظار بلوغ الهدي محلّه، و قيل: سقوط الحجّ من قابل، و قيل: إنّ فائدته إدراك الثواب فهو مستحبّ تعبديّ هذا هو

ــــــــــــــــــــــ

المسألة ۱۲: و الاولى: لا وجه لإختصاص الأولوية بما في صحيح ابن عمار و كان الأحسن ان يقول: و الأولى ان يكون طبق عبارة المعصوم عليه السّلام على ما في النصوص، ثم انه (قدّس سرّه) خلط بين صحيح ابن عمار و صحيح ابن سنان فلفقهما و الأمر سهل (راجع روايات الأبواب ۱۶ و ۱۷ و ۲۱ من الاحرام).

المسألة ۱۳: هو الأظهر: فيه منع و ان كان موافقا للاحتياط، بل الأظهر هو الحلّ بلا وظيفة و جعل الاحرام حينئذ كالعدم (طبقا لمفاد الشرط و قد صرح في صحيح ذريح ۳/ ۲٤ ابواب الاحرام بأن اللّه تعالى أحق من وفى بما اشترط عليه ...، فان القاعدة تقتضي العمل بالشرط و لا ريب في استحباب هذا الشرط فهو مقبول منه تعالى و حينئذ فلا اشكال في انه تعالى يعمل على طبق الشرط و لا معنى له سوى الغاء الوظيفة من ناحية الاحرام. و أما صحيح ابن نصر ٤/ ١ أبواب الاحصار الظاهر صدره في الحل بمجرد العارض بلا ذكر الشرط فالظاهر بمناسبة ارتباط الذيل بالصدر ان مورده الاشتراط. و أما حديث مرض الحسين عليه السّلام ۲/ ۱ أبواب الاحصار حيث لم يذكر شرط صدرا و لا ذيلا فهو خارج عن البحث مع ان في ۲/ ٦ ابواب الاحصار انه ساق بدنة و الاجماع قام على لزوم ذبح هديه لا على عدم التحلل إلاّ بالذبح فيمكن التحلل - ان فرض الاشتراط - بصرف العارض و ان كان يلزم الذبح لهديه اذا ساق.

و أما سقوط الحج فلو كان المراد السقوط من جهة الافساد فهو كذلك و لو كان المراد سقوط التكليف كلا فيفرق من استقر عليه الحج و من لم يستقر هذا هو القاعدة،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۳

الأظهر و يدل عليه قوله عليه السّلام في بعض الأخبار: «هو حلّ حيث حبسه اشترط أو لم يشترط» و الظاهر عدم كفاية النيّة في حصول الاشتراط، بل لا بدّ من التلفّظ، لكن يكفي كلّ ما أفاد هذا المعنى، فلا يعتبر فيه لفظ مخصوص و إن كان الأولى التعيين ممّا في الأخبار. الثاني: من واجبات الاحرام التلبيات الأربع، و القول بوجوب الخمس أو الستّ ضعيف، بل ادّعى جماعة الاجماع على عدم وجوب الأزيد من الأربع، و اختلفوا في صورتها على أقوال: أحدها أن يقول: لبّيك اللّهمّ لبّيك، لبّيك لا شريك لك لبّيك. الثاني: أن يقول بعد العبارة المذكورة: إنّ الحمد و النعمة لك و الملك لا شريك لك. الثالث: أن يقول: لبّيك اللّهمّ لبّيك، لبّيك إنّ الحمد و النعمة لك و الملك، لا شريك لك لبّيك. الرابع: كالثالث إلاّ أنّه يقول: «إنّ الحمد و النعمة و الملك لك لا شريك لك لبّيك» بتقديم لفظ [و الملك] على لفظ [لك] و الأقوى هو القول الأوّل كما هو صريح صحيحة معاوية بن عمّار، و الزوائد مستحبّة و الأولى التكرار بالاتيان

ــــــــــــــــــــــ

و أما ۲/ ۲۷ ابواب الوقوف بالمشعر - صحيح ضريس - الظاهر في السقوط كلا فهو غير معمول به كما قال الحكيم (قدّس سرّه) مع انه ليس في المحصور بمرض و نحوه بل مورده فوت الموقفين لضيق الوقت و الغفلة كما قال الخوئي (قدّس سرّه) و بأزاء الحديث صحيح ابي بصير ۱/ ۲٤ ابواب الاحرام حيث يلزم الحج من قابل فيتعارضان و

يسقطان و القاعدة تقتضي الوجوب من قابل.

فتحصل ان حكم الشرط التحلل بلا احتياج الى الهدي و ان لزم الذبح للهدي ان ساقه لكنه حكم من جهة الهدي لا التحلل، بلا فرق بين المحصور و المصدود. و أما صحيح زرارة ۱/ ۲۵ الاحرام و حمزة بن حمران ۲/ ۲۵ الصريحتان في الحل و ان لم يشترط فمعارضتان لصحيح ذريح، و الصحيح مقدم للتعليل في الذيل مع احتمال ارادة الحل تكوينا يعني اذا حبسه اللّه تعالى فلا طريق له إلاّ الحلّ لعدم البقاء على الحرمة دائما و لا نظر له الى الحل بالهدي و عدمه حتى يكون حله بالشرط او لا، فالحق الأظهر ما ذكرنا).

التلبيات ... و الاقوى: لا يترك الاحتياط برعاية الثاني (وفاقا للبروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما)، لإحتمال كون الذيل تتمة لعبارة التلبيات الاربع، و كون المراد من قوله عليه السّلام في صحيح معاوية بن عمار: التلبيات الأربع، ما يشمل هذا الذيل سيما على احتمال الفتح في ان الحمد ... الخ، و لكون الذيل في تلبيات النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بحسب غير واحد من الروايات، و قد ذكر في بعضها انه ما لبى به النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و المسلمون.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۴

بكلّ من الصور المذكورة، بل يستحبّ أن يقول كما في صحيحة معاوية بن عمّار: لبّيك اللّهمّ لبيك، لبّيك لا شريك لك لبّيك، إنّ الحمد و النعمة لك و الملك لك لا شريك لك، لبّيك ذا المعارج لبّيك لبّيك داعيا إلى دار السلام لبّيك غفّار الذنوب لبّيك، لبّيك أهل التلبية لبّيك، لبّيك ذا الجلال و الاكرام لبّيك مرهوبا و مرغوبا إليك لبّيك لبّيك تبدأ و المعاد إليك لبّيك كشّاف الكروب العظام لبّيك، لبّيك عبدك و ابن عبديك لبّيك، لبّيك يا كريم لبّيك».

المسألة ١٤: اللازم الاتيان بها على الوجه الصحيح بمراعاة أداء الكلمات على قواعد العربيّة، فلا يجزي الملحون مع التمكّن من الصحيح بالتلقين أو التصحيح، و مع عدم تمكّنه فالأحوط الجمع بينه و بين الاستنابة، و كذا لا تجزي الترجمة مع التمكّن، و مع عدمه فالأحوط الجمع بينهما و بين الاستنابة،

و ظهور صحيح عاصم بن حميد في لزوم ذلك فانه المراد من نقل الامام عليه السّلام عمل النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فتأمل. و صرف عدم ذكره في صحيح عمر بن يزيد ٤/ ٤٠ الاحرام لا ينفي ما ظاهره الوجوب لعدم ظهوره في الحصر فتأمل و راجع روايات الابواب ۲ اقسام الحج و ٣٦ و ٣٧ و ٤٠ من الاحرام).

بل يستحب ان يقول: و يتأكد بالنسبة الى ذكر ذي المعارج (كما ورد الحث عليه).

المسألة ١٤: فالأحوط الجمع: لا يترك و ان كان للاكتفاء بالملحون وجه (فانه مقتضى معتبر مسعدة بن صدقة ۲/ ۵۹ قرائة الصلاة و كذا قاعدة الميسور لو اعتقدنا تماميتها، و كذا مقتضى حكم الاخرس فانه يستفاد من عدم الانتقال الى الاستنابة مع العجز عن الصحيح و التمام لكن حيث لم يرد تصريح في المقام فالاحتياط لازم، و أما رواية ۲/ ۳۹ الاحرام الدالة على الاستنابة للتلبية فلم يوثق ياسين الضرير في السند مع ان الاكتفاء بالاستنابة لا ينفي الاكتفاء بالملحون. و لا نجسر على الفتوى بكل ظن و إلاّ لقلنا باستفادة الاكتفاء بأي طريق بلا فرق، من مجموع ادلة الباب و نظائرها و كريمة نفي الحرج. و ان الشريعة سمحة).

الجمع بينهما و بين الاستنابة: (و قال الخوئي (قدّس سرّه) لعل هذا الشخص معذور عن وجوب الحج فيصبر حتى السنة القادمة ليتعلم، لكن المستفاد من ادلة القرائة العفو عن التمام عند العجز كما في ۲/ ۵۹ قرائة الصلاة، هذا مع اهمية

فورية الحج على ما يستفاد من الأدلة و لذلك لم يعهد من الفقهاء الزام التأخير هنا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۵

و الأخرس يشير إليها بأصبعه مع تحريك لسانه، و الأولى أن يجمع بينهما و بين الاستنابة، و يلبّى من الصبيّ الغير المميّز و من المغمى عليه، و في قوله: «انّ الحمد» الخ يصحّ أن يقرأ بكسر الهمزة و فتحها، و الأولى الأوّل و لبّيك مصدر منصوب بفعل مقدّر، أي البّ لك إلبابا بعد إلباب، أولبّا بعد لبّ، أي إقامة بعد إقامة، من لبّ بالمكان أو ألبّ أي أقام، و الأولى كونه من لبّ، و على هذا فأصله لبيّن لك، فحذف اللام و اضيف إلى الكاف، فحذف النون، و حاصل معناه إجابتين لك، و ربما يحتمل أن يكون من لبّ بمعنى واجه، يقال: داري تلبّ دارك، أي تواجهها، فمعناه مواجهتي و قصدي لك، و أمّا احتمال كونه من لبّ الشيء، أي خالصة، فيكون بمعنى إخلاصي لك فبعيد، كما أنّ القول بأنّه كلمة مفردة نظير «علي» و «لدي» فأضيفت إلى الكاف فقلبت ألفه ياء لا وجه له، لأنّ على ولدى إذا اضيفا إلى الظاهر يقال فيهما بالألف كعلى زيد ولدى زيد و ليس لبّي كذلك فانه يقال فيه: لبّي زيد بالياء.

المسألة ۱۵: لا ينعقد إحرام حجّ التمتّع و إحرام عمرته، و لا إحرام حجّ الافراد و لا إحرام العمرة المفردة إلاّ بالتلبية، و أمّا في حجّ القران فيتخيّر بين التلبية و بين الاشعار أو التقليد، و الاشعار مختصّ بالبدن،

ـــــــــــــــــــــــ

عن الصبي: (لصحيح زرارة ۵/ ۱۷ اقسام الحج).

المغمى عليه: و الأحوط أن يرجع الى الميقات إن امكن و إلاّ فمن مكانه كالجاهل و الناسي اذا تجاوزا عن الميقات غير محرمين بل لا يترك اذا افاق عن قريب (لعدم الدليل سوى مرسل جميل ۲/ ۵۵ الاحرام و هو مرسل، و أما خبر زرارة ۲/ ۳۹ الاحرام فشموله للمغمى عليه محلّ تأمل، فان قوله عليه السّلام لا يحسن ان يلبي» ظاهر في بقاء القصد و الارادة، و العجز للجهل لكن الفتوى مشهورة و المرسل جميل، و لعل المراد من خبر زرارة مطلق العذر، نعم شموله للعذر الزائل بعيد)

و الاولى الاول: و الأحوط التكرار بعد تمام الجملة و ان كان الكسر اظهر (لمن يأنس الادبيات، و قال الاستاذ (قدّس سرّه): «الفتح غير معلوم» لكنه من باب التعليل ممكن).

و ربما يحتمل: كما احتمل ان يكون بمعنى المحبة من امرئة لبّة اي محبّة، و احتمل ان يكون كلمة مفردة مستقلة بمعنى الاجابة أو تستعمل في مقام الجواب.

المسألة ۱۵: و الاشعار مختص بالبدن: (لظهور صحيح عمر بن يزيد ۲۱/ ۱۲ اقسام الحج: «من اشعر بدنته فقد احرم ...»، حيث اخذ قيد البدنة الظاهر في الاختصاص، و أما تعميم التقليد بين جميع اقسام الهدي فلرواية ۹/ ۱۲ اقسام الحج .... بضمّ كفايته في الابل ايضا اجماعا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۶

و التقليد مشترك بينها و بين غيرها من أنواع الهدي، و الأولى في البدن الجمع بين الاشعار و التقليد، فينعقد إحرام حجّ القران بأحد هذه الثلاثة، و لكنّ الأحوط مع اختيار الاشعار و التقليد ضمّ التلبية أيضا، نعم الظاهر وجوب التلبية على القارن و إن لم يتوقّف انعقاد إحرامه عليها، فهي واجبة عليه في نفسها، و يستحبّ الجمع بين التلبية و أحد الأمرين، و

بأيّهما بدأ كان واجبا. و كان الآخر مستحبّا ثمّ إنّ الإشعار عبارة عن شقّ السنام الأيمن بأن يقوم الرجل من الجانب الأيسر من الهدي و يشقّ سنامه من الجانب الأيمن، و يلطخ صفحته بدمه،

و الأولى في البدن الجمع: (لمعتبر السكوني: «ما بال البدنة تقلد النعل و تشعر» ٢٢/ ١٢ اقسام الحج مع تصريح صحيح معاوية ٢٠/ ١٢ أقسام الحج بكفاية احد الثلاثة، و أما احتياط ضم التلبية فللخروج عن مخالفة السيد و ابن ادريس في عدم انعقاد الحج حتى القران إلاّ بالتلبية).

واجبة عليه في نفسها: فيه منع، و الأظهر عدم الوجوب و المفروض عدم الدخالة شرطا (فإنّ الاطلاقات ظاهرة في اللزوم الشرطي و المفروض تقييدها بأدلة القران، و أما موثق يونس ٢/ ١٢ اقسام الحج فالظاهر من نقل الصدوق بطريقة الصحيح انه مربوط بالعمرة و معلوم ان احرامها بالتلبية فقط شرطا).

الآخر مستحبا: أي شرطا على الاحتياط السابق لا النفسي لإعتقاده الوجوب النفسي. (فلا يرد اشكال التهافت من غير واحد من المحشين).

(١) شق السنام الايمن: إلاّ اذا كانت معه بدن كثيرة فانه حينئذ يدخل بين اثنين فيشعر هذه من الشق الايمن و هذه من الايسر (كما في صحيح حريز ١٩/ ١٢ اقسام الحج).

(٢) الاحوط بل الاقوى التلبية مع النية من الميقات سرا أو جهرا، و الأفضل تأخير اجهاره الى البيداء.

يقوم الرجل: لا دليل على دخالته في الإشعار (و أما صحيح معاوية ٤/ ١٢ اقسام الحج فيحتمل ارتباط قوله عليه السّلام: «يقوم الرجل ...» الخ بالجملة بعدها أي قوله:

ثم يقلدها، و حيث ان اصل التقليد في مورد الاشعار مستحب فهو لا يزيد عليه لكونه من آدابه).

و يلطخ: ليس عليه دليل واضح (و لعل في ذيل خبر السكوني ٢٢/ ١٢ اقسام الحج اشعار اليه: «... اما الاشعار فانه يحرم ظهرها على صاحبها من حيث اشعرها ...»

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۷

و التقليد أن يعلّق في رقبة الهدي نعلا خلقا قد صلّى فيه.

المسألة ١٦: لا تجب مقارنة التلبية لنيّة الاحرام و إن كان أحوط، فيجوز أن يؤخّرها عن النية و لبس الثوبين على الأقوى.

المسألة ١٧: لا تحرم عليه محرّمات الاحرام قبل التلبية و إن دخل فيه بالنيّة و لبس الثوبين، فلو فعل شيئا من المحرّمات لا يكون آثما. و ليس عليه كفّارة، و كذا في القارن إذا لم يأت بها و لا بالاشعار أو التقليد، بل يجوز له أن يبطل الاحرام ما لم يأت بها في غير القارن، أو لم يأت بها و لا بأحد الأمرين فيه، و الحاصل أنّ الشروع في الاحرام و إن كان يتحقّق بالنيّة و لبس الثوبين إلاّ أنّه لا تحرم عليه المحرّمات، و لا يلزم البقاء عليه إلاّ بها أو بأحد الأمرين فالتلبية و أخواها بمنزلة تكبيرة الاحرام في الصلاة.

المسألة ١٨: إذا نسي التلبية وجب عليه العود إلى الميقات لتداركها و إن لم يتمكّن أتى بها في مكان التذكّر، و الظاهر عدم وجوب الكفّارة عليه إذا كان آتيا بما يوجبها، لما عرفت من عدم انعقاد الاحرام إلاّ بها.

فلعل أحدا يستفيد حسن رؤية اثر الاشعار على جميع موضع الركوب فتأمل. و أما توجيه التذكرة: ليعرف انه صدقه،

ففيه: كفاية الاشعار لذلك).

خلقا قد صلى: لا يلزم مراعاة هذين القيدين (فإنه مقتضى الجمع بين مثل ۱۱/ ۱۲ اقسام الحج و مثل ۵ و ۹/ ۱۲ اقسام الحج).

المسألة ١٦: و ان كان احوط: بل اقوى (فإن الاحرام هو الدخول في حرم اللّه تعالى و سببه التلبية مع النية كما انه لا تنفك عنها عادة).

المسألة ١٧: لا تحرم: (و هو واضح بناء على كون سبب الدخول في الاحرام هو التلبية كما مرّ من الادلة، فلا وجه لتأمل الاستاذ (قدّس سرّه) و حينئذ فالمراد من الدخول في الاحرام في المتن هو الشروع في الاعمال من لبس الثوبين و دعاء النيّة أو نفس النية كما اشار في المتن).

يتحقق بالنيّة: فيه منع، بل الاحرام لا ينعقد بالنية و اللبس فقط بل بالتلبية أو الاشعار أو التقليد مع القصد على ما مر.

المسألة ١٨: العود الى الميقات: هذا يتم بناء على ما ذكرنا من ان الاحرام هو التلبية أو ينعقد بها و أما على ما ظهر من المتن في المسألة السابقة من انه النية فلا موجب للرجوع الى الميقات ما لم تفت النية، و على ما ذكرنا فحكمه ما مرّ في أحكام المواقيت من التفصيل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۸

المسألة ١٩: الواجب من التلبية مرّة واحدة، نعم يستحبّ الاكثار بها و تكريرها ما استطاع، خصوصا في دبر كلّ صلاة فريضة أو نافلة، و عند صعود شرف، أو هبوط واد، و عند المنام، و عند اليقظة، و عند الركوب، و عند النزول، و عند ملاقاة راكب، و في الأسحار، و في بعض الأخبار: «من لبّى في إحرامه سبعين مرّة إيمانا و احتسابا أشهد اللّه له ألف ألف ملك براءة من النار و براءة من النفاق» و يستحبّ الجهر بها خصوصا في المواضع المذكورة للرجال دون النساء، ففي المرسل أنّ التلبية شعار المحرم، فارفع صوتك بالتلبية، و في المرفوعة: لمّا أحرم رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أتاه جبرئيل فقال: مر أصحابك بالعجّ و الثجّ، فالعج رفع الصوت بالتلبية، و الثجّ نحر البدن.

المسألة ٢٠: ذكر جماعة أنّ الأفضل لمن حجّ على طريق المدينة تأخير التلبية إلى البيداء مطلقا كما قاله بعضهم، أو في خصوص الراكب كما قيل، و لمن حجّ على طريق آخر تأخيرها إلى أن يمشي قليلا، و لمن حجّ من مكّة تأخيرها إلى الرقطاء كما قيل، أو إلى أن يشرف على الأبطح، لكنّ الظاهر بعد عدم الاشكال في عدم وجوب مقارنتها للنيّة، و لبس الثوبين استحباب التعجيل بها مطلقا، و كون أفضليّة التأخير بالنسبة إلى الجهر بها، فالأفضل أن يأتي بها حين النيّة و لبس الثوبين سرّا، و يؤخّر الجهر بها إلى

المسألة ١٩: و عند المنام: (بإستفادة ذلك من قوله عليه السّلام: «و اكثر ما استطعت» و أما بعنوان النوم فلا دليل عليه).

دون النساء: (للتصريح في الروايات برفع جهر التلبية عنهنّ كرفع الجمعة و العيد راجع روايات الابواب ۳۷ و ۳۸ و ۴۰ و ۴۱ من الاحرام).

المسألة ٢٠: بعد عدم الاشكال: و قد مرّ الاشكال في ذلك و لزوم المقارنة و مرّ انه لا ينعقد الاحرام إلاّ بالتلبية في غير القران.

فالأفضل: (و المصنف (قدّس سرّه) يريد بذلك الجمع بين الروايات المتهافتة بظاهرها، فان بعضها صريح في عدم

انعقاد الاحرام إلاّ بالتلبية أو الاشعار أو التقليد مع صراحة النصوص بعدم جواز العبور عن الميقات بلا احرام، و بعضها صريح في تأخير التلبية الى البيداء- اذا احرم من مسجد الشجرة- أو المشي قليلا اذا احرم من طريق آخر و هكذا فأراد الجمع بأن المراد تأخير الاجهار، و فيه: ان صريح صحيح معاوية ٦/ ٣٤ الاحرام نفي اصل التلبية و كذا صحيح بن سنان و صحيح منصور، و من ناحية اخرى صرح في ١/ ٣٤ بالاجهار من نفس المسجد. و قال الخوئي (مدّ ظله): الجمع بأن دليل وجوب الاحرام من الميقات بإعتبار الشمول لمن يريد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۳۹

المواضع المذكورة، و البيداء أرض مخصوصة بين مكّة و المدينة على ميل ذي الحليفة نحو مكّة، و الأبطح: مسيل وادي مكّة، و هو مسيل واسع فيه دقاق الحصى، أوّله عند منقطع الشعب بين وادي منى، و آخره متّصل بالمقبرة التي تسمّى بالمعلّى عند أهل مكّة، و الرقطاء: موضع دون الردم يسمّى مدعى، و مدعى الأقوام مجتمع قبائلهم، و الردم حاجز يمنع السيل عن البيت، و يعبّر عنه بالمدعى.

الاحرام بعد يسير، مطلق لا صريح، فهذه الروايات تقيده و تفيد أن الافضل تأخير التلبية الى البيداء مثلا أي تأخير الاحرام، فالمسجد محل تهيؤ الاحرام لا الاحرام نفسه على الافضل كما صرّح بذلك في صحيح معاوية من الباب ٣٤ الاحرام: «عن التهيؤ للاحرام فقال في مسجد الشجرة: فقد صلّى فيه رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و قد ترى اناسا يحرمون فلا تفعل حتى تنتهي الى البيداء حيث الميل فتحرمون كما انتم في محاملكم تقول: لبيك ...» الخ، مع ان الاحرام من نفس المسجد ايضا جائز قطعا كما يستفاد من صحيح بن سنان ٢/ ٣٥ و اطلاق ٤/ ٣٥ بل ظهوره لأن الصلاة توتى بها في المسجد معمولا و قد اجاز التلبية بعد الصلاة، و في صحيح عمر بن يزيد: «ان كنت ماشيا فاجهر بإهلالك و تلبيتك من المسجد» لكن يستفاد من صحيح حريز ١/ ٣٧ الاحرام ان احرام النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم كان قبل رفع الصوت بالتلبية، و معلوم ان الاحرام يحصل بالتلبية، فالمراد تأخير اجهاره و كذا ٤/ ٣٥ الاحرام ظاهر في ان اظهار النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم احرامه في البيداء لمعرفة الناس ذلك. مع ان روايات عدم جواز العبور من الميقات بلا احرام غير قابلة للتقييد مثل ١/ ٨ المواقيت: «ليس له الاحرام إلاّ من مسجد الشجرة». و كذا روايات الباب ٢ المواقيت. و قال بعض اهل العصر: لا بأس بالعمل بروايات التأخير للاحرام (التلبية) لأن الظاهر ان البيداء بجنب الميقات أو محاذ له، و فيه: ان البيداء اسم لأرض مخصوصة بين مكة و المدينة على ميل من ذي الحليفة نحو مكة على يسار الذاهب الى مكة و هو المكان الذي يقول الناس: يخسف الجيش كما وقع التصريح بأنه مكان ما يعتقدونه مكان الخسف في الباب ٣٤ الاحرام.

و كيف كان فمع ذلك كله فالاحوط لو لم يكن اقوى هو الاحرام و التلبية من المسجد أو محاذيه القريب منه و تأخير الاجهار الى البيداء مكان اجهار النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بملاك التأسي).

و الابطح: (لا دليل على تأخير الاحرام اليه اصلا بل الجهر فقط كما في صحيح معاوية الباب ٤٦ الاحرام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۰

المسألة ٢١: المعتمر عمرة التمتّع يقطع التلبية عند مشاهدة بيوت مكّة في الزمن القديم، و حدّها لمن جاء على طريق

المدينة عقبة المدنيّين، و هو مكان معروف، و المعتمر عمرة مفردة عند دخول الحرم إذا جاء من خارج الحرم، و عند مشاهدة الكعبة إن كان قد خرج من مكّة لإحرامها، و الحاجّ بأيّ نوع من الحجّ يقطعها عند الزوال من يوم عرفة، و ظاهرهم أنّ القطع في الموارد المذكورة على سبيل الوجوب و هو الأحوط و قد يقال: بكونه مستحبّا.
المسألة ۲۲: الظاهر أنّه لا يلزم في تكرار التلبية أن يكون بالصورة المعتبرة في انعقاد الاحرام، بل و لا بإحدى الصور المذكورة في الأخبار، بل يكفي أن يقول: «لبّيك اللهمّ لبّيك» بل لا يبعد كفاية تكرار لفظ لبّيك.
المسألة ۲۳: إذا شكّ بعد الاتيان بالتلبية أنّه أتى بها صحيحة أم لا بنى على الصحّة.
المسألة ۲٤: إذا أتى بالنيّة و لبس الثوبين و شكّ في أنّه أتى بالتلبية أيضا حتّى يجب عليه ترك المحرّمات أو لا يبني على عدم الاتيان لها فيجوز له فعلها، و لا كفّارة عليه.

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۱: في الزمن القديم: (و الظاهر انه لا وجه لحاشية الاستاذ بالاحتياط في مشاهدة بيوت مكة زمن الاعتمار لمصحح معاوية ۱/ ٤۳ الاحرام في القطع عند شهود عقبة المدنيين و عدم العبرة بما احدث اليوم، و أما صحيح الحلبي ۲/ ٤۳ في ان العبرة بعقبة ذي طوى فلعله في الدخول من جهة اخرى الى مكة).
ان كان قد خرج: ان كان من ادنى الحل يقطع عند شهود الكعبة سواء كان في مكة و خرج للاعتمار أو كان في خارج مكة و بدا له ان يعتمر من ادنى الحل كما فعل النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من الجعرانة (وفاقا للخوئي لصحيح عمر بن يزيد ۸/ ٤٥ الاحرام في الصورة الاولى، و صحيح معاوية ٤٥ الاحرام بالاطلاق، و لا يقيد بالاولى لعدم التعارض و عدم ثبوت وحدة الارادة).
و هو الاحوط: بل لا يخلو عن قوة و ان كان بقصد الورود فهو تشريع محرم (و قد قال الباقر عليه السّلام: «و اللّه لأصواتهم أبغض الى اللّه من اصوات الحمير ۲/ ٤۳ الاحرام).
المسألة ۲٤: عدم الاتيان: اذا لم يخرج من الميقات، و إلاّ فيبني على الاتيان (لقاعدة التجاوز العامة إلاّ في الوضوء).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۱

المسألة ۲٥: إذا أتى بما يوجب الكفّارة و شكّ في أنّه كان بعد التلبية حتّى تجب عليه أو قبلها فإن كانا مجهولي التاريخ أو كان تاريخ التلبية مجهولا لم تجب عليه الكفّارة، و إن كان تاريخ إتيان الموجب مجهولا فيحتمل أن يقال بوجوبها لأصالة التأخير، لكن الأقوى عدمه، لأنّ الأصل لا يثبت كونه بعد التلبية. الثالث: من واجبات الاحرام لبس الثوبين بعد التجرّد عمّا يجب على المحرم اجتنابه، يتّزر بأحدهما، و يرتدي بالآخر، و الأقوى عدم كون لبسهما شرطا في تحقّق الإحرام، بل كونه واجبا تعبديّا،

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲٥: الاقوى عدمه: لا لما ذكره بل لعدم جريان اصالة عدم كونه قبل التلبية لعدم الاثر حتى يعارض اصالة عدم كونه بعدها.
الثالث: لبس الثوبين: للرجال و أما النساء فيكفي أيّ ثوب لهنّ بحيث لا يكونوا عراة (وفاقا للاكثر منهم الجواهر و الحدائق، لعدم شمول النصوص لهنّ و لعدم جريان قاعدة الاشتراك في مثل المورد مما فيه احتمال الخصوصية من جهة اختصاص حرمة المخيط، و كذا وجوب التجريد عن الثياب بالرجال، و كذا لا تجري قاعدة الاشتراك في كل ما

تحتمل الخصوصية، و لعل منها الرقص فان الدليل الوارد في الخطاب مربوط بالرجال من قوله عليه السّلام: «انهاكم عن الزفن ...» الخ، هذا. مع السيرة العملية على الترك، نعم يجب عليها ثوب لئلا تكون عارية و ان امنت من النظر، للروايات الواردة في لبس الحائض الثياب، و ما دل على لزوم طهارة ثوبها، و ما ورد في لبسها الحرير كما ورد في روايات الأبواب ۳۳ و ٤٨ الاحرام. و أما نصوص الرجل فحيث انها مشتملة على نزع المخيط مربوط بالرجل، و كذا الفتاوى، و أما الوجوب للرجال فللروايات الآمرة به، راجع الابواب ٦ و ٧ و ٨ و ٤٧ و ٥٢ من الاحرام، مثل صحاح ۱/ ٥٢ و ٦/ ٤ و ۷/ ۲ و ۸/ ۱ و ٤٧/ ۱ و اشتمالهما على بعض الآداب لا يضر لظهور الهيئة في الوجوب، و كذا الروايات الواردة في تجريد الصبيان ٤٧/ ۱ عن ثيابهم، و ما دل على جواز تأخير لبس ثياب الاحرام عند الضرورة الى ذات عرق ۱۰/ ۲ المواقيت، و يدل على اللزوم التزام المسلمين و المعصومين عليهم السّلام باللبس، و لا نستدل بصرف العمل بل بالالتزام بالعمل، بل و النكير على الترك، فلا وجه لإشكال الخوئي (قدّس سرّه) بان العمل اعم. هذا، و لكن لا يدل شيء من ذلك على دخالته في تحقق الاحرام شرطا أو تتميما- و الفرق ان في التتميم التلبية قبل اللبس صحيح فانه من الاحرام، لكن الاحرام الكامل يتحقق بعد التلبية و اللبس و لكن في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۲

و الظاهر عدم اعتبار كيفيّة مخصوصة في لبسهما، فيجوز الاتّزار بأحدهما كيف شاء، و الارتداء بالآخر أو التوشّح به أو غير ذلك من الهيئات، لكن الأحوط لبسهما على الطريق المألوف و كذا الأحوط عدم عقد الازار في عنقه، بل عدم عقده مطلقا و لو بعضه ببعض، و عدم غرزه بإبرة و نحوها، و كذا في الرداء الأحوط عدم عقده، لكنّ الأقوى جواز ذلك كلّه في كلّ منهما ما لم يخرج عن كونه رداء أو إزارا، و يكفي فيهما المسمّى، و إن كان الأولى بل الأحوط أيضا كون الازار ممّا يستر السرّة و الركبة، و الرداء ممّا يستر المنكبين، و الأحوط عدم الاكتفاء بثوب طويل يتّزر ببعضه، و يرتدي بالباقي إلاّ في حال الضرورة،

الشرط لم يتحقق الاحرام اصلا لعدم تحقق شرطه- بل هذه الروايات كلها تشير الى الوجوب فقط، فلا تعارض الروايات المصرّحة بأنّ موجب الاحرام أحد ثلاثة امور من الاشعار أو التقليد أو التلبية كما في صحيح ۱۲/ ۲۰ اقسام الحج فلا دخالة للبس الثوبين، و يدل مثل صحيح معاوية ٤٥/ ۲ تروك الاحرام على تحقق الاحرام و ان لم يلبس ثوبي الاحرام. و أما صحيح معاوية ٤٥/ ٥ الآمرة بإعادة التلبية و الغسل فهو مربوط بثوب المخيط بعد تحقق الاحرام و لا يرتبط بالمقام).

الاتزار: (اصل وجوب الازار و الرداء يستفاد من صحاح ۱/ ۲ اقسام الحج ٤٤/ ۲ تروك الاحرام و ۱/ ۳۵ و غير ذلك).

عدم عقد الازار في عنقه: لا يترك الاحتياط بل لا يخلو عن قوه (لصحيح سعيد الاعرج يعقد ازاره في عنقه «قال: لا» ۱/ ۵۳ تروك الاحرام و كذا صحيح ۵۳/ ٥ تروك الاحرام).

عدم عقد مطلقا: لا بأس به، و كذا الغرز بإبرة و نحوها (لعدم الدليل سوى خبر الاحتجاج ۵۳/ ۳ تروك الاحرام).

في الرداء: لا بأس به (لعدم الدليل إلاّ ما قد قيل من اطلاق الازار على الرداء كما في الثوب الثالث من كفن الميت، و فيه ما فيه).

بل الأحوط ايضا: لا يترك بل يعتبر في الرداء ستر شيء من الظهر ايضا زائدا على ستر المنكبين (كل ذلك عرفى).

و الاحوط عدم الاكتفاء بثوب طويل: لا يترك (لظهور الروايات الآمرة بالتجرد عن الثياب و لبس لباس الاحرام في الازار و الرداء، و كذا ما دلّ على جواز لبس السراويل ان لم يكن له ازار او لبس القباء ان لم يكن له رداء في تعدد الثوب مثل ١/ ٢

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢۴٣

و الأحوط كون اللبس قبل النيّة و التلبية، فلو قدّمهما عليه أعادهما بعده، و الأحوط ملاحظة النيّة في اللبس. و أمّا التجرّد فلا يعتبر فيه النيّة، و إن كان الأحوط و الأولى اعتبارها فيه أيضا.

المسألة ٢٦: لو أحرم في قميص عالما عامدا أعاد، لا لشرطيّة لبس الثوبين لمنعها كما عرفت، بل لأنّه مناف للنيّة، حيث إنّه يعتبر فيها العزم على ترك المحرّمات التي منها لبس المخيط، و على هذا فلو لبسهما فوق القميص أو تحته كان الأمر كذلك أيضا، لأنّه مثله في المنافاة للنيّة، إلاّ أن يمنع كون الاحرام هو العزم على ترك المحرّمات، بل هو البناء على تحريمها على نفسه، فلا تجب الاعادة حينئذ هذا، و لو أحرم في القميص جاهلا بل أو ناسيا أيضا نزعه و صحّ إحرامه، أمّا إذا لبسه بعد الاحرام فاللازم شقّه و إخراجه من تحت، و الفرق بين الصورتين من حيث النزوع و الشقّ تعبّد، لا لكون الاحرام باطلا في الصورة الأولى كما قد قيل.

ـــــــــــــــــــــــــ

اقسام الحج و ٢/ ٤٤ تروك الاحرام و ١/ ٣٥ و ٧/ ٤٤، فالأحوط لو لا الاقوى رعاية التعدد و ان كان يحتمل كون الملاك الستر لكن المتعارف منه ايضا التعدد).

قبل النية و التلبية: يريد الاحتياط الاستحبابي و الا فقد تقدم منه عدم اعتبار لبس الثوبين في الاحرام.

المسألة ٢٦: أعاد: على الاحوط، و ان كان الاقوى عدم لزوم الاعادة و دليله عليل (لعدم لزوم العزم على ترك المحرمات بل لو عزم على اتيان بعضها ايضا لا يضر بالإحرام كما مرّ، و أما التفصيل بين العلم و الجهل في صحيح عبد الصمد ٣/ ٤٥ تروك الاحرام فهو مربوط بنفي بعض تبعات عمله اي لبس قميصه، عند ابي حنيفة و أصحابه من شق القميص و الاخراج من رجليه و فساد الحج و لزوم البدنة و نحو ذلك مما كانوا يقولون، لا التفصيل بين العلم و الجهل في لزوم اعادة الاحرام و إلاّ فإطلاق صحيح معاوية ٢/ ٤٥ ايضا ظاهر في الصحة مطلقا. و أما استفادة بعض أهل العصر من رواية معاوية و ابن سنان ١ و ٢/ ١٦ ابواب الاحرام: «احرم لك شعري ... من النساء ...» الخ، ان الاحرام هو البناء على تحريمها على نفسه ففيه: ان مفاد الدليل توسعة الاحرام بالنسبة الى الشعر و البشرة و ... و أما انه ما الاحرام؟ فلم يتعرض له بل وسّع في الفاعل اي كل اجزاء الشخص، و المتعلق اي النساء و الثياب و ...).

تعبد: (كما في ١ و ٢/ ٤٥ تروك الاحرام و لا نفهم ملاكه، و أمّا الحذر من ستر الرأس فهو في كليهما).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢۴۴

المسألة ٢٧: لا يجب استدامة لبس الثوبين، بل يجوز، تبديلهما و نزعهما لازالة الوسخ أو للتطهير، بل الظاهر جواز التجرّد منهما مع الأمن من الناظر، أو كون العورة مستورة بشيء آخر.

المسألة ٢٨: لا بأس بالزيادة على الثوبين في ابتداء الاحرام، و في الأثناء للاتّقاء عن البرد و الحرّ بل و لو اختيارا.

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۷: أو للتطهير: أو لأيّ داع آخر (لعدم الاعتبار بقاء كما مرّ فيجوز النزع و التجرد اذا أمن النظر، و لا يجوز لبس المخيط، لأصالة عدم وجوب الاستمرار و قد ورد في احرام الحائض التصريح بجواز نزع ما احرمت فيها كما في صحيح ۳/ ٤٨ الاحرام: «... فاذا كان الليل خلعتها و لبست ثيابها الاخرى» و ذكر الليل بإعتبار الظلمة و الأمن من النظر بلا خصوصية في الليل).

المسألة ۲۸: بالزيادة على الثوبين: (كما في صحيحي الحلبي و معاوية ۱ و ۳/ ۳۰ الاحرام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۵

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

كتاب الاجارة

و هي تمليك عمل أو منفعة بعوض، و يمكن أن يقال إنّ حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض، و فيه فصول:

كتاب الاجارة

و يمكن أن يقال: و هو الاظهر في التعريف لكن الانتفاع غاية خارجة عن حقيقة الاجارة و قد ذكر للاشارة الى ان التسليط للافناء كالأكل ليس اجارة، و هو غاية مهمة لكن العوض في مقابل التسليط، و لو لم ينتفع المستأجر لزمه اداء العوض ايضا و في اجارة الحر نفسه ايضا نوع تسليط للمستأجر عليه لكنه اذا كان العمل متعينا صار التسليط مقيدا بخلاف ما اذا لم يعين العمل فانّ العوض مقابل التسليط و ان لم ينتفع المستأجر. (و هذا التعبير هو الموافق للتسخير الوارد في القرآن: **ليتخذ بعضهم بعضا سخريا** الزخرف: آية ۳۲، المنطبق في الرواية على الاجارة فان التسخير هو التسليط، و المراد من التسليط هو الانشائي منه لا الشرعي و لا الاعتباري العقلائي فإنهما من آثار التسليط الانشائي فلا يرد ايراد غير واحد من المحشين بان التسليط اثر و حكم من احكام الاجارة. و يقرب ما ذكرناه من معناها اللغوي الاصيل و هو المكافاة على الثواب و الاجر، و أما تمليك عمل او منفعة بعوض المذكور في المتن فليس معناها المطابقي بل يصدق عليها بالحمل الشائع. كما ان ما ذكره البهبهاني (قدّس سرّه): «مبادلة عمل او منفعة بعوض» كذلك، بل لو قال: بادلت هذا العمل أو المنفعة بالعوض كان بيعا لعدم اختصاص البيع بمبادلة العين. و أما التعريف بأنها معاملة خاصة تستتبع التسليط أو التمليك أو انّها اضافة خاصة بين العين و المستأجر كما يظهر من عبارات الاستاذ و الگلپايگاني و البروجردي (قدّس سرّهم) فهما تعريف بالجنس البعيد و احالة على المجهول. و الخوئي (قدّس سرّه) قوى التعريف الاول في المتن و أجاب عن ثلاث اشكالات

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۶

(۱- فصل)

في أركانها و هي ثلاثة: الأوّل: الايجاب و القبول، و يكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور، و الصريح منه آجرتك أو أكريتك الدار مثلا، فيقول: قبلت أو استأجرت أو استكريت، و يجري فيها المعاطاة كسائر العقود و يجوز أن يكون الايجاب بالقول، و القبول بالفعل، و لا يصحّ أن يقول في الايجاب:

واردة عليه من ان الاجارة تتعلق بالعين مع ان تمليك المنفعة ليس كذلك، و ان المنفعة عرض قائم بالمستأجر فكيف يملكها الموجر للمستاجر و من ان الاجارة قد تحقق فيما ليس في مورده تمليك كما في استيجار ولي الوقف دارا لإحراز الغلّة مثلا، و فيه ما مرّ من ان التمليك ليس معنى مطابقيا لمفهوم الاجارة، و ردّ التسليط بأن في اجارة الحر نفسه ليس تسليطا، و فيه ما مر توضيحه).

الايجاب و القبول: الصادران عن جدّ (و لوضوح المطلب تركه اكتفاء بالايجاب و القبول فان غير الجد منهما لا يعد ايجابا و لا قبولا).

المعاطاة: حتى في اجارة الحر نفسه بالأخذ و العطاء للاجرة أو بالشروع في المقدمات أو بالشروع في نفس العمل فيستحق به العقد و بالرتبة التالية يتحقق به الوفاء و ان كانا زمانا معا (فلا يجري اشكال النائيني (قدّس سرّه) و السيد جمال بأن العمل وفاء بالعقد لا نفس العقد. و البحث عن مضمون الحديث: انما يحلل الكلام و يحرم الكلام ٤/ ٨ المزارعة و ٤/ ٨ ابواب العقود المستدل به على بطلان المعاطاة، في محله، و حاصله: ان المراد به ان الكلام يوجب التحليل و التحريم لا ان المحلل و المحرم منحصر بالكلام، فهو في مقام بيان انواع افادات الكلام لا في مقام بيان الانحصار المزبور فالظاهر صدق العقد على المعاطاة ايضا في جميع الأبواب، نعم لا تجري المعاطاة في الزواج بالاجماع و السيرة في جميع الأعصار بل الارتكاز على انكار الحصول بالمعاطاة بل يظهر اعتبار العقد بل عقد خاص من روايات الأبواب ١ و ٢ عقد النكاح سيما ١/٧ الظاهر في انكار المعاطاة فيه، كما ان الايقاعات لا تجري فيها المعاطاة بنحو الاطلاق لعدم بناء عام عقلائيا فقد تجري كالإبراء و قد لا كالطلاق).

و لا يصح ان يقول: إلّا ان يريد الاجارة مجازا بالقرينة و كذا الفرع الاتي بلا فرق بينهما اذا اقيمت القرينة (قال الخوئي (قدّس سرّه): ان قلنا: ان الانشاء ايجاد المعنى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۷

بعتك الدار مثلا، و إن قصد الاجارة، نعم لو قال: بعتك منفعة الدار أو سكنى الدار مثلا بكذا لا يبعد صحّته إذا قصد الاجارة. الثاني: المتعاقدان و يشترط فيهما البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه أو رقّية. الثالث: العوضان، و يشترط فيها امور: الأوّل: المعلوميّة، و هي في كلّ شيء بحسبه بحيث لا يكون هناك غرر فلو آجره دارا أو حمارا من غير مشاهدة و لا وصف رافع للجهالة بطل، و كذا

باللفظ و أن اللفظ آلة لتحقق المعنى في وعاء الاعتبار، فيمكن ان يقال: ان الاليّة لا تتسع دائرتها لكل لفظ و لايّ معنى لكنه قد حققنا في الاصول ان الانشاء كالخبر مبرز لأمر نفساني كاعتبار الملكية أو التمني مثلا، كابراز الحكاية في الخبر و لا ايجاد في البين.

و فيه: ان ابراز الملكية الاعتبارية ما معناه سوى الايجاد الاعتباري؟ فانه على الفرض ليس حكاية و ليس امرا نفسانيا كالجوع و التمني مثلا. و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): لا يمكن انشاء كل عقد بلفظ الآخر على تأمل، و فيه: انه ما لم يقيّد الآليّة شرعا أو عقلائيا بلفظ خاص و قامت القرينة على ارادة المقصود لا دليل على المنع و ان لم يكن معنى مطابقيا له).

البلوغ: في مال نفسه، و أما اجراء العقد باستدعاء الغير فلا دليل على البطلان، و كذا في الاختيار فاذا كان مكرها على

اجراء الصيغة من طرف المكره فلا دليل على البطلان. و كذا في الحجر لفلس أو سفه أو رقيّة فلا دليل حتى في العبد على بطلان عقده باستدعاء الغير بلا اذن المولى لعدم تسلط المولى على لسانه بحيث لم يجز له التكلم بلا اذنه (و أما حديث عمد الصبي خطأ فهو فيما كان للخطأ حكم كما في الدية لا مطلقا حتى يكون تكلمه العمدي في الصلاة بحكم الخطأ و السهو).

هناك غرر: في معنى الغرر احتمالات و كأن المراد هنا جهالة معتد بها توجب الخطر، و لا يضر ما يتسامح فيه عند عرف العقلاء في منفعة العين أو الاجرة (و يمكن الاستدلال له بحديث ابي الربيع الشامي ٥/ ١١ المزارعة: «... فايّ وجوه القبالة احلّ؟ قال يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة ...»، فان المراد هو الاجارة و إلاّ فالمزارعة ليس شيء معلوم فيها، فان تقبل الارض فيها بازاء الكسر المشاع. قال الخوئي (قدّس سرّه): و السند معتبر على الظاهر لذكر ابي الربيع في اسناد تفسير علي بن ابراهيم و هو قد وثق رجال كتابه و هو اهل خبرة إلاّ فيما ضعّفه غيره، لكنه قد مرّ غير مرّة ان الظاهر من عبارة ابن قولويه ارادة وثاقة المشايخ الذين روى عنهم بلا واسطة، و أما الاستدلال ببناء العقلاء على لزوم رعاية تساوي المالية فلا بد من

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۸

العلم بما يتفاوت المالية بحسبه و على ذلك بني خيار الغبن، و قد استدل الخوئي (قدّس سرّه) بذلك، ففيه: انه على ذلك يكفي الخيار و لا يلزم البطلان بل لا يلزم الخيار ايضا للاقدام كالاقدام على الغبن بل لا نسلّم البناء على رعاية التساوي في صحة المعاملات فان رزق الناس بعضهم بعضا لا يناسب تلك الرعاية بل في اللزوم ايضا لا تعتبر إلاّ في الفاحش من التفاوت.

و أما الاستدلال بحديث الغرر فمع انه مختص بالبيع و لا سند لحديث الغرر المطلق لا من طريق الخاصة و لا العامة إلاّ الصدوق فقد تفرد بنقل نهي النبي عن الغرر، إلاّ ان يقال: حديث النهي عن بيع الغرر ايضا و ان كان قد ورد في كتبنا و كتب العامة في اكثر صحاحهم لكن جميعها ضعاف و الصدوق رواها بأسانيد مختلفة لكن كلها ضعاف، و أما النهي عن الغرر مطلقا فقد ذكره الشيخ في شركة الخلاف و الشهيد (قدّس سرّه) و يمكن استفادته من عموم التعليل في روايات بيع الغرر، فقد روى الصدوق في معاني الأخبار: نهى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عن المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة ... هذه بيوع كان اهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عنها لأنها غرر كلها ١٣/ ١٢ عقد البيع و شروطه، إلاّ ان يقال: لا نعلم ان الذيل ايضا من كلام الامام حتى يستفاد من عموم التعليل أو من الراوي. لكن الأظهر استفادة العموم و ان لم يكن الذيل من كلام الامام عليه السّلام اذ لا نحتمل خصوصية في البيع في ذلك دون الاجارة مثلا و راوي الحديث ايضا- على فرض كون التعليل من كلامه- فهم العموم. فالنهي عن بيع الحصاة أو المنابذة ليس لأجل الحصاة أو النبذ أو عنوان البيع، بل العرف يفهم انه لكون المعاملة غررا فإن الجهل الخطري مبغوض شرعا لإيجابه النزاع و البغضاء، و طرد الصلح من جوامع المسلمين لا انه مبغوض في البيع فقط دون غيره، و قد تمسك الأصحاب بحديث الغرر في البيع فانجبر الضعف و نحن نعمل بعموم التعليل أو تنقيح الملاك عرفا في هذا الحديث المنجبر ضعفه، هذا-. و قد روى العامة ايضا حديث الغرر معللا كما في ج ١ مسند حنبل ص ٣٨٨: «نهى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عن بيع السمك في الماء لأنه غرر» كما رووه غير معلل في مسنده ج ١، ص ١١٦ و ٣٠٢ و

ج ۲، ص ۱۵۵ و ۳۷٦ و ٤۳٦ و ... و صحیح

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۴۹

لو جعل العوض شيئا مجهولا. الثاني: أن يكونا مقدوري التسليم، فلا تصحّ إجارة العبد الآبق، و في

مسلم ج ۳ باب ۲ البيوع و بيوع موطّأ مالك ج ۲، ص ۷۵، و سنن ابن ماجة ج ۲، باب ۲۳ من التجارات، و الترمذي ج ۲، ص ۳٤۹ باب ۱۷ من البيوع. و لم يعلم معنى الغرر في الحديث هو الخطر أو الخدعة أو الجهالة أو ما له ظاهر يغرّ المشتري أو التعريض للهلكة كما قال الاستاذ (قدّس سرّه) (۳۰٤ ج ۳ البيع) إلاّ ان يقال: لا نسلم ذلك فهل ترى المخاطبين في الروايات لم يفهموا من الغرر معنى؟ بل الدقة في معناه بحسب موارد الاستعمالات تعطي ان المراد هو الجهل الموجب للخطر المالي او الخطر الناشي عن الجهل بالمال، كما ان موارد الانطباق في الروايات ايضا تعطي ذلك المعنى، و يعلم من الروايات ان الغرر امر مهم في نظر الشرع لا بد ان يدفع شرّه، و أظن ان ملاك حرمة الربا ايضا ذلك لكن الغرر في الربا الدارج بين الناس شرقا و غربا امر ليس في شيء من موارده الاخر، و أما الخدعة فليست لها موضع في موارد الانطباق في الروايات، و أما ما له ظاهر يغر المشتري فقد اخذ فيه الغرر أو الغرور، و الأول محل الكلام فهو دور و الثاني هو الخدعة و قد مرّ، بقى مما ذكر الاستاذ (قدّس سرّه) تبعا لبعض أهل اللغة، الخطر و الجهالة و التعريض للهلكة و قلنا هو الجهل المالي الموجب للخطر و الهلاك المالي، فالمعنى معلوم.

و أما الاستدلال لعدم اعتبار العلم بما ورد في قباله الارض بخراجها مثل ۱/ ۱۷ المزارعة كما استدل الحكيم (قدّس سرّه) ففيه: ان الخراج فيه جعل على المستأجر بعنوان الشرط، و أما الأجرة فهي معينة أي مأتا درهم على ما في الحديث. و مثل ۳/ ۱۷ لكن لا شاهد على ارادة الاجارة فيها. و كذا ۳/ ۱۵ المزارعة لعدم مملوكية الاجرة في الحديث حين القرار، و لجهل السند على فرض الدلالة. و كيف كان لو لم يكن مورد العقد معلوما اصلا يلحق بالسفه عند العرف. و استقوى الگلپايگاني (قدّس سرّه) البطلان مع الجهل بأحد العوضين و ان لم يكن غرر. و كذا الخوئي (قدّس سرّه) و لو كان المراد مطلق الجهل طولب بالدليل فما الدليل على كون مطلق الجهل و لو بدون الغرر مضرا بالاجارة).

مقدوري التسليم: كونهما مقدوري التسليم لطرف المعاملة يكفي فلو لم يكن استيفاء المنفعة للموجر مقدورا و كان مقدورا للمستأجر كفى على الاقوى، كما انه اذا وقعت المعاملة على فرض قدرة التسلم كفى على الاقوى، فيقول: آجرتك ان امكن

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۰

كفاية ضمّ الضميمة هنا كما في البيع إشكال. الثالث: أن يكونا مملوكين، فلا تصحّ إجارة مال الغير،

لك تسلم المنفعة (لعدم الغرر حينئذ و لان التعليق المضرّ بالاجماع ليس هذا مما كان العقد متوقفا عليه مثل هي طالق ان كانت زوجتي مع ان في ابطال التعليق بالاجماع اشكالا لإحتمال المدركية و البحث في محله. و كفاية القدرة على التسلم يستفاد من ۲/ ۱۱ عقد البيع ايضا، يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فان لم يقدر على العبد ... الخ الظاهر في رجوع الضمير الى المشتري، هذا و أما اصل اعتبار القدرة فلحديث الغرر و لعدم اعتبارها معاملة إلاّ اذا

كانت القدرة مرجوة، و قيل: لعدم اعتبار الملكية للمنافع غير المقدور عليها، حتى يمكنه التمليك، فان المنافع توجد تدريجا فاذا لم يكن تحت يده لم يعتبر له الملكية حتى يملكها الغير قاله الخوئي (قدّس سرّه) قال: و الأمر في الاجارة اوضح من البيع لإمكان اعتبار الملكية في العين غير المقدور بخلاف المنافع المنعدمة آنا فآنا التي ليست تحت يد الشخص فلا تعتبر الملكية بالنسبة اليها. و فيه المنع، فان عرف العقلاء يعتبرون له الملكية و يقولون فلان الغاصب يستفيد من ملك فلان و من سكنى داره، و لو لم يعتبر لمالكه الملكية لم يعتبر الغصب و الضمان، و لذلك ايضا لا يمنعون اذا كان مقدورا للطرف المقابل مع انه اذا لم يعتبر للمؤجر مثلا ملكا فكيف يمكن تملكها المستاجر؟ نعم، ان لم يكن مقدورا للموجر و لا للمستأجر كان المعاملة سفهية بل لا يعتبرها العقلاء. و أما اعتبار الملكية فلعله ايضا باق فيقولون هذا المركب ملك فلان و منافعه له لكن الغاصب غصبه و حتّى انه لا يرده اصلا).

اشكال: و الكفاية اقوى (لكون المسألة في البيع على وفق القاعدة لا لوجود النص تعبدا و هو ۲/ ۱۱ عقد البيع حتى يقال: بأنه خلاف القاعدة و يقتصر على مورده، و ذلك لأن المثمن و ان كان ذا جزئين و القاعدة تقسيط الثمن لكن بالشرط يخرج عن ذلك و يصير ذا حالين: ان قدر على العبد كان بالتقسيط و إلاّ كان الكل بأزاء الضميمة و لا قدح في امكان ذلك بالشرط و لا يعدّ المعاملة سفهية فإن احتمال القدرة على العبد يجعله عقلائية و في الاجارة يمكن ذلك بلا منع. و الخوئي (قدّس سرّه) منع حتى في البيع في غير مورد النص كالفرس الشارد مثلا و فيه ما ذكرنا).

مملوكين: أو ما في حكمه كاستيجار الحر لعمل (فإنه قبل الوجود لا يعد مملوكا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۱

و لا إجارة بمال الغير إلاّ مع الاجازة من المالك. الرابع: أن تكون عين المستأجرة ممّا يمكن الانتفاع بها مع بقائها، فلا تصحّ إجارة الخبز للأكل مثلا، و لا الحطب للاشعال و هكذا. الخامس: أن تكون المنفعة مباحة فلا تصحّ إجارة المساكن لاحراز المحرّمات أو الدكاكين لبيعها، أو الدوابّ لحملها، أو الجارية للغناء، أو العبد لكتابة الكفر و نحو ذلك، و تحرم الأجرة عليها. السادس: أن تكون العين ممّا يمكن استيفاء المنفعة المقصودة بها، فلا تصحّ إجارة أرض للزراعة إذا لم يمكن إيصال الماء إليها مع عدم إمكان الزراعة بماء السماء أو عدم كفايته. السابع: أن يتمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، فلا تصحّ إجارة الحائض لكنس المسجد مثلا.

المسألة ۱: لا تصحّ الاجارة إذا كان الموجر أو المستأجر مكرها عليها إلاّ مع الاجازة اللاحقة، بل الأحوط عدم الاكتفاء بها، بل تجديد العقد إذا رضيا، نعم تصحّ مع الاضطرار، كما إذا طلب منه ظالم مالا فاضطرّ إلى إجارة دار سكناه لذلك، فإنّها تصحّ حينئذ كما أنّه إذا اضطرّ إلى بيعها صحّ.

مباحة: (لقصور ادلة صحة العقود و لزومها عن مثل المورد لعدم فائدة في تصحيح العقد ثم الأمر بإفناء مورد العقد و لمعتبر جابر الجعفي (لا صابر) ۱/ ۳۹ ما يكتسب به: «يواجر بيته يباع فيها الخمر، قال: حرام اجره» و ظاهره الاجارة لذلك و إلاّ فلو لم تكن بقصد ذلك لم يكن منع كما في ۲/ ۳۹. و أما ما قاله النائيني (قدّس سرّه) من عدم اعتبار الملكية لهذه المنفعة فاشتراط الملكية مغن، ففيه: ان الملكية تعتبر في ناحية المحل و موردها قابلية المحل للاستفادة، لا في ناحيه المستأجر و أعماله. كما ان الاستدلال بعدم القدرة على التسليم ايضا غير صحيح فإنه مقدور تكوينا).

السابع: ان يتمكن: (للتهافت عرفا بين دليل الانفاذ و دليل تحريم المكث، و لا يكفي الشرط الخامس عن ذلك على ما

قاله الگلپايگاني و السيد جمال (قدّس سرّهما)، و فيه:
انّ الكنس بنفسه غير محرم بل مقدمته و هو المكث. و قال السيد جمال: لو بدلّه بشرط امكان حصول المنفعة المستأجرة كان اولى و أشمل لشمول ما لا يقبل النيابة و لو لإشتغال ذمة العامل، و فيه: ان المراد الحصول الخارجي التكويني أو المشروع؟ الاول ممكن، و الثاني غير ممكن لأجل التهافت المزبور).
المسألة ۱: فإنها تصح: (لأن حديث الرفع امتناني و لا يشمل المقام للوقوع في الضرر اشد، و لأن الاكراه لم يقع على العقد. ثم ان في سند حديث رفع التسعة أحمد بن محمد بن يحيى- شيخ الصدوق (قدّس سرّه)- و لم يوثق راجع المعجم و جامع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۲

المسألة ۲: لا تصحّ إجارة المفلس بعد الحجر عليه داره أو عقاره نعم تصحّ إجارته نفسه لعمل أو خدمة، و أمّا السفيه فهل هو كذلك؟ أي تصحّ إجارة نفسه للاكتساب مع كونه محجورا عن إجارة داره

الرواة إلّا ان يستفاد التوثيق من كثرة الرواية و عدم ذكر ضعف فيه، و ذكره السيرافي في طريقه الى كتب حسين بن سعيد و لا يبعد ذلك و يؤيده تمسك الأصحاب بحديث التسعة في كتبهم هذا مع ان رفع الاكراه ورد في احاديث معتبرة ايضا، الباب ۱٦ الايمان).
المسألة ۲: داره: أي غير سكناه لإستثناء دار السكنى فلو آجرها متحملا للمشقة صحت الاجارة، ثم انه محجور عن امواله حين الحجر، و أما ما يوجد بعد الحجر ففيه اشكال.
لعمل أو خدمة: (لعدم شمول دليل الحجر له لعدم عدّ العمل مالا خارجيّا له و ان كان هو مال لكن لا يعد ملا خارجا يشمله دليل الحجر (قال الخوئي (قدّس سرّه):
«الظاهر اطباق الفقهاء على عدم عدّه مستطيعا» لكنه غير معلوم فإنه اذا قلنا بأن المراد من الاستطاعة معناه اللغوي العرفي فهو يستطيع الحج ان لم يكن اجارة نفسه في الطريق حرجا عليه و قد افتى به بعضهم، نعم الموضوع في المقام ليس عنوان الاستطاعة لأداء الدين بل موضوع الحجر هو المال و لا يعد مالا قبل الوجود بلا فرق بين الموارد، فلا وجه لتفصيل بعض اهل العصر تبعا للگلپايگاني (قدّس سرّه) بين العمل في المعيشة الواجبة و الزائد عليها و الاحتياط في الزائد بأن يكون بإذن الديّان، مع انه لو عدّ مالا فلا وجه للتفصيل، اذ المحجور يأخذ نفقته من امواله بنظر الحاكم الذي حجره أو غير ذلك. و أما ۳/ ۷ احكام الحجر موثقة السكوني المجوزة لإجارة الدائن بواسطة الغرماء فهي غير مربوطة بالحجر و لم يذكر فيها ذلك و لا تدل على حجره عن اجارة نفسه بل مربوط بالدائن الذي يتمكن بلا حرج من العمل و أداء الدين فتصح حينئذ اجارته نفسه و تجب لأداء الدين و ان امتنع يؤجره الغرماء بإذن الحاكم و لو لم يتمكن اصلا أو بلا حرج فلا. لوضوح وجوب انظار المعسر مع انها من حيث نقل سيرة علي عليه السّلام معارضة برواية غياث ۱/ ۷ فان الملاك فيها ذكر وجود المال أو الافلاس «كان يحبس في الدين فاذا تبيّن له حاجة و افلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالا» بخلاف ۳/ ۷ حيث يجعل الدائن تحت اختيار الغرماء، و كيف كان لم يذكر في شيء من الحديثين الحجر و حكمه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۳

مثلا أو لا؟ وجهان من كونه من التصرفّ الماليّ و هو محجور، و من أنّه ليس تصرّفا في ماله الموجود بل هو تحصيل للمال، و لا تعدّ منافعه من أمواله، خصوصا إذا لم يكن كسوبا، و من هنا يظهر النظر فيما ذكره بعضهم من حجر السفيهة من تزويج نفسها، بدعوى أنّ منفعة البضع مال فإنّه أيضا محلّ إشكال.

المسألة ٣: لا يجوز للعبد أن يوجر نفسه أو ماله أو مال مولاه إلاّ باذنه، أو إجازته.

المسألة ٤: لا بدّ من تعيين العين المستأجرة، فلو آجره أحد هذين العبدين أو إحدى هاتين الدارين لم يصحّ و لا بدّ أيضا من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعدّدة نعم تصحّ إجارتها بجميع منافعها مع التعدّد فيكون المستأجر مخيرا بينها.

وجهان: و الأظهر عدم الجواز (لكون القصور في نفسه، و لا يلزم عنوان المال اصلا بخلاف المفلس و قد ورد في الدليل عنوان الأمر لا المال: «عن اليتيم متى يجوز امره؟

قال: اذا بلغ ... جاز امره إلاّ ان يكون سفيها ...» ۵/ ۲ الحجر، و كذلك ۸/ ٤٤ وصايا).

محل اشكال: أي كون منفعة البضع مالا، و أما حجرها من التزويج فهو منصوص (في صحيحة الفضلاء ۱/ ۳ عقد النكاح بتقييد مورد الجواز بغير السفيهة، و كذا ٦/ ۹ و ليست بموثقة على ما في غير واحد من الحواشي تبعا للبروجردي (قدّس سرّه) لعدم توثيق او مدح في علي بن اسماعيل و ان كان من المؤلفين و كتب في الامامة كتابا، و صرف نقل صفوان عنه لا يدل على الوثاقة).

المسألة ٤: لم يصح: فيما يتفاوت الرغبات لا كاحد الكأسين المتساويين، و كذا الأمر في تعيين المنفعة (اذا اوجر نظير الكلي في المعين لا ايجار الفرد المردد لعدم وجود المردد واقعا).

نعم تصح: (لكونه مالكا بالنسبة الى جميع المنافع المتصورة فيصح الاجارة قاصدا لجميع المنافع خلافا للحكيم (قدّس سرّه) نظرا الى عدم هذه الملكية الاطلاقية للتضاد في الاستفادة، و فيه: ان التضاد الخارجي لا يسري الى الحكم الوضعي كالملكية كما في الحكم التكليفي، فعدم امكان جمع زيارة الحسين عليه السّلام و بيت اللّه تعالى في ذي حجة مثلا لا يسري الى الحكم ليرتفع الاستحباب بالنسبة اليهما.

و ايضا ان التضاد لو كان مانعا للملكية و معلوم عدم امكان الترجيح بلا مرجح، فيلزم ان لا تعتبر الملكية بالنسبة الى شيء منها. و أما مسألة الضمان هل هو بالنسبة الى جميع المنافع بالنسبة الى الغاصب أم لا فسيأتي).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۴

المسألة ۵: معلوميّة المنفعة إمّا بتقدير المدّة كسكنى الدار شهرا و الخياطة يوما، أو منفعة ركوب الدابّة إلى زمان كذا، و إمّا بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم طوله و عرضه و رقّته و غلظته، فارسيّة أو رومية، من غير تعرّض للزمان، نعم يلزم تعيين الزمان الواقع فيه هذا العمل كأن يقول: إلى يوم الجمعة مثلا، و إن أطلق اقتضى التعجيل على الوجه العرفيّ، و في مثل استيجار الفحل للضراب يعيّن بالمرّة و المرّتين، و لو قدّر المدّة و العمل على وجه التطبيق فإن علم سعة الزمان له صحّ و إن علم عدمها بطل، و إن احتمل الأمران ففيه قولان.

المسألة ٦: إذا استأجر دابّة للحمل عليها لا بدّ من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس إن كان يختلف الأغراض

باختلافه، و بحسب الوزن و لو بالمشاهدة و التخمين إن ارتفع به الغرر، و كذا بالنسبة إلى الركوب لا بدّ من مشاهدة الراكب أو وصفه، كما لا بدّ من مشاهدة الدابّة أو وصفها حتّى الذكوريّة و الأنوثية إن اختلفت الأغراض بحسبهما، و الحاصل أنّه يعتبر تعيين الحمل و المحمول عليه و الراكب و المركوب عليه من كلّ جهة يختلف غرض العقلاء باختلافها.

المسألة ۷: إذا استأجر الدابّة لحرث جريب معلوم فلا بدّ من مشاهدة الأرض أو وصفها على وجه يرتفع الغرر.

المسألة ۵: معلومية المنفعة: الملاك في جميع شقوق المسألة رفع الجهالة الموجبة للغرر، و الموارد مختلفة من حيث الرغبات.

شهرا: يريد شهرا معينا فيما يختلف الرغبات و هكذا الأمر في الدار و ما بعده.

تعيين الزمان: ان اختلف الرغبات و إلاّ فلا يلزم، و يملك المستأجر كلي العمل فيسلّمه الموجر عند المطالبة إلاّ ان يكون انصراف عرفي الى التعجيل.

التطبيق: بمعنى الوقوع في تلك المدة، بل و كذا بمعنى تطبيق الشروع و الختم عرفا ان تعلق الغرض به.

قولان: اقواهما الصحة مراعى بالقدرة، و يمكن قطعية الصحة بضم الضميمة (على ما مرّ من ان ضمّ الضميمة في العبد الآبق على القاعدة. و أما الصحة مراعى وفاقا للخونساري (قدّس سرّه) فلأن الشرط هنا واقعي، فلو كان قادرا واقعا فالشرط حاصل و لا يلزم حينئذ تقيد العقد، اذ القدرة هنا كالشرط العقلي بمعنى ان ملاك كل عقد معاملي في عرف العقلاء على التعاطي فاذا لم يمكن لم يكن. فالعقد مطلق لكنه منزل على ذلك و الأدلة في مقام الاثبات ايضا لا تأبى عن شمول ذلك خلافا لما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۵

المسألة ۸: إذا استأجر دابّة للسفر مسافة لا بدّ من بيان زمان السير من ليل أو نهار إلاّ إذا كان هناك عادة متّبعة.

المسألة ۹: إذا كانت الاجرة ممّا يكال أو يوزن لا بدّ من تعيين كيلها أو وزنها و لا تكفى المشاهدة، و إن كانت ممّا يعدّ لا بدّ من تعيين عددها، و تكفي المشاهدة فيما يكون اعتباره بها.

المسألة ۱۰: ما كان معلوميّته بتقدير المدّة لا بدّ من تعيينها شهرا أو سنة أو نحو ذلك، و لو قال: آجرتك إلى شهر أو شهرين بطل، و لو قال: آجرتك كلّ شهر بدرهم مثلا، ففي صحّته مطلقا أو بطلانه مطلقا، أو صحّته في شهر و بطلانه في الزيادة، فإن سكن فاجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة، أو الفرق بين التعبير المذكور و بين أن يقول: آجرتك شهرا بدرهم فإن زدت فبحسابه، بالبطلان في الأوّل و الصحّة في شهر في الثاني أقوال: أقواها الثاني و ذلك لعدم تعيين المدّة الموجب لجهالة الاجرة، جهالة المنفعة أيضا، من غير فرق بين أن يعيّن المبدأ أو لا، بل على فرض عدم تعيين المبدء يلزم جهالة اخرى إلاّ أن يقال: إنّه

يستفاد من بعض كلمات الخوئي (قدّس سرّه).

المسألة ۸: عادة متبعة: او لم تختلف الاغراض.

المسألة ۱۰: اقوال: اقواها الصحة اذا كان المبدء معلوما و كان المراد تعيين المدة بعمل المستأجر فيما بعد و لم يختلف

الرغبات من حيث تعين الآخر من اول العقد (اذ الغرر بمعنى الغرور أو الخدعة او الخطر منتفية و لا نستفيد من حديث ابي الربيع الشافي ۵/ ۱۱ المزارعة- و ابو الربيع لم يوثق- امرا تعبديا من حيث لزوم المعلومية و لو بلا غرر في الجهل بل التعبد في هذه المسائل بعيد مع ان لفظ الحديث هو القبالة:

«عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فأي وجوه القبالة احلّ؟ قال: يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسمّاة ...» فلا يتعين ارادة الاجارة و يقابل الحديث حديث داود ۱/ ۱۷ المزارعة: «في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم و ربما زاد و ربما نقص فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها و يعطيه مأتي درهم في السنة قال: لا بأس».

هذه على ارادة الاجارة في العقد و أما الجعالة على فرض تصورها في المقام و كذا الاباحة بعوض فلا اشكال. و ما ذكرنا هو الرائج عند الناس المتشرعة و غيرهم في كراء بيوت الفنادق و هي اجارة عندهم، يقولون قدر الكراء كل ساعة بكذا و كذا في استيجار الباصات و التاكسي، نعم اذا اختلفت الرغبات في تعيين المدة أولا و آخرا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۶

حينئذ ينصرف إلى المتّصل بالعقد، هذا إذا كان بعنوان الاجارة، و أمّا إذا كان بعنوان الجعالة فلا مانع منه، لأنّه يغتفر فيها مثل هذه الجهالة، و كذا إذا كان بعنوان الإباحة بالعوض.

بحيث لم يتسامح فيه لزم التعيين لدفع الغرر خلافا، للمتن و المحشين و وفاقا للميلاني (قدّس سرّه) مشافهة و لبعض القدماء من ابن زهرة و ابن الجنيد و الشيخ في بعض كتبه. و الظاهر ان تعيين قدر خاصّ و جعل الزائد بصيغة الشرط ايضا يرجع الى سائر التعابير في العرف فان المراد من هذا التعبير ليس الشرط الاصطلاحي عند العرف بل المراد تعيين حدّ اقل و احتمال الزيادة و كلاهما في ناحية العوضين، و ليس هذا التعبير دخيلا في اصل الصيغة، و لعل صحيح داود ۱/ ۱۷ المزارعة شاهد الصحة بناء على ارادة الاجارة فانه في الجهل بالعوض كما أن مثل صحيح الثمالي ۱/ ۸ الاجارة: اكتريتها منك الى مكان كذا. فان جاوزته فلك كذا ...، في الجهل بالمعوّض ايضا شاهد لما ذكرنا من الصحة).

الجعالة: بأن يجعل منفعة الدار لمن اعطاه كذا، و أما جعل المستأجر على نفسه لمن اسكنه كل شهر كذا فهو خلاف المعهود من اجراء الصيغة من كون الايجاب من طرف الموجر، كما ان جعل المالك لنفسه على من سكن داره كذا ايضا خلاف المعهود من الجعالة و ان كان لا يبعد شمول ادلة الجعالة له ايضا ملاكا (و يستفاد من خبر اسحاق بن عمار ايضا في جعالة الحمام ۳/ ۲۸ الاجارة لكن التعبير في ۲/ ۲۸ هو الاجر لا الجعل. لكن مفروض المسألة لا ينطبق بالمطابقة على شيء من هذه الصور للفرق الواضح بين مفهوم الاجارة و الجعالة فان الجعالة مفهومها المطابقي الاصطلاحي هو التزام شيء على العهدة قبال العمل بخلاف الاجارة، نعم يمكن تطبيقها على المورد لو التفت الموجر أو المستأجر الى الالتزام اللازم للاجارة بعنوان الانشاء المستقل لا حكم الاجارة. و استند الگلپايگاني بخبر السكوني و لم اجده و كأنه خبر اسحاق بن عمار).

الاباحة بعوض: (اذ للمالك تخصيص اذنه بدفع قدر من المال فلا يحتاج الى عقد معاملي فلا وجه لإيراد النائيني (قدّس سرّه) «ما لم يكن بعقد صحيح لم يكن الضمان بالمسمى بل باجرة المثل» مع امكان تحقق العقد ايضا بذلك لفظا أو معاطاة فيبيح له التصرف بأزاء هذا المال فهو عقد مستقل يشمله أوفوا بالعقود).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۷

المسألة ۱۱: إذا قال: إن خطت هذا الثوب فارسيّا أي بدرز فلك درهم، و إن كان خطّته روميّا أي بدرزين فلك درهمان، فإن كان بعنوان الاجارة بطل لما مرّ من الجهالة و إن كان بعنوان الجعالة كما هو ظاهر العبارة صحّ، و كذا الحال إذا قال: إن عملت العمل الفلانيّ في هذا اليوم فلك درهمان، و إن عملته

ـــــــــــــــــــــــ

المسألة ۱۱: بطل لما مر: بل هو صحيح لعدم الغرر، و الجهل بنفسه لا يضرّ كما مرّ، كما ان الابهام ايضا لا دليل على ابطاله فهو عقد تعلق الانشاء بأحد طرفي الفعل مما يختاره القابل، و اختياره العملي قبول (و لعل مثل ۱/ ۸ الاجارة صحيح أبي حمزة الثمالي ايضا من هذا القبيل، و ما يقال: من عدم مساعدة العرف لهذا المبهم كما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) فيه: ان العرف يفعل كذلك شائعا فراجع، و ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من انه اما اجارة أو اجارتان، فعلى الثاني فهما باطلان لعدم امكان الجمع فلا قدرة، و الاول ايضا باطل لعدم وجود المردد، و أحدهما المعلوم عند اللّه تعالى ايضا لا يفيد لكونه جهلا و لو لم يكن غررا، و لإمكان عدم العمل اصلا فلا واقع له، فيه ان ذلك عقد و لو لم يعمل لم يكن قبول فلا يتحقق عقد حينئذ كما في المعاطاة اذا لم يقبل الآخر في العمل لم يكن قرار، فالعقد على احدهما المردد فعلا المعلوم لهما بعد قبول الطرف، و قد مرّ عدم مانعية الجهل بعنوانه، و ما قاله الحكيم (قدّس سرّه) من ان العمل لا بد ان يكون بعنوان الوفاء فيلزم الطرف بإيجاده وفاء بالعقد و الانتخاب بالعمل ليس بعنوان الوفاء بل انتخاب مربوط بأصل العقد، فيه:

ان المعاطاة ايضا كثيرا ما تكون كذلك على ما مرّ مع ان الوفاء ليس منحصرا بالابتداء بل يجري في الاستدامة ايضا.

و قال الخوئي (قدّس سرّه): يمكن تصحيح المقام من جهة انه دائر بين الاقل و الاكثر لا المتباينين، فالعقد وقع على الاقل و يشترط انه ان زاد فله زائد أو نقول وقع على الاكثر و يشترط نقص الاجرة ان كان كذا و حينئذ يكون اجارة كما هو الظاهر من العبارة لا الجعالة، و فيه: ان المتفاهم العرفي من امثال العبارة في امثال هذه المعاملات ليس الاشتراط بل ما يقع بعنوان الاشتراط ايضا يكون من الترديد في العقد، و كيف كان: فالحكم في المسألة هو الصحة اجارة وفاقا للبروجردي (قدّس سرّه) و بعض آخر).

بعنوان الجعالة: ان كان الاشكال ان العقد على المردد لا معنى له لعدم وجوده، فلا وجه للفرق بين الاجارة و الجعالة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۸

في الغد فلك درهم، و القول بالصحّة إجارة في الفرضين ضعيف، و أضعف منه القول بالفرق بينهما بالصحّة في الثاني دون الأوّل، و على ما ذكرناه من البطلان فعلى تقدير العمل يستحق اجرة المثل و كذا في المسألة السابقة إذا سكن الدار شهرا أو أقلّ أو أكثر.

المسألة ۱۲: إذا استأجره أو دابّته ليحمله أو يحمل متاعه إلى مكان معيّن في وقت معيّن باجرة معيّنة، كأن استأجر منه دابّة لايصاله إلى كربلاء قبل ليلة النصف من شعبان و لم يوصله، فإن كان ذلك لعدم سعة الوقت و عدم إمكان الإيصال فالإجارة باطلة و إن كان الزمان واسعا و مع هذا قصّر و لم يوصله

ـــــــــــــــــــــــ

اجرة المثل: (قال الخوئي (قدّس سرّه) ان لم تكن اكثر من اجرة المسمى، و الاّ فبإقدامه لا يستحق اكثر من المسمى إلاّ

ان يكون الاجرة عينا شخصية فأخذها و أتلفها، فحينئذ يكون الضمان بالأكثر على الآخذ الاجرة، و فيه: ان الاقدام كان في العقد الصحيح فإذا علم البطلان صار ذلك الاقدام هباء فالاقدام مشروط لا مطلق سيما اذا انكشف الغبن و هو قد اعترف بمورد الغبن على ان الاقدام فيه ايضا ثابت و نسلّم الشرط الارتكازي على عدم الغبن لكنه في العقد فاذا بطل العقد بطل الشرط.

و استشكل الخونساري (قدّس سرّه) بأنه اذا كان الداعي الى العمل اعتقاده لزوم ذلك مع عدم اللزوم واقعا يشكل اجرة المثل، و فيه: ان العمل كان بحسب القرار و إلاّ لم يكن يعمل و العمل محترم).

المسألة ١٢: فالاجارة باطلة: ان كان التقيد بذلك الزمان على وجه العنوانية أو التقييد، و إلاّ فالاجارة صحيحة و له حكم خيار الشرط و هذا كما يجري في الوقت يجري في المكان، فلو اخذ المكان على نحو العنوان أو القيد فلا يستحق شيئا اذا لم يمكنه الايصال اصلا لأي جهة و لو لتعب الدابة أو خراب السيّارة، و ما في بعض الروايات من الحكم بالتقسيط بالمسافة كلا مع ظهور التقيد إما حكم اخلاقي يراد به المصالحة كما في آخر الحديث أو فيما كان المتعارف هو التقسيط بمنزلة الشرط الارتكازي كما لا يبعد في المسافات عرفا (الصحة و حق الفسخ لاشتراط الالتزام بالاجارة بذلك الالتزام، و الظاهر ان حكمه ليس خصوص حق الفسخ بل هو أو الرضا بأخذ التفاوت لتفاوت الرغبات في ذلك لكن القوم تسالموا لظاهرا هنا على عدم حق التفاوت نظرا الى ان التقيد يفيد عدم الالزام بالقبول و لكن لا يوجب استحقاق التفاوت، فالاحوط هنا ان يكون اخذ التفاوت برضى الطرفين. و كيف كان:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۵۹

فإن كان ذلك على وجه العنوانيّة و التقييد لم يستحقّ شيئا من الاجرة، لعدم العمل بمقتضى الإجارة أصلا، نظير ما إذا استأجره ليصوم يوم الجمعة فاشتبه و صام يوم السبت، و إن كان ذلك على وجه الشرطيّة بأن يكون متعلّق الاجارة الايصال إلى كربلاء، و لكن اشترط عليه الايصال في ذلك الوقت فالإجارة صحيحة، و الاجرة المعيّنة لازمة، لكن له خيار الفسخ من جهة تخلّف الشرط، و معه يرجع إلى اجرة المثل، و لو قال: و إن لم توصلني في وقت كذا فالاجرة كذا أقلّ ممّا عيّن أوّلا، فهذا أيضا قسمان، قد يكون ذلك بحيث يكون كلتا الصورتين من الايصال في ذلك الوقت و عدم الإيصال فيه موردا للاجارة فيرجع إلى قوله: آجرتك باجرة كذا إن أوصلتك في الوقت الفلانيّ، و باجرة كذا إن لم اوصلك في ذلك الوقت، و هذا باطل للجهالة نظير ما ذكر في المسألة السابقة من البطلان إن قال: إن عملت في هذا اليوم فلك درهمان الخ، و قد يكون مورد الاجارة هو الإيصال في ذلك الوقت، و يشترط عليه أن ينقص من الاجرة كذا على

فحكم الگلپايگاني (قدّس سرّه) بلغوية الشرط حينئذ فقط ليس بصحيح فان الشرط و ان لم يكن مقدورا حينئذ لكن الالتزام الاصلي مقيد به فلا اقل من ايجابه حق الفسخ، كما انه قد ظهر امكان التقيد في ذلك اذ القيدية أو العنوانية فيما يكون مقوما واقعيا أو في نظر طرف المعاملة لأجل اغراض خاصة شخصية، فليس بصرف التعبير كما ليس واقعيا في نفسه بل يمكن بالقرار ايضا لتفاوت الرغبات. و أما التقسيط في المسافة فلما ذكرنا).

شيئا من الاجرة: الظاهر انه يضمن للمستأجر قيمة المثل لعمله و يأخذ الاجرة المسماة (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) لتمامية العقد حينئذ و لا نسلم ان مقتضى كل معاملة هو التعاطي فاذا لم يسلم الطرف فهذا الطرف ايضا لا يسلم فقط

كما كان يقوله الاستاذ سابقا بل مقتضى العقد هو ملكية كل طرف لما انتقل اليه، و عمل العرف بعدم تسليم الطرف ايضا مبني على المتعارف المعمول من عدم تفاوت المسمى و المثل و أما مع الاختلاف سيما الفاحش بواسطة تغيير الشرائط في المحيط فورا فلا نسلم ان عملهم عليه).

خيار الفسخ: و لو لم يفسخ فالظاهر ان له حق اخذ التفاوت لتقيد الالتزام و تفاوت القيم بالرغبات.

باطل للجهالة: و قد مرت الصحة.

هو الايصال في ذلك الوقت: (هذا بظاهر عبارته في المسألة لا يلائم المقسم، فان هذا المورد قسم لقوله: و لو قال الخ و هو بمنزلة القسم لقوله: و ان كان ذلك على

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۰

فرض عدم الايصال و الظاهر الصحّة في هذه الصورة لعموم المؤمنون و غيره، مضافا إلى صحيحة محمّد الحلبيّ و لو قال: إن لم توصلني فلا اجرة لك، فإن كان على وجه الشرطيّة بأن يكون متعلّق الإجارة هو الإيصال الكذائيّ فقطّ و اشترط عليه عدم الاجرة على تقدير المخالفة صحّ، و يكون الشرط المذكور مؤكّدا لمقتضى العقد و إن كان على وجه القيديّة بأن جعل كلتا الصورتين موردا للاجارة إلاّ أنّ في الصورة الثانية بلا اجرة يكون باطلا، و لعلّ هذه الصورة مراد المشهور القائلين بالبطلان دون الاولى، حيث قالوا: و لو شرط سقوط الاجرة إن لم يوصله لم يجز.

وجه الشرطية كما ان مورد صحيحة الحلبي ايضا ليس ذلك بل مورد الاجارة هو الايصال و الزمان المعين اخذ شرطا. و كيف كان فان كان مورد الاجارة هو الايصال في ذلك الوقت فقد مرّ انه يمكن على نحو التقيد و كذا على نحو الاشتراط و لو كان على نحو الاشتراط فيمكن على نحو اشتراط نقص الاجرة ايضا و لا بأس به، و ليس هذا خلافا لمقتضى عقد تلك الاجارة كما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) فان مقتضى العقد حينئذ تملك تلك المنفعة بالاجرة و قد حصل، و أما قدر الاجرة كشرط نقصه أو زيادته فلا.

مراد المشهور: الظاهر ان مراد المشهور عين منطوق الصحيحة و هو كون مورد الاجارة الايصال الى ذلك المكان و جعل الزمان الخاص شرطا فحكم في الصحيحة بالبطلان اذا اشترط عدم الاجرة، و لا بأس بالعمل به لصحة الخبر و عمل المشهور، و يمكن كون هذا الحكم على طبق القاعدة نظرا الى ان الاجارة بلا اجر ليس اجارة عرفا أي شرط على خلاف مقتضى العقد كما قال بعض فقهاء العصر، و لا يراد ان الحكم حينئذ بطلان الشرط و لزوم تسلم شيء من الاجرة بل الشرط صحيح و لا يطالب المستأجر بشيء حينئذ لكن ليس اجارة حينئذ بل هو قرار مستقل فهو باطل اجارة لا كلا (فالظاهر كون الاجارة باطلة و لا يستحق شيئا من الاجر بالقرار في هذا العقد الخاص أو تقول بإقدام نفسه، و لا نسلم عدم شمول ادلة الوفاء بالعقود لمثل هذا الذي وقع بلفظ الاجارة، ففيها جهتان: اصل كونه قرارا، و كونه اجارة، فتأمل. إلاّ ان يقال: في امثال هذه الموارد و ان كان فيها جهتان: اصل القرار و كونه اجارة، لكن لو بنى على الابطال اجارة و الصحة قرارا عاما لزم لغوية ادلة شروط العقود الخاصة فتأمل جيدا فانّ المقام من مزالّ الاقدام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۱

المسألة ۱۳: إذا استأجر منه دابّة لزيارة النصف من شعبان مثلا و لكن لم يشترط على الموجر ذلك؛ و لم يكن على وجه

العنوانيّة أيضا و اتّفق أنه لم يوصله لم يكن له خيار الفسخ، و عليه تمام المسمّى من الاجرة، و إن لم يوصله إلى كربلاء أصلا سقط من المسمّى بحساب ما بقي، و استحقّ بمقدار ما مضى، و الفرق بين هذه المسألة و ما مرّ في المسألة السابقة أنّ الايصال هنا غرض و داع، و فيما مرّ قيد أو شرط.

(۳- فصل)

الإجارة من العقود اللازمة لا تنفسخ إلاّ بالتقايل أو شرط الخيار لأحدهما أو كليهما إذا اختار الفسخ، نعم الاجارة المعاطاتيّة جايزة يجوز لكلّ منهما الفسخ ما لم تلزم بتصرّفهما أو تصرّف أحدهما فيما انتقل إليه.

المسألة ۱۳: و ان لم يوصله الى كربلاء اصلا: و لم يؤخذ المكان عنوانا أو قيدا و إلاّ فلا يستحق شيئا.

سقط من المسمى: ان لم يكن عدم الايصال بإختيار من الموجر بل لخراب السيارة مثلا و إلاّ فالمستأجر مطالب باجرة مثل الباقي و يدفع الى الموجر قسط اجرة المسمى بالنسبة الى ما مضى.

(فصل ۲)

أو كليهما: أو لأجنبي، و كذا بحصول سبب الخيار من الغبن أو تخلف الشرط مثلا.

جائزة: بل لازمة على الاقوى، و لا ينبغي ترك الاحتياط، و على القول بالجواز يحصل اللزوم بالتصرف المتلف و هذا يحصل بمضي قدر من الزمان و لو قليلا يمكن للمستأجر الانتفاع (قال الخوئي (قدّس سرّه) و هذا في اغلب الاجارات بخلاف مثل اجارة الثوب للبسه لعدم التغير، و فيه: ان اتلاف المنفعة بحسب الزمان يحصل في جميع الموارد بلا فرق، فالحق اطلاق اللزوم كما قال البروجردي (قدّس سرّه) لا في الاغلب كما يقول الخوئي و النجفي (قدّس سرّهما) فلو باع الموجر متعلق الاجارة حينئذ انتقل الى المشتري مسلوب المنفعة بمقدار زمن الاجارة. ثم ان الحق لزوم المعاطاة في جميع العقود إلاّ ما خرج بالدليل كالنكاح على الأظهر، للسيرة من العقلاء و شمول كريمة: (اوفوا) و سائر ادلة العقود الخاصة و مفهوم ادلة الخيارات بعد صدق العنوان، و لا نسلم اجماعا كاشفا على الجواز بل لو بنى على ظواهر عباراتهم لزم القول بالاباحة و هو خلاف الانشاء و المنشأ بلا ريب).

بتصرفهما: تصرفا متلفا أو مغيرا أو دالا على الرضا (في مورد الدلالة على الرضا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۲

المسألة ۱: يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدّة الاجارة، و لا تنفسخ الاجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدّة الاجارة، نعم للمشتري مع جهله بالاجارة خيار فسخ البيع، لأنّ نقص المنفعة عيب، و لكن ليس كسائر العيوب مما يكون المشتري معه مخيّرا بين الردّ و الأرش فليس له أن لا يفسخ و يطالب بالارش فإن العيب الموجب للارش ما كان نقصا في الشيء في حدّ نفسه، مثل العمى و العرج، و كونه مقطوع اليد، أو نحو ذلك، لا مثل المقام الذي العين في خدّ نفسها لا عيب فيها، و أمّا لو علم المشتري أنّها مستأجرة و مع ذلك أقدم على الشراء فليس له الفسخ أيضا، نعم لو اعتقد كون مدّة الاجارة كذا مقدارا فبان أنّها أزيد له الخيار أيضا، و لو فسخ المستأجر الاجارة رجعت المنفعة في بقيّة المدّة إلى البائع لا الى المشتري، نعم لو اعتقد البايع و المشتري بقاء مدّة الاجارة و أنّ العين مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا و تبيّن أنّ المدّة منقضية فهل منفعة تلك المدّة للبايع حيث إنّه كأنّه شرط كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا، أو للمشتري لأنّها تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل إلى الغير أو بالاستثناء، و المفروض عدمها وجهان، و

الأقوى الثاني نعم لو شرطا كونها مسلوبة المنفعة إلى زمان كذا بعد اعتقاد بقاء المدّة كان لما ذكر وجه ثمّ بناء على ما هو الأقوى من رجوع المنفعة في الصورة السابقة إلى المشتري فهل للبايع الخيار أولا وجهان، لا يخلو أوّلهما من قوّة خصوصا إذا أوجب ذلك له الغبن هذا إذا بيعت العين المستأجرة على غير المستأجر، أمّا لو بيعت عليه ففي انفساخ الاجارة وجهان، أقواهما العدم و يتفرّع على ذلك أمور: منها اجتماع الثمن و الاجرة عليه حينئذ، و منها بقاء ملكه للمنفعة في مدّة تلك الاجارة لو فسخ البيع بأحد أسبابه، بخلاف ما لو قيل بانفساخ الاجارة، و منها إرث الزوجة من المنفعة في تلك المدّة لو مات الزوج المستأجر بعد شرائه لتلك العين، و إن كانت ممّا لا ترث الزوجة منه، بخلاف ما لو قيل بالانفساخ

الحكم معلوم و في الاوليين ببناء العقلاء على ذلك فيما لم يسلم مورد التعامل).

المسألة ۱: لا عيب فيها: و حينئذ فلا موجب لخيار العيب فلا بد ان يبتني الخيار هنا على الشرط الارتكازي باستتباع العين جميع المنافع.

و الاقوى الثاني: بل الاول فان العقد على العين مسلوبة المنفعة فهو كالشرط، و لا مجال حينئذ للبحث عن خيار البايع.

اقواهما العدم: بل احتمال الانفساخ مرهون جدا (خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) فانه استشكل في امكان اعتبار الاضافة المعتبرة بين العين و المستأجر، بينها و بين المالك، و كذا في صحة اعتبار ملك المنفعة استقلالا لمالك العين، و لعله ظاهر الاستاذ ايضا لقوله بتبعية النماء للعين، و فيه: ان الاجارة فككت المنفعة عن العين اعتبارا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۳

بمجرّد البيع، و منها رجوع المشتري بالاجرة لو تلف العين بعد قبضها و قبل انقضاء مدّة الاجارة، فإنّ تعذّر استيفاء المنفعة يكشف عن بطلان الاجارة، و يوجب الرجوع بالعوض و إن كان تلف العين عليه.

المسألة ۲: لو وقع البيع و الاجارة في زمان واحد كما لو باع العين مالكها على شخص و آجرها وكيله على شخص آخر و اتّفق وقوعهما في زمان واحد فهل يصحّان معا، و يملكها المشتري مسلوبة المنفعة، كما لو سبقت الاجارة، أو يبطلان معا للتزاحم في ملكيّة المنفعة، أو يبطلان معا بالنسبة إلى تمليك المنفعة فيصحّ البيع على أنّها مسلوبة المنفعة تلك المدّة، فتبقى المنفعة على ملك البايع وجوه، أقواها الأوّل لعدم التزاحم، فإنّ البايع لا يملك المنفعة، و إنّما يملك العين، و ملكيّة العين توجب ملكيّة المنفعة للتبعيّة و هي متأخّرة عن الاجارة.

المسألة ۳: لا تبطل الاجارة بموت الموجر و لا بموت المستأجر على الأقوى، نعم في إجارة العين

المشتري بالاجرة: أي من حين تلف العين، كما انه على الانفساخ يرجع اليه بها من حين البيع.

المسألة ۲: اقواها الاول: بل الثالث للتزاحم في تمليك المنفعة لوقوع البيع و الاجارة في زمان واحد فالعين ينتقل الى المشتري مسلوب المنفعة و له حق الفسخ و لا اثر للتقدم الرتبي مع ان تقدم ملكية العين على المنفعة بملاك التبعية لا يستلزم تقدم الاجارة على المنفعة رتبة بصرف كون البيع و الاجارة في رتبة واحدة على ما قال بعضهم، مع ان الحكم بوحدة رتبة البيع و الاجارة ايضا محل اشكال لعدم ملاك في ذلك، نعم لا تفاوت بينهما في الرتبة فانهما اعتبرتا من المالك و وكيله بلا تفاوت، و أما الوحدة في الرتبة الواقعية أي بملاك العلية مثلا فلا.

المسألة ٣: على الاقوى: (لعدم وجه لذلك بعد حصول الانتقال، و أما خبر ابراهيم بن محمد ١/ ٢٥ الإجارة: «... ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء اللّه» و قد استدل به على البطلان بموت الموجر ففيه الاجمال، فهل المراد من قوله عليه السّلام: فلورثتها تلك الاجارة، هل الانفساخ من حين الموت و ان امر الاجارة كلا باختيار الورثة يواجروا أو لا؟ أو المراد انتقال الأمر من المورث الى الورثة و استحقاقهم الاجرة؟ و على الثاني فالخبر دال على اللزوم و لعله اظهر، مع ان في السند ضعفا بكلا طريقيه بأحمد بن اسحاق الابهري

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۴

الموقوفة إذا آجر البطن السابق تبطل بموته بعد الانتقال إلى البطن اللاحق، لأنّ الملكيّة محدودة، و مثله ما لو كانت المنفعة موصى بها للموجر ما دام حيّا، بخلاف ما إذا كان الموجر هو المتولّي للوقف و آجر لمصلحة البطون الى مدة، فانها لا تبطل بموته و لا بموت البطن الموجود حال الاجارة، و كذا تبطل اذا آجر نفسه للعمل بنفسه من خدمة أو غيرها، فإنّه إذا مات لا يبقى محلّ للاجارة، و كذا إذا مات المستأجر الذي هو محلّ العمل من خدمة، أو عمل آخر متعلّق به بنفسه، و لو جعل العمل في ذمّته لا تبطل الاجارة بموته، بل يستوفى من تركته، و كذا بالنسبة إلى المستأجر إذا لم يكن محلّ للعمل، بل كان مالكا له على الموجر، كما إذا آجره للخدمة من غير تقييد بكونها له، فإنّه إذا مات تنتقل إلى وارثه، فهم يملكون عليه ذلك العمل، و إذا آجر الدار و اشترط على المستأجر سكناه بنفسه لا تبطل بموته، و يكون للموجر خيار الفسخ نعم إذا اعتبر سكناه على وجه القيديّة تبطل بموته.

و ابراهيم بن محمد الهمداني. و كيف كان، فلا نحتاج اليه و لا يضرّنا).

تبطل بموته: بل تقع فضوليا.

لا تبطل بموته: (فان ذلك مقتضى الولاية و رعاية المصلحة و الاحسان، و الاّ لم يكن اطمينان عرفي بالقرارات و هذا امر عرفي في جميع قرارات الدول و المتولين إلاّ اذا لم يكن ما رآه مصلحة و قد اشتبه عليه الأمر، و اما موت البطن الموجود فالظاهر عدم وجه للبطلان اصلا اذا كان المتولي متوليا على البطون مادام العمر، خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) حيث تأمل في كلا الفرعين من موت الموجر و البطن الموجود).

آجر نفسه: الظاهر اختصاص البطلان بما اذا انكشف عدم القدرة من الاول كما اذا كانت الاجارة مقيدة بزمان وقع الموت فيه أو قبله أو وقع الموت قبل مضي زمان يحتاج اليه للعمل بالقرار بخلاف ما اذا كان الزمان متسعا و لم يعمل الموجر بسوء اختياره فان الاجارة حينئذ صحيحة يؤخذ اجرة مثل العمل من تركته كسائر الديون.

في ذمته: اي بلا تقيد بالمباشرة.

للموجر خيار: ان تخلف الورثة بخلاف ما اذا سكن عائلة المتوفى الذين كانوا معه ايام حياته، إلاّ اذا كان الاشتراط بمعنى كونهم تحت ادارته شخصا (و الظاهر عدم وجه للبطلان عند تخلف الشرط على ما قال الاستاذ (قدّس سرّه) اذ تخلف الشرط يوجب الخيار فقط. و لعل نظره (قدّس سرّه) الى ما قاله البروجردي (قدّس سرّه) من عدم ملكية الورثة حينئذ للمنفعة فالاجارة باطلة، و على الصحة لا وجه للخيار لعدم توجه شيء يجبر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۵

المسألة ٤: إذا آجر الوليّ أو الوصيّ الصبيّ المولّى عليه مدّة تزيد على زمان بلوغه و رشده بطلت في المتيقّن بلوغه فيه، بمعنى أنّها موقوفة على إجازته و صحّت واقعا و ظاهرا بالنسبة إلى المتيقّن صغره، و ظاهرا بالنسبة إلى المحتمل، فإذا بلغ، له أن يفسخ على الأقوى، أي لا يجيز، خلافا لبعضهم فحكم بلزومها عليه لوقوعها من أهلها في محلّها في وقت لم يعلم لها مناف، و هو كما ترى، نعم لو اقتضت المصلحة اللازمة المراعاة إجارته مدّة زائدة على زمان البلوغ بحيث يكون إجارته أقلّ من تلك المدّة خلاف مصلحته تكون لازمة ليس له فسخها بعد بلوغه، و كذا الكلام في إجارة أملاكه.

المسألة ٥: إذا آجرت امرأة نفسها للخدمة مدّة معيّنة فتزوّجت قبل انقضائها لم تبطل الاجارة، و إن كانت الخدمة منافية لاستمتاع الزوج.

المسألة ٦: إذا آجر عبده أو أمته للخدمة ثمّ أعتقه لا تبطل الاجارة بالعتق. و ليس له الرجوع على مولاه بعوض تلك الخدمة في بقيّة المدّة لأنّه كان مالكا لمنافعه أبدا و قد استوفاها بالنسبة إلى تلك المدّة، فدعوى أنّه فوّت على العبد ما كان له حال حرّيته كما ترى، نعم يبقى الكلام في نفقته في بقيّة المدّة إن لم يكن شرط كونها على المستأجر، و في المسألة وجوه: أحدها: كونها على المولى لأنّه حيث استوفى بالاجارة منافعه فكأنّه باق على ملكه. الثاني: أنّه في كسبه إن أمكن له الاكتساب لنفسه في غير زمان الخدمة، و إن لم يمكن فمن بيت المال، و إن لم يكن فعلى المسلمين كفاية. الثالث: انّه إن لم يمكن اكتسابه في غير زمان الخدمة ففي كسبه و إن كان منافيا للخدمة. الرابع: أنّه من كسبه، و يتعلّق مقدار ما يفوت منه من الخدمة بذمّته. الخامس انّه من بيت المال من الأوّل، و لا يبعد قوّة الوجه الأوّل.

بالخيار، و فيه: ان الملكية مطلقة و استفادته بنفسه شرط و تخلفه يوجب الخيار).

المسألة ٤: تكون لازمة: قول البعض ليس غير ذلك لكنه في اجارة النفس غير صحيح لعدم اطلاق في ادلة الولاية بالنسبة الى النفس يشمل زمان البلوغ، و ان كان ممكنا في حد نفسه فيقع فضوليا حتى يجيز البالغ. نعم لا اشكال في اجارة املاكه لعدم قيد في متعلق الولاية زمانا اذا كان مالا و البلوغ غاية الولاية لا قيد متعلقها (و بما ذكرنا يظهر الاشكال في تقوية الگلپايگاني (قدّس سرّه) نظر البعض في اجارة النفس، و أما الاستدلال بآية **فادفعوا اليهم اموالهم** ففيه: انه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية).

المسألة ٦: ان لم يكن شرط: و كانت الاجارة مستوعبة جميع اوقات عمله بحيث لم يكن له فراغ يعمل لنفقة نفسه.

قوة الوجه الاول: بل الثاني بمعنى انه ان لم يكن فراغ يعمل لنفقة نفسه ففي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۶

المسألة ٧: إذا وجد المستأجر في العين المستأجرة عيبا سابقا على العقد و كان جاهلا به فإن كان ممّا تنقص به المنفعة فلا إشكال في ثبوت الخيار له بين الفسخ و الابقاء، و الظاهر عدم جواز مطالبته الأرش فله الفسخ أو الرضا بها مجّانا نعم لو كان العيب مثل خراب بعض بيوت الدار فالظاهر تقسيط الاجرة

كسبه، و تنفسخ الاجارة بحسب تلك المدة لظهور عدم القدرة و للمستأجر الرجوع لأخذ ما بأزائه من الاجرة أو الفسخ

ان تفاوتت الرغبة بحسب وحدة العامل و تعدده.

المسألة ۷: الارش: بل الظاهر ثبوته فانه على القاعدة لا التعبد حتى يختص بمورد النص اي البيع (و لعل الظاهر بحسب بناء العرف ان الثمن بأزاء الذات و الوصف ايضا لا ان الوصف يوجب زيادة الرغبة فقط و الثمن بأزاء الذات فقط على ما هو المعروف و صرح به الخوئي (قدّس سرّه) إلاّ ان يقال: ذلك يوجب البطلان في البعض فالأرش امر آخر غير تقابل جزء الثمن و المثمن، و دليله البناء و عدم الردع بل الامضاء في البيع مع الغاء الخصوصية و هو التفاوت بالنسبة الى الثمن تقسيطا اذا كان المبيع أو مورد الاجارة هو العين الشخصية. و لم نجد في روايات خيار العيب تصريحا بأنه التفاوت بحسب السوق لا الثمن، و أما تصريح الامام عليه السّلام في دليل خيار العيب بأن للمشتري حق اخذ قيمة الثوب فلعله في المعاملة على الكلي اذا لم يوجد الصحيح أو فيما لم يتفاوت قيمة السوق مع القيمة المعاملية).

تقسيط الاجرة: (و يمكن ان يقال: الأرش ايضا من التقسيط لا كما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من تسلّم الفرق و لكن خراب بعض بيوت الدار ايضا كثيرا ما يكون من موارد الأرش لا التقسيط نظرا الى انه في الغالب مما يزيد في الرغبة لكن المعاملة على مسمى الدار. و على ما ذكرنا فالأظهر هو الضمان ان لم يلتفت المشتري الى العيب اذا لم يتبرء البايع و كذا في الاجارة خلافا لظاهر القوم و صريح الخوئي (قدّس سرّه) بأنه ان لم يلتفت المشتري فلا ضمان تنظيرا بمسألة اللقطة اذا تصدق الواجد بها فلا ضمان ما لم يطالب صاحبه، و فيه: انه لأجل دليل الصدقة الظاهر في البدلية.

و الظاهر ان ما ذكرنا مقتضى الشرطية الارتكازية في الصحة فان الالتزام حينئذ مقيد لكن الأظهر مع ذلك كله الفرق بين الارش و التقسيط بحسب عمل العقلاء فلا ضمان اذا رضي المشتري أو لم يلتفت، و مقتضى الشرط الارتكازي على الصحة هو تقيد الالتزام اي الخيار لا الملتزم حتى يكون تقسيط).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۷

لأنّه يكون حينئذ من قبيل تبعّض الصفقة، و لو كان العيب ممّا لا تنقص معه المنفعة، كما إذا تبيّن كون الدابّة مقطوع الأذن أو الذنب فربما يستشكل في ثبوت الخيار معه، لكن الأقوى ثبوته إذا كان ممّا يختلف به الرغبات، و تتفاوت به الاجرة و كذا له الخيار إذا حدث فيها عيب بعد العقد و قبل القبض، بل بعد القبض أيضا، و إن كان استوفى بعض المنفعة و مضى بعض المدّة هذا إذا كانت العين شخصيّة، و أمّا إذا كانت كلّية و كان الفرد المقبوض معيبا فليس له فسخ العقد، بل له مطالبة البدل، نعم لو تعذّر البدل كان له الخيار في أصل العقد.

المسألة ۸: إذا وجد الموجر عيبا سابقا في الأجرة و لم يكن عالما به كان له فسخ العقد، و له الرضا به، و هل له مطالبة الأرش معه؟ لا يبعد ذلك بل ربما يدّعى عدم الخلاف فيه، لكن هذا إذا لم تكن الاجرة منفعة عين، و إلاّ فلا أرش فيه، مثل ما مرّ في المسألة السابقة من كون العين المستأجرة معيبا هذا إذا كانت الاجرة عينا شخصيّة، و أمّا إذا كانت كلّية فله مطالبة البدل، لا فسخ أصل العقد إلاّ مع تعذّر البدل على حذو ما مرّ في المسألة السابقة.

المسألة ۹: إذا أفلس المستأجر بالاجرة كان للموجر الخيار بين الفسخ و استرداد العين، و بين الضرب مع الغرماء، نظير ما إذا أفلس المشتري بالثمن حيث إنّ للبايع الخيار إذا وجد عين ماله.

و تتفاوت به الاجرة: تفاوت الاجر ممّا يوجب الارش و أما اصل الخيار فيكفي فيه اختلاف الرغبة.

مضى بعض المدّة: اذ المنافع تدريجية الحصول فتكون بحكم قبل القبض (فلا اعضال في المسألة على ما قاله النائيني و السيد جمال (قدّس سرّهما) و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) بالتراضي في الفسخ و الابقاء و كأن نظرهم الشريف الى وحدة المنافع و قد قبضت، و فيه: انه ليس بحثا لفظيا حتى يرجع الى العرف و بالدقة هي امور تدريجية).

المسألة ٨: لكن هذا: بل و لو كان كذا (لكون الأرش على القاعدة كما مرّ).

المسألة ٩: للموجر الخيار: (في البيع مسلم فتوى و نصا بل فيه النصوص من الباب ٥ أحكام الحجر، و قد الحقوا المقام به بإلغاء الخصوصية كما لا يبعد بل يمكن أن يقال: وجود العين عند المفلّس المذكور في بعض تلك النصوص مثل ۵/۳ أعم من أن يكون بنحو البيع أو بنحو الاجارة فيرجع المؤجر اليه و يأخذ عينه و لا يحاصّه الغرماء كما صرّح في الحديث).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۸

المسألة ۱۰: إذا تبيّن غبن الموجر أو المستأجر فله الخيار إذا لم يكن عالما به حال العقد إلاّ إذا اشترطا سقوطه في ضمن العقد.

المسألة ۱۱: ليس في الإجارة خيار المجلس و لا خيار الحيوان، بل و لا خيار التأخير على الوجه المذكور في البيع، و يجري فيها خيار الشرط حتّى للأجنبيّ و خيار العيب و الغبن كما ذكرنا، بل يجري فيها ساير الخيارات كخيار الاشتراط، و تبعّض الصفقة، و تعذّر التسليم و التفليس و التدليس و الشركة، و ما يفسد ليومه و خيار شرط ردّ العوض نظير شرط ردّ الثمن في البيع.

المسألة ۱۲: إذا آجر عبده أو داره مثلا ثمّ باعه من المستأجر لم تبطل الاجارة فيكون للمشتري منفعة العبد مثلا من جهة الاجارة قبل انقضاء مدّتها، لا من جهة تبعيّة العين، و لو فسخت الاجارة رجعت إلى البايع، و لو مات بعد القبض رجع المشتري المستأجر على البايع بما يقابل بقيّة المدّة من الاجرة و إن كان تلف العين عليه و الله العالم.

ــــــــــــــــــ

المسألة ۱۰: غبن: (و إن لم يرد دليل فيه لكنه عقلائي غير مردوع و وجهه تخلّف الشرط الضمني).

المسألة ۱۱: على الوجه المذكور في البيع: أي التحديد بثلاثة أيام، و أما اصله فهو ثابت في الاجارة ايضا بالشرط الارتكازي و هو الملاك في غير واحد من الخيارات) و بذلك يظهر عدم الحاجة الى دليل لا ضرر لإثبات خيار الشرط مثلا سيّما على رأي انه حكم مولوي أي لا يضر احد غيره على ما كان يعتقده الاستاذ (قدّس سرّه) فلا يدل على حكم شرعي عام و على كونه كذلك و ناظرا الى الأحكام الأولية كما يقولون فهو يرفع الحكم الضرري الآتي من قبل الشارع بخلاف المقام مما أقدما عليه بجهلهما بالموضوع مثلا و ان حكم الشارع ايضا بلزوم الوفاء بالدليل العام. نعم لو كان مفاد لا ضرر لزوم تدارك الضرر كان دليلا على الفسخ أو التفاوت.

المسألة ۱۲: لم تبطل الاجارة: (مرّ انه كذلك لامكان ملكية المنافع مستقلة في عرض العين و حينئذ اذا تلف العين بعد النقص فهو من المشتري لكن بالنسبة الى المنافع فهو قبل القبض بالنسبة الى ما يأتي بناء على جريان حكم التلف قبل القبض في غير البيع ايضا و فيه كلام لاختصاص دليله بالبيع لكن عليه، فلا وجه لإشكال بعض المحشين فيه)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۶۹

(۳- فصل)

يملك المستأجر المنفعة في إجارة الأعيان، و العمل في الاجارة على الأعمال بنفس العقد من غير توقّف على شيء كما هو مقتضى سببيّة العقود، كما أنّ الموجر يملك الاجرة ملكيّة متزلزلة به كذلك و لكن لا يستحقّ الموجر مطالبة الاجرة إلاّ بتسليم العين أو العمل، كما لا يستحقّ المستأجر مطالبتهما إلاّ بتسليم الاجرة، كما هو مقتضى المعاوضة و تستقرّ ملكيّة الاجرة باستيفاء المنفعة أو العمل أو ما بحكمه، فأصل الملكيّة للطرفين موقوف على تماميّة العقد، و جواز المطالبة موقوف على التسليم، و استقرار ملكيّة الاجرة موقوف على استيفاء المنفعة أو إتمام العمل أو ما بحكمهما فلو حصل مانع عن الاستيفاء أو عن العمل تنفسخ الاجارة كما سيأتي تفصيله.

المسألة ۱: لو استأجر دارا مثلا و تسلّمها و مضت مدّة الاجارة استقرّت الاجرة عليه، سواء سكنها أو لم يسكنها باختياره، و كذا إذا استأجر دابّة للركوب أو لحمل المتاع إلى مكان كذا و مضى زمان يمكن له ذلك وجب عليه الاجرة و استقرّت، و إن لم يركب أو لم يحمل بشرط أن يكون مقدّرا بالزمان المتّصل بالعقد، و أمّا إذا عيّنا وقتا فبعد مضيّ ذلك الوقت، هذا إذا كانت الاجارة واقعة على عين معيّنة شخصيّة في وقت معيّن، و أمّا إن وقعت على كلّي و عيّن في فرد و تسلّمه فالأقوى أنّه كذلك مع تعيين الوقت و انقضائه، نعم مع عدم تعيين الوقت فالظاهر عدم استقرار الاجرة المسمّاة و بقاء الاجارة و إن كان ضامنا لاجرة المثل لتلك المدّة من جهة تفويته المنفعة على الموجر.

المسألة ۲: إذا بذل الموجر العين المستأجرة للمستأجر و لم يتسلّم حتّى انقضت المدّة استقرّت عليه الاجرة، و كذا إذا استأجره ليخيط له ثوبا معيّنا مثلا في وقت معيّن و امتنع من دفع الثوب إليه حتّى مضى ذلك الوقت فإنّه يجب عليه دفع الاجرة، سواء اشتغل في ذلك الوقت مع امتناع المستأجر من دفع الثوب

(فصل ۳)

ملكية متزلزلة: لا كالعقد الجائز بل لأن مقتضى العقد هو التعاطي (فاذا لم يعطي احد الطرفين لم يجب على الآخر، و لا فرق في ذلك بين الاجرة و المنفعة فأصل الملكية ثابت بالعقد لكن وجوب الدفع متوقف على تهيأ الآخر ايضا لدفع حق الطرف).

حصل مانع: لا من ناحية المستأجر.

المسألة ۱: عدم استقرار الاجرة: بل الظاهر هو الاستقرار و عدم ضمان اجرة المثل فان التسلم كان بعنوان تعيين الكلي في الغرر.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۰

إليه بشغل آخر لنفسه أو لغيره أو جلس فارغا.

المسألة ۳: إذا استأجره لقلع ضرسه و مضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها و كان الموجر باذلا نفسه استقرّت الاجرة، سواء كان الموجر حرّا أو عبدا باذن مولاه و احتمال الفرق بينهما بالاستقرار في الثاني دون الأوّل لأنّ منافع الحرّ لا تضمن إلاّ بالاستيفاء لا وجه له، لأنّ منافعه بعد العقد عليها صارت مالا للمستحقّ، فإذا بذلها و لم يقبل كان تلفها منه، مع أنّا لا نسلم أنّ منافعه لا تضمن إلاّ بالاستيفاء، بل تضمن بالتفويت أيضا إذا صدق ذلك، كما إذا حبسه و كان كسوبا فإنّه يصدق في العرف أنّه فوّت عليه كذا مقدارا، هذا و لو استأجره لقلع ضرسه فزال الألم بعد العقد لم

تثبت الأجرة لانفساخ الاجارة حينئذ.

المسألة ۳: احتمال الفرق: (المنقول من جامع المقاصد).

بالتفويت ايضا: (الظاهر انه كذلك عند العقلاء و ان كان لم يذكر في الأدلة سوى الضمان باليد و الاتلاف لكن الارتكاز و عدم الردع كاف مع امكان القول بشمول اليد، فإذا حبس الحر فقد وقع كسبه و ما يكتسبه تحت يد الحابس وفاقا للاستاذ و البروجردي و البهبهاني (قدّس سرّهم) و خلافا للخوئي و الگلپايگاني و الاصطهباناتي و النجفي (قدّس سرّهم).

قال النجفي (قدّس سرّه): لازمه ضمان كسب ارباب الحرف اذا حبسوا و هو كما ترى، و فيه: عدم المنع من ذلك في الحبس عن ظلم. لا عن حق او مظنة فيما يجوز لوليّ الأمر.

و قال الاصطهباناتي (قدّس سرّه): «لا نسلم ان كل تفويت موجب للضمان» فإشكاله في الاطلاق، و يأتي في ضمن مسألة ۷ تأييد لضمان التفويت).

فزال الالم: فيما كان الاجارة لرفع الألم عنوانا لا غاية فقط و إلّا فلا تبطل الاجارة ان لم تكن سفهيا أو لمحرم شرعا كما أوجب القلع ضررا معتدا به نفسا أو عدّ سفهيا (لكن القوم لم يذكروا السفهية و لا بد أن يذكر فانه و ان لم يكن محرما كما لم يوجب ضررا نفسيا من الاشراف على التهلكة على ما مثل به الخوئي (قدّس سرّه) لكن كون الاجارة سفهية توجب البطلان و لا فرق بين السفه في الابتداء أو الاستدامة.

نعم، هذا مبني على القول بكون المعاملة السفهية باطلة بخلاف ما لو قلنا ببطلان معاملة السفيه لا السفهية و لو من غير السفيه، هذا مع امكان شمول ادلة تحريم ضرر النفس ايضا لمثل هذا فإن قلع الضرس السالم كقطع الاصبع السالم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۱

المسألة ٤: إذا تلفت العين المستأجرة قبل قبض المستأجر بطلت الاجارة، و كذا إذا تلفت عقيب قبضها بلا فصل، و أمّا إذا تلفت بعد استيفاء منفعتها في بعض المدّة فتبطل بالنسبة إلى بقيّة المدّة فيرجع من الاجرة بما قابل المتخلّف من المدّة إن نصفا فنصف، و إن ثلثا فثلث، مع تساوي الأجزاء بحسب الأوقات، و مع التفاوت تلاحظ النسبة.

المسألة ٥: إذا حصل الفسخ في أثناء المدّة بأحد أسبابه تثبت الاجرة المسمّاة بالنسبة إلى ما مضى، و يرجع منها بالنسبة إلى ما بقي كما ذكرنا في البطلان على المشهور، و يحتمل قريبا أن يرجع تمام المسمّى و يكون للموجر أجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لأنّ المفروض أنّه يفسخ العقد الواقع أوّلا و مقتضى الفسخ

المسألة ٤: بطلت الاجارة: (نظرا الى ان المنافع قبل وجودها ليست مملوكة للمالك حتى يملكها الغير، فالاجارة باطلة لعدم وجود منفعة حينئذ اذا تلفت العين قبل القبض أو بعده بلا فصل، و أما بعد استيفاء مدة فبالنسبة الى بقية المدة).

بعد استيفاء: بل بعد مضي بعض المدة مع امكان الاستيفاء.

الى بقية المدة: مع خيار التبعض حينئذ للمستأجر اذا كان يوجب الضرر.

المسألة ٥: و يحتمل قريبا: و هو الاقوى نظرا الى ان الفسخ انحلال العقد من اصله إلّا في خيار الشرط حيث لا سبب له إلّا ارادة الشخص بلا ظهور سبب سابق في العين فبالإرتكاز العرفي هو انحلال من حينه (الملاك في الكلمات

مختلف، فقد جعل الگلپايگاني (قدّس سرّه) الملاك ثبوت الخيار بالنص المستفاد منها حق فسخ مجموع العقد بخلاف الخيار الناشيء من الضرر أو الشرط أو تخلف الوصف، و فيه: ان هذه ايضا من الأصل لكون السبب من الاول و ظهور الدليل في حق فسخ العقد أي كله بحسب ظاهر الحق. و قال الاستاذ و بعض آخر: الملاك كون موجب الخيار في الاثناء أو من الأول و لم يذكروا ما هو الموجب في الاثناء و كأنه الشرط أو ظهور العيب في الأثناء لكن السؤال باق في ان الفسخ و لو بعامل في الأثناء، معناه حلّ العقد من الأصل. بقي الكلام في انه لو كان معنى الفسخ حل العقد من الأصل فما حكم النماء الحاصل في الاثناء في بيع الاعيان؟ و السيرة قائمة على عدم ضمان النماء حينئذ فلا يطلب من المشتري كراء المركب الذي اشتراه و الجواب ان الفسخ حل من الاصل لكن انشاء الفسخ من الآن، نعم هو يؤثر فيما سبق لكن المورد خرج بالسيرة و بناء العرف فتأمله).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۲

عود كلّ عوض إلى مالكه، بل يحتمل أن يكون الأمر كذلك في صورة البطلان أيضا، لكنّه بعيد.

المسألة ٦: إذا تلف بعض العين المستأجرة تبطل بنسبته، و يجيء خيار تبعّض الصفقة.

المسألة ٧: ظاهر كلمات العلماء أنّ الاجرة من حين العقد مملوكة للموجر بتمامها، و بالتلف قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدّة ترجع إلى المستأجر كلا أو بعضا من حين البطلان، كما هو الحال عندهم في تلف المبيع قبل القبض، لا أن يكون كاشفا عن عدم ملكيّتها من الأوّل، و هو مشكل لأنّ مع التلف ينكشف عدم كون الموجر مالكا للمنفعة إلى تمام المدّة، فلم ينتقل ما يقابل المتخلّف من الأوّل إليه، و فرق واضح بين تلف المبيع قبل القبض و تلف العين هنا، لأنّ المبيع حين بيعه كان مالا موجودا قوبل بالعوض، و أمّا المنفعة في المقام فلم تكن موجودة حين العقد، و لا في علم اللّه إلاّ بمقدار بقاء العين، و على هذا فإذا تصرّف في الأجرة يكون تصرّفه بالنسبة إلى ما يقابل المتخلّف فضوليّا و من هذا يظهر أنّ وجه البطلان في صورة التلف كلا أو بعضا انكشاف عدم الملكيّة للمعوّض.

لكنه بعيد: بل لا وجه له اصلا لأن تلف العين الذي يوجب البطلان فيما بقى من المدة لا يضر بالسابق.

المسألة ٧: و هو مشكل: (و ما قاله بعض المحشين و تبعه بعض اهل العصر من ان العين اذا كان لها اقتضاء البقاء فالمنفعة موجودة عرفا، و لذا يعد متلف العين متلف المنفعة ايضا و لو جعلت المنافع ثمنا لمبيع أو صداقا لامرية ضمن المتلف قيمة المنفعة للبائع و المرئة ...، فيه: ان واقع الامر معلوم لإمرته فيه و هو ان المنافع لم توجد و أما عدّها موجودة فهو حكم عرفي بلا موضوع فإنا نعلم ذلك مع ان ضمان المتلف انما هو بمقتضى اصالة السلامة كما في اصل العين ايضا و إلاّ فربما يدعي الشخص ان عمر هذا من الازل لم يكن ازيد من ذلك، و من ذلك يعلم ان ضمان العين عندئذ ضمان الاتلاف، و أما ضمان المنافع فهو ضمان التفويت على ما مرّ أو هو الاتلاف ايضا بلحاظ انه لو لم يكن متلف كان العين و المنافع موجودة، فالفرق ثابت بين الاتلاف و التلف و مورد الكلام هو التلف لا الاتلاف و ذلك حكم عرفي عقلائي بمقتضى اصالة السلامة. فالمتلف كأنه استوفى جميع المنافع لأنه لو لم يكن اتلافه كان العين باقيا بمقتضى ذلك الأصل و لا يجري ذلك في التلف سماويا أو بمتلف غير ارادي أو ما بحكمه كحيوانه بتقصيره كما يأتي في مسألة ١٣. و أما ما قاله بعض أهل العصر من ان العين ايضا لو انعدم بلحظة بعد الوجود لم يعدّ مالا، فماليته ايضا بلحاظ حكم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۳

المسألة ۸: إذا آجر دابّة كلّية و دفع فردا منها فتلف لا تنفسخ الاجارة، بل ينفسخ الوفاء، فعليه أن يدفع فردا آخر.
المسألة ۹: إذا آجره دارا فانهدمت فإن خرجت عن الانتفاع بالمرّة بطلت، فإن كان قبل القبض أو بعده قبل أن يسكن فيها أصلا رجعت الاجرة بتمامها و إلاّ فبالنسبة، و يحتمل تمامها في هذه الصورة أيضا، و يضمن اجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لكنّه بعيد و إن أمكن الانتفاع بها مع ذلك كان للمستأجر الخيار بين الابقاء و الفسخ، و إذا فسخ كان حكم الاجرة ما ذكرنا، و يقوى هنا رجوع تمام المسمّى مطلقا و دفع اجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لأنّ هذا هو مقتضى فسخ العقد كما مرّ سابقا، و إن انهدم بعض بيوتها بقيت الاجارة بالنسبة إلى البقية، و كان للمستأجر خيار تبعّض الصفقة، و لو بادر الموجر إلى تعميرها بحيث لم يفت الانتفاع أصلا ليس للمستأجر الفسخ حينئذ على الأقوى خلافا للثانيين.

ـــــــــــــــــــــــــــ

البقاء، فيه: ان عدم ماليته ايضا باعتبار منافعه المنعدمة و إلاّ فالعين التي ماليته باعتبار نفسها لا منافعها، ليست كذلك أو تقول باعتبار منافعها الآنيّة).

المسألة ۸: بل ينفسخ الوفاء: (و الظاهر عدم وجه لإشكال النجفي (قدّس سرّه) فان التلف حتى بعد القبض من مال الموجر على ما مرّ، و حيث انه فرد لمورد العقد فالانفساخ في الوفاء لا العقد، نعم في تعبير انفساخ الوفاء نوع تسامح و المراد عدم تحقق الوفاء به).

المسألة ۹: بالمرة: أو عن الانتفاع لما استوجر له بنحو العنوان أو التقييد.

قبل ان يسكن: أي قبل مجييء زمان السكنى.

لكنه بعيد: بل لا وجه له، لكن حيث ان له خيار تبعض الصفقة بالنسبة الى ما مضى فيقدر على حلّ اصل العقد فيسترجع جميع المسماة (فلا وجه لحاشية بعضهم بأن سبب الخيار هنا حادث).

امكن الانتفاع: اي الذي استأجرها له و ان لم يذكر شيء فالانتفاع المعتد به.

و يقوى هنا: لو فسخ من الأصل، و يمكن له الفسخ في بعض المدة ايضا فيرجع من المسمى بالنسبة.

خيار تبعض الصفقة: من الأصل أو الحين، و يختلف حكم الاجرة مثلا و مسمّى بذلك.

بحيث لم يفت: و لم يكن للغائب مالية و جهة تختلف بها الرغبات و إلاّ فالحق مع الثانيين.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۴

المسألة ۱۰: إذا امتنع الموجر من تسليم العين المستأجرة يجبر عليه، و إن لم يمكن إجباره للمستأجر فسخ الاجارة و الرجوع بالاجرة، و له الابقاء و مطالبة عوض المنفعة الفائتة، و كذا إن أخذها منه بعد التسليم بلا فصل، أو في أثناء المدّة و مع الفسخ في الأثناء يرجع بما يقابل المتخلّف من الاجرة، و يحتمل قويّا رجوع تمام الاجرة و دفع اجرة المثل لما مضى، كما مرّ نظيره سابقا، لأنّ مقتضى فسخ العقد عود تمام كلّ من العوضين إلى مالكهما الأوّل، لكن هذا الاحتمال خلاف فتوى المشهور.

المسألة ۱۱: إذا منعه ظالم عن الانتفاع بالعين قبل القبض تخيّر بين الفسخ و الرجوع بالاجرة، و بين الرجوع على الظالم

بعوض ما فات، و يحتمل قويّا تعيّن الثاني و إن كان منع الظالم أو غصبه بعد القبض يتعيّن الوجه الثاني فليس له الفسخ حينئذ، سواء كان بعد القبض في ابتداء المدّة أو في أثنائها، ثمّ لو أعاد الظالم العين المستأجرة في أثناء المدّة إلى المستأجر فالخيار باق، لكن ليس له الفسخ إلاّ في الجميع، و ربما يحتمل جواز الفسخ بالنسبة إلى ما مضى من المدّة في يد الغاصب، و الرجوع بقسطه من المسمّى و استيفاء باقي المنفعة و هو ضعيف للزوم التبعيض في العقد و إن كان يشكل الفرق بينه و بين ما ذكر من مذهب المشهور من إبقاء العقد فيما مضى و فسخه فيما بقي، إذ إشكال تبعيض العقد مشترك بينهما.

المسألة ١٢: لو حدث للمستأجر عذر في الاستيفاء كما لو استأجر دابّة لتحمله إلى بلد فمرض المستأجر و لم يقدر فالظاهر البطلان إن اشترط المباشرة على وجه القيديّة، و كذا لو حصل له عذر آخر، و يحتمل عدم البطلان نعم لو كان هناك عذر عامّ بطلت قطعا لعدم قابليّة العين للاستيفاء حينئذ.

المسألة ١٠: و يحتمل قويا: ان فسخ من الأصل، و له ان يفسخ من حينه بالنسبة الى الباقي فقط.

المسألة ١١: و يحتمل قويا: و هو الاقوى فيما توجه منع الظالم الى المستأجر في انتفاعه لا الى الموجر في تسليمه.

و هو ضعيف: بل قوي، و لا مانع من البعض كما مرّ (وفاقا للگلپايگاني (قدّس سرّه) لإنحلال العقد بحسب الازمان ايضا، و لا وجه لإشكال النجفي في ذلك).

المسألة ١٢: يحتمل عدم البطلان: و هو الأظهر إلاّ اذا رجع الى نوع من الاشتراط أي ان امكنني الانتفاع شخصا، فيبطل لعدم القابلية للانتفاع حينئذ، و قيل:

ذلك للتعليق. خلافا للخونساري و السيد عبد الهادي (قدّس سرّهما) نظرا الى انه كمسألة قلع الضرس فزال الألم و قد مرّ ما فيه ايضا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۵

المسألة ١٣: التلف السماويّ للعين المستأجرة أو لمحلّ العمل موجب للبطلان، و منه إتلاف الحيوانات، و إتلاف المستأجر بمنزلة القبض و إتلاف الموجر موجب للتخيير بين ضمانه و الفسخ، و إتلاف الأجنبيّ موجب لضمانه و العذر العامّ بمنزلة التلف و أمّا العذر الخاصّ بالمستأجر كما إذا استأجر دابّة لركوبه بنفسه فمرض. و لم يقدر على المسافرة، أو رجلا لقلع سنّه فزال ألمه أو نحو ذات ففيه إشكال، و لا يبعد أن يقال: إنّه يوجب البطلان إذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصحّ معه العقد.

المسألة ١٤: إذا آجرت الزوجة نفسها بدون إذن الزوج فيما ينافي حقّ الاستمتاع وقفت على إجازة الزوج، بخلاف ما إذا لم يكن منافيا فإنّها صحيحة، و إذا اتّفق إرادة الزوج للاستمتاع كشف عن فسادها.

المسألة ١٣: اتلاف الحيوانات: ان لم يستند الى صاحبها بالتقصير و إلاّ فهو المتلف و له حكمه، ثم الظاهر ثبوت الخيار في الصورة الاولى ايضا فانها من هذه الجهة كإتلاف الاجنبي.

موجب لضمانه: العين للمالك و المنفعة للمستأجر ان كان الاتلاف بعد القبض، و أما قبل القبض فالمستأجر يتخير بين الابقاء و الرجوع الى الاجنبي و بين الفسخ و الرجوع الى المالك في المسماة لتخلف شرط التسليم الارتكازي في

العقد، ثم الظاهر ان اتلاف الاجنبي لمحل العمل كاتلافه ثوب المالك الموجود عند الخياط للخياطة لا يوجب ضمان مورد الاجارة أي الخياطة، غاية الأمر انه اعدم الموضوع فهو ضامن لمالك الثوب فقط. (و اعتقد الاستاذ البطلان في جميع صور التلف و الاتلاف، و الظاهر عدم صحته اذ له الخيار ظاهرا في الاتلاف من الاجنبي و الموجر، و أما عدم ضمانه للمنفعة عند اعدامه لمحل العمل ايضا فهو على القاعدة لعدم صدق الاتلاف بالنسبة الى المنافع و لا يصدق جهة اخرى ايضا).

و لا يبعد ان يقال: لكن انطباقه على مثل قلع الضرس محل تأمل لصحة الاجارة عليه و لو بلا الم لداع من الدواعي كالتبديل بالمصنوع الافضل على رأيه بل و لو بغير داع عقلائي لعدم دليل على بطلان المعاملة السفهية بل الدليل على بطلان معاملة السفيه لا السفهية و لو من شخص غير سفيه، إلّا ان يفرض مورد يكون القلع حراما. و أما استيجار الدابة لركوبه بنفسه فهو صحيح و ان مرض بعدا، إلّا ان يكون بالتقييد، و أما مع المرض قبلا فلعله لا يتمشى الانشاء حينئذ اصلا.

المسألة ١٤: ارادة الزوج: بناء على كون حق الاستمتاع بإرادة الزوج بلا تقيد،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۶

المسألة ١٥: قد ذكر سابقا أنّ كلا من الموجر و المستأجر يملك ما انتقل إليه بالاجارة بنفس العقد، و لكن لا يجب تسليم أحدهما إلّا بتسلّم الآخر، و تسليم المنفعة بتسليم العين، و تسليم الاجرة بإقباضها إلّا إذا كانت منفعة أيضا فبتسليم العين التي تستوفى منها، و لا يجب على واحد منهما الابتداء بالتسليم، و لو تعاسرا أجبرهما الحاكم، و لو كان أحدهما باذلا دون الآخر و لم يمكن جبره كان للأوّل الحبس إلى أن يسلّم الآخر، هذا كلّه إذا لم يشترط في العقد تأجيل التسليم في أحدهما، و إلّا كان هو المتّبع، هذا، و أمّا تسليم العمل فإن كان مثل الصلاة و الصوم و الحجّ و الزيارة و نحوها فبإتمامه، فقبله لا يستحقّ الموجر المطالبة و بعده لا يجوز للمستأجر المماطلة إلّا أن يكون هناك شرط أو عادة في تقديم الاجرة فيتّبع، و إلّا فلا يستحقّ، حتّى لو لم يمكن له العمل إلّا بعد أخذ الاجرة، كما في حجّ الاستيجاريّ إذا كان الموجر معسرا، و كذا في مثل بناء جدار داره أو حفر بئر في داره أو نحو ذلك، فإنّ إتمام العمل تسليم، و لا يحتاج إلى شيء آخر، و أمّا في مثل الثوب الذي أعطاه ليخيطه أو الكتاب الّذي يكتبه أو نحو ذلك ممّا كان العمل في شيء بيد الموجر فهل يكفي إتمامه في التسليم، فبمجرّد الاتمام يستحقّ المطالبة، أو لا إلّا بعد تسليم مورد العمل فقبل أن يسلّم الثوب مثلا لا يستحقّ مطالبة الاجرة؟

قولان، أقواهما الأوّل لأنّ المستأجر عليه نفس العمل، و المفروض أنّه قد حصل، لا الصفة الحادثة في الثوب

بخلاف ما لو قلنا بأنه على العادة لا ازيد منها، كما انه لو قلنا بأن حقه ليس منوطا بإرادته بل الارادة انما هي في استفادته و ان اصل الحق مطلق، و حينئذ فليس للزوجة تمليك زمان الحق للغير و لو لم يعلم الزوج.

المسألة ١٥: الموجر المطالبة: يمكن ان يقال: اذا كان العمل تدريجيا فبأزاء كل جزء من العمل يستحق جزء من الاجرة إلّا اذا عدّ ارتباطيا كصلاة واحدة بخلاف صلاة استيجار سنة، أو كان شرط ضمني أو ارتكازي مبني عليه العقد.

أو نحو ذلك: مما يكون مورد العمل تحت استيلاء المستأجر، و يجري فيه ما ذكرنا آنفا.

اقواهما الاول: بل الثاني، فانه و ان كان المستأجر عليه نفس العمل لكن لا بد من تسليم العمل و هو انما يحصل

بتسليم العين كما ليس الملاك ما ذكره بعض الاعاظم (قدّس سرّهم) من ان المالية للوصف اي المخيطية فجعل ذلك ملاكا للزوم تسليم العين في استحقاق الاجرة اذ نسلّم ان الوصف ايضا يقابل بالمال خلافا لما اشتهر لكن مورد الاجارة هو العمل و ملاك الحكم ما ذكرنا (و بعض الاعاظم هو النائيني و خالفه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۷

مثلا و هي المخيطيّة حتّى يقال: إنّها في الثوب، و تسليمها بتسليمه، و على ما ذكرنا فلو تلف الثوب مثلا بعد تمام الخياطة في يد الموجر بلا ضمان يستحقّ أجرة العمل، بخلافه على القول الآخر، و لو تلف مع ضمانه أو أتلفه وجب عليه قيمته مع وصف المخيطيّة، لا قيمته قبلها، و له الاجرة المسمّاة، بخلافه على القول الآخر، فإنه لا يستحقّ الاجرة، و عليه قيمته غير مخيط و أمّا احتمال عدم استحقاقه الاجرة مع ضمانه القيمة مع الوصف فبعيد، و إن كان له وجه، و كذا يتفرّع على ما ذكر أنّه لا يجوز حبس العين بعد إتمام العمل إلى أن يستوفى الاجرة، فإنّها بيده أمانة، إذ ليست هي و لا الصفة التي فيها موردا للمعاوضة، فلو حبسها ضمن بخلافه على القول الآخر.

الخوئي في مالية الوصف، و قال بأنه يوجب اختلاف الرغبات لكن المال بأزاء العين لا الوصف، و أما ما قاله الخوئي من ان الوصف لو كان مقابلا بالمال لاستلزم الاشتراك في قيمة العين لو اكره شخص على ايجاد وصف في عين، ففيه: ان عدم الاشتراك لأجل ان الوصف الموجد في عين الغير حيث ان الوصف بلا اضافة الى العين لا معنى له، لا يمكن تعيين القيمة بأزائه و التفكيك. و إلاّ فراجع السوق و اشتر الفرش أو السيارة فترى ان اكثر القيمة بأزاء وصف كونه من البلد الفلاني او العامل الفلاني فتأمل. و هذا بخلاف ما لو كان الوصف و العين لمالك واحد).

بخلافه على القول الآخر: بل عليه ايضا، اذ العين حينئذ عنده امانة و لا وجه لضمانه اذا لم يكن افراط أو تفريط. و لا يمكن تطبيق قانون التلف قبل القبض على ذلك اذ مورد الاجارة هو العمل و قد تم فالعين امانة فقط مع ما في تعميم دليل التلف قبل القبض لغير البيع.

مع وصف المخيطية: لكون العين الموصوفة بهذا الوصف امانة مضمونة أو متلفة و الاجارة صحيحة فله الاجرة المسماة.

فانه لا يستحق الاجرة: بل يستحق لأن كون تسليمه بتسليم العين غير كون العين مورد الاجارة فان موردها العمل و قد تم فهو يستحق المسماة و العين الموصوفة مضمونة حينئذ مع وصفها.

و كذا يتفرع: لكن العين و ان كانت امانة، مرتبطة بالوصف و اذا سلّمها فقد سلّم الوصف مع انه له المنع حتى يتسلم الاجرة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۸

المسألة ١٦: إذا تبيّن بطلان الاجارة رجعت الاجرة إلى المستأجر و استحقّ الموجر اجرة المثل بمقدار ما استوفاه المستأجر من المنفعة، أو فاتت تحت يده إذا كان جاهلا بالبطلان، خصوصا مع علم المستأجر، و أمّا إذا كان عالما فيشكل ضمان المستأجر، خصوصا إذا كان جاهلا لأنّه بتسليمه العين إليه قد هتك حرمة ماله خصوصا إذا كان البطلان من جهة جعل الاجرة مالا يتموّل شرعا أو عرفا، أو إذا كان أجرة بلا عوض، و دعوى أنّ إقدامه و إذنه في الاستيفاء إنّما

هو بعنوان الاجارة، و المفروض عدم تحقّقها فإذنه مقيّد بما لم يتحقّق مدفوعة بأنه إن كان المراد كونه مقيّدا بالتحقّق شرعا فممنوع، إذ مع فرض العلم بعدم الصحّة شرعا لا يعقل قصد تحقّقه إلاّ على وجه التشريع المعلوم عدمه، و إن كان المراد تقيّده بتحقّقها الانشائيّة فهو حاصل، و من هنا يظهر حال الاجرة أيضا، فإنّها لو تلفت في يد الموجر يضمن عوضها إلاّ إذا كان المستأجر عالما ببطلان الاجارة، و مع ذلك دفعها إليه، نعم إذا كانت موجودة له أن يستردها، هذا، و كذا في الاجارة على الأعمال إذا كانت باطلة يستحقّ العامل اجرة المثل لعمله دون المسمّاة إذا كان جاهلا بالبطلان، و أمّا إذا كان عالما فيكون هو المتبرّع بعمله، سواء كان بأمر من المستأجر أو لا، فيجب عليه ردّ الاجرة المسمّاة أو عوضها، و لا يستحقّ اجرة المثل، و إذا كان المستأجر أيضا عالما فليس له مطالبة الاجرة مع تلفها و لو مع عدم العمل من الموجر.

المسألة ١٦: فيشكل: بل لا اشكال في الضمان و لا اثر للعلم و الجهل في ذلك و لا هتك لحرمة المال في هذه المعاملات المبنية على سيرة العرف و ان كانت باطلة شرعا إلاّ في مثل الاجارة بلا اجرة فان الموجر اقدم حينئذ على المجانية. كما لا اثر لما لا يكون مالا شرعا أو عرفا ايضا اذ الملكية بل الحقّية كافية في عدم الهتك، و أما تقيد الاذن فهو ليس بالمعاملة الشرعية و لا الانشائية المحضة بل العرفية و كذلك حال الاجارة في الاعمال في اجرة المثل على المثل و في استرداد المسماة. (فالضمان ثابت بالاتلاف المعلوم من الشرع بالقاعدة المصطادة– «من اتلف ...» الخ– و باليد المعلوم من العقلاء الممضى شرعا بعدم الردع و لو لم يثبت حديث على اليد. و أما احتمال كون المعاملة على غير المال سفهية، ففيه عدم دليل على بطلانها على ما مرّ من بطلان معاملة السفيه و حجره لا المعاملة السفهية و لو من العاقل مع عدم تسلم كونها سفهية لإمكان وجود داع عقلائي كاشتراء خط ابيه و لو لم يرغب فيه احد غيره).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۷۹

المسألة ١٧: يجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه و صلحه و هبته، و لكن لا يجوز تسليمه إلاّ بإذن الشريك إذا كان مشتركا، نعم إذا كان المستأجر جاهلا بكونه مشتركا كان له خيار الفسخ للشركة، و ذلك كما إذا آجره داره فتبيّن أنّ نصفها للغير و لم يجز ذلك الغير فإنّ له خيار الشركة بل و خيار التبعّض، و لو آجره نصف الدار مشاعا و كان المستأجر معتقدا أن تمام الدار له فيكون شريكا معه في منفعتها فتبيّن أنّ النصف الآخر مال الغير فالشركة مع ذلك الغير، ففي ثبوت الخيار له حينئذ وجهان، لا يبعد ذلك إذا كان في الشركة مع ذلك الغير منقصة له.

المسألة ١٨: لا بأس باستيجار اثنين دارا على الاشاعة ثمّ يقتسمان مساكنها بالتراضي أو بالقرعة، و كذا يجوز استيجار اثنين دابّة للركوب على التناوب، ثمّ يتّفقان على قرار بينهما بالتعيين بفرسخ فرسخ أو غير ذلك، و إذا اختلفا في المبتدي يرجعان إلى القرعة، و كذا يجوز استيجار اثنين دابّة مثلا لا على وجه الاشاعة بل نوبا معيّنة بالمدّة أو بالفراسخ، و كذا يجوز إجارة اثنين نفسهما على عمل معيّن على وجه الشركة كحمل شيء معيّن لا يمكن إلاّ بالمتعدّد.

المسألة ١٩: لا يشترط اتّصال مدّة الاجارة بالعقد على الأقوى، فيجوز أن يوجره داره شهرا متأخّرا عن العقد بشهر أو سنة، سواء كانت مستأجرة في ذلك الشهر الفاصل أو لا، و دعوى البطلان من جهة عدم القدرة على التسليم كما ترى، إذ التسليم لازم في زمان الاستحقاق لا قبله، هذا، و لو آجره داره شهرا و أطلق انصرف إلى الاتّصال بالعقد، نعم لو لم

يكن انصراف بطل.

(٤- فصل)

العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعيّبها إلاّ بالتعدّي أو التفريط، و لو شرط الموجر عليه ضمانها بدونها فالمشهور عدم الصحّة لكنّ الأقوى صحّته و أولى بالصحّة إذا اشترط عليه

المسألة ١٧: لا يجوز تسليمه: تكليفا فاذا عصى و سلمه ترتب اثره عليه.

منقصة له: بحيث عدت العين معيوبة ككون الشريك معروفا بالفساد.

المسألة ١٩: انصرف: لو لم تكن قرينة خاصة كما اذا كانت تحت اجارة الغير و علمها المستأجر، كما ان البطلان عند عدم الانصراف ايضا ممنوع اذا لم يكن غرر نظير قطع تذاكر الطائرات و السيارات مفتوح التاريخ فيتعين الزمان بعدا.

(فصل ٤)

لكن الاقوى صحته: فيه اشكال بل منع، نعم يصح شرط التدارك أي شرط

المعلقات على العروة الوثقى، ج٤، ص ٢٨٠

أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب، لا بعنوان الضمان، و الظاهر عدم الفرق في عدم الضمان مع عدم الأمرين بين أن يكون التلف في أثناء المدّة أو بعدها إذا لم يحصل منه منع للموجر عن عين ماله إذا طلبها، بل خلّي بينه و بينها و لم يتصرّف بعد ذلك فيها، ثمّ هذا إذا كانت الاجارة صحيحة، و أمّا إذا كانت باطلة ففي ضمانها وجهان، أقواهما العدم خصوصا إذا كان الموجر عالما بالبطلان حين الاقباض دون المستأجر.

الفعل لا النتيجة. (و ان قلنا سابقا بالصحة. وفاقا لبعض المتأخرين، و أشدّ ما اورد على الصحة ما نقله الخوئي و اعتقده من ان الضمان و عدمه حكم شرعي ليس باختيار المكلف و بيده حتى يتعهده إلاّ فيما استصوبه الشارع كالعارية المضمونة و ليس في الاجارة فهو كشرط الارث ليس بيد المكلف، و فيه: انه يشترط تعهده للتدارك لا تعهد الشارع و لا الحكم الشرعي بل تعهده الشخصي فيتحقق الشرط فيشمله عموم ادلة الشروط و يحصل الحكم الشرعي ايضا فما هو إلاّ كايجاد البيع في بعت مع ان البيع الشرعي بيد الشارع كما انه ليس خلافا لمقتضى العقد ايضا بل خلافا لحكم الشارع على العقد على فرضه و ليس ايضا خلافا لحكم الشرع حتى يكون محرما أو محللا لأن حكم الشارع على الطبيعة لو خلّى و طبعها لا مطلقا بنحو لا يفترق عنها كما انه عند الدقة لا فرق بين الصورتين لأن اشتراط اداء مقدار من المال يرجع الى التعهد و الذمة و هو الضمان، إلاّ ان يقال: الضمان المراد هنا هو اشتغال الذمة ابتداء بالعقد و هو خلاف حكم الشرع المستكشف باطلاق الدليل، راجع روايات الباب ١٧ من احكام الاجارة و ١/ ٣٢ أحكام الاجارة و ٦/ ١ من العارية و نحوها فهو شرط خلاف ما انزل الله تعالى، و لا يمكن ان يقال: حكم عدم الضمان انما هو فيما لم يشترط الضمان لأن الشرط غير جائز لكونه خلاف الشرع، المستفاد ذلك من اطلاق الدليل فلا وجه للصحة إلاّ بإرجاع ذلك الى شرط تدارك الضرر الوارد على صاحب المال، و لا ريب في كون نظر العرف الى المال لا انه بنحو شرط الفعل أو النتيجة أي التدارك أو الضمان بمعنى اشتغال الذمة).

بل خلّى: بإعلام الموجر ذلك بحيث يصدق الردّ.

اقویهما العدم: لکن الظاهر الضمان في صورة الاشتراط و لو كانت الاجارة باطلة (عدم الضمان لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، كما ان تسليم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۱

المسألة ۱: العين التي للمستأجر بيد الموجر الذي آجر نفسه لعمل فيها كالثوب آجر نفسه ليخيطه أمانة فلا يضمن تلفها أو نقصها إلاّ بالتعدّي، أو التفريط، أو اشتراط ضمانها على حذو ما مرّ في العين المستأجرة و لو تلفت أو أتلفها الموجر أو الأجنبيّ قبل العمل أو في الاثناء بطلت الاجارة و رجعت الاجرة بتمامها أو بعضها إلى المستأجر، بل لو أتلفها مالكها المستأجر كذلك أيضا، نعم لو كانت الاجارة واقعة على منفعة الموجر بأن يملك منفعته الخياطيّ في يوم كذا يكون إتلافه لمتعلّق العمل بمنزلة استيفائه لأنّه باتلافه إيّاه فوّت على نفسه المنفعة، ففرق بين أن يكون العمل في ذمّته أو يكون منفعة الكذائيّة للمستأجر، ففي الصورة الاولى التلف قبل العمل موجب للبطلان و رجوع الأجرة إلى المستأجر و إن كان هو المتلف، و في الصورة الثانية إتلافه بمنزلة الاستيفاء و حيث إنّه مالك لمنفعة الموجر و قد فوّتها على نفسه فالاجرة ثابتة عليه.

الموجر و تسلم المستأجر كان بعنوان الامانة لا الاقدام على الضمان، و أما الضمان مع الاشتراط فلرفع الامانة، و الاقدام على الضمان).

المسألة ۱: أو اشتراط ضمانها: بنحو شرط الفعل لا النتيجة (على ما مرّ من صحة هذا النحو من الشرط بلا فرق بين المقام و ما قبله، و قد اشتهر بين جمع من المتأخرين الفرق بالصحة في المقام بنحو شرط النتيجة ايضا و كأنه لموثق موسى بن بكر ۵/ ۳۰ احكام الاجارة الوارد في صحة اشتراط ضمان النقص على ملاح لحمل طعام فان الطعام بيد الموجر حينئذ و قد حكم بصحة الاشتراط، و لذلك حكم الگلپايگاني (قدّس سرّه) بالضمان حينئذ مع اشكاله فيما سبق، و اجاب الخوئي (قدّس سرّه) بأن الضمان هنا لعله بمعنى اداء قدر من المال اي شرط الفعل لا ضمان الذمة أي شرط النتيجة. و هذا هو الصحيح لما مرّ من استكشاف اطلاق حكم الشرع بعدم ضمان صاحب البضاعة و المستأجر من اطلاق ادلة الباب، و الاطلاق دليل فالشرط بخلافه خلاف الشرع، و قد كنت سابقا اقول: الأدلة الاولية لا تتعرض للعناوين الثانوية و منها الشرط فلا تعرض لأدلة الباب لحال الشرط، لكن فيه: ان اطلاق ادلة الباب يدفع احتمال تأثير الشرط كما لا حكومة للشرط و دليله على الأدلة الأولية بخلاف مثل الحرج و الضرر).

أو اتلفها الموجر: مرّ التفصيل في المسألة الثالثة عشر و ان حكم اتلاف الموجر أو الاجنبي هو التخيير بين الفسخ و الابقاء و الرجوع الى المتلف، و أما اتلاف المستأجر فهو بمنزلة القبض.

هو المتلف: بل حينئذ بمنزلة القابض.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۲

المسألة ۲: المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء في القيميّات لا يوم التلف، و لا أعلى القيم على الأقوى.

المسألة ۲: لا اعلى القيم: لا يترك الاحتياط به لمن اراد التخلص، بل هو الأوجه سيما في المتعدى إلاّ في المقدار

المتسامح فيه عرفا (وفاقا للشهيد الثاني قضاء لكون المالية ايضا ممّا يكون تحت اليد تبعا للعين، و ايضا بناء العقلاء على ذلك فانّهم يقبحون من حبس مال الغير حتى نفدت القيمة تلفت العين أو لم تتلف، و الظاهر عدم ملائمة نفي اعلى القيم هنا مع قول من يضمن تلف المالية و ان لم يقولوا في نقص المالية لكن اللازم القول به ايضا، و كذا يقبحون عند تلف العين و يقول صاحبه لو كان عندي استفدت كذا و كذا من العين، و أما صحيح ابي ولاد فالظاهر ان يوم خالفته قيد البغل، و مراد الحديث نفي الهزال الحاصل بعد عطب البغل و يصح تقييد الذات بالزمان خلافا للخوئي و بعض آخر، عند عروض هذه الاحوال، اي يلزمك قيمة بغل صحيح سمن كما كان قبل شروع المخالفة. و لا نظر في الحديث الى القيمة السوقية مع بعد التفاوت السوقي بخمسة عشر يوم في تلك الازمان، و قد احتاط السيد جمال و الاصطهباناتي ايضا، و يبعد ايضا كون يوم قيدا للقيمة أي قيمة البغل يوم المخالفة، قاله الخوئي اذ السؤال عن الضمان بعد التلف فبعيد كون ضمان القيمة قبل التلف جوابا عنه. كما ان كون الملاك قيمة يوم التلف، و قد افتى به غير واحد كالگلپايگاني و الاستاذ سابقا مستدلا بأن الحديث مجمل المراد، و أما على اليد فلا معنى لكون العين الشخصية على العهدة فمعنى التعهد و الضمان حينئذ كون الخسارة عليه اذا تلفت ايضا خلاف ظاهر على اليد الدال على التعهد للعين و هذا غير معنى الذمة فالعين مورد العهدة و يتبعها القيمة.

و أما يوم الاداء المقبول عند صاحب العروة و الاستاذ و البروجردي و ... نظرا الى كون العين في العهدة فما لم يؤد فهو مطالب به، و نظرا الى ابهام صحيحة ابي ولاد ففيه: اما الصحيحة فمعلوم المراد على ما مر، و أما على اليد فقد مرّ أن المالية ايضا تتبع العين تكون تحت اليد. ان قلت: فكيف لا تفتي بذلك في الخمس؟ قلت:

فان الموضوع فيه «ما افاد» و هو لا يصدق بصرف القيمة السوقية فانه الفائدة التقديرية و ان كانت مالية بالفعل، ان قلت: السيرة العملية على عدم ضمان القيمة السوقية

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۳

المسألة ٣: إذا أتلف الثوب بعد الخياطة ضمن قيمته مخيطا و استحقّ الأجرة المسمّاة، و كذا لو حمل متاعا إلى مكان معيّن ثمّ تلف مضمونا أو أتلفه فإنّه يضمن قيمته في ذلك المكان، لا أن يكون المالك مخيّرا بين تضمينه غير مخيط بلا اجرة أو مخيطا مع الاجرة و كذا لا أن يكون في المتاع مخيّرا بين قيمته غير محمول في مكانه الأوّل بلا اجرة أو في ذلك المكان مع الاجرة كما قد يقال.

المسألة ٤: إذا أفسد الأجير للخياطة أو القصارة أو التفصيل الثوب ضمن، و كذا الحجّام إذا جنى في حجامته، أو الختّان في ختانه، و كذا الكحّال و البيطار و كلّ من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده يكون ضامنا إذا تجاوز عن الحدّ المأذون فيه، و إن كان بغير قصده، لعموم من أتلف، و للصحيح عن أبي عبد اللّه عليه السّلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه، فقال عليه السّلام: كلّ عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن، بل ظاهر المشهور ضمانه و إن لم يتجاوز عن الحدّ المأذون فيه، و لكنّه مشكل فلو مات الولد بسبب الختان مع كون الختّان حاذقا من غير أن يتعدّى عن محلّ القطع بأن كان أصل الختان مضرّا به في ضمانه إشكال.

المسألة ٥: الطبيب المباشر للعلاج إذا أفسد ضامن، و إن كان حاذقا، و أمّا إذا لم يكن مباشرا بل كان آمرا ففي ضمانه إشكال، إلاّ أن يكون سببا و كان أقوى من المباشر و أشكل منه إذا كان واصفا للدواء

كما نرى في المعاملات الرائجة بين الناس كما في ابواب المهور و القروض و الضمانات، قلت: ذلك في المقدار المتسامح فيه عرفا و أما غير المتسامح فيه كما في شرائط التورم الاقتصادي فلا نسلم سيرة. هذا مع ان المقام ان كان جهة الضمان تعدي المستأجر يكون من مصاديق الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال، بناء على عدم اختصاصه بحالة الأخذ، و شموله للمأخوذ ايضا. فتدبره جيدا).

المسألة ٤: مشكل: بل عدم الضمان اقوى إلاّ فيما كان الاذن مقيدا بالاصلاح اعتمادا على حذاقة المستأجر و لعلّه المتعارف اليوم.

اشكال: ان كان وظيفته الختان فقط و لا بصيرة له بالاضرار فلا ضمان سيما مع معرفة المختون بالحال و تسليمه نفسه جامعا لشرائط التكليف و في المختون الصغير الضمان حينئذ على مسلّمه الى الخاتن، كالوالد مثلا لعدم الولاية على مثل ذلك، و أما ان كان الخاتن بصيرا بالحال و قد اعتمد على حذاقته المختون فهو ضامن ان لم يتبرّء. (لقانون الأقوائية، و لإطلاق مثل صحيح الحلبي ۱۹/ ۲۹ احكام الاجارة، المذكور في المتن).

المسألة ٥: اشكال: الأظهر هو الضمان في جميع موارد الطبابة المتعارفة (لحديث

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۴

من دون أن يكون آمرا، كأن يقول: إنّ دواءك كذا و كذا، بل الأقوى فيه عدم الضمان و إن قال: الدواء الفلانيّ نافع للمرض الفلانيّ، فلا ينبغي الاشكال في عدم ضمانه، فلا وجه لما عن بعضهم من التأمّل فيه، و كذا لو قال: لو كنت مريضا بمثل هذا المرض لشربت الدواء الفلانيّ.

المسألة ٦: إذا تبرّأ الطبيب من الضمان و قبل المريض أو وليّه و لم يقصّر في الاجتهاد و الاحتياط برأ على الأقوى.

المسألة ٧: إذا عثر الحمّال فسقط ما كان على رأسه أو ظهره مثلا ضمن لقاعدة الإتلاف.

السكوني ۱/ ۲٤ موجبات الضمان: «من تطبب أو تبيطر فليأخذ البرائة من وليّه و إلاّ فهو ضامن» و الحديث معبر لنصّ الشيخ على وثاقة السكوني في العدة و عمل الطائفة بروايات النوفلي عن السكوني مع صدق قاعدة من اتلف، و شمول حديث الحلبي ۱۹/ ۲۹ الاجارة: «... كل عامل اعطيته اجرا على ان يصلح فأفسد فهو ضامن» و حمل خبر السكوني على مورد المباشرة حمل على النادر بل هو عامل ايضا و يشمله حديث الحلبي و ان لم يكن مباشرا، و لا يلزم المباشرة في الاسناد).

المسألة ٦: برء: و كذا الجرّاح (لحديث السكوني الماضي، و هو دليل على امكان اسقاط ما لم يجب و معناه ايجاد مانع الثبوت و هو شامل لمورد القتل ايضا و لا اقل من دلالة ترك التفصيل مع معرضية ذلك مع انه لا طريق بغير ذلك، فإنه إمّا ان لا يطبّب أو يجرّح هذا المريض، أو يعمل بلا برائة و يكون العامل ضامنا أو ثالث و هو عدم الضمان مع البرائة ...).

المسألة ۷: ضمن: ان كان العثور عن تقصير و إلاّ فلا ضمان و هو بالتلف اشبه (وفاقا لغير واحد و يؤيده ما ورد في الصحاح في الساقط على آخر فمات، في عدم ضمان الساقط. فلا قصاص و لا ديّة، و أما ۱۱/ ۳۰ الاجارة رواية داود بن سرحان:

«في رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب انسانا فمات أو انكسر منه شيء فهو ضامن»، و السند لا بأس به بحسب نقل

الوسائل في الاجارة لا ابواب موجبات الضمان ج ۱۹ ص ۱۸۲، فانه مشتمل على سهل بن زياد و قد قيل فيه شيء. لكن الظاهر ان ضمير انكسر يرجع الى الانسان لا المتاع فلا يرتبط بالبحث. و يؤيد عدم الضمان ايضا ۱۱/ ۳۹ الاجارة في استيجار حمال ... قال: «... ان كان مأمونا فليس عليه شيء». و يشهد لرجوع ضمير حديث ابن سرحان الى الشخص لا المتاع انه لم يفرض في الحديث كون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۵

المسألة ۸: إذا قال للخيّاط مثلا: إن كان هذا يكفيني قميصا فاقطعه، فقطعه فلم يكف ضمن في وجه، و مثله لو قال: هل يكفي قميصا؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه فلم يكفه، و ربما يفرّق بينهما فيحكم بالضمان في الأوّل دون الثاني بدعوى عدم الاذن في الأوّل دون الثاني و فيه أنّ في الأوّل أيضا الاذن حاصل، و ربما يقال بعدم الضمان فيهما للاذن فيهما، و فيه أنّه مقيّد بالكفاية، إلاّ أن يقال: إنّه مقيّد باعتقاد الكفاية و هو حاصل، و الأولى الفرق بين الموارد و الاشخاص بحسب صدق الغرور و عدمه أو تقيّد الاذن و عدمه، و الأحوط مراعاة الاحتياط.

المسألة ۹: إذا آجر عبده لعمل فأفسد ففي كون الضمان عليه أو على العبد يتبع به بعد عتقه أو في كسبه إذا كان من غير تفريط، و في ذمّته يتبع به بعد العتق إذا كان بتفريط، أو في كسبه مطلقا وجوه و أقوال. أقواها الأخير للنصّ الصحيح، هذا في غير الجناية على نفس أو طرف، و إلاّ فيتعلّق برقبته، و للمولى فداؤه بأقلّ الأمرين من الأرش و القيمة.

الرجل حمالا لمتاع غيره، فلعل المتاع له نفسه و لا وجه حينئذ للضمان).

المسألة ۸: و ربما يفرق: الضمان في الصورتين لا يخلو عن قوة (لتقيد الاذن في الصورتين، و فرق العبارة ليس بفارق بعد وضوح المراد، و أما التمسك بقاعدة الغرور ففيه كلام، فقد يردّ بعدم الدليل على اطلاقها فهل يحكم بضمان الخياط اذا اخبر بالكفاية فقطع المالك لا الخياط؟ أو بضمان المخبر برقاء القيمة في البلد الفلاني فأرسل متاعه الى ذلك البلد فتضرّر؟! قاله الخوئي (قدّس سرّه) و تأمل البروجردي و الگلپايگاني (قدس سرهما) لكن الأظهر انها قاعدة عقلائية و سيأتي الكلام عليها و على هذه النقوض).

المسألة ۹: اقواها الأخير: بل الاول للنصّ الحسن، و أما الصحيح فلا دلالة فيه على تحقق الاستيجار من المولى أو باذنه (فلعله استأجر المملوك بلا اذن المولى ايضا و لعله لم يكن يعلم انه مملوك و لم يحكم المعصوم عليه السّلام بسعي العبد في اوقات خدمته للمولى، فلعل المولى يتركه ساعات في اليوم و الليلة، و كلمة يستسعى ظاهرة في اعضال العمل، و بذلك يظهر ان حمل الصحيح على استهلاك مال آخر و الحسن على تضييع مورد الاستيجار كما حمل الخوئي و البروجردي و الگلپايگاني ايضا بلا وجه، كما ان قول الاستاذ: الصحيح في غير ما نحن فيه أو تقيد بالحسن ايضا غير صحيح، بل التفاوت ظاهرا في المستأجر منه، فقد ذكر في الحسن ۱/ ۱۲ ابواب موجبات الضمان:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۶

المسألة ۱۰: إذا آجر دابّة لحمل متاع فعثرت و تلف أو نقص لا ضمان على صاحبها إلاّ إذا كان هو السبب بنخص أو ضرب.

المسألة ۱۱: إذا استأجر سفينة أو دابّة لحمل متاع فنقص أو سرق لم يضمن صاحبها، نعم لو اشترط عليه الضمان صحّ

لعموم دليل الشرط و للنصّ.
المسألة ١٢: إذا حمل الدابّة المستأجرة أزيد من المشترط أو المقدار المتعارف مع الاطلاق ضمن تلفها أو عوارها، و الظاهر ثبوت اجرة المثل لا المسمّى مع عدم التلف، لأنّ العقد لم يقع على هذا المقدار من الحمل، نعم لو لم يكن ذلك على وجه التقييد ثبت عليه المسمّاة و اجرة المثل بالنسبة إلى الزيادة.
المسألة ١٣: إذا اكترى دابّة فسار عليها زيادة عن المشترط ضمن، و الظاهر ثبوت الاجرة المسمّاة بالنسبة إلى المقدار المشترط و اجرة المثل بالنسبة إلى الزائد.

فاستأجره منه ... الخ، و في الصحيح ٣/ ١١. احكام الاجارة: «في رجل استأجر مملوكا»، و الظاهر ان طرف الاستيجار هو المملوك، و على فرض اطلاق الأخير فيقيد بالأول بجهة الاذن لا بجهة مال المستأجر عليه و المال الاخر لعدم دليل أيّ دليل على ذلك ففي الأول ضيّع شيئا، و في الثاني يستهلك مالا، و لا فرق بين التعبيرين).
و للمولى فدائه: هذا في الخطأ، و أما في العمد فلا اختيار للمولى بل الخيرة بيد ولي المقتول أو المجني عليه من القصاص أو الاسترقاق في القتل، و الاسترقاق في الجناية ان كانت مستوعبة لقيمة العبد و إلاّ فيتوقف على التراضي فان اعطاه الدية فهو و إلاّ فيسترقه بمقدار استحقاقه فيصير مشتركا بين المولى و المجني عليه حينئذ، و كيف كان فلا يضمن المولى جنايته (فان العبد لا يغرم اهله وراء نفسه شيئا كما في صحيح محمد بن قيس بحسب نقل الصدوق راجع ٢/ ١٠ دية النفس من الوسائل. و في رواية ابن مسكان ٦/ ٤١ قصاص النفس: «... فلا شيء على مواليه»).
المسألة ١١: نعم لو اشترط: على ما مرّ من شرط الفعل لا النتيجة بل عليها ايضا اذا اريد النقل أي كون ما على نفسه على الغير لإمكان تحقق النقل المالي بأيّ لفظ مناسب و منه الاشتراط. فراجع سيرة العقلاء و سيأتي في المسألة الاولى من الخاتمة.
المسألة ١٢: اجرة المثل: الظاهر ان حكمه عند التقييد حكم المتباينين على ما يأتي. ثم التقييد بعدم التلف لا وجه له اذا فرض امكان استيفاء المنفعة المستأجر عليها.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۷

المسألة ١٤: يجوز لمن استأجر دابّة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف، أو يكبحها باللجام أو نحو ذلك على المتعارف إلاّ مع منع المالك من ذلك أو كونه معها، و كان المتعارف سوقه هو، و لو تعدّى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها، أمّا في صورة الجواز ففي ضمانه مع عدم التعدّي إشكال، بل الأقوى العدم لأنّه مأذون فيه.
المسألة ١٥: إذا استوجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن إلاّ مع التقصير في الحفظ، و لو لغلبة النوم عليه، أو مع اشتراط الضمان و هل يستحقّ الاجرة مع السرقة؟ الظاهر لا، لعدم حصول العمل المستأجر عليه إلاّ أن يكون متعلّق الاجارة الجلوس عنده و كان الغرض هو الحفظ لا أن يكون هو المستأجر عليه.
المسألة ١٦: صاحب الحمّام لا يضمن الثياب إلاّ إذا اودع و فرط أو تعدّى، و حينئذ يشكل صحّة اشتراط الضمان أيضا لأنّه أمين محض فإنّه انّما أخذ الاجرة على الحمّام و لم يأخذ على الثياب، نعم لو استوجر مع ذلك للحفظ أيضا ضمن مع التعدّي أو التفريط، و مع اشتراط الضمان أيضا، لأنّه حينئذ يأخذ الاجرة على الثياب أيضا فلا يكون أمينا محضا.

المسألة ١٤: منع المالك: أي في ضمن العقد و إلاّ فلا اثر للمنع عن المتعارف بعد العقد.

الاقوى العدم: في عدم ضمان الاتلاف يلزم الاذن و في التلف عدم التعدي و التفريط عن المأذون أو المتعارف.

المسألة ١٥: لغلبة النوم: اذا كانت مصداقا للتقصير كما اذا أمكنه الحفظ عن النوم (و الأصل في المسألة انه مؤتمن فلا ضمان إلاّ مع التعدي أو التفريط كما في ٣/ ٢٩ الاجارة، أو الاشتراط على ما مرّ).

الحارس: أو سائر الاعمال مع الاتيان بها.

المسألة ١٦: يشكل: لا اشكال على ما مر في اشتراط الضمان بمعنى الفعل أي تدارك مقدار من ماله. (و أما النص ٢ و ٣/ ٢٨ الاجارة: «لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لأنه انما اخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب». فالظاهر انه فيما لا تعهد حتى بنحو الوديعة بالنسبة الى الثياب كما في حمامات بعض القرى).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۸

(۵- فصل)

يكفي في صحّة الاجارة كون الموجر مالكا للمنفعة، أو وكيلا عن المالك لها، أو وليّا عليه، و إن كانت العين للغير كما إذا كانت مملوكة بالوصيّة أو بالصلح أو بالاجارة فيجوز للمستأجر أن يوجرها من الموجر أو من غيره، لكن في جواز تسليمه العين إلى المستأجر الثاني بدون إذن الموجر إشكال فلو استأجر دابّة للركوب أو لحمل المتاع مدّة معينة فآجرها في تلك المدّة أو في بعضها من آخر يجوز، و لكن لا يسلّمها إليه، بل يكون هو معها، و إن ركبها ذلك الآخر أو حملها متاعه فجواز الاجارة لا يلازم تسليم العين بيده، فإن سلّمها بدون إذن المالك ضمن، هذا إذا كانت الاجارة الاولى مطلقة، و أمّا إذا كانت مقيّدة كأن استأجر الدابّة لركوبه نفسه فلا يجوز إجارتها من آخر كما أنّه إذا اشترط الموجر عدم إجارتها من غيره أو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه كذلك أيضا، أي لا يجوز إجارتها من الغير نعم لو اشترط استيفاء المنفعة بنفسه و لم يشترط كونها لنفسه جاز أيضا إجارتها من الغير بشرط أن يكون هو المباشر للاستيفاء لذلك الغير، ثمّ لو خالف و آجر في هذه الصور ففي الصورة الاولى و هي ما إذا استأجر الدابّة لركوبه نفسه بطلت، لعدم كونه مالكا إلاّ ركوبه نفسه فيكون المستأجر الثاني ضامنا لأجرة المثل للمالك إن استوفى المنفعة و في الصورة الثانية و الثالثة في بطلان الاجارة و عدمه وجهان مبنيّان على أنّ

(فصل ۵)

اشكال: الجواز أظهر إلاّ اذا كان التسليم الى الثاني خلاف الأمانة كالتسليم الى الظالم و الهاتك و في مورد الجواز لا ضمان.

اجارتها من آخر: اذا كانت مزاحمة لركوبه نفسه و إلاّ فالاجارة صحيحة، و هذا كإجارة واجب النفقة العين المستأجرة الى من يجب نفقته عليه ليصرفه عليه أو يوجر الأجنبي فيتبرع بإسكان الموجر نفسه.

بطلت: يعني الفضولية و لكن قد مرت الصحة.

لاجرة المثل للمالك: بل للمستأجر الأول بتلف المنفعة تحت يده و ان لم يستوفها، نعم فيما استوفى ازيد مما وقع عليه الاجارة الاولى يكون ضامنا للمالك باجرة المثل للزائد.

(و الوجه واضح بعد عدم بطلان الاجارة الاولى و مالكية المستأجر الاول للمنافع).
وجهان: الظاهر صحة الثانية و الرابعة مع خيار تخلف الشرط، و أما الثالثة فالظاهر ان ملكية المستأجر الأول للمنافع محدودة فالاجارة منه حينئذ فضولية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۸۹

التصرّف المخالف للشرط باطل لكونه مفوّتا لحقّ الشرط أولا، بل حرام و موجب للخيار، و كذا في الصورة الرابعة إذا لم يستوف هو بل سلّمها إلى ذلك الغير.
المسألة ١: يجوز للمستأجر مع عدم اشتراط المباشرة و ما بمعناها أن يوجر العين المستأجرة بأقلّ ممّا استأجر، و بالمساوي له مطلقا أيّ شيء كانت، بل بأكثر منه أيضا إذا أحدث فيها حدثا، أو كانت الاجرة من غير جنس الاجرة السابقة، بل مع عدم الشرطين أيضا فيما عدا البيت و الدار و الدكّان و الأجير، و أمّا فيها فإشكال، فلا يترك الاحتياط بترك إجارتها بالأكثر بل الأحوط إلحاق الرحى و السفينة بها أيضا في ذلك، و الأقوى جواز ذلك مع عدم الشرطين في الأرض على كراهة، و إن كان الأحوط الترك فيها أيضا، بل الأحوط الترك في مطلق الأعيان إلاّ مع إحداث حدث فيها، هذا، و كذا لا يجوز أن يوجر بعض أحد الأربعة المذكورة بأزيد من الاجرة، كما إذا استأجر دارا بعشرة دنانير و سكن بعضها و آجر البعض الآخر بأزيد من العشرة، فإنّه لا يجوز بدون إحداث حدث و أمّا لو آجر بأقلّ من العشرة فلا إشكال، و الأقوى الجواز بالعشرة أيضا، و إن كان الأحوط تركه.

ـــــــــــــــ

المسألة ١: من غير حبس الاجرة: إلاّ في النقود كالريال و الدلار فلا يجوز على الأحوط (لإحتمال صدق الايجار بالأكثر قويا و هو ممنوع في النص).
فلا يترك الاحتياط: بل عدم الجواز اقوى. (لظهور الدليل في عدم الجواز ۲۰ و ۲۲ احكام الاجارة).
الرحى: و الجواز اقوى (للتعبير بالكراهة في دليله ۱/ ۲۰ و ۵/ ۲۲).
و السفينة: و عدم الجواز اقوى (بالمفهوم من موثق إسحاق بن عمار ۲/ ۲۲).
في الأرض: (و ذلك أي الكراهة للجمع بين ۳ و ٤/ ۲۰ احكام الاجارة الدالتين على الجواز و ۱ و ۲ و ٦/ ۲۱ الدالة على المنع، اذ المراد بالتقبيل بالمشاع فيها هو على نحو المزارعة، و المراد بالتقبيل بالمضمون أي الدرهم و الدينار هو الاجارة و قد دلت على المنع، إلاّ ان يقال: مورد المنع ايضا هو المزارعة لعدم التصريح بالاجارة فيحمل صحة المزارعة بالمعين ايضا و يأتي في محله. و حينئذ فلا كراهة ايضا).
الأحوط تركه: لا دليل عليه و ان كان الاحتياط حسنا (لعدم فهم ذلك من الدليل بعد التصريح بالجواز بالمساوي مع تبعيض مورد الاجارة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۰

المسألة ۲: إذا تقبّل عملا من غير اشتراط المباشرة و لا مع الانصراف إليها يجوز أن يوكله إلى عبده أو صانعه أو أجنبيّ و لكن الأحوط عدم تسليم متعلّق العمل كالثوب و نحوه إلى غيره من دون إذن المالك، و إلاّ ضمن، و جواز الايكال لا يستلزم جواز الدفع، كما مرّ نظيره في العين المستأجرة فيجوز له استيجار غيره لذلك العمل بمساوي الاجرة التي

قرّرها في إجارته أو أكثر، و في جواز استيجار الغير بأقلّ من الاجرة إشكال إلاّ أن يحدث حدثا، أو يأتي ببعض فلو آجر نفسه لخياطة ثوب بدرهم يشكل استيجار غيره لها بأقلّ منه إلاّ أن يفصّله أو يخيط شيئا منه و لو قليلا، بل يكفي أن يشتري الخيط أو الابرة في جواز الأقلّ، و كذا لو آجر نفسه لعمل صلاة سنة أو صوم شهر بعشر دراهم مثلا في صورة عدم اعتبار المباشرة يشكل استيجار غيره بتسعة مثلا إلاّ أن يأتي بصلاة واحدة أو صوم يوم واحد مثلا.

المسألة ٣: إذا استوجر لعمل في ذمّته لا بشرط المباشرة يجوز تبرّع الغير عنه، و تفرغ ذمّته بذلك، و يستحقّ الاجرة المسمّاة، نعم لو أتى بذلك العمل المعيّن غيره لا بقصد التبرّع عنه لا يستحقّ الاجرة المسمّاة و تنفسخ الاجارة حينئذ لفوات المحلّ، نظير ما مرّ سابقا من الاجارة على قلع السنّ فزال ألمه، أو لخياطة ثوب فسرق أو حرق.

المسألة ٢: و لكن الأحوط: مرّ الجواز إلاّ في مثل التسليم الى غير المبالي.

اشكال: عدم الجواز اقوى كما مرّ، و كذا في موردي الاشكال بعد ذلك.

يحدث حدثا: يوجب كون المستأجر عليه ثانيا غير الأول بخلاف مثل صبغ الثوب مما لا يرتبط بالمستأجر عليه. (و الوجه ظهور الدليل في كون وجه الجواز فيما يجوز، تعدد المستأجر عليه بالتغير و هنا هو الخياطة، و أما ٥/ ٢٥ احكام الاجارة: «إلاّ ان يحدث فيها شيئا»، فهو في الاجارة للدار، فالاحداث فيها مساوق للتغير المزبور).

يشتري الخيط: اي من ماله لا صرف اجراء صيغة البيع (لعدم كون اجراء الصيغة هنا مثلا جزء العمل المستأجر عليه).

المسألة ٣: و يستحق الاجرة: (و كانت الاجارة وقعت على كلي العمل بلا قيد المباشرة و حتى بلا قيد التسبيب اي بأعم من المقدور و غير المقدور، و حينئذ فكليّه مقدور فهو نظير اداء دين الغير تبرعا بلا احتياج الى اذن المدين، و اشير اليه في الاخبار المتفرقة كدين الاب أو الأرحام أو غيرهم).

و تنفسخ: اذا كان تبرع المتبرع قبل مضيّ زمان يمكن للأجير اتيان العمل و إلاّ فالظاهر ضمان الأجير للعمل فيدفع اجرة المثل و يستحق من المستأجر الاجرة المسماة،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۱

المسألة ٤: الأجير الخاصّ و هو من آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدّة معيّنة أو على وجه تكون منفعته الخاصّة كالخياطة مثلا له، أو آجر نفسه لعمل مباشرة مدّة معيّنة، أو كان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدّة أو كليهما على وجه الشرطيّة لا القيديّة لا يجوز له أن يعمل في تلك المدّة لنفسه أو لغيره بالاجارة أو الجعالة أو التبرّع عملا ينافي حقّ المستأجر إلاّ مع إذنه، و مثل تعيين المدّة تعيين أوّل زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ، نعم لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل فإنّه لا مانع منه إذا لم يكن موجبا لضعفه في النهار، و مثل إجراء عقد أو إيقاع أو تعليم أو تعلّم في أثناء الخياطة و نحوها، لإنصراف المنافع عن مثلها، هذا و لو خالف و أتى بعمل مناف لحقّ المستأجر فإن كانت الاجارة على الوجه الأوّل بأن يكون جميع منافعه للمستأجر و عمل لنفسه في تمام المدّة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ و يسترجع تمام الاجرة المسمّاة، أو بعضها أو يبقيها و يطالب عوض الفائت من المنفعة بعضا أو كلا، و كذا إن عمل للغير تبرّعا، و لا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالعوض، سواء كان جاهلا بالحال أو عالما، لأنّ الموجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون ذلك الغير، و إن كان ذلك الغير آمرا له بالعمل إلاّ إذا فرض على وجه يتحقّق معه صدق الغرور و إلاّ

و أما مسألة قلع السنّ فقد مرّ ما فيها.

المسألة ٤: لغيره في الليل: اذا لم يكن الليل داخلا في مدّة الاجارة.

اجراء عقد: ان لم يكن له مالية و إلاّ فلا يجوز في الصورة الاولى.

أو بعضها: مع التراضي و إلاّ فيشكل التبعيض في الخيار (لعدم وسع نطاق الدليل لذلك).

عوض الفائت: أو اجرة مثل ما عمل لغير المستاجر (اذ جميع منافعه ملك للمستأجر، اذ منافعه في المدة للمستأجر فله الأخذ بالفائت من المنظور من العمل، كما له الأخذ باجرة مثل ما عمل للغير مخيرا في ذلك لإمكان التفاوت في القيمة.

و بذلك يظهر عدم صحة توضيح الاستاذ مقيدا بالثاني بل له احدهما بلا تعين).

آمرا له: الظاهر ضمانه في هذه الصورة باستيفاء ملك الغير و هو منافع الاجير (لشمول «لا يحل مال امرء مسلم ...» الخ لهذه الصورة بخلاف مثل الاستضائة بنور سراج الغير، فان المقام يصدق فيه التصرف بخلافه مع انه ليس في الدليل لفظ التصرف ايضا).

صدق الغرور: بأن يدعي الوكالة أو مثلها عن المستأجر فى الاستفادة من الأجير،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۲

فالمفروض أنّ المباشر للاتلاف هو الموجر، و إن كان عمل للغير بعنوان الاجارة أو الجعالة فللمستأجر أن يجيز ذلك، و يكون له الاجرة المسمّاة في تلك الاجارة أو الجعالة، كما أنّ له الفسخ و الرجوع إلى الاجرة المسمّاة و له الابقاء و مطالبة عوض المقدار الذي فات فيتخيّر بين الامور الثلاثة و إن كانت الاجارة على الوجه الثاني و هو كون منفعته الخاصّة للمستأجر فحاله كالوجه الأوّل إلاّ إذا كان العمل للغير على وجه الاجارة أو الجعالة، و لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، كأن تكون الاجارة واقعة على منفعة الخياطيّ فآجر نفسه للغير للكتابة، أو عمل الكتابة بعنوان الجعالة فإنّه ليس للمستأجر إجازة ذلك، لأنّ المفروض أنّه مالك لمنفعة الخياطيّ، فليس له إجازة العقد الواقع على الكتابة فيكون مخيّرا بين الأمرين من الفسخ و استرجاع الاجرة المسمّاة و الابقاء و مطالبة عوض الفائت، و إن كانت على الوجه الثالث فكالثاني إلاّ أنّه لا فرق فيه في عدم صحّة الاجازة بين ما إذا كانت الاجارة أو الجعالة واقعة على نوع العمل المستأجر عليه أو على غيره، إذ ليست منفعة الخياطة مثلا مملوكة للمستأجر حتّى يمكنه إجازة العقد الواقع عليها، بل يملك عمل الخياطة في ذمّة الموجر، و إن كانت على الوجه الرابع و هو كون اعتبار المباشرة أو المدّة المعيّنة على وجه الشرطيّة لا القيديّة ففيه وجهان يمكن أن يقال بصحّة العمل للغير

و لو استشكل بعدم الدليل على قاعدة الغرور كليّا فالضمان حينئذ للاستيفاء كما مرّ إلاّ اذا اقدم الأجير على المجانية و التبرع كما اذا غرّه الغير في التبرع فوعده امرا غرّه و تبرع اذا لم يكن هذا قرارا معاوضيا عقديا كالقرار على التبرع قبال ارضائه المالك فلم يرض المالك و إلاّ فالغير ايضا ضامن بالاستيفاء.

ان يجيز ذلك: (فانه فضولي حينئذ لإيقاع العقد على مال الغير فيصح بالاجازة، فلا وجه لإشكال الخوئي (مدّ ظلّه) بعدم الصحة بالاجازة هنا نظرا الى عدم امكان الجمع بين الاجارتين).

عوض المقدار الذي فات: أو اجرة مثل ما عمل للغير كما مرّ مخيرا في الرجوع اليه أو الغير المستوفي لمنافع الأجير.
فليس له اجازة العقد: بل له ذلك، كما ان له الاسقاط (لعدم ملازمة حق الاجازة و الملكية كحق المرتهن، بل و يمكن ملك الجامع بين المتضادين أي ملكية المالية (وفاقا في ملكية الجامع للسيد جمال (قدّس سرّه)).
فكالثاني: فيجري فيه ما ذكرنا من حق الاجازة و الاسقاط.
وجهان: بل وجوه أوجهها التوقف على الاجازة (لاستفادة الحقية من ادلة الشروط،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۳

بعنوان الاجارة أو الجعالة من غير حاجة إلى الاجازة و إن لم يكن جايزا من حيث كونه مخالفة للشرط الواجب العمل، غاية ما يكون أنّ للمستأجر خيار تخلّف الشرط، و يمكن أن يقال بالحاجة إلى الاجازة، لأنّ الاجارة أو الجعالة منافية لحقّ الشرط، فتكون باطلة بدون الاجازة.
المسألة ٥: إذا آجر نفسه لعمل من غير اعتبار المباشرة و لو مع تعيين المدّة أو من غير تعيين المدّة و لو مع اعتبار المباشرة جاز عمله للغير و لو على وجه الاجارة قبل الاتيان بالمستأجر عليه، لعدم منافاته له من حيث امكان تحصيله، لا بالمباشرة أو بعد العمل للغير، لأنّ المفروض عدم تعيين المباشرة أو عدم تعيين المدّة، و دعوى أنّ إطلاق العقد من حيث الزمان يقتضي وجوب التعجيل ممنوعة مع أنّ لنا أن نفرض الكلام فيما لو كانت قرينة على عدم إرادة التعجيل.
المسألة ٦: لو استأجر دابّة لحمل متاع معيّن شخصيّ أو كلّي على وجه التقييد فحملها غير ذلك المتاع أو استعملها في الركوب لزمه الاجرة المسمّاة، و اجرة المثل لحمل المتاع الآخر أو للركوب، و كذا لو

و لو شك فمن بناء العقلاء غير المردوع عنه، و قال الاستاذ و الگلپايگاني و ...:
بالصحة بلا اجازة، لكن فيه: منافاة ذلك للحقّية، و قال الخوئي بالبطلان، و كذا البروجردي (قدّس سرّه) نظرا الى ان الاجازة بمعنى اجازة العقد الواقع و امضائه لا معنى له لعدم ارتباطه به و بمعنى الاسقاط لا ينفع بعد الوقوع لعدم التغير عما وقع، و فيه ما قلنا من الارتباط كحق المرتهن، و لو رجع الى تحديد المنفعة كالقيد فلإمكان ملكية الجامع بين المتضادين، بل يمكن اعتبار ملكية المتضادين معا فانها امر اعتباري، و التضاد في واقعهما الخارجي أي المنفعتين المتضادتين لا في اعتبار ملكيتهما. لكن ليعلم ان ملكية المتضادين لا يوجب ضمانهما معا لا تلفا و لا اتلافا و لا استيفاء و لا عقدا كما يأتي).
المسألة ٥: ممنوعة: الموارد مختلفة (و أما التنافي بين المذكور هنا و المذكور في المسألة ٥ من الفصل الأول المذكور في بعض الحواشي فيمكن اندفاعه بما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من ان المنفي هنا التعجيل الحقيقي، و الثابت هناك التعجيل العرفي، فيمكن العمل لنفسه و للغير فيما قبل تعجيله العرفي).
المسألة ٦: لزمه: بل اكثر الأمرين من المسماة و اجرة المثل (وفاقا للبروجردي (قدّس سرّه) و ... و خلافا للخونساري و البهبهاني و الخوئي و ...، لعمل العرف من المتشرعة و غيرهم على ذلك بحيث يعد بناء لهم في الضمان بعدم تعدد الضمان بذلك، بل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۴

استأجر عبدا للخياطة فاستعمله في الكتابة، بل و كذا لو استأجر حرّا لعمل معيّن في زمان معيّن و حمله على غير ذلك العمل مع تعمّده و غفلة ذلك الحرّ و اعتقاده أنّه العمل المستأجر عليه، و دعوى أن ليس للدابّة في زمان واحد منفعتان متضادّتان، و كذا ليس للعبد في زمان واحد إلاّ إحدى المنفعتين من الكتابة أو الخياطة، فكيف يستحقّ اجرتين؟ مدفوعة بأنّ المستأجر بتفويته على نفسه و استعماله في غير ما يستحقّ كأنّه حصل له منفعة اخرى.

المسألة ۷: لو آجر نفسه للخياطة مثلا في زمان معيّن فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بأنّه غير العمل المستأجر عليه لم يستحقّ شيئا أمّا الاجرة المسمّاة فلتفويتها على نفسه بترك الخياطة، و أمّا اجرة المثل للكتابة مثلا فلعدم كونها مستأجرا عليها، فيكون كالمتبرّع بها، بل يمكن أن يقال: بعدم استحقاقة لها، و لو كان مشتبها غير متعمّد، خصوصا مع جهل المستأجر بالحال.

و استنكارهم عن ضمانين هنا، و لظهور صحيح ابي ولاد ۱/ ۱۷ احكام الاجارة في نفي الضمانين، و أما حل اشكال ضمان العقد– و ان لم يكن اتلاف و لا استيفاء و لا تلف تحت اليد العادية لعدم صدق اتلافين و تلفين أو تلف و استيفاء أو اتلاف و استيفاء معا– الذي استند اليه الخوئي، و بذلك اجاب عن اشكال: «فلم لا يضمن الناصب جميع المنافع» بأن الغاصب لا ضمان له بالعقد بل بأحد الثلاثة الاخر، ففيه:

ان ضمان العقد ايضا انما هو في مورد امكان الاستيفاء و لا يمكن استيفاءان معا، لا يقال: فلو عجز المستأجر نفسه أو عجز عن الاستيفاء لا يضمن المسماة؟ قلنا: الملاك الامكان من ناحية المال لا المستأجر، و هنا لا يمكن استيفاءان. و أما وجه ضمان اكثر الأمرين فقد ظهر مما ذكر فانه استوفى بمقداره. فقد علم ان المتضادين مملوكان معا، و لا يمنع التضاد الخارجي ملكيتهما معا، لكن نفس الملكية لا توجب الضمان بل يلزم احد عوامل الضمان الاربعة، و لا يمكن بالنسبة الى المتضادين لعدم صدق التلف و الاتلاف و الاستيفاء بالنسبة اليهما معا و كذا العقدي لعدم امكان الاستيفاء مع لزوم ذلك الامكان و هذا ما لم يلتفت اليه الخوئي (قدّس سرّه).

و غفلة ذلك الحرّ: الملاك عدم اقدام الأجير على المجانية لا العلم أو الجهل بالموضوع و هما يقبلان الانفكاك.

المسألة ۷: فاشتغل بالكتابة: أي بنفسه بلا دعوة من المستأجر.

لم يستحق شيئا: ان فسخ المستأجر و إلاّ فله مطالبة قيمة العمل المستأجر عليه،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۵

المسألة ۸: لو آجر دابّته لحمل متاع زيد من مكان إلى آخر فاشتبه و حملها متاع عمرو لم يستحقّ الاجرة على زيد و لا على عمرو.

المسألة ۹: لو آجر دابّته من زيد مثلا فشردت قبل التسليم إليه أو بعده في أثناء المدّة بطلت الاجارة و كذا لو آجر عبده فأبق، و لو غصبهما غاصب فإن كان قبل التسليم فكذلك، و إن كان بعده يرجع المستأجر على الغاصب بعوض المقدار الفائت من المنفعة، و يحتمل التخيير بين الرجوع على الغاصب و بين الفسخ في الصورة الاولى و هو ما إذا كان الغصب قبل التسليم.

المسألة ۱۰: إذا آجر سفينته لحمل الخلّ مثلا من بلد إلى بلد فحملها المستأجر خمرا لم يستحقّ الموجر إلاّ الاجرة

المسمّاة، و لا يستحقّ اجرة المثل لحمل الخمر لأنّ أخذ الاجرة عليه حرام فليست هذه المسألة مثل

و عليه الاجرة المسماة للأجير (و الوجه واضح، لعدم بطلان عقد الاجارة بالتفويت، كما ان صرف الاشتغال بغير المستأجر عليه لا يوجب المجانية و سقوط اجرة المثل فالمراد من الاشتغال، ما هو بنفسه الملازم للمجانيّة).

المسألة ۸: لم يستحق الاجرة على زيد: ان فسخ زيد و إلاّ فله مطالبة قيمة العمل و عليه الاجرة المسماة.

المسألة ۹: بطلت الاجارة: بالنسبة الى المدة الباقية، و للمستأجر الخيار بالنسبة الى ما مضى.

و كذا لو اجر: ان لم يكن تقصير من المستأجر في الحفظ بالمتعارف و كذا في الفرع قبله و بعده.

و يحتمل التخيير: و هو الاقوى (وفاقا للأكثر، اذ المال موجود محفوظ و الاشكال في ناحية القدرة على التسليم و هو شرط ارتكازي في المعاملات تخلفه يوجب الخيار فقط، و قال جمع منهم البروجردي (قدّس سرّه) و .... ان المتن هنا مناف لما مرّ منه في الفصل الثالث المسألة ۱۱ حيث حكم بالرجوع الى الظالم لا التخيير، و قال بعضهم: كان هو الاقوى، و فيه: ما ذكره الخوئي (مدّ ظلّه) من ان الكلام هنا في الغصب و هناك في المنع من الظالم فيحتمل هناك كون المراد منع الظالم من استفادة المستأجر لا من تسليم الموجر بخلاف المقام فان الغاصب ينظر الى المال بنفسه، و قد مرّ هناك توضيح ذلك المتن).

المسألة ۱۰: إلاّ الاجرة المسماة: بل اكثر الأمرين (و حرمة العمل على المستأجر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۶

مسألة إجارة العبد للخياطة فاستعمله المستأجر في الكتابة، لا يقال: فعلى هذا إذا غصب السفينة و حملها خمرا كان اللازم عدم استحقاق المالك اجرة المثل، لأنّ اجرة حمل الخمر حرام، لأنّا نقول: إنّما يستحقّ المالك اجرة المثل للمنافع المحلّلة الفائتة في هذه المدّة، و في المسألة المفروضة لم يفوّت على الموجر منفعة لأنّه أعطاه الاجرة المسمّاة لحمل الخلّ بالفرض.

المسألة ۱۱: لو استأجر دابّة معيّنة من زيد للركوب إلى مكان فاشتبه و ركب دابّة اخرى له لزمه الاجرة المسمّاة للأولى و اجرة المثل للثانية، كما إذا اشتبه فركب دابّة عمرو فإنّه يلزمه اجرة المثل لدابّة عمرو، و المسمّاة لدابة زيد، حيث فوّت منفعتها على نفسه.

المسألة ۱۲: لو آجر نفسه لصوم يوم معيّن عن زيد مثلا ثمّ آجر نفسه لصوم ذلك اليوم عن عمرو لم تصحّ الاجارة الثانية، و لو فسخ الاولى بخيار أو إقالة قبل ذلك اليوم لم ينفع في صحّتها بل و لو أجازها ثانيا بل لا بدّ له من تجديد العقد، لأنّ الاجازة كاشفة، و لا يمكن الكشف هنا لوجود المانع حين الإجارة، فيكون نظير من باع شيئا ثمّ ملك بل أشكل.

لا تنافي وجوب دفع مقابل ما استفاد من المال، و لعل للمال بعض الخطرات في ناحية استفادة المحرم لا بد ان يلاحظ في الاجرة كخطرات الاستفادة من السيارات في الذهاب بمال السرقة، و ان كان لو علم الموجر حرم عليه الاجارة لذلك. و هذا طبق قاعدة الضمان العقلائي و طبق حرمة مال المسلم).

المسألة ۱۱: للاولى: اذا سلمها اليه و أخرجها من تحت سلطانه (و ذكر الاشتباه لتحقق موضوع المسألة فلا وجه

لتعرض الخوئي (مدّ ظلّه) في الشرح بعدم دخالة الاشتباه).

المسألة ١٢: لم تصح الاجارة الثانية: و الأظهر صحتها بإجازة المستأجر الأول و يكون مال الاجارة الثانية للمستأجر الأول و للأجير المسماة في الاولى. (اذ المانع كون عمل الأجير للمستأجر الأول فإذا اجازها صحت، و معنى الاجازة حينئذ تبديل النسبة في الصوم عن زيد الى عمرو فان طبيعي الصوم انطبق أولا على صومه عن زيد ثم بدّل بالاجازة اليه عن عمرو وفاقا للسيد جمال و الاصطهباناتي).

لم ينفع: بل لا تبعد الصحة حينئذ لرفع المانع و ان كان الأحوط ضم الاجازة، و لو لم يجز يجوز اجباره على العمل غير القربي و في كاشفيته الاجازة اشكال (وفاقا للسيد جمال و الاصطهباناتي و ...، و جوز الخوئي (مدّ ظلّه) في الشرح نظرا الى جواز

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٩٧

(٦- فصل)

لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة أو الشعير بما يحصل منها من الحنطة أو الشعير، لا لما قيل من عدم كون مال الاجارة موجودا حينئذ لا في الخارج و لا في الذمّة، و من هنا يظهر عدم جواز إجارتها

____

ملكية المتضادين و المانع عدم امكان الجمع، فاذا ارتفع المانع مضى العقد بلا احتياج الى الاجازة الثانية، و على ذلك فليس من باب من باع ... الخ لأن الموجر مالك لمنافعه المتصادة من الأول. و أما وجه الأشكلية فهو عدم وجود من يصلح للاجازة في المقام على اعتقاد المصنف (قدّس سرّه) لعدم مالكية الموجر عندئذ على رأيه و كون المستأجر الأول اجنبيا عن هذا العقد فانه عليك حصة خاصة من الصوم و هو الصوم عن زيد. لكن فيه ما عرفت، كما ان ما ذكره الحكيم (قدّس سرّه) في وجه الاشكلية من ان عدم القدرة على الصوم عن عمرو يوجب خروجه عن صلاحيّة الملك. ذاتا بخلاف مسألة من باع ... الخ فان المانع فيه عارضي ...، فيه منع الخروج عن صلاحية الملك بما عرفت اولا، و صرف عدم القدرة لا يقتضي ذلك، و في مسألة من باع ايضا نفس الخروج عن الملك حاصل و الصلاحية هنا غير دخلية. و ظهر بما ذكرنا عدم وجه لحاشية السيد جمال و الاصطهباناتي (قدس سرهما) بعدم وجه للأشكلية).

(فصل ٦)

من الحنطة أو الشعير: أو سائر الحبوب، سواء اريد تمليك الاجرة حين العقد أو بعد وجودها (لعموم التعليل في الاخبار ١٥/٥ و ٢ و ٣ و ٩ و ١٦/١١ من المزارعة، و روايات الباب ١٦ من الاجارة. فان عدم المضمونية يعم جميع انواع الحاصل، و لعله اشارة الى عدم اعتبار الوجود لهما كما ان عرف العقلاء ايضا لا يعتبرها امرا موجودا و لا اعتبار عندهم بملكيتهما، و الفرق بين المقام و منافع العين واضح فان العين مستتبع للمنافع بلا توقف من ناحية العين على شيء بل الأمر في الاستفادة بإرادة المستفيد. و أما بيع الثمار مع الضميمة فقيل بالتعبد كما عليه الخوئي و البروجردي و ... و لكنه يحتمل قويا ارادة ان كون المحتمل مهما مفيدا، يجعل البيع عقلائيا خارجا عن الغرر نظير بيع الآبق مع الضميمة و لعله عقلائي، فلا يريد الدليل الحكم بوجود الثمار بل بصحة البيع لكونه عقلائيا ... و لو فرض اعتبار الحاصل من

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٢٩٨

بما يحصل منها و لو من غير الحنطة و الشعير، بل عدم جوازها بما يحصل من أرض اخرى أيضا لمنع ذلك، فإنّهما في نظر العرف و اعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة، و هذا المقدار كاف في الصحّة نظير بيع الثمار سنتين أو مع ضمّ الضميمة، فإنّها لا يجعل غير الموجود موجودا، مع أنّ البيع وقع على المجموع، بل للأخبار الخاصّة و أمّا إذا آجرها بالحنطة أو الشعير في الذمّة لكن بشرط الأداء منها، ففي جوازه إشكال، و الأحوط العدم لما يظهر من بعض الأخبار، و إن كان يمكن حمله على الصورة الاولى، و لو آجرها بالحنطة أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالأقوى جوازه، نعم لا يبعد كراهته، و أمّا إجارتها بغير الحنطة و الشعير من الحبوب فلا إشكال فيه خصوصا إذا كان في الذمّة مع اشتراط كونه منها أو لا.

المسألة ۱: لا بأس باجارة حصّة من أرض معيّنة مشاعة، كما لا بأس باجارة حصّة منها على وجه الكلّي في المعيّن مع مشاهدتها على وجه يرتفع به الغرر، و أمّا إجارتها على وجه الكلّي في الذمّة فمحلّ إشكال، بل قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف، و لذا لا يصحّ السلم فيها، و فيه أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع فلا مانع منها إذا كان كذلك.

الارض ايضا موجودا عند العرف فنقول فيه غرر قطعا، و لعل المراد من عدم المضمونية ذلك الغرر و لكن الاخبار بين ضعيف السند أو الدلالة سيما و أكثرها غير متعرض لكون الاجرة حاصلة من الارض فراجع، لكن المنع على القاعدة كما عرفت).

و الأحوط العدم: لا بأس بتركه (فان الاجرة عامة و الشرط لا يوجب تخلفه إلاّ الخيار. نعم، لو كان الملاك الغرر سرى من الشرط الى اصل المعاملة كما قال الگلپايگاني و تبعه الاستاذ ايضا فتأمل، فانه يمكن ان يقال: لا غرر للخيار في الشرط، نعم عدم المضمونية لعله لا فرق بين كون مال الاجارة عينا أو كليا بشرط الاداء منه لكن موضوع الروايات لا يشمل المقام).

لا تبعد كراهته: (لعموم النهي عن اجارة الارض بالحنطة أو الشعير أو الطعام).

فلا اشكال فيه: عرفت الاشكال في الحاصل مطلقا، و أما غير الحاصل من الارض فلا تبعد الكراهة (لعموم النهي عن اجارة الارض بالطعام).

المسألة ۱: اذا كان كذلك: (و الظاهر امكانه احيانا، و ليس كما قال البروجردي و النجفي (قدس سرهما) من عدم امكان رفع غررها إلاّ بالشهود أو كونه مشكلا. و قال بعض اهل العصر اجارة الارض على نحو الكلي في الذمة غير معهود عند العقلاء.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۲۹۹

المسألة ۲: يجوز استيجار الأرض لتعمل مسجدا لأنّه منفعة محلّلة، و هل يثبت لها آثار المسجد من حرمة التلويث، و دخول الجنب و الحائض و نحو ذلك؟ قولان، أقواهما العدم، نعم إذا كان قصد عنوان المسجديّة لا مجرّد الصلاة فيه و كانت المدّة طويلة كمائة سنة أو أزيد لا يبعد ذلك لصدق المسجد عليه حينئذ.

المسألة ۳: يجوز استيجار الدراهم و الدنانير للزينة أو لحفظ الاعتبار أو غير ذلك من الفوائد التي لا تنافي بقاء العين.

و لعله لكون ارتفاع الغرر بالوصف فيه نادرا، و لكنه كما قال الخوئي (قدّس سرّه) لا فرق من هذه الجهة بين الارض أو الدابة أو السيارة الكلية من هذه الجهة. فان ذكر توصيف كامل يرتفع الغرر).
المسألة ٢: لتعمل مسجدا: أي مصلّى و أما الاجارة للمسجدية فهي فرع امكان ذلك.
طويلة: لا دخالة لطول المدة في ذلك بعد ظهور دخالة التأبيد في عنوان المسجدية (و هذا واضح بحسب ارتكاز المتشرعة فلا وجه لدعوى الاردبيلي (قدّس سرّه) بأن المسجدية اعم من التأبيد، و استشكل الاستاذ (قدّس سرّه) و جوّزها البروجردي و الگلپايگاني (قدس سرهما) أو تأملا، لكن الظاهر ما قلنا لظهور **و ان المساجد للّه** الخ.
و ما جعل للّه لا يمكن ردّها كما في ١/ ٢٤ الصدقة و ٢/ ١١ الوقوف و الصدقات.
و للارتكاز من المتشرعة. و أما ما قاله البروجردي و الگلپايگاني: لا قوة فيه بعد ما عملت مسجدا أي قصد عنوان المسجدية، ففيه: ان اريد محل الصلاة فلا يدل على الدعوى و ان اريد المسجد الشرعية فصحة قصده اول الكلام).
المسألة ٣: للزينة: (و العجب من النجفي (قدّس سرّه) و بعض آخر في الاشكال من جهة عدّ ذلك من المنافع النادرة مع ان الاجارة بعنوان منفعة خاصة و لو نادرة لا بأس بها و كذا في الاستظلال و التنزه و كلام البعض في التنزه اعجب اذ هو من المنافع الشائعة. و كون الاستظلال جائزا بلا اذن المالك لا يوجب اشكالا في الاجارة لإمكان ارادة الحق من المالك. و حينئذ فلا يجوز للغير بلا اذن من المستأجر فتأمل فانه لا يحتاج الى الاذن لعدم كونه تصرفا فالمراد صورة ما يحتاج الى دخالة المالك كإرادته قطع الشجرة بنحو منع الغير عن الاستظلال).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۰

المسألة ٤: يجوز استيجار الشجر لفائدة الاستظلال و نحوه كربط الدابّة به أو نشر الثياب عليه.
المسألة ٥: يجوز استيجار البستان لفائدة التنزّه، لأنّه منفعة محلّلة عقلائيّة.
المسألة ٦: يجوز الاستيجار لحيازة المباحات كالاحتطاب و الاحتشاش و الاستقاء فلو استأجر من يحمل الماء له من الشطّ مثلا ملك ذلك الماء بمجرّد حيازة السقّاء فلو أتلفه متلف قبل الايصال إلى المستأجر ضمن قيمته له، و كذا في حيازة الحطب و الحشيش، نعم لو قصد الموجر كون المحوز لنفسه فيحتمل القول بكونه له، و يكون ضامنا للمستأجر عوض ما فوّته عليه من المنفعة، خصوصا إذا كان الموجر آجر نفسه على وجه يكون تمام منافعه في اليوم الفلانيّ للمستأجر، أو يكون منفعته من حيث الحيازة له، و ذلك

المسألة ٤: الاستظلال: فيما يحتاج الى دخالة المالك كما اذا اراد المالك قطع الشجرة، و الاّ فالاستظلال جائز بلا احتياج الى اذن المالك فانه ليس تصرفا عرفا ليحتاج الى الاجازة و الاجارة.
المسألة ٦: بمجرد حيازة السقاء: و لا يحتاج مع الاستيجار الى قصد التملك للمستأجر على الأظهر اذا كان اجيرا في هذا الوقت لهذا العمل (فان الأجير و ان كان انسانا مستقلا مختارا لكنه بعد جعل عمله للغير بمقتضى الاجارة لا يمكنه قصد نفسه أو غيره فان هو قاعدة من حاز ملك و في ظرف الاستيجار الحائز هو المستأجر و الأجير بمنزلة الآلة له، و الحيازة تحتاج الى قصدها لأن العمل الخارجي كما يمكن بعنوان الحيازة يمكن لجهة اخرى لكن اذا قصد الحيازة و تحقق العمل بعنوان ايقاع السلطان على الشيء فهو بنفسه موجب للتملك و لا يحتاج الى قصد التملك كما يلزم القصد في ايقاع صيغة البيع لكن بعد ذلك القصد لا يحتاج الى قصد الملكية أي المسبب فان قصد السبب كاف. هذا

ثم الحيازة من الأجير في الحقيقة حيازة المستأجر و الأجير آلة، و المستأجر قصد الحيازة أي السبب بفعل الأجير، و قصد الأجير لا يفيد كما ان قصد التملك لنفسه مثلا لا يضرّ اذ بعد القرار على ان اعماله للمستأجر فالقصد منه على الخلاف لا يضرّ، ثم ان البروجردي (قدّس سرّه) استشكل في اصل جريان الحيازة في ذلك وفاقا للعلامة و المحقق و بعض المتأخرين منهم الشهيد الصدر (قدّس سرّه) و قال: هذا خلاف الاصل و لما ذكرناه علم انه طبق القاعدة، و لا وجه للاشكال لعدم منع لشمول ادلة الاجارة و عدم منع لشمول من حاز ... الخ للمستأجر. و أما الوكالة فهي عند العقلاء في الامور الاعتبارية مثل انشاء العقد و لم يعلم البناء منهم عليها في الحقائق

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۱

لإعتبار النيّة في التملّك بالحيازة و المفروض أنّه لم يقصد كونه للمستأجر، بل قصد نفسه، و يحتمل القول بكونه للمستأجر لأنّ المفروض أن منفعته من طرف الحيازة له فيكون نيّة كونه لنفسه لغوا، و المسألة مبنيّة على أنّ الحيازة من الأسباب القهريّة لتملّك الحائز و لو قصد الغير، و لازمه عدم صحّة الاستيجار لها، أو يعتبر فيها نيّة التملّك و دائرة مدارها، و لازمه صحّة الاجارة و كون المحوز لنفسه إذا قصد نفسه و إن كان أجيرا للغير، و أيضا لازمه عدم حصول الملكيّة له إذا قصد كونه للغير من دون أن يكون أجيرا له أو وكيلا عنه، و بقاؤه على الاباحة إلاّ إذ قصد بعد ذلك كونه له، بناء على عدم جريان التبرّع في حيازة

كما لا عموم لأدلته الشرعية يشمل الحقائق. و أما النيابة فيحتمل التعميم لمثل المقام عند العقلاء فإن العامل عمله باختياره و له قصده بعنوان الغير و عن الغير أي جعله بمنزلة آلة الغير و هذا قد يكون بالاجرة مثل الاجارة و الوكالة و نحوهما و قد يكون مجانا كالتبرع، و بذلك يظهر صحة التبرع في المقام ايضا فان الناس مسلطون على انفسهم كأموالهم و هذا من السلطنة على النفس فله التغيير في عمله و سلبه عن نفسه و ايقاعه للغير و عن الغير. وفاقا للبهبهاني (قدّس سرّه). و قال الخوئي (مدّ ظلّه): العمل في الوكالة منتسب الى الموكل بخلاف النيابة فان العمل عمل النائب لكنه نيابة عن الغير و وقوع عمل شخص عن الغير يحتاج الى دليل و ليس في المقام، و فيه: ان النيابة لو كانت بأمر من المنوب عنه و النائب فعل بهذا القصد يعدّ عمله عمل المنوب عنه بلا فرق بينها و الوكالة، و من جهة اخرى النائب و لو بلا امر من المنوب عنه له بمقتضى السلطنة على نفسه و ماله ان يجعل عمله عن الغير و للغير و بما ذكرنا كله ظهر ان الحيازة لا يعتبر فيها المباشرة).

و يحتمل القول: و هو الأقوى للقرار على كون عمله الحيازي للمستأجر (و خلافا للگلپايگاني و الاستاذ و البهبهاني و كأنه نظرا الى ان سلطنة الأجير على عمله تقتضي صحة قصده لنفسه كما لغيره و فيه: ان القرار بينه و المستأجر قد نفى تلك السلطنة).

و المسألة مبنية: الحيازة من العناوين القصدية و بعد تحققها لا يلزم قصد التملك فانه من احكامها فهي اذا تحققت سبب قهري لتملك من له الحيازة واقعا و في المقام هو المستأجر، فالأظهر هو الوجه الأخير المذكور في المتن لكنه بعد تحقق الحيازة بقصدها.

أو وكيلا: في جريان الوكالة في المقام تأمل (لما مرّ من عدم بناء العقلاء على الوكالة في الامور الحقيقية بخلاف الاجارة و النيابة و التبرع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۲

المباحات، و السبق إلى المشتركات و إن كان لا يبعد جريانه أو أنّها من الأسباب القهريّة لمن له تلك المنفعة فإن لم يكن أجيرا يكون له و إن قصد الغير فضولا، فيملك بمجرّد قصد الحيازة، و إن كان أجيرا للغير يكون لذلك الغير قهرا، و إن قصد نفسه أو قصد غير ذلك الغير، و الظاهر عدم كونها من الأسباب القهريّة مطلقا، فالوجه الأوّل غير صحيح، و يبقى الاشكال في ترجيح أحد الأخيرين و لا بدّ من التأمّل.

المسألة ۷: يجوز استيجار المرأة للإرضاع بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها، و إن لم يكن منها فعل مدّة معيّنة، و لا بدّ من مشاهدة الصبيّ الذي استوجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، و يكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، و كذا لا بدّ من مشاهدة الصبيّ الذي استوجرت لإرضاعه، لاختلاف الصبيان، و يكفي وصفه على وجه يرتفع الغرر، و كذا لا بدّ من المرضعة شخصا أو وصفا على وجه يرتفع الغرر، نعم لو استوجرت على وجه يستحقّ منافعها أجمع التي منها الرضاع لا يعتبر حينئذ مشاهدة الصبيّ أو وصفه، و إن اختلفت الأغراض بالنسبة إلى مكان الإرضاع لإختلافه من حيث السهولة و الصعوبة و الوثاقة و عدمها لا بدّ من تعيينه أيضا.

المسألة ۸: إذا كانت الامرأة المستأجرة مزوّجة، لا يعتبر في صحّة استيجارها إذنه ما لم يناف ذلك لحقّ استمتاعه، لأنّ اللبن ليس له، فيجوز لها الارضاع من غير رضاه، و لذا يجوز لها أخذ الاجرة من الزوج على إرضاعها لولده سواء كان منها أو من غيرها، نعم لو نافي ذلك حقّه لم يجز إلاّ باذنه و لو كان غايبا فآجرت

لا يبعد جريانه: (خلافا للگلپايگاني و الخوئي و الشهيد الصدر (قدس سرهم) و فيه: ان صحته من شؤون السلطنة على النفس و لا وجه لمنعها فله قصد جعل عمله للغير).

المسألة ۷: بمعنى الانتفاع: و لو بلا ارتضاع كالشرب بعد الحلب و أولى منه الرضاع بمعنى الارتضاع (و اشكال الحكيم و النجفي و ... في المعنى الاول بأنه من قبيل تمليك العين لا المنفعة، فيه: ان العين تابع و الاجارة وقعت على المرئة بما انها قابلة للانتفاع قابلية متعقبة بالفعلية. و نظيره اجارة الشجرة للانتفاع بثمرها و الشاة للحلب، و لا وجه للفرق بينهما كما عن الاصفهاني (قدّس سرّه) في ص ١٦٢ من اجارته بأن لا عمل من الموجر في الاول و كذا اول منعيي المقام، و فيه: ان ذلك لا يضر بصحة الاجارة فانها بملاك القابلية للانتفاع و العين أي الحليب أو الثمرة مثلا تابعة لذلك بعكس البيع من تبعته المنفعة للعين. وفاقا للخوئي، و للاكثر في عدم الفرق).

المسألة ۸: لم يجز إلاّ باذنه: (و توجيه بعضهم ذلك من باب الترتب، فيه عدم جريانه في الوضعيات إلاّ ان يدل دليل بالصراحة و إلاّ فالمنشأ في الموضوعين مطلق

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۳

نفسها للارضاع فحضر في أثناء المدّة و كان على وجه ينافي حقّه انفسخت الاجارة بالنسبة إلى بقيّة المدّة.

المسألة ۹: لو كانت الامرأة خليّة فآجرت نفسها للارضاع أو غيره من الأعمال ثمّ تزوّجت قدّم حقّ المستأجر على حقّ الزوج في صورة المعارضة، حتّى أنّه إذا كان وطيه لها مضرًا بالولد منع منه.

المسألة ۱۰: يجوز للمولى إجبار أمته على الارضاع إجارة أو تبرّعا، قنّة كانت أو مدبّرة أو امّ ولد، و أمّا المكاتبة المطلقة

فلا يجوز له إجبارها، بل و كذا المشروطة كما لا يجوز في المبعّضة، و لا فرق بين كونها ذات ولد يحتاج إلى اللبن أو لا، لا مكان إرضاعه من لبن غيرها.

المسألة ١١: لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيّنا أو كلّيا، و لا في المستأجرة بين تعيين مباشرتها للارضاع أو جعله في ذمّتها، فلو مات الصبيّ في صورة التعيين أو الامرأة في صورة تعيين المباشرة انفسخت الاجارة، بخلاف ما لو كان الولد كلّيا أو جعل في ذمّتها، فانّه لا تبطل بموته أو موتها إلاّ مع تعذّر الغير من صبيّ أو مرضعة.

المسألة ١٢: يجوز استيجار الشاة للبنها و الأشجار للانتفاع بأثمارها، و الآبار للاستقاء و نحو ذلك، و لا يضرّ كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأنّ المناط في المنفعة هو العرف و عندهم يعدّ اللّبن منفعة للشاة، و الثمر منفعة للشجر، و هكذا، و لذا قلنا: بصحّة استيجار المرأة للرضاع و إن لم يكن منها فعل بأن انتفع بلبنها في حال نومها أو بوضع الولد في حجرها و جعل ثديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال الاجارة في المذكورات لأنّ الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان و هو خلاف وضع الاجارة لا وجه له.

فلا يجوز اجتماعهما و في المقام لا يجتمع الحكم بصحة الاجارة و حق الزوج).

انفسخت: ان لم يمضها الزوج.

المسألة ٩: مضرا بالولد: أي بارتضاعها.

المسألة ١٠: المبعّضة: إلاّ ان يقسّم مهاياة.

المسألة ١١: أو موتها: (لإمكان الارضاع تسببا بالوصية و الاخراج من تركتها و ان لم يمكن الارضاع اصلا اخرجت القيمة من تركتها، و حكم العلامة (قدّس سرّه) باخراج القيمة من التركة مطلقا و لا وجه له لو امكن الارضاع).

المسألة ١٢: يعد اللبن منفعة: لكن لا توجب الاجارة ملكية اللبن مثلا بل ملكية صرفها و حق شربها فان الاجارة اضافة تسليطية من المالك بين المستأجر و العين توجب حق الاستفادة من العين، فالحق صحة هذه الاجارة الشائعة (خلافا للبروجردي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۴

المسألة ١٣: لا يجوز الاجارة لإتيان الواجبات العينيّة كالصلوات الخمس، و الكفائيّة كتغسيل الأموات و تكفينهم و الصلاة عليهم، و كتعليم القدر الواجب من اصول الدين و فروعه، و القدر الواجب من تعليم القرآن كالحمد و سورة منه، و كالقضاء و الفتوى و نحو ذلك، و لا يجوز الاجارة على الأذان، نعم لا بأس بارتزاق القاضي و المفتي و المؤذّن من بيت المال، و يجوز الاجارة لتعليم الفقه و الحديث و العلوم الأدبيّة و تعليم القرآن ما عدا المقدار الواجب و نحو ذلك.

المسألة ١٤: يجوز الاجارة لكنس المسجد و المشهد و فرشها و إشعال السراج و نحو ذلك.

المسألة ١٥: يجوز الاجارة لحفظ المتاع أو الدار أو البستان مدّة معيّنة عن السرقة، و الاتلاف، و اشتراط الضمان لو حصلت السرقة أو الاتلاف. و لو من غير تقصير، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور إذا ضاع مال، لكن لا بدّ من تعيين العمل و المدّة و الاجرة على شرائط الاجارة.

المسألة ١٦: لا يجوز استيجار اثنين للصلاة عن ميّت واحد في وقت واحد، لمنافاته للترتيب المعتبر في القضاء

بخلاف الصوم فإنّه لا يعتبر فيه الترتيب، و كذا لا يجوز استيجار شخص واحد لنيابة الحجّ الواجب عن اثنين، و يجوز ذلك في الحجّ المندوب، و كذا في الزيارات، كما يجوز النيابة عن المتعدّد تبرّعا في الحجّ و الزيارات، و يجوز الاتيان بها لا بعنوان النيابة، بل بقصد اهداء الثواب لواحد أو متعدّد.

و البهبهاني و الخونساري (قدس سرهم) في الاشكال بصحتها، بل يمكن القول بحصول الملكية لنفس اللبن ايضا كما في المتن بأن المراد من المنافع في المقام ليس معناها العرضي القائم بالعين بل ما تعد في العرف منفعة و اللبن و الثمرة كذلك فلا وجه لإشكال الخوئي (قدّس سرّه) بأن الصادق في المقام هو المنفعة قبال الخسران و الضرر لا بمعناها التابع للعين و للاقا ضياء (قدّس سرّه) كلام هنا في الاصول ص ٦٤ بدايع الافكار مغزاه رعاية حيث الترشح).
المسألة ١٣: لا يجوز: فيما ثبت من الدليل لزوم اتيانه مجانا كبعض العينيّات و الكفائيات (لعدم منافاة الوجوب لأخذ الاجرة حتى العيني التعيني فضلا عن التخييري و الكفائي، و كذا لا ينافي أخذ الاجرة قصد القربة. نعم ثبت المجانية موارد كالاذن على ما مرّ، و كذا تجهيز الميت على الأظهر و تعليم الدين بمقداره اللازم.
و يجوز على الطبابة مثلا و لو صارت عينيا).
المسألة ١٥: اشتراط الضمان: على ما مرّ من شرط الفعل لا النتيجة.
المسألة ١٦: للترتيب: قد مرّ عدم لزوم الترتيب إلاّ في المترتبتين و ان كان الأحوط مراعاته فيما علم الترتيب في الفوت مطلقا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۵

المسألة ١٧: لا يجوز الاجارة للنيابة عن الحيّ في الصلاة و لو في الصلوات المستحبة نعم يجوز ذلك في الزيارات و الحجّ المندوب و إتيان صلاة الزيارة ليس بعنوان النيابة بل من باب سببيّة الزيارة لإستحباب الصلاة بعدها ركعتين، و يحتمل جواز قصد النيابة فيها لأنّها تابعة للزيارة و الأحوط إتيانها بقصد ما في الواقع.
المسألة ١٨: إذا عمل للغير لا بأمره و لا إذنه لا يستحقّ عليه العوض و إن كان بتخيّل أنّه مأجور عليه فبان خلافه.
المسألة ١٩: إذا أمر بإتيان عمل فعمل المأمور ذلك فان كان بقصد التبرّع لا يستحقّ عليه اجرة و إن كان من قصد الآمر إعطاء الاجرة و إن قصد الاجرة و كان ذلك العمل ممّا له اجرة استحقّ و إن كان من قصد

المسألة ١٧: و لو في الصلوات المستحبة: تجوز النيابة رجاء فتجوز الاجارة على ذلك الوجه (وفاقا للشيخ الاعظم و الحكيم (قدس سرهما) فان ٩ و ١/ ١٢ قضاء الصلوات ظاهران في جواز الصلاة بعنوان البرّ عن الوالدين حيين و ميتين لكنهما ضعيفا السند.
و أما الدلالة فلا بأس بهما، و ما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من ان الأولى بصدد بيان برّ الميت منهما لمعروفية طريق البرّ الى حيّهما. فيه: ان ذلك لا يكفي لصرف الظهور مع صراحة ذكر الحيّ، و أما ١٦/ ١٢ قضاء الصلوات الدال على المنع فلعل الظاهر منه ارادة التشريك في عمل واحد نظير التشريك في الحج في ٩/ ٢٥ نيابة الحج فلعل للتشريك خصوصية تقتضي المنع بخلاف النيابة انفرادا مع تجويز التشريك في الحج بصراحة ٢/ ٢٨ نيابة الحج، و عن السيد بن طاوس التصريح بأن رواية المنع انما هي في غير المستحب و أما فيه فيجوز ذلك كما في الزيارات و الحج و

غيرهما. و كيف كان فالنيابة رجاء لا اشكال فيها لعدم دليل صحيح على المنع فيجوز الاستيجار على النيابة رجاء. بل يمكن ان يقال: اذا فرض صحة النيابة في صلاة الزيارة فتعلم صحة النيابة في الصلاة فيجوز الاستيجار جزما).

و تحمل: و هو الأظهر كصلاة الطواف (فان دليل النيابة في الحج يشمل صلاته و كذا الزيارة).

المسألة ۱۹: كان بقصد التبرع لا يستحق: و الدليل على القصد ظاهر الحال و القرائن، (و الظاهر عدم وجه لحاشية بعضهم من عدم الاعتبار بالقصد بل الاعتبار بظاهر و جهة العمل و انه ظاهر في المجانية أو الاجرة، اذ ذلك مقام الاثبات و أما مقام الثبوت فلا ريب في قيمة القصد اذ قصد التبرع اقدام على اسقاط حق الاجره و هو الملاك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۶

الآمر إتيانه تبرّعا سواء كان العامل ممّن شأنه أخذ الاجرة و معدّا نفسه لذلك أو لا، بل و كذلك إن لم يقصد التبرّع و لا أخذ الاجرة، فإنّ عمل المسلم محترم، و لو تنازعا بعد ذلك في أنّه قصد التبرّع أو لا قدّم قول العامل، لأصالة عدم قصد التبرّع بعد كون عمل المسلم محترما، بل اقتضاء احترام عمل المسلم ذلك و إن أغمضنا جريان أصالة عدم التبرّع و لا فرق في ذلك بين أن يكون العامل ممّن شأنه و شغله أخذ الاجرة و غيره إلّا أن يكون هناك انصراف أو قرينة على كونه بقصد التبرّع أو على اشتراطه.

المسألة ۲۰: كلّ ما يمكن الانتفاع به منفعة محلّلة مقصودة للعقلاء مع بقاء عينه يجوز إجارته، و كذا كلّ عمل محلّل مقصود للعقلاء عدا ما استثني يجوز الاجارة عليه، و لو كان تعلّق القصد و الغرض به نادرا، لكن في صورة تحقّق ذلك النادر بل الأمر في باب المعاوضات الواقعة على الأعيان أيضا كذلك، فمثل حبّة الحنطة لا يجوز بيعها، لكن إذا حصل مورد يكون متعلّقا لغرض العقلاء و يبذلون المال

اتيانه تبرعا: إلّا اذا قامت القرائن على استدعائه التبرع فلا يستحق حينئذ.

عمل المسلم محترم: و كذا غير المسلم إلّا الحربي (و الدليل على الاحترام نصوص حرمة مال المسلم كحرمة دمه ۱۲/ ۱۵۲ احكام، في خصوص المسلم و لا وجه لقول الخوئي (قدّس سرّه): «حرمة مال المسلم تقتضي عدم كونه هدرا يهجم عليه كل احد كالمباحات لا استحقاق الأجر فيما كان بأمر الآمر ...» اذ لا ريب في ان من مقتضيات الحرمة و عدم كونه هدرا كونه موجبا للأجر إلّا اذا اسقط صاحبه بنفسه، و ايضا بناء العقلاء و المتشرعة على الضمان في موارد الأمر فيما لم يتحقق التبرع فان العمل مقتض للأجر و مانعة قصد التبرع فما لم يقصد التبرع سواء قصد الأجر أم كان غافلا أو ملتفتا مترددا اثر المقتضى اثره هذا هو السيرة. و أمّا تمسك الخوئي (قدّس سرّه) بالسيرة على الضمان في موارد الأمر كما نرى في اعمال الحمّال و الحلاق و بما ورد من كراهة تعيين اجر الحجام ۱/ ۹ ما يكتسب به بل يأمره بالحجامة ثم يؤدي الاجرة المثلية ففيه انها غير ما نحن فيه فان القرائن فيها قائمة على عدم قصد التبرع).

لأصالة عدم قصد التبرع: (بل لعل المورد من موارد قبول قول الشخص فيما لا يعلم إلّا من قبله اذا لم يكن قرينة فلا يحتاج الى الاستصحاب. و العجب من مفتاح الكرامة من حكمه بعدم الأجر لو لا الاجماع مطلقا و لو فيما اذا قصد الاجر بلا عقد ظاهر).

و ان اغمضا: هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصّص.

المسألة ۲۰: و يبذلون المال: و لو بلحاظ حالة شخصية كشراء خط ابيه المتوفى بل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۷

في قبالها يجوز بيعها.

المسألة ۲۱: في الاستيجار للحجّ المستحبّي أو الزيارة لا يشترط أن يكون الاتيان بها بقصد النيابة، بل يجوز أن يستأجره لإتيانها بقصد إهداء الثواب إلى المستأجر أو إلى ميّته، و يجوز أن يكون لا بعنوان النيابة و لا اهداء الثواب، بل يكون المقصود إيجادها في الخارج من حيث إنّها من الأعمال الراجحة فيأتي بها لنفسه أو لمن يريد نيابة أو إهداء.

ـــــــــــــــــــــــ

لا يبعد كفاية الملكية و ان لم يعدّ مالا (و لا وجه لإشكال الخوئي (قدّس سرّه) بمثل المثال و انه لا يبذل عند العقلاء بأزائه المال قال: فليس البيع مبادلة مال بمال كما عليه مصباح المنير بل مبادلة ملك بملك بلا اعتبار المالية اذ في مثل المثال يبذل بأزائه المال عند متعارف الناس كما ان البيع على ما نفهمه من العرف هو التبادل المالي).

المسألة ۲۱: بقصد اهداء الثواب: (و لا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) بأن الثواب حينئذ أي عند ما يكون العمل لنفسه، يكون لنفسه و صحة الاجارة حينئذ مشكلة، نعم لا بأس بإعطاء شيء ليكون داعيا على اهداء الثواب بعد العمل) و كذا لاشكال الحكيم (قدّس سرّه) بأن الثواب ليس من عمله ليستأجر عليه و ليس تحت اختياره لإمكان تحقق موانع من القبول، اذ المراد احد وجهين: ۱- نية وقوع العمل بقاء عنه بدل النيابة حدوثا كما في ۱/ ۲۹ نيابة حج: فاجعل ذلك لها الآن. ۲- الابتهال و الدعاء الى اللّه تعالى بأن يتفضل في اعطاء الثواب لشخص آخر كما في دعاء بعض الزيارات: «اللّهم اجعل ثواب هذا ... الخ». و هذان اختياريان له و يمكن تأثيرهما فان الأمر اعتباري و الدليل موجود).

المقصود ايجارها: (و استشكل غير واحد منهم فيه إلّا ان يقصد بذلك اعطاء المال لإيجاد الداعي له لأصل العمل مخيرا بين النيابة و الاصالة لكنه ليس اجارة، و استظهر البهبهاني عدم الجواز، و قيد الاستاذ بما اذا كان له تعلق غرض عقلائي راجح بالعمل منه. و كأن منشأ الاشكال ان العمل للموجر نفسه لا يصل الى المستأجر ليوقع الاجارة عليه، و فيه: ان غرضه قد يتعلق بوقوع عمل محبوب للمولى في الخارج و المولى يثيبه على ذلك و لا يلزم وقوع الثواب تحت الاجارة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۸

المسألة ۲۲: في كون ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة كالمداد للكتابة و الابرة و الخيط للخياطة مثلا على الموجر أو المستأجر قولان، و الأقوى وجوب التعيين إلّا إذا كان هناك عادة ينصرف إليها الاطلاق، و إن كان القول بكونه مع عدم التعيين و عدم العادة على المستأجر لا يخلو عن وجه أيضا لأنّ اللازم على الموجر ليس إلّا العمل.

المسألة ۲۳: يجوز الجمع بين الاجارة و البيع مثلا بعقد واحد، كأن يقول: بعتك داري و آجرتك حماري بكذا، و حينئذ يوزع العوض عليهما بالنسبة و يلحق كلا منهما حكمه، فلو قال: آجرتك هذه الدار و بعتك هذا الدينار بعشرة دنانير فلا بدّ من قبض العوضين بالنسبة إلى البيع في المجلس، و إذا كان في مقابل الدينار بعد ملاحظة النسبة أزيد من دينار أو أقلّ منه بطل بالنسبة إليه، للزوم الربا و لو قال:

آجرتك هذه الدار و صالحتك هذه الدينار بعشرة دنانير مثلا فإن قلنا: بجريان حكم الصرف من وجوب القبض في

المجلس و حكم الربا في الصلح فالحال كالبيع و إلاّ فيصحّ بالنسبة إلى المصالحة أيضا.

المسألة ٢٢: لا يخلو عن وجه: الأوجه عند عدم التعارف و العادة كون الآت العمل كالابرة و المنحت على الموجر، و الدواخل في الموضوع كالخيط في الثوب على المستأجر.

المسألة ٢٣: للزوم الربا: (و لا يجري في المقام حكم الجواز بالضميمة فان المقام مقام ضم عقد الى عقد لا مال الى مال فلا يفيد كما يفيد ضم مالك الى مالك).

حكم الصرف: الأوجه عدم جريان شيء من الحكمين في المقام و اختصاصهما بالبيع، نعم يجري الربا في المصالحة المشتملة على المعاوضة بين العينين على الأحوط، و أما اذا كان التبادل بين الصلح من الطرفين و كان العينان متعلقين للصلحين فلا يجري الربا ايضا على الاقوى.

(و دليلنا ظهور روايات الربا في البيع أو مطلق التبادل المالي، حتى المطلقات فانها ايضا و ان كانت خالية عن ذكر البيع لكن ظهور جملة قفيز من كذا بكذا ظاهر في تبادل المالين أو ملكين و هو حقيقة البيع و نحوه لا الصلح، و استشكل الخونساري (قدّس سرّه) في اصل جمع عقدين في عقد واحد و قال النجفي: لو لم يكن محذور، و كان مراده من حيث جهالة المبيع و نحوها، لكن الادلة منصرفة عن مثل هذه الجهالة لعدم الغرر على أيّ حال، فلا وجه لحاشية السيد عبد الهادي (قدّس سرّه) ايضا في لزوم تعيين الثمن و الاجرة و لو بالمقاولة قبلا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۰۹

المسألة ٢٤: يجوز استيجار من يقوم بكلّ ما يأمره من حوائجه فيكون له جميع منافعه، و الأقوى أنّ نفقته على نفسه، لا على المستأجر إلاّ مع الشرط أو الانصراف من جهة العادة، و على الأوّل لا بدّ من تعيينها كمّا و كيفا إلاّ أن يكون متعارفا، و على الثاني على ما هو المعتاد المتعارف، و لو أنفق من نفسه أو أنفقه متبرّع يستحقّ مطالبة عوضها على الأوّل بل و كذا على الثاني لأنّ الانصراف بمنزلة الشرط.

المسألة ٢٥: يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الاجرة و عدم إجراء صيغة الاجارة، فيرجع إلى اجرة المثل لكنّه مكروه، و لا يكون حينئذ من الاجارة المعاطاتيّة، كما قد يتخيّل، لأنّه يعتبر في المعاملة المعاطاتيّة اشتمالها على جميع شرائط تلك المعاملة عدا الصيغة، و المفروض عدم تعيين الاجرة في المقام، بل عدم قصد الانشاء منهما و لا فعل من المستأجر، بل يكون من باب العمل بالضمان، نظير الاباحة

المسألة ٢٤: من حوائجه: مع العلم بسنخ الحوائج لكنه حينئذ لا يكون من باب جميع المنافع، نعم يجوز استيجاره بجميع منافعه ايضا.

مطالبة عوضها: ان كان شرط المنفعة و كذا العادة بمنزلة تعهد بذل المقدار بنحو الذمة، و أما اذا كان بنحو شرط الفعل اي الانفاق فقط فتخلفه معصية فقط و لا يوجب الضمان (فهو كالانفاق على العمودين لا كنفقة الزوجة، أو تقول: كإشباع أحد فاذا شبع بأيّ وجه فلا يجب اشباعه.

قال الخوئي: الظاهر ان النفقة أخذت على وجه الشرطية لا الجزئية فلا ضمان، و فيه: أن المأخوذ على وجه الشرط ايضا ان كان بنحو شرط النتيجة اي كون كذا مقدارا ملك الطرف فهو يوجب الضمان لعدم اعتبار صيغة خاصة في التمليك.

و اما ۱۰/۱ الاجارة الظاهر في كون النفقة على المستأجر فالظاهر ان مورده شرط النفقة على المستأجر كما في صدر الحديث).

المسألة ۲۵: عدم قصد الانشاء: نعم، احيانا يكون الأمر بقصد انشاء الاجارة اذا كان الاجرة معلومة بالتعارف لإمكان أخذ الأمر بمنزلة العمل في البيع بالتعاطي.

العمل بالضمان: العمل فعل الأجير و صرفه لا يوجب ضمان الغير إلاّ اذا فرض امر المستأجر بمنزلة الاستيجاب كما في الاباحة بالضمان و تصرف المتصرف فيها بمنزلة القبول في العقود. و الظاهر انطباق ذلك حينئذ على التعاطي الذي بنمزلة العقد اذا كانت الاجرة معلومة بالتعارف، فالأظهر ان يكون الضمان هنا من باب الاستيفاء بالضمان اذا فرض انه ليس بمنزلة العقد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۰

بالضمان، كما إذا أذن في أكل طعامه بضمان العوض و نظير التمليك بالضمان كما في القرض على الأقوى من عدم كونه معاوضة، فهذه الأمور عناوين مستقلّة غير المعاوضة و الدليل عليها السيرة بل الأخبار أيضا، و أمّا الكراهة فللأخبار أيضا.

المسألة ۲۶: لو استأجر أرضا مدّة معيّنة فغرس فيها أو زرع مالا يدرك في تلك المدّة فبعد انقضائها للمالك أن يأمره بقلعها، بل و كذا لو استأجر لخصوص الغرس أو لخصوص الزرع و ليس له الابقاء و لو مع الاجرة و لا مطالبة الأرش مع القلع، لأنّ التقصير من قبله، نعم لو استأجرها مدّة يبلغ الزرع فاتّفق التأخير لتغيّر الهواء أو غيره أمكن أن يقال بوجوب الصبر على المالك مع الاجرة للزوم الضرر إلاّ أن يكون موجبا لتضرّر المالك.

من عدم كونه معاوضة: لكنه عقد.

فللأخبار أيضا: (۲ و ۳/۱ الاجارة، و ظاهر الاول: «من كان يؤمن باللّه و اليوم الآخر فلا يستعملن اجيرا حتى يعلم ما اجره» هو الحرمة، لكن السيرة من العقلاء و المتشرعة كاشفة عن كون المراد شدّة الاهتمام كما في الوتر بمثل التعبير ۲۹/۱ اعداد الفرائض و نوافلها، كما ان غضب الرضا عليه السّلام في الثاني لأجل مصالح أخر شخصية احتراما لمقام الامامة أو ما ذكر في نفس الحديث من ظنّ الأجير فالخبران دليلان على الجواز كما على الكراهة).

المسألة ۲۶: لخصوص الغرس: اذا لم يرجع الى التناقض في الانشاء (نظرا الى عدم امكان ذلك إلاّ ان يراد الاستفادة من الخارج عن الارض كيف كان).

امكن ان يقال: بل لا يمكن القول به (اذ الضرر جاء من قبل عقد الاجارة الذي اقدم هو عليه و ان قيل هو اقدام رجاء سعة الوقت فلم يقدم على الضرر، فنقول: اقدم على امر لم يبق له حقا في الابقاء. كما ان الضرر في الغبن جاء من قبل اصل العقد لا حكم الشرع و الخيار تداركه، و لا ضرر لا يثبت التدارك. و هذا هو الوجه لا الاتفاق و عدمه كما في المتن فان المرض الاتفاقي يرفع الحكم كما في غير الاتفاقي و كما في العمد، فلو أوقع المكلف نفسه في المرض مثلا و كان الوضوء عندئذ ضررا عليه ارتفع الوضوء عنه بلا اشكال، ثم ان لا ضرر و كذا لا ضرار لعلّه الاقدام على الضرر كما في القتال بمعنى الاقدام على القتل) ليس حكما اوليا مولويا فقط كما استفاد الاستاذ (قدّس سرّه) من مورد حديث سمرة و غيره، اذ لا وجه للاختصاص بل مفاده

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۱

(۷- فصل في التنازع)

المسألة ۱: إذا تنازعا في أصل الاجارة قدّم قول منكرها مع اليمين، فإن كان هو المالك استحقّ اجرة المثل دون ما يقوله المدّعي، و لو زاد عنها لم يستحقّ تلك الزيادة و إن وجب على المدّعي المتصرّف

نفي الضرر و الضرار في حوزة الاسلام و لو في الأحكام الأولية فهو لا يشذّ عن النظر الى الأوليات ايضا حتى لو قاله النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في مقام حكمه المولوي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم. فهل يتصور القول بأنه لا يجوز ضرر أحد على احد لكن يجوز ضرر النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أو الشارع على احد؟ فهذا لسان آب عن التخصيص، و التخصيص إلاّ في حكم طبعه ضرري بالانصراف، و لذا فهم الفقهاء منه نفي الحكم الضرري ايضا، فالظاهر تمامية نظر المشهور في التمسك بالحديث خلافا لما كان عليه الاستاذ (قدّس سرّه). و أما القول بأن حرمة الابقاء ضررية فتنتفي، ففيه: ان الحديث امتناني لا يجري فيما اوجب ضررا على الغير و لو بصرف قصر سلطنته على ماله بل لا يحتاج الى لحاظ الضرر فان صرف كونه خلاف سلطنة الغير على ماله ينفي جهة الامتنان، و بذلك يظهر عدم جواز التفصيل بين الضرر الاقوى و الأضعف كما قاله بعض اهل العصر ...، و كذا لما قاله الحكيم (قدّس سرّه) من عدم التاكد في الاعدام اي اذا نفى الضرر فلا فرق بين الضعيف و القوي في المنفى فتأمل. كما لا وجه للتخيير بين الضررين لعدم معنى للتخيير بين شخصين. نعم لا يبعد في الضرر المتسامح يعني لا يعد ضررا على الغير لو فرض ذلك. و اما اجراء لا ضرر في مورد سمرة مع التعارض فلإقتضاء قاعدة الشركة في الطريق لزوم الإعلام و الإستجازة، فسمرة كان يفعل خلاف الأحكام الأولية فجازاه النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بذلك و كان يمكن المجازاة بالمنع من الدخول ايضا لكن تعيين المجازاة بيد ولي الأمر).

فصل ۷: في التنازع

المسألة ۱: لم يستحق تلك الزيادة: لكن لا فائدة في الدعوى حينئذ و لا يتوجه اليمين على المنكر فاطلاق صدر الكلام غير موجّه (وفاقا للأكثر فان الميزان في المدعي و المنكر هو المقصود من النزاع لا مصبّ الدعوى، فاذا كان مقصود مدعي الاجارة شيئا اقل من المنكر لم يكن مدعيا و لا يتشكل النزاع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۲

إيصالها إليه، و إن كان المنكر هو المتصرّف فكذلك لم يستحقّ المالك إلاّ اجرة المثل، و لكن لو زادت عمّا يدّعيه من المسمّى لم يستحقّ الزيادة لإعترافه بعدم استحقاقها، و يجب على المتصرّف إيصالها إليه، هذا إذا كان النزاع بعد استيفاء المنفعة، و إن كان قبله رجع كلّ مال إلى صاحبه.

المسألة ۲: لو اتّفقا على أنّه أذن للمتصرّف في استيفاء المنفعة و لكنّ المالك يدّعي أنّه على وجه الاجارة بكذا أو الاذن بالضمان، و المتصرّف يدّعي أنّه على وجه العارية ففي تقديم أيّهما وجهان بل قولان، من أصالة البراءة بعد فرض كون التصرّف جايزا و من أصالة احترام مال المسلم الّذي لا يحلّ إلاّ بالاباحة، و الأصل عدمها فتثبت اجرة المثل بعد التحالف و لا يبعد ترجيح الثاني و جواز التصرّف أعمّ من الاباحة.

ايصالها اليه: الوجوب ظاهرا بحكم الحاكم طبق اقراره، و أما الوجوب واقعا فهو مرتب على الواقع المعلوم لعلمه بالحال و هكذا الكلام في الفرع الآتي، بل الوجوب الظاهري ايضا لإدعائه العلم لا لصرف الاقرار لتنازع الاقرارين.

لم يستحق الزيادة: الكلام في عدم جدوى الدعوى حينئذ كما مرّ.

المسألة ٢: ترجيح الثاني: بل الأول، لا لأصالة البرائة بل لكون المالك مدعيا حينئذ عليه البينة و اذا لم تكن بينة يقدم قول المتصرف مع اليمين، و لا وجه للتحالف اذ تشخيص المدعي و المنكر بيد العرف، و العرف يرى من عليه الاثبات مدعيا و يلاحظ ذلك بالنسبة الى غرض الدعوى لا المصبّ و في المقام المالك يدعي الاجرة و عليه الاثبات و الزام الخصم. و أما خصمه المتصرف فلا يدّعي شيئا خاصا زائدا على ما اتفقا عليه من التصرف بالاذن. (وفاقا للخوئي في الشرح و خلافا له في الحاشية حيث يثبت الضمان و للگلپايگاني و بعض آخر المثبتين للضمان بقاعدة الاتلاف و استيفاء المنافع فانها مقتضى الضمان و احتمال التخصيص أو التخصص ينفى بالأصل، و نظيره البهبهاني (قدّس سرّه) و خلافا للبروجردي و الاستاذ و بعض آخر القائلين بالتحالف و ثبوت اجرة المثل بقاعدة الاستيفاء، لكن الأظهر عدم وجه للتحالف لما ذكر من ملاك الادعاء و الانكار فان المدعي ليس من لو ترك ترك، و إلاّ لزم كون من يعترف بالحق و يدعي الأداء منكرا لتطبيق ذلك على خصمه المدعى لعدم الأداء و بقاء الحق، مع ان العرف يرى مدعي الأداء مدعيا و ليس من يكون قوله خلاف الأصل، فان اثبات الاجرة في المقام خلاف الأصل الأولي و طبق الأصل الثانوي أي قاعدة الضمان باليد، و لعلّ اللازم عليه لحاظ الأصل الخاص أي الثانوي مع ان العرف يرى المالك هنا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۳

المسألة ٣: إذا تنازعا في قدر المستأجر قدّم قول مدّعي الأقلّ.

المسألة ٤: إذا تنازعا في ردّ العين المستأجرة قدّم قول المالك.

المسألة ٥: إذا ادّعى الصائغ أو الملاّح أو المكاري تلف المتاع من غير تعدّ و لا تفريط، و أنكر المالك التلف، أو ادّعى التفريط أو التعدّي قدّم قولهم مع اليمين على الأقوى.

مدعيا للاجرة. و أما التمسك بقاعدة الاتلاف و استيفاء المنافع في المقام: ففيه:

ان موجب الضمان بالاستيفاء أو التلف منحصر في اليد أو العقد، و الاول هنا منفي للاتفاق على الاذن و ان اليد يد امانة، و الثاني غير معلوم على الفرض و على المالك اثباته فدقق النظر. و مما ذكر يظهر النظر في التمسك بقاعدة احترام مال الغير اذ لو كان مفادها صرف التكليف فلا وجه لها في المقام و لو كان الوضع فهو في مورد لم يكن مأذونا).

المسألة ٣: قدم قول: (و لا وجه للتحالف نظرا الى تعدد الاجارتين مع خصوصيّتين متباينتين اذ الملاك هو الفرض لا المصب).

المسألة ٤: قول المالك: (و قيل في الوديعة بقبول قول الودعي للاجماع و هو غير مسلّم، و العمدة ان قبول قول الأمين انما هو في غير الردّ، قال بعض اهل العصر: ذلك لأجل ان الردّ انتهاء أمد الأمانة و قبول قوله انما هو فيما دامت الأمانة باقية، و فيه: ان المالك حينئذ يسلم الأمانة لإدعائه عدم الردّ أي الموضوع باق! فالأحسن الاستدلال بأن اتهام عدم الردّ

بمنزلة نفي الأمانة عند العقلاء مع عدم اطلاق في دليل قبول قول الأمين يشمل المقام).
المسألة ٥: قدم قولهم: اذا كانوا ثقاة مأمونين أو قامت القرائن على صحة قولهم، بخلاف ما اذا كانوا مدّعين فعليهم البينة حينئذ (وفاقا للخوئي و المفيد و المرتضى (قدّس سرّهم) بل و المشهور على ما نسب اليهم الشهيد الثاني، لكن المعروف نسبة الشهرة الى ما في المتن، جمعا بين الروايات الدالة على الضمان و عدمه، و التفصيل بين الثقة و المتهم راجع الروايات ٢ و ٥ و ٦/ ٢٩ و ٣٠، ١ و ٢ الاجارة، ٩ و ١٤/ ٢٩ و ٤ و ١٢/ ٢٩ و ٦ و ٧/ ٣٠، و الظاهر انه عقلائي ايضا بحث يكون خلافه يحتاج الى دليل قوي، لكن المحشين إلاّ النادر منهم قبلوا ما في المتن نظرا الى الشهرة و اعراض المشهور عن المخالف).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣١۴

المسألة ٦: يكره تضمين الأجير في مورد ضمانه من قيام البيّنة على إتلافه أو تفريطه في الحفظ أو تعدّيه أو نكوله عن اليمين أو نحو ذلك.
المسألة ٧: إذا تنازعا في مقدار الاجرة قدّم قول المستأجر.
المسألة ٨: إذا تنازعا في أنّه آجره بغلا أو حمارا أو آجره هذا الحمار مثلا أو ذاك فالمرجع التحالف و كذا لو اختلفا في الاجرة أنّها عشرة دراهم أو دينار.

المسألة ٦: يكره: في الكراهة اشكال، نعم يستحب ترك التضمين من باب الاحسان في حق الغير فانه مستحب مطلقا (و أما ١٢/ ٣٠ الاجارة: «... فقال امين هو؟ قلت: نعم، قال: فلا يأخذون منه شيئا» فلا يدل على المقام للاشكال في السند و الدلالة من جهة كون الشخص المفروض امنيا فلا وجه لضمانه. كما ان تطول الباقر عليه السّلام في بعض ما مر من الروايات (٤/ ٢٩ الاجارة: «كان امير المؤمنين عليه السّلام يضمّن القصار و الصائغ احتياطا للناس، و كان ابي عليه السّلام يتطول عليه اذا كان مأمونا» انما هو في الأمين و كيف كان فله تضمين الأجير قانونا لكن يستحب التطول و الاحسان مطلقا. لكن لعل دليل ذلك ينصرف عمّا يلزم منه اعتياد الشخص بالتعدي و الخيانة لأموال الناس، و لعله كان ملاك تضمين علي عليه السّلام القصار و الصائغ).
المسألة ٨: التحالف: و ينحل الاجارة و يستحق المالك اجرة المثل، و محل الكلام ما اذا لم تكن بينة أو اقامها الطرفان، ثم ان التحالف في مثل الدرهم و الدينار انما هو فيما كان النظر الى خصوصهما لا المالية المشتركة و إلاّ فهو من باب المدعي و المنكر لا التحالف (وفاقا للمشهور و المحشين خلافا للسيد الاصفهاني (قدّس سرّه) و الگلپايگاني و الحكيم (قدس سرهم) في الشرح نظرا الى ان استحقاق الاجرة متفق عليه و الموجر لا يدعى شيئا بل المستأجر يدعي عليه منفعة ازيد من منفعة الحمار اي الفرس، و المالك في المثال الثاني يدعي شيئا ازيد و هو الدينار، و أما اعتقاد المستأجر لعشرة دراهم فهو اقرار لا ادعاء كاعتقاد المالك في المثال الأول بلزوم دفع الحمار، و فيه: ما ذكره الخوئي (مدّ ظلّه) من انه ليس صرف ذلك بل المالك في الأول يدعي استحقاق الاجرة بصرف تسليم الحمار و المستأجر في الثاني يدعي استحقاق تسلم العين بصرف دفع عشرة دراهم، و قد مرّ ان ملاك تشخيص المدعي و المنكر هو العرف. و قال الاستاذ: لا يبعد احيانا كون العشرة درهم و الدينار من المدعي و المنكر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۵

المسألة ٩: إذا اختلفا في أنّه شرط أحدهما على الآخر شرطا أو لا فالقول قول منكره.

المسألة ١٠: إذا اختلفا في المدّة أنّها شهر أو شهر ان مثلا فالقول قول منكر الأزيد.

المسألة ١١: إذا اختلفا في الصحّة و الفساد قدّم من يدّعي الصحّة.

المسألة ١٢: إذا حمل الموجر متاعه إلى بلد فقال المستأجر: استأجرتك على أن تحمله إلى البلد الفلانيّ غير ذلك البلد و تنازعا قدّم قول المستأجر فلا يستحقّ الموجر اجرة حمله، و إن طلب منه الردّ إلى المكان الأوّل وجب عليه و ليس له ردّه إليه إذا لم يرض، و يضمن له إن تلف أو عاب لعدم كونه أمينا حينئذ في ظاهر الشرع.

و انما التحالف في مثل الحنطة و الشعير، و كان نظره الى ان النقد باعتبار المالية بلا خصوصية للدرهم و الدينار و لا يبعد ذلك).

المسألة ١٠: منكر الأزيد: (و لا وقع لحاشية بعض المعاصرين: «هذا بناء على كون الملاك غرض الدعوى لا المصبّ و إلا فهما متداعيان» اذ على المصبّ ايضا الشهر و الشهران من الزيادة و النقص و بابهما باب الادعاء و الانكار. و فصّل بعض اهل العصر فقال بالتحالف فيما احتلفا في مال الاجارة ايضا، و الزم المصنف و المحشين بالتفصيل، و فيه: ان الكلام في تمحض الخلاف في المدة كما في نظائره في الباب).

المسألة ١١: قول من يدعي الصحة: فيما كان الشك في الشرائط لا الاركان كعدم قابلية الموضوع أو عدم بلوغ العاقد (اذ لا اطلاق لأصالة الصحة، اذ ملاك بناء العقلاء لا مثل صنع فعل اخيك ... الخ، و هو في غير الاركان، و في الحقيقة الشك عندئذ في التحقق لا الصحة).

المسألة ١٢: قدم قول المستأجر: بل يتحالفان لطلب المستأجر العمل المطلوب له ان لم يفت المحل و اجرة مثله ان فات ان لم يفسخ و كانت اجرة المثل زائدة على المسماة أو مبائنة، كما ان الأجير يطلب المسماة. هذا اذا كان التنازع بعد العمل، و أما قبل العمل فلا كلام في التحالف لبقاء المحل و يصرح به في المسألة الآتية (و الوجه واضح بعد الدقة فيما مرّ من عدم الانفساخ بالتفويت).

وجب عليه: (اذ المكان ايضا من خصوصيات المال و صفاته و ربما توجب اختلاف الرغبات و الصفات ايضا مضمونة كما مرّ سابقا و الضمان هنا باليد، و دليله بناء العقلاء لا حديث على اليد ... الخ المروي في كتب الفقه، و في المستدرك ٤/ ١

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۶

المسألة ١٣: إذا خاط ثوبه قباء و ادّعى المستأجر أنّه أمره بأن يخيطه قميصا فالأقوى تقديم قول المستأجر لأصالة عدم الاذن في خياطته قباء، و على هذا فيضمن له عوض النقص الحاصل من ذلك، و لا يجوز له نقضه إذا كان الخيط للمستأجر و إن كان له كان له و يضمن النقص الحاصل من ذلك، و لا يجب عليه قبول عوضه لو طلبه المستأجر، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجر هذا و لو تنازعا في هذه المسألة و المسألة المتقدّمة قبل الحمل و قبل الخياطة فالمرجع التحالف.

المسألة ١٤: كلّ من يقدّم قوله في الموارد المذكورة عليه اليمين للآخر.

الغصب لعدم ثبوت السند و لا حديث: الغصب مردود ٣/ ١ غصب الوسائل و ٤/ ١ الانفال. اذ الردّ اعم من الردّ في خصوص المكان الاول. فلا وجه لمنع الگلپايگاني و تردد بعض اهل العصر، و كأنه تصور ان دليل الردّ صرف عدم الاذن فقال: هو لا يثبت لوازمه).

المسألة ١٣: تقديم قول المستأجر: بل التحالف لادعاء كل على الآخر شيئا، فكما أن الموجر يطلب الأجر فالمستأجر يطلب العمل المطلوب له او عوضه. (و لا يلزم كون المستأجر مدعيا ان يكون طالبا للقميصية بعد الصيرورة قباء كما تصور الگلپايگاني (قدّس سرّه) و كأنه مراد البروجردي (قدّس سرّه) نظرا الى فوات المحل في غير هذه الصورة، لإمكان العوض بعد عدم الانفساخ بمجرد ذلك).

كان له: و ليس له مطالبة مالية صفة القميصية (لكونها واقعة على مال الغير بلا اذنه، لا لعدم ماليتها كما هو ظاهر الخوئي في الشرح، و العجب انه افتى بضمان الصفة فيما قبل، إلاّ ان يقال: ذلك من باب الملك لا المال. و أما قول بعضهم بعدم جواز النقض اذا عدّ الخيط تالفا أو اوجب نقصا في الثوب، ففيه: ان عده تالفا لا يخرجه عن ملكه اذا أمكن الوصول، و لا بد ان يكون المراد من ايجاب النقص نقصا جديدا باخراج الخيط).

المسألة ١٤: اليمين للآخر: و لو نكل عن اليمين ردّه الى المدعي فيحلف و يثبت دعواه، كما ان المدعي قد يثبت دعواه بشاهد و يمين، ثم ان في موارد التنازع لا ينقلب الواقع عما هو عليه فيحرم على الغاصب الواقعي لكن الأظهر عدم جواز التقاص للمالك ايضا سيما في موارد اليمين (للروايات في عدم جواز ردّ حكم الحاكم ١/ ١١ صفات القاضي، و ما دل على ذهاب اليمين بحق المدعي و ان اقام البينة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۷

(خاتمة)

فيها مسائل: الأولى: خراج الأرض المستأجرة في الأراضي الخراجيّة على مالكها، و لو شرط كونه على المستأجر صحّ على الأقوى، و لا يضرّ كونه مجهولا من حيث القلّة و الكثرة لإغتفار مثل هذه الجهالة

فيما بعد، انظر البابين ٩ و ١٠ صفات القاضي و ٦/ ١ كتاب الايمان، و خصّه الحكيم (قدّس سرّه) باليمين، لكن الأظهر الغاء الخصوصية لما اشير اليه في ٢/ ١٠ بأن الملاك الرضا بالتحاكم، بل و يلغو حينئذ خاصية حكم الحاكم. و أما ان الحكم ظاهري لا يوجب انقلاب الواقع فلظاهر الروايات مثل ١/ ٢ كيفية القضاء: «... و بعضكم الحن بحجته من بعض ... الخ» ثم الظاهر عدم جواز عمل القاضي بعلمه في حق اللّه تعالى للحصر في قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «انما اقضي بينكم بالبينات و الايمان» في ١/ ٢، و لوضوح حصول اليقين باقرار و اقرارين مع الزام الشرع اربع اقرارات، بل و في حق الناس ايضا لظهور كون حديث الحصر، واردا في حق الناس، و هو خلاف متعارف العقلاء في زماننا، نعم كان مرسوما في الحكومات الاستبدادية و الفردية. و للزوم الخلاف كثيرا و لحصول الوهن في موقع القاضي عند الناس و ليس كل قاض ظاهر الصلاح صالحا في الواقع فيلزم الظلم كثيرا كما نرى. و للكلام مقام غير المقام).

خاتمة

الأولى ... صحّ على الاقوى: (خلافا للحكيم و الخوئي (قدس سرهما) إلاّ اذا كان المراد شرط التأدية نظرا الى كون

الخراج في الشرع على المالك أي مالك المنفعة لعدم ملكية الرقبة في المفتوحة عنوة، فلا يمكن تغيير الحكم الشرعي، و فيه: ان نقل ما في الذمة امر عقلائي غير مردوع عنه بل يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم).
مجهولا: (خلافا للبروجردي و الاستاذ (قدس سرهما) و ... نظرا الى انصراف الاخبار الى المعلوم عند الطرفين كما هو الغالب، و فيه: منع الانصراف بعد ثبوت الاطلاق مع أنّ الشرط ليس ركنا في العقيدة، و لا نسلم سرايته الى العقد جهالة اذا كان عقلائيا، بل مرّ ان الغرر ليس مطلق الجهل بل الجهل غير العقلائي الموجب للخطر و هذا متعارف عقلائي كما في المزارعة، مع اطلاق الأدلة بل التصريح في بعضها بعدم قدح القلة مثل ٢/ ١٠ المزارعة، و سيما ١/ ١٧ المزارعة المصرّحة بعدم قدح

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣١٨

عرفا، و لإطلاق بعض الأخبار، الثانية: لا بأس بأخذ الاجرة على قراءة تعزية سيّد الشهداء و سائر الأئمّة صلوات اللّه عليهم، و لكن لو أخذها على مقدّماتها من المشي إلى المكان الذي يقرأ فيه كان أولى.
الثالثة: يجوز استيجار الصبيّ المميّز من وليّه الاجباريّ أو غيره كالحاكم الشرعيّ لقراءة القرآن و التعزية و الزيارات، بل الظاهر جوازه لنيابة الصلاة عن الأموات بناء على الأقوى من شرعيّة عباداته. الرابعة:
إذا بقي في الأرض المستأجرة للزراعة بعد انقضاء المدّة اصول الزرع فنبتت فإن لم يعرض المستأجر عنها كانت له، و إن أعرض عنها و قصد صاحب الأرض تملّكها كانت له، و لو بادر آخر إلى تملّكها ملك و إن لم

____

الجهالة و باطلاقها حتى المعتد به، و لا نسلم الانصراف الى المعلوم عند الطرفين فان امر الخراج الى الحاكم و قد يزيد فيه بما لم يتصور قبلا).
الثانية ... اولى: (لتحصيل الخلوص في نفس العمل فكم للمعزّى من اجر و مقام فان باب الحسين عليه السّلام اوسع ابواب الجنة نرجوه بلطفه عليه السلام).
الثالثة ... لنيابة الصلاة: محلّ اشكال لعدم اطلاق في ادلة النيابة يشمله من حيث فراغ ذمّة المنوب عنه، و نظير المقام الاكتفاء بصلاته على الميت (وفاقا للخوئي و الگلپايگاني (قدس سرهما) و ... لعدم الملازمة بين شرعية عباداته و جواز الاكتفاء بها عن الغير، و اما ادلة: «برّ الولد لوالده ان يصلي عنه ...»، فلا اطلاق لها من حيث البلوغ. نعم، الأظهر شرعية عباداته خلافا للنجفي (مد ظله) لإطلاق الأدلة، و حديث رفع القلم يرفع الالزام لكونه امتنانيا و لا امتنان في رفع اساس الحكم و لا منع في ذلك حتى على بساطة الحكم لكون الأمر اعتباريا خلافا للخوئي، و يشهد لما ذكرنا ذكر النائم ايضا مع وضوح عدم رفع الحكم عنه اساسا حتى الوضع مثلا، ان قلت: اذا كان العمل صحيحا فما الوجه في منع النيابة؟ قلت: الوجه اختلاف موقع الصحة نفسيا و نيابة عند العقلاء يوجب عدم ظهور الأدلة في الاطلاق كما نرى في صحة تسليم الصبي و لزوم جوابه عقلائيا و مع ذلك لا يستحسنون و قد يقبحون لو وجّه الشخص صبيا لإبلاغ التسليم أو للنيابة في العيادة و التشييع مثلا).
الرابعة و نبتت: أي: و أنتجت بحيث يصير مالا بل و لو لم يكن مالا (لبقاء حق الاختصاص).
كانت له: اذا حازها (لعدم كفاية قصد التملك بلا الاستيلاء) و قد مرّ نظيره سابقا، ثم الأظهر ما في المتن من كون الأعراض سببا للخروج عن الملكية بمعنى انه سبب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۱۹

يجز له الدخول في الأرض إلاّ بإذن مالكها. الخامسة: إذا استأجر القصّاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعيّ بحيث صار حراما ضمن قيمته، بل الظاهر ذلك إذا أمره بالذبح تبرّعا، و كذا في نظائر المسألة.

لعدّ المال تالفا في النسبة أي نسبته الى مالكه فان دليل لا يحل مال امرء مسلم ... الخ، لا بد في تحقق موضوعه من تحقق عنوان المالية و الانتساب الى المسلم مثلا- و ان كانت الملكية كافية ايضا في الحرمة و غير المسلم لحكم المسلم ايضا احيانا لكن ذلك بدليل آخر- فقد يتلف العين أو ماليته و قد يتلف الانتساب، و الأعراض من متلفات الانتساب، دليل ذلك نفي اعتبار العقلاء ملكيته حينئذ. و لا اشك في ذلك و ان شك غير واحد كالخوئي و الحكيم (قدس سرهما) وفاقا للاستاذ و البروجردي (قدس سرهما) و ... فاذا تلف الانتساب فهو مال بلا مالك فهو لآخذها، و أمّا ان تالف الانتساب كالمباح فهو بدليل روايات السفيه ۲ و ۱/ ۱۱ اللقطة: «... و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم»، و أما قوله عليه السّلام: فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله و هم احق به فلعل المراد فيما يكون اهله متوقعا لحصوله فلم يعرض، و يشير اليه ذكر ترك صاحبه في الفقرة الاخرى و إلاّ فلا موضوع له عادة فيما غرقت و ذهبوا الى اوطانهم بلا شعور بمكان الفرق مثلا بحيث تركوا مالهم. و حينئذ فالظاهر عدم كون ذلك تعبدا خاصا على ما وصفه الخوئي (قدّس سرّه) بل لعدّه تالفا أو تالف الانتساب كما ذكرنا و نظير ذلك احياء الموات المعرض عنه راجع ۵ و ٦/ ۱ احياء الموات، و انفاق البعير الضائع و أخذ المال الضائع ۲ و ۳ و ۱/ ۱۳ اللقطة، و هذا هو قول المشهور كما عن السرائر و الجواهر و كذا السيرة في حطب المسافر، و لعله يستفاد من فحوى بعض الأخبار ۱۲ اللقطة، و حينئذ فنصوص الشاة الضائع ايضا على القاعدة ۱/ ۱۳ اللقطة فالمراد منه صورة الضياع فلا نسلم قول الحكيم (قدّس سرّه): لم يعمل بظاهرها عند المشهور. و ما ذكرنا هو الملاك في التصرف في الشوارع المستحدثة بغير اذن صاحبها مع قيام السيرة عليه ايضا بل لعل السيرة على الأوسع من ذلك أي و لو لم يعرض صاحبها فتأمل.

إلاّ باذن مالكها: في غير ما قامت السيرة على الجواز كالأراضي الواسعة.

الخامسة: ... اذا امره: أو فعل كذلك بلا امر (و وجه التعبير بالظاهر دون القطع الاشارة الى الاحسان و انه لا سبيل على المحسنين، و فيه: انه كان بصدد الاحسان و لم يكن محسنا و لم يعتبره المالك محسنا بخلاف مثل الوديعة ففيها اعتبره المالك محسنا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۰

السادسة: إذا آجر نفسه للصلاة عن زيد فاشتبه و أتى بها عن عمرو فإن كان من قصده النيابة عن من وقع العقد عليه و تخيّل أنّه عمرو فالظاهر الصحّة عن زيد و استحقاقه الاجرة، و إن كان ناويا النيابة عن عمرو على وجه التقييد لم تفرغ ذمّة زيد و لم يستحقّ الاجرة، و تفرغ ذمّة عمرو إن كانت مشغولة و لا يستحقّ الاجرة من تركته، لأنّه بمنزلة التبرّع، و كذا الحال في كلّ عمل مفتقر إلى النيّة. السابعة: يجوز أن يوجر داره مثلا إلى سنة باجرة معيّنة و يوكل المستأجر في تجديد الاجارة عند انقضاء المدّة، و له عزله بعد ذلك، و إن جدّد قبل أن يبلغه خبر العزل لزم عقده، و يجوز أن يشترط في ضمن العقد أن يكون وكيلا عنه في التجديد بعد الانقضاء،

السابعة: ... ان يكون وكيلا: أي بنحو شرط النتيجة فيكون وكيلا بنفس هذا الاشتراط و ليس له عزله تكليفا و لكن لو عزله ينعزل على الأظهر (وفاقا للبهبهاني و الگلپايگاني و هكذا نقل عن الخونساري (قدّس سرّه) مشافهة و استشكل في الحاشية بلا تفريق بين شرط الفعل و النتيجة و خلافا للخوئي (قدّس سرّه) في شرحه في شرط النتيجة و يستدل بتحقق الوكالة بنفس هذا الاشتراط لعدم لزوم عقد خاص في تحقق الوكالة، و فيه: ان تحقق الوكالة بالشرط و وجوب الوفاء به لا يستلزم عدم الانعزال لو عزله لعدم فهم ازيد من ذلك من «المؤمنون عند شروطهم» أي يجب العمل. إلاّ ان يقال:

مفاد الحديث قصر السلطنة و هو محل تأمل، و مثل ذلك شرط الوكالة للزوجة في الطلاق في ضمن عقد النكاح يجب العمل و عدم العزل لكن لو عزل و عصى لا دليل على عدم الانعزال.

و أما ما يستدل على عدم صحّة الشرط بأن الوكالة عقد جائز لا ينقلب لازما ابدا، ففيه: ان ذلك بالعنوان الثانوي كالنذر أي يصير مصداقا للازم لا لازما بنفسه و ذاته، و ايضا العقد الجائز لا ينحل بنفسه بل بحلّ شخص ذي حق في الحلّ و الغرض انه سلب عن نفسه حق الحلّ فان الجواز حكم، و أما الفسخ و الحل فهو حق، فالكلام كله في ان هذا الشرط يوجب سلب السلطنة على الفسخ ام لا؟

و يمكن أن يقال: لا ينبغي ان يشك في امكان سلب الحق من ذي الحق عن نفسه بالقرار كما يمكن سلب الملكية من المالك بالقرار فهل يكون الحق اهم من الملك؟ فاذا كان ذلك ممكنا بالاساس فيسلب عنه ذلك الحق بالقرار، فالحق يسلب أو ينتقل كالملكية و يمكن ان يقال: العزل حينئذ تصرف في حق الغير فلا يتحقق بلا رضا الغير كما استدل الحكيم (قدّس سرّه) و لكن مع ذلك كله الاقوى الانعزال لأن الوكالة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۱

و في هذه الصورة ليس له عزله. الثامنة: لا يجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط ردّ الثمن للبايع أن يوجر المبيع أزيد من مدّة الخيار للبايع، و لا في مدّة الخيار من دون اشتراط الخيار حتّى إذا فسخ البايع يمكنه أن يفسخ الاجارة، و ذلك لأنّ اشتراط الخيار من البايع في قوّة إبقاء المبيع على حاله حتّى يمكنه الفسخ، فلا يجوز تصرّف ينافي ذلك. التاسعة: إذا استوجر لخياطة ثوب معيّن لا بقيد المباشرة فخاطه شخص آخر تبرّعا عنه استحقّ الاجرة المسمّاة، و إن خاطه تبرّعا عن المالك لم يستحقّ المستأجر شيئا

بلا عزل غير معتبرة في الشريعة فان الوكالة فيها امكان العزل، نعم اذا نذر أو شرط يصير العزل تصرفا في حق الغير فيكون حراما و ليس كل تصرف في حق الغير غير متحقق اذ حق الغير ليس بعنوان عدم العزل أو العزل بل بعنوان الشرط و عدمه أو النذر و عدمه، و المستفاد من ادلة النذر أو الشرط هو التكليف فقط، فحديث قصر السلطنة غير مفيد في المسألة فانه يكون بعنوان الشرط أو النذر و هو لا يفيد سوى التكليف، و تأمل في مشابه المقام و هو شرط عدم تزوج المرئة من زيد في طلاقها فيقول الرجل انت طالق بشرط ان لا تتزوج من زيد بعدا، فاذا تزوجت فهل يصير الزواج باطلا أو محرما فقط تحت عنوان مخالفة الشرط؟.

فتحصل ان خاصية الشرط حينئذ الحرمة تكليفا و تزلزل اصل العقد بمخالفة الشرط وضعا فقط لا عدم تحقق الانعزال

مثلا).

الثامنة: لا يجوز: تكليفا بل و وضعا ايضا اذا تعلق نظر ذي الخيار بشخص المبيع و صرّح بذلك في العقد فلا ينفذ حينئذ بل يكون مراعى بعدم الفسخ بخلاف اجارة مثل الدينار للتفاخر مع عدم نظر خاص من ذي الخيار بشخص الدينار بل بماليته (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) فقال بالمضي و جريان حكم التلف حينئذ نظير الخيار المجعول شرعا، نظرا الى ان مخالفة الشرط لا توجب البطلان وضعا أو عدم النفوذ بل يوجب التكليف فقط نظير اشتراط عدم تزوج المرئة من زيد في طلاقها، لكن الظاهر وجود الفارق و هو ابقاء حق لنفسه عند البيع من جميع خصوصيات المبيع و هذا الابقاء يوجب عدم مضي التصرف).

من دون اشتراط الخيار: قيد للجملتين (فلا يحتاج الى تقييد الاولى كما قيد الگلپايگاني (قدّس سرّه).

التاسعة: استحق الاجرة المسماة: (و العجب من بعض أهل العصر حيث استشكل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۲

و بطلت الاجارة و كذا إن لم يقصد التبرّع عن أحدهما و لا يستحقّ على المالك اجرة، لأنّه لم يكن مأذونا من قبله، و إن كان قاصدا لها أو معتقدا أنّ المالك أمره بذلك. العاشرة: إذا آجره ليوصل مكتوبه إلى بلد كذا إلى زيد مثلا في مدّة معيّنة فحصل مانع في أثناء الطريق أو بعد الوصول إلى البلد فإن كان المستأجر عليه الايصال و كان طيّ الطريق مقدّمة لم يستحقّ شيئا، و إن كان المستأجر عليه مجموع السير و الايصال استحقّ بالنسبة، و كذا الحال في كلّ ما هو من هذا القبيل، فالاجارة مثل الجعالة قد يكون على العمل المركّب من أجزاء و قد تكون على نتيجة ذلك العمل، فمع عدم حصول تمام العمل في الصورة الاولى يستحقّ الاجرة بمقدار ما أتى به و في الثانية لا يستحقّ شيئا، و مثل الصورة ما إذا جعلت الاجرة في مقابلة مجموع العمل من حيث المجموع، كما إذا استأجره للصلاة أو الصوم فحصل مانع في الأثناء من إتمامها.

الحادية عشر: إذا كان للأجير على العمل خيار الفسخ فإن فسخ قبل الشروع فيه فلا إشكال، و إن كان بعده

في ذلك بأنه لم يكن بأمر من الأجير و لم يكن العمل منه مباشرة و لا تسبيبا فكيف يستحق الأجير؟ و فيه: ان عمل المتبرع عنه عمله بلا ريب و يسقط ما في ذمة الأجير و الاجرة بأزائه).

و بطلت الاجارة: فيما انكشف عدم قدرة الاجير اصلا كما اذا كان الاستيجار للعمل يوم الجمعة فبادر المتبرع يوم الخميس، و أما فيما كان قادرا و الوقت متسعا فتبرع المتبرع فالظاهر تخيير المستأجر بين الفسخ أو الابقاء و الانتقال الى قيمة العمل و تسليم المسماة الى الأجير ثم المستأجر في كلامه بالفتح، أي: الأجير.

العاشرة ... نتيجة ذلك العمل: اذا كانت الاجارة حينئذ عقلائية غير غررية بأن كانت النتيجة متوقع الحصول، و بذلك يفرق الاجارة عن الجعالة فان العمل في الجعالة من ناحية العامل نفسه بلا قرار خاص معه.

مجموع: فالاجرة حينئذ في قبال الوصف المتولد من المركب فلم يلاحظ الاجتماع قيدا حتى يلزم بتخلفه الخيار فقط، و منه يعلم صورة اخرى و هي ما لوحظ الاجتماع شرطا و يثبت الخيار بتخلفه.

الحادية عشر ... و ان كان بعده: في جواز الفسخ بعد تمام العمل في خيار الشرط اشكال و ان كان الأوجه ذلك (وفاقا للبهبهاني و بعض اهل العصر لعدم اطلاق في الأدلة و بناء العقلاء يشمل ذلك فالعقلاء لا يعتبرون ذلك الخيار، لكن

الأوجه الجواز لإطلاق المؤمنون ... الخ، فاذا صرّحا بالخيار حتى بعد العمل فالظاهر عدم الاشكال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۳

استحقّ اجرة المثل، و إن كان في أثنائه استحقّ بمقدار ما أتى به من المسمّى أو المثل على الوجهين المتقدّمين إلاّ إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع فلا يستحقّ شيئا و إن كان العمل ممّا يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما في الصلاة، بناء على حرمة قطعها، و الحجّ بناء على وجوب إتمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل أو لا، وجهان أوجههما الأوّل هذا إذا كان الخيار فوريّا، كما في خيار الغبن إن ظهر كونه مغبونا في أثناء العمل و قلنا: إنّ الاتمام مناف للفوريّة، و إلاّ فله ان لا يفسخ إلاّ بعد الاتمام و كذا الحال اذا كان الخيار للمستأجر إلاّ أنّه إذا كان المستأجر عليه المجموع من حيث المجموع، و كان في أثناء العمل يمكن أن يقال: إنّ الأجير يستحقّ بمقدار ما عمل من اجرة المثل لإحترام عمل المسلم خصوصا إذا لم يكن الخيار من باب الشرط. الثانية عشر: كما يجوز اشتراط كون نفقة الدابّة المستأجرة و العبد و الأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معيّنة بحسب العادة أو عيّناها على وجه يرتفع الغرر كذلك يجوز اشتراط كون نفقة المستأجر على الأجير أو الموجر بشرط التعيين أو التعيّن الرافعين للغرر، فما هو المتعارف من إجارة الدابّة للحجّ و اشتراط كون تمام النفقة و مصارف الطريق و نحوها

و ان كان البناء المتعارف على خلاف ذلك بعد تمام العمل).

على الوجهين: مرّ الفرق بين الخيار الاصلي و المجعول من طرفي العقد ففي، الأول ينحل اصل العقد بفسخ ذي الخيار و يصير الأجير مستحقا لاجرة المثل، و في الثاني يكون الفسخ من حين الفسخ فيستحق الأجير من المسمى بنسبة ما عمل (و نظيره القول بالفرق بين ما سببه من الاول و ما طرء سببه كما عن الاستاذ و بعض آخر فان الاول هو الخيار الأصلي لكن ما طرء عنوان يعم المجعول شرعا و من الطرفين، و كيف كان ففي المجعول من الطرفين بناء العرف على الانحلال).

اوجههما الأول: اذا اتم العمل بنية الاجرة (و أصل الحكم لكون الأمر الأول موجبا للاتمام لعدم جواز النقص من الأجير).

خيار الغبن: في فوريته تأمل (و الكلام في محله اذ التأخير اعم من الرضا).

يمكن ان يقال: الظاهر عدم الفرق، و الأجير بقبوله الاجارة الخاصة اسقط ضمان عمله.

الثانية عشر ... اجارة الدابة للحج: لكن المتعارف في الحملدارية للحجاج ليس ذلك بل اجارة الشخص نفسه لعمل الحجاج و تهيئة وسائل سفرهم و لذا لا يكون موت الدابة أو عطل الطيارة موجبا لبطلان الاجارة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۴

على الموجر لا مانع منه إذا عيّنوها على وجه رافع للغرر. الثالثة عشر: إذا آجر داره أو دابّة من زيد إجارة صحيحة بلا خيار له ثمّ آجرها من عمرو كانت الثانية فضوليّة موقوفة على إجازة زيد، فإن أجاز صحّت له و يملك هو الاجرة فيطالبها من عمرو، و لا يصحّ له إجازتها على أن تكون الاجرة للموجر، و إن فسخ الاجارة الاولى بعدها، لأنّه لم يكن مالكا للمنفعة حين العقد الثاني، و ملكيّته لها حال الفسخ لا تنفع إلاّ إذا جدّد الصيغة و إلاّ فهو من قبيل من باع شيئا ثمّ

ملك. و لو زادت مدّة الثانية عن الأولى لا يبعد لزومهما على الموجر في تلك الزيادة، و أن يكون لزيد إمضاؤها بالنسبة إلى مقدار مدّة الأولى. الرابعة عشر: إذا استأجر عينا ثمّ تملّكها قبل انقضاء مدّة الاجارة بقيت الاجارة على حالها فلو باعها و الحال هذه

الثالثة عشر ... صحت له: اذا كان مورد الاجارتين واحدا أو الاولى متضمنة للثانية و حينئذ يلزم رعاية المسألة من فصل ۵ فلا تكون اجرة الثانية اكثر إلاّ اذا احدث حدثا (و أما لو لم يكن موردهما واحدا فلا منافاة بينهما فيكون الثانية ايضا للموجر).

على ان تكون الاجرة للموجر: إلاّ ان يريد تمليك المنفعة له بتمليك جديد بهذا التعبير و ان كانت الصحة بدون ذلك ايضا محتملة و البحث في محله (لعدم تسلم لزوم دخول الاجرة في ملك من خرجت عن ملكه المنفعة و كذلك الحال في البيع، فيمكن ان يقول مالك الثمن لزيد: اشتر بهذا لنفسك الخبز مثلا، فتأمل).

جدد الصيغة: الأظهر عدم الاحتياج الى تجديد العقد (فانه لا يلزم كون المجيز مالكا حين العقد بل الملكية حين الاجازة كافية اذ العمدة تحقق استناد العقد السابق الى المجيز عرفا بلا فرق بين تحقق الملكية حين العقد و عدمه إلاّ ان يمتنع احد الفضولية على القاعدة. و أما روايات: «لا تبع ما ليس عندك» فالمراد عدم نفوذ العقد مع قطع النظر عن المالك و رغما عليه. و أما اشكال ان الاجازة كاشفة (حكما لا حقيقيا على نحو الانقلاب أو الشرط المتأخر) لا ناقلة، مع ان الكشف هنا غير ممكن لعدم الملكية حين العقد، فالجواب ان الكاشفية انما هي من زمان يمكن، و في المقام زمان الامكان انما هو من حين انتقال الملك الى المجيز).

الرابعة عشر: ... بقيت الاجارة: إلاّ فيما كان ظاهرا عرفا في ارادة فسخ الاجارة بذلك. و إلاّ في التملك بمثل الارث على احتمال (لعدم التنافي فينتقل كل من العين و المنافع بسبب على حدة اليه. و استشكل غير واحد منهم في المسألة، و الظاهر ما ذكرنا. و أما في مثل الارث و كل سبب لا يعتبر له البقاء و الزوال ليجري فيه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۵

لم يملكها المشتري إلاّ مسلوبة المنفعة في تلك المدّة، فالمنفعة تكون له، و لا تتبع العين، نعم للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن عالما بالحال، و كذا الحال إذا تملّك المنفعة بغير الاجارة في مدّة ثمّ تملّك العين، كما إذا تملّكها بالوصيّة أو بالصلح أو نحو ذلك فهي تابعة للعين إذا لم تكن مفروزة، و مجرّد كونها لمالك العين لا ينفع في الانتقال إلى المشتري، نعم لا يبعد تبعيّتها للعين إذا كان قاصدا لذلك حين البيع. الخامسة عشر: إذا استأجر أرضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماويّة أو أرضيّة توجب نقص الحاصل لم تبطل، و لا يوجب ذلك نقصا في مال الاجارة و لا خيارا للمستأجر، نعم لو شرط على الموجر إبراءه من ذلك بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخبرة ثلثا أو ربعا أو نحو ذلك أو أن يهبه ذلك المقدار إذا كان مال الاجارة عينا شخصيّة فالظاهر الصحّة، بل الظاهر صحّة اشتراط البراءة على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجة، و لا يضرّه التعليق لمنع كونه مضرّا في الشروط، نعم لو شرط براءته على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفا عن البراءة من الأوّل فالظاهر عدم صحّته لأوله إلى الجهل بمقدار مال الاجارة حين العقد. السادسة عشر: يجوز إجارة الأرض مدّة معلومة بتعميرها و إعمال

امكان الفسخ فيحتمل عدم الاجارة كما قال الاستاذ (قدّس سرّه) لكن لا يبعد تقدم سبب الاجارة ايضا بحسب القواعد و الاعتبار العقلائي).

خيار الفسخ اذا لم يكن عالما: و فرض ورود الايجاب و القبول على مورد واحد كبعض موارد الغفلة و أما لو فرض انشاء البائع تمليك العين مسلوبة المنفعة و المشتري قبول تملكها واجدة المنفعة فالعقد لا يقع لعدم توارد الايجاب و القبول على امر واحد فلا موضوع للخيار، كما انه اذا باع بالمتعارف من تمليك العين مع تبعية المنافع لم يكن شيء يوجب الخيار في البين.

اذا كان قاصدا: أي وقع تحت انشاء العقد، و حينئذ فالتبعية معلومة بلا ريب.

الخامسة عشر: عدم صحته: بل الظاهر الصحة فان البرائة لا تتحقق إلاّ بعد اشتغال الذمة فقدر مال الاجارة معلوم إلاّ ان يراد من البرائة عدم اشتغال الذمة اصلا على خلاف معنى الكلمة (كما انه قد مرّ صحة شرط النتيجة في الضمان كما يستفاد من ١/ ٢٤ موجبات الضمان في من تطيب أو تبطير و انه ضامن إلاّ ان يأخذ البرائة.

فان معنى البرائة برائة الذمة و مقابلها ضمان الذمة).

السادسة عشر: بتعميرها: مع تعيين العمل على وجه يرتفع به الغرر، و الحق ان التقبيل معاملة مستقلة يتبادل فيها منافع الطرفين و ان كان يحتمل كونه إجارة موجرها

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٢۶

عمل فيها من كري الأنهار و تنقية الآبار و غرس الأشجار و نحو ذلك، و عليه يحمل قوله عليه السّلام: لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمرها و يودّي ما خرج عليها، و نحوه غيره. السابعة عشر: لا بأس بأخذ الاجرة على الطبابة و إن كانت من الواجبات الكفائيّة، لأنّها كسائر الصنايع واجبة بالعوض، لإنتظام نظام معايش العباد، بل يجوز و إن وجبت عينا لعدم من يقوم بها غيره، و يجوز اشتراط كون الدواء عليه مع التعيين الرافع للغرر، و يجوز أيضا مقاطعته على المعالجة إلى مدّة أو مطلقا بل يجوز المقاطعة عليها بقيد البرء أو بشرطه إذا كان مظنونا بل مطلقا و ما قيل من عدم جواز ذلك لأنّ البرء

مالك الأرض أو مؤجرها المتقبل يوجر نفسه للعمل (اذ ملاك الموجر و البائع التوجه الى المالية كما ان ملاك الاستيجار و الاشتراء التوجه الى خصوصية العين ففيما كان العوضان منفعتين أو عينين و كان النظر الى خصوص العين او المالية من كلا الطرفين لم يكن تبعا و لا شراء و لا اجارة بل معاملة خاصة فتدبر).

السابعة عشر: واجبة بالعوض: في وجوبها شرعا اشكال (وفاقا للاستاذ (قدّس سرّه) لعدم دليل على ذلك شرعا و كفاية القيام العقلائي بها عن الايجاب فلا يحتاج اليه، و علّل السيد جمال و الاصطهباناتي و النجفي (قدس سرهم) المسألة بأن وجوبها بمعنى حرمة منعها عن المحتاجين و لا يلازم المجانية، و فيه: انا لا نسلم رجوع الوجوب الى حرمة الترك و المنع. و للبحث عن اصل المسألة مقام آخر، و قد مرّ في صلاة الاستيجار عدم استلزام الوجوب للمجانية إلاّ اذا قيّد بها كتجهيز الموتى بالاجماع).

أو مطلقا: اذا لم يكن غرريا (بأن كانت المدة معلومة و لو بالتقريب أو كان المرض بحيث لا نظر فعلا الى مدة العلاج بل الى البرء أو الراحة كالاجارة على خياطة الثوب) لكن هذا ايضا يعتبر فيه المدة و لو تقريبا لا الى آخر العمر.

مظنونا: في التقيد به حينئذ اشكال إلاّ اذا كان مطمئنا اليه بحيث يكون كالعلم العادي لئلا يكون غرريا و يكون مقدورا يمكن الالتزام به و إلاّ فيكون من التعليق، نعم لا بأس في الشرط (فانه ان كان اختياريا يكون بمعنى الالتزام بالفعل و ان كان غير اختياري يكون بمعنى جعل الخيار عند تخلف ذلك و أما القيد بمعنى المعاملة على الحصة الخاصة فان كان غير اختياري لا يقع تحت التكليف و الأمر و القدرة فيرجع الى التعليق مثل صلّ عند الزوال أو ان زالت الشمس صلّ بلا فرق في التعبير، ففيما يكون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۷

بيد اللّه فليس اختياريًا له، و أنّ اللازم مع إرادة ذلك أن يكون بعنوان الجعالة لا الاجارة فيه أنّه يكفي كون مقدّماته العاديّة اختياريّة، و لا يضرّ التخلّف في بعض الأوقات، كيف و إلاّ لم يصحّ بعنوان الجعالة، أيضا. الثامنة عشر: إذا استوجر لختم القرآن لا يجب أن يقرأه مرتّبا بالشروع من الفاتحة و الختم بسورة الناس، بل يجوز أن يقرأ سورة فسورة على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم رعاية الترتيب في آيات السورة أيضا، و لهذا إذا علم بعد الاتمام أنّه قرأ الآية الكذائيّة غلطا أو نسي قراءتها يكفيه قراءتها فقط، نعم لو اشترط عليه الترتيب وجب مراعاته، و لو علم إجمالا بعد الاتمام أنّه قرأ بعض الآيات غلطا من حيث الاعراب أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه أو من حيث المادّة فلا يبعد كفايته و عدم وجوب الاعادة، لأنّ اللازم القراءة على المتعارف و المعتاد، و من المعلوم وقوع ذلك من القارين غالبا إلاّ من شذّ منهم، نعم لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلا لزم عليه الاعادة مع العلم به في الجملة، و كذا الكلام في الاستيجار لبعض الزيارات المأثورة أو غيرها، و كذا في الاستيجار لكتابة كتاب أو قرآن أو دعاء أو نحوها

مطمئنا لا اشكال في تعليقه اذ في الحقيقة لا تعليق كالتعليق على طلوع الشمس بخلاف غير المعلوم، و ما ذكرنا من عدم القدرة غير ما ذكره السيد جمال و الاصطهباناتي من ان البرء فعل اللّه فهو غير مقدور للعبد فان البرء له مقدمات طبيعية هي عمل الطبيب و الدواء و المريض و الجنود الباطنة و هي مع ذلك عمل اللّه، كما ان البرء و كل عمل و اصل وجودنا منسوب الينا و اليه تعالى- لكن كما الموجود منسوب لنا. فالفعل فعل اللّه و هو فعلنا- و البحث في محله).

الجعالة ايضا: فرق بينهما لعدم تمليك من الأول في الجعالة.

الثامنة عشر: على خلاف الترتيب: بل الظاهر لزوم الترتيب إلاّ ان يصرّح باطلاق المستأجر عليه، و كذا في ترتيب الآيات بل اظهر، نعم يكفي قرائة المغلوط أو المنسي وحده، بعد السورة لو التفت بعدها و اما لو التفت في الآية أو بعدها بلا فصل أو مع فصل يسير فالأحوط بل الأوجه ايضا التكرار المحصّل للترتيب (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) في الأخير و قد شبهه بالصلاة في عدم لزوم التكرار المحصل للترتيب و فيه لزوم رعاية الترتيب في اجزاء الصلاة ايضا اذا توجه قبل الركوع).

اسقاط كلمة: على المتعارف إلاّ ان ينصرف الى عمل الضابطين الادقّاء فيراعى عملهم المتعارف.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۸

لا يضرّ في استحقاق الاجرة إسقاط كلمة أو حرف أو كتابتهما غلطا. التاسعة عشر: لا يجوز في الاستيجار للحجّ البلديّ أن يستأجر شخصا من بلد الميّت إلى النجف، و شخصا آخر من النجف إلى مكّة أو إلى الميقات، و شخصا آخر منه إلى

مكّة إذ اللازم أن يكون قصد الموجر من البلد الحجّ، و المفروض أنّ مقصده النجف مثلا، و هكذا فما أتى به من السير ليس مقدّمة للحجّ، و هو نظير أن يستأجر شخصا لعمرة التمتّع و شخصا آخر للحجّ، و معلوم أنّه مشكل، بل اللازم على القائل بكفايته أن يقول بكفاية استيجار شخص للركعة الاولى من الصلاة و شخص آخر للثانية، و هكذا. متممّ العشرين: إذا استوجر للصلاة عن الميّت فصلّى و نقص من صلاته بعض الواجبات الغير الركنيّة سهوا فإن لم يكن زائدا على القدر المتعارف الذي قد يتّفق أمكن أن يقال: لا ينقص من اجرته شيء، و إن كان الناقص من الواجبات و المستحبّات المتعارفة أزيد من المقدار المتعارف ينقص من الاجرة بمقداره إلاّ أن يكون المستأجر عليه الصلاة الصحيحة المبرئة للذمّة، و نظير ذلك إذا استوجر للحجّ فمات بعد الاحرام و دخول الحرم، حيث إنّ ذمّة الميّت تبرأ بذلك، فإن كان المستأجر عليه ما يبرأ الذمّة استحقّ تمام الاجرة، و إلاّ فتوزع و يستردّ ما يقابل بقيّة الأعمال.

التاسعة عشر: لا يجوز: (و لا يبتني على البحث عن وجوب المقدمة هل هي الموصلة أو مطلقا اذ سير زيد لا يكون مقدمة لحج عمرو و لو غير الموصلة خلافا للنائيني (قدّس سرّه) في بنائه على ذلك، فلا يجوز إلاّ ان يريد المستأجر-طبق الوصية- اتيان عمل مشترك بين المتعددين اشتراكا اعم من نفس العمل و مقدماته و كأنه مراد النجفي (قدّس سرّه) بقوله: «الاقوى جوازه في بعض الفروض» لكن الظاهر ان مشي زيد الى بلد خاص فقط لا يرتبط بالحج بصرف قصد ذلك الاشتراك).

نظير: هما عملان ارتبطا شرعا بخلاف المقام و لذا ورد امكان النيابة بالعمرة عن احد الوالدين و بالحج عن الآخر. و أما الصلاة فكل ركعة من شخص تقع باطلة لعدم المحلل في الاولى و عدم المحرّم في الاخرى و كان الأولى التنظير بوضوء، و صلاة شخص آخر.

العشرين: ينقص من الاجرة: ان لم يتدارك النقص بخلاف مثل التشهد المنسي.

المبرئة: و التفصيل ان الاجارة قد تكون على الابراء و قد تكون على الاعمال بنحو الجزئية و قد تكون على الاركان و الاجزاء اللازمة و اخذ الباقية بنحو الاشتراط ففي الاولى لا ينقص من الاجرة عند حصول الابراء و في الثانية ينقص و في الثالثة لا ينقص لكن فيها خيار تخلف الشرط (و لم افهم وجه حاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) في استحقاق تمام الاجرة و في الموت بعد الاحرام في الحرم و ان كان أجيرا على الاعمال؟!).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۲۹

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

كتاب المضاربة

و تسمّى قراضا عند أهل الحجاز، و الأوّل من الضرب لضرب العامل في الأرض لتحصيل الربح، و المفاعلة باعتبار كون المالك سببا له و العامل مباشرا، و الثاني من القرض بمعنى القطع لقطع المالك حصّة من ماله و دفعه إلى العامل ليتّجر به و عليه العامل مقارض بالبناء للمفعول، و على الأوّل مضارب بالبناء للفاعل، و كيف كان عبارة عن دفع الانسان مالا إلى غيره ليتّجر به على أن يكون الربح بينهما، لا أن يكون

كتاب المضاربة

و المفاعلة: بناء على لزوم الاشتراك في معناها و هو ممنوع (و الأظهر في معناها السعي في تحقق المادّة بلا لزوم الاشتراك كما ترى في مثل: قامت و سافرت و آويت و باركت له و طالعت، و الفرق بين قاتلت و قتلت تحقق القتل في الثاني و هو محتمل في الاول، و معنى المضاربة السعي في تحقق الضرب في الأرض أو الضرب في الربح).

دفع الانسان: لعل المراد من الدفع في هذا التعريف المنقول عن المحقق و العلامة و الشهيد الثاني في بعض كتبهم الانشائي منه حتى لا يرد عليه ان الدفع خارجا لازم المضاربة و مسبب عنها لا نفسها، و ايضا يأتي من الماتن صحة المضاربة مع كون المال بيد المالك فلا يلزم الدفع الخارجي، لكن يرد عليه: ان المضاربة عقد و قرار- باللفظ أو الفعل- بين شخصين من احدهما المال و من الآخر العمل لا صرف دفع المال الذي يكون من احد الشخصين، كما انها ليست عقدا لفظيا على ما يظهر من بعض العبارات بل واقع العقد و القرار، و اللفظ من اسباب ايجاده.

و هي معاملة مستقلة لعل حقيقتها ترجع الى نوع شركة بين شخصين بالمال و العمل على ان يكون الربح بينهما (و حقيقة تقسيم الربح تسهيم الربح للمال و العمل و أورد على هذا التعبير بعض اهل العصر بأن السهم للمالك و العامل لا المال و العمل، و فيه: ان النوع تبع الاصل و الربح بواسطة الأصل اي المال مثلا يتصل بمالك المال.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۰

تمام الربح للمالك و لا أن يكون تمامه للعامل، و توضيح ذلك أنّ من دفع مالا إلى غيره للتجارة تارة على أن يكون الربح بينهما و هي مضاربة، و تارة على أن يكون تمامه للعامل، و هذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصده و تارة على أن يكون تمامه للمالك، و يسمّى عندهم باسم البضاعة و تارة لا يشترطان شيئا، و على هذا أيضا يكون تمام الربح للمالك فهو داخل في عنوان البضاعة، و عليهما يستحقّ العامل اجرة المثل لعمله إلاّ أن يشترطا عدمه، أو يكون العامل قاصدا للتبرّع و مع عدم الشرط و عدم قصد التبرّع أيضا له أن يطالب الاجرة إلاّ أن يكون الظاهر منهما في مثله عدم أخذ الاجرة، و إلاّ فعمل المسلم محترم

و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): حقيقتها توكيل المالك العامل في الاتجار، و فيه: ان الوكالة اعتبارها عند العقلاء- و لا اطلاق في الشرع يعم غيرها- انما هو في الامور الاعتبارية و في المضاربة ليس الاعتباريات فقط بل كل شيء اعتباريا و حقيقيا. و قال النجفي تبعا للبروجردي (قدس سرهما): حقيقتها الاشتراط بين العامل و رب المال ... الخ.

و أظن ان تعبير البروجردي (قدّس سرّه) الاشتراك و الغلط من النّساخ).

ان كان بقصده: و إلاّ فبحكمه (و لو قصد المضاربة فالقصد الى العنوان لغو و قولنا بحكمه نظرا الى قصد المعنون ذاته بلا تفهم العنوان. و أما تمسك الرياض لذلك بحديث ١/ ٤ المضاربة: «من ضمّن تاجرا فليس له إلاّ رأس ماله و ليس له من الربح شيء» أي فهو قرض حقيقة، ففيه احتمال ارادة فساد العقد و ان المال بمنزلة المغصوب و الخراج بالضمان كما عليه ابو حنيفة تقية. و أيضا مورد الحديث التضمين و هو غير مورد البحث، و بعبارة اخرى القرض متقوم حقيقة بعود رأس المال فقط و بصحة المعاملات الواردة على المال لكن ليس كل متقوم بهذين قرضا لجريانهما في قاعدة الخراج بالضمان ايضا).

قاصدا للتبرع: قصدا يظهره بفعل أو قول و هو المراد من قوله إلاّ ان يكون الظاهر ... الخ. و مثل ذلك تقييد المالك اذنه في التجارة بالمال بالمجانية، و لعل المراد من اشتراط عدم الاجرة في كلامه ما يعم ذلك.

محترم: (لكن الاحترام اعم من الضمان، و الأولى الاستدلال ببناء العقلاء على الضمان باستيفاء منفعة الغير اذا كان بالأمر. فان قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» يدل على لزوم الاحترام و أخذ الحريم، و لا دليل على شموله الضمان الوضعي لعدم العلم باطلاق التنزيل من هذه الجهة بل من جهة الأهمية فقط.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۱

ما لم يقصد التبرّع، و يشترط في المضاربة الايجاب و القبول، و يكفي فيهما كلّ دالّ قولا أو فعلا و الايجاب القوليّ كأن يقول: ضاربتك على كذا و ما يفيد هذا المعنى، فيقول: قبلت، و يشترط فيها أيضا بعد البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو جنون امور: الأوّل: أن يكون رأس المال عينا فلا

ـــــــــــــــــــــــــ

نعم يمكن ان يقال: بناء العقلاء على الضمان باستيفاء منفعة الغير اذا كان بالأمر و نحوه. و أما سند الحرمة فبهذه العبارة، اي «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» في ۳/ ۱۵۸ احكام العشرة، و كذا في اصول الكافي ۲: ۳۶۰، باب الايمان و الكفر عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بسند معتبر: «ساب المسلم ... و حرمة ماله كحرمة دمه» و ذكره بعينه احمد بن حنبل في مسنده ۱: ٤٤٦. و هي لا تدل على ازيد من الاحترام، كما لا يستفاد من التشبيه و التنزيل ايضا الضمان نظرا الى تحققه في الدم لعدم دليل على اطلاق التنزيل، فهي مثل قوله عليه السّلام: اعظم الخطايا اقتطاع مال امرء مسلم بغير حق ١٤/ ٧٧ جهاد النفس الوسائل و كذا ٦/ ٧٨، و قوله عليه السّلام: «لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلاّ بطيب نفسه» ١/ ٣ مكان المصلي و ١/ ٣ قصاص النفس، و قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: في خطبة حجة الوداع: «ان دمائكم و اعراضكم عليكم حرام الى ان تلقوا ربّكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا» ص ۳۰ تحف العقول، و قوله عليه السّلام: «من قرء قل هو اللّه أحد مرة قبل نومه غفر له جميع ذنوبه عدا الدماء و الأموال (ابواب قرائة القرآن من الوسائل).

الايجاب و القبول: (فهي عقد لا ايقاع، و ملاك ذلك كونه تحت ولاية الطرفين و اذا كان تحت ولاية شخص واحد يصير ايقاعا. كالوكالة من الطرفين في اجراء عقد النكاح أو المضاربة أو غيرهما فالمضاربة عقد و بالوكالة لشخص واحد من الطرفين تصير ايقاعا كالطلاق لا يعتبر فيه القبول و الايجاب بل يقع بصيغة واحدة كما قال النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «زوجتكها»).

لفلس أو جنون: لعل المراد السفه لئلا يلزم التكرار مع ذكر العقل، و حينئذ فعدم السفه كعدم الفلس انما يعتبر في المالك لا العامل (نعم السفه في العامل يعارض غرض المضاربة لكنه من جهة اخرى غير جهة الحجر لعدم تصرف مالي في العامل، وفاقا لغير واحد، و الوجه واضح لعدم اطلاق في ادلة الحجر يشمل حجر منفعة العمل، فراجع بل. هو خلاف بناء العقلاء في الحجر و خلاف غرض الحجر بل العامل حرّ فاذا حصّل مالا فهو يدخل تحت الحجر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۲

تصحّ بالمنفعة و لا بالدين، فلو كان له دين على أحد لم يجز أن يجعله مضاربة إلاّ بعد قبضه، و لو أذن للعامل في قبضه ما لم يجدّد العقد بعد القبض، نعم لو وكله على القبض و الايجاب من طرف المالك و القبول

ـــــــــــــــــــــــــ

بالمنفعة: على الاحوط لا ينبغي تركه كما يصح القرار عليها عقدا مستقلا إن عدّ عرفا امرا غير المضاربة و كذا في الدين (لعدم تخصص **اوفوا بالعقود** بالمتعارفة في الفقه و لا بالعقود اللازمة، لعدم دليل قوي على التخصيص و ان كان غير متعارف، هذا و لكن العرف غير آب عن جعل مثل اجارة الدكان مال المضاربة و لا يرون فرقا بينه قبل القبض و النضد و بعده فان منفعة الدكان مال، و ان لم يكن متعارفا، نعم ليس لدينا اطلاق في ادلة المضاربة فراجع فانها بتعبير: يعطي المال، دفع المال و امثالهما الظاهرة في العين لمكان الاعطاء و الدفع، نعم فيها ايضا: «المال يعمل بها بالمضاربة» لكنه ليس في مقام بيان هذه الحرمة أو الاطلاق من كل جهة، و لكن يمكن ان يقال: الملاك في المضاربة عرفا هو المال بلا دخل لكلمة الاعطاء مثلا و لا فرق عرفا بين اقسام المال و المضاربة عقلائية لا تأسيس الشرع، ان قلت: يعتبر بقائه ليعمل به كما قال الخوئي (قدّس سرّه)، قلت: بقاء العين غير لازم لعدم بقاء الاثمان ايضا بل بقاء المالية و هو حاصل، ثم ان ترك الاستفصال في حديث: «المال يعمل بها ...» الخ ايضا دليل.

و الدين ايضا اذا كان مرجو الحصول يصح على القاعدة لكن الأحوط عدم الصحة للشهرة و للحديث ۱/ ۵ المضاربة: «... حتى تقبضه ...» لكن يمكن ان يقال:

الحديث موضوعه مقيد بعدم كون المال عنده، و الظاهر ان المراد عدم كون المدين واجدا، و حينئذ فمن الظاهر عدم صحة المضاربة لعدم المال و أما قوله عليه السّلام: «حتى تقبضه» فيمكن ان يقال: ليس المراد لزوم القبض بل لتحقق وجود المال بذلك.

و كيف كان فالأحوط عدم كونه دينا في المضاربة، و الأظهر صحته عقدا مستقلا و أما معتبرة ۱/ ۵ المضاربة فلا ينفي كونه عقدا مستقلا، قال الخوئي (قدّس سرّه):

اوفوا بالعقود و سائر الأدلة و ان كانت عامة لكن لا تشمل مثل المضاربة لكونها على خلاف القواعد لكونها مشتملة على تمليك غير الموجود اي الحصة من الربح للعامل من المالك، و تمليك مالا يملك، لعدم سلطنة المالك على الحصة من الربح غير الموجودة. و لجعل حصته من ربح رأس مال العامل الحاصل في المعاملة الثانية للمالك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۳

منه بأن يكون موجبا قابلا صحّ، و كذا لو كان له على العامل دين لم يصحّ جعله قراضا إلّا أن يوكله في تعيينه، ثمّ إيقاع العقد عليه بالايجاب و القبول بتولّي الطرفين. الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة بأن يكون درهما أو دينارا، فلا تصحّ بالفلوس و لا بالعروض بلا خلاف بينهم، و إن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الاجماع، نعم تأمّل فيه بعضهم و هو في محلّه لشمول العمومات إلّا أن يتحقّق الاجماع و ليس ببعيد فلا يترك الاحتياط، و لا بأس بكونه من المغشوش الذي يعامل به

على خلاف تبعية الفائدة للأصل. و فيه: ان الامور الاعتبارية تابعة للقرارات العرفية و اذا اقتضى المعيشة العامة لاعتبار المعاملة على العموم فهو اصل و قاعدة بحسب العرف و لا غرر فيه اذا كان الامور معلومة بالحدس بخلاف مثل القمار، و تمليك المعدوم و ما لا يملك لا اشكال فيه اذا كان في ظرفه موجودا كما في الخرس في معاملات الأثمار و في المساقاة و نحوها، هذا ولي في المقام كلام في الاستدلال بعموم اوفوا و هو انه لو بنى على تصحيح المعاملة بذلك لزم لغوية الجعل في ادلة الشروط في المعاملة فان هذه المعاملة مضاربة عرفا و هي مشروطة شرعا بكذا و كذا من

الشرائط فلو بنى على التصحيح تمسكا بعموم اوفوا، لزم لغوية جعل الشرائط.
و لا يمكن ان يقال: لا ننظر الى جهة المضاربة بل الى اصل كونه عقدا، اذ ليس الأمر قصديا فانه مضاربة و المضاربة لها شرائط عرفا و هذا امر مهم تدبره جيدا فلا وجه لكلام الحكيم (قدّس سرّه) في التمسك بالآية لنفي الشرائط باعتبار اصل العقدية، و كذا السيد (قدّس سرّه) في مواضع من العروة، و كذا ما عن الميلاني (قدّس سرّه) مشافهة في تصحيح الاجارات الشائعة اليوم بلا مدّة. نعم، فيما امكن عدّ المعاملة امرا غير هذه المعاملة الخاصة امكن التصحيح تمسكا بالآية لكن اذا كان المورد تلك المعاملة عرفا فلا يمكن اخراجه عنها بصرف القصد).
موجبا قابلا: الأظهر عدم الاحتياج الى الايجاب و القبول في وكالة شخص عن الطرفين بل ينعقد بصيغة واحدة ايقاعا.
أو دينارا: بل تصح بكل النقود و الفلوس بل يتجه بالعروض ايضا و ان كان الأحوط خلافه (وفاقا للبهبهاني في الاطلاق و لأكثر المحشين في الفلوس كلها خلافا للبروجردي (قدّس سرّه) فاقتصر على المشهور. دليلنا اطلاق الأدلة العامة في العقود بل شمول ادلة الباب بالاطلاق و لا اقل بعدم التفصيل فان موضوع الأدلة هو المال و ظهور

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۴

مثل الشاميّات و القمريّ و نحوها، نعم لو كان مغشوشا يجب كسره بأن كان قلبا لم يصحّ و إن كان له

الدرهم و الدينار لو فرض دليل على عنوانهما في كون الوجه هو المالية المشتركة كما يظهر من حديث سالم بن أبي جعد في المجمع و نور الثقلين عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في الدرهم و الدينار و كذا حديث الخصال، هذا مع سعة ميدان المضاربة عرفا و الاجماع غير ثابت مع احتمال مدركيته فراجع الخلاف ص ٢٦٨ مع مهارته في دعوى الاجماع لم يذكر هنا إلّا ان ذلك مجمع عليه و لا دليل في غير ذلك، لا ان الاجماع على عدم صحة غير ذلك و نظيره القاضي في الجواهر ص ٤٩٨ الجواهر الفقهية.
و كيف كان فدليل التخصيص اما الاجماع أو كون هذا العقد على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن أو ظهور المال في ادلة الباب في المالية المحضة و هي في الدينار و الدرهم أو في النقود مطلقا كما يدعي الخوئي (قدّس سرّه) و اكثر المعاصرين و كلها مدخولة أو كون هذا العقد فيه الخسران و الربح و معيارهما النقود تكما قال الخوئي، و فيه: ان ذلك معيار تشخيص الخسران و الربح لا انه مورد العقد بل الحق ان ملاك المضاربة امران امكان التبديل و امكان حصول الربح، و مع ما ذكرنا فلا وجه لقول الجواهر ٢٦: ٣٥٦: الاجماع بقسميه عليه).
مثل الشاميّات: اذا كان الخليط كثيرا بحيث لم يصدق عليه الذهب و الفضة كان اللازم على مبنى القوم البطلان.
فهو مثل الفلوس: فيصح على ما مرّ كما يصح الفرع بعد ذلك، و أما وجوب الكسر تكليفا ففيه تأمل بل منع، و ان كان الاعتبار يساعده قطعا لمادة الفساد و به خبر و لا يترك الاحتياط باخراجه عن مسير المعاملات بتغيير فيه (راجع ٥/ ١٠ الصرف، لكن قال في الجواهر: باقي النصوص على خلافه و لم اجد من افتى به، و ان كان كلامه مخدوشا من جهة ان باقي النصوص المشار اليه في كلامه مثل ٩ و ١٠ و ٢/ ١٠ الصرف ليس مفاده ذلك فانه في جعل المغشوش مبيعا مع التذكر و التصريح للمشتري و ٥/ ١٠ مربوط بجعله ثمنا كسائر الأثمان غشا و سند الشيخ الى ابن ابي عمير حسن كما في جامع الرواة و علي بن الحسن الصيرفي من مشايخ ابن ابي عمير و مفضل بن عمر لا بأس به كما قال الخوئي في المعجم و حقق الأمر و ملاك الحكم هدم وسيلة الخدعة و الايذاء ان قلت: كسر مال الغير يحتاج الى دليل و لو في

مقام نهي المنكر،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۵

قيمة فهو مثل الفلوس. و لو قال للعامل: بع هذه السلعة و خذ ثمنها قراضا لم يصحّ إلاّ أن يوكله في تجديد العقد عليه بعد أن نضّ ثمنه. الثالث: أن يكون معلوما قدرا و وصفا و لا يكفي المشاهدة و إن زال به

قلت: مراد الحديث ما اذا انتقل اليك و صار مالك أو في يدك مقاصّا عمن اخذ مالك في الشراء لكن استفادة خصوص الكسر مشكلة بل المراد اخراجه عن مسير المعاملات و لا يترك الاحتياط بذلك.

و لا يكفي المشاهدة: الملاك زوال الغرر بالعلم بما هو دخيل في الغرض و قد يحصل ذلك بالشهود (و احتاط الخوئي (قدّس سرّه) في اصل لزوم المعلومية و كأنه لعدم ثبوت النهي عن الغرر لكن يظهر من الفقهاء تلقي النهي عن غرر البيع بالقبول و الأظهر عرفا ان ملاك النهي هو الغرر لا خصوص البيع مع ان المطلق منه اثبت بحسب النقل حيث يمكن استفادته من ٢/ ١٠ معه عقد البيع و شروطه و ١٣/ ١٢ منها و رواه التذكرة في مسألة ٢ من الركن ٢ من الفصل ٢ من كتاب الاجارة، و قال بعض المحشين يكفي الشهود اذا زال به معظم الغرر و لا افهم وجهه اذ لو قبل دليل الغرر فلا فرق بين اصله و معظمه و إلاّ فلا جهة لمراعاة معظمه ايضا.

ثم ان نصّ الغرر غير نقي السند حتى في البيع فان ٣/ ٤٠ آداب التجارة في سنده محمد بن علي الشاه المروزي المجهول و كذا محمد بن عبد اللّه النيشابوري و كذا احمد بن ابراهيم بن بكر الخوزي في طريقه الآخر و كذا حسين بن محمد العدل في طريقه الثالث. كما ان محمد بن هارون الزنجاني و علي بن عبد العزيز في ١٣/ ١٢ عقد البيع و شروطه الواردة في البيوع المنهية المعللة بالغرر ايضا من المجاهيل. لكن الاصحاب تمسكوا بالحديث في غير البيع ايضا فابطلوا غيره ايضا بالغرر فكانهم عملوا بعموم التعليل و عمل الأصحاب جابر بلا فرق بين البيع و غيره، بل الفريقان على العموم فراجع ص ١٤٦ بداية المجتهد في البيوع الغررية المعللة بذلك و ص ٢٣٤ في جريان حكم الغرر في المضاربة عند جمهور فقهاء الأمصار و كذا ص ٢٣٥. و في الشرائع في الاجارة يشترط أن تكون الاجرة معلومة ليتحقق انتفاء الغرر، و في الجواهر ٢٧: ٢١٩ في ذلك: «... مضافا الى ما في المسالك عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من النهي عن الغرر و ان لم نتحققه إلاّ أنه منجبر بعمل الأصحاب» و في غير واحد من كتب الأصحاب التمسك بالغرر في غير البيع، كما أن الحديث في سنن البيهقي ٥: ٣٣٨

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۶

معظم الغرر. الرابع: أن يكون معيّنا فلو أحضر مالين و قال: قارضتك بأحدهما أو بأيّهما شئت لم ينعقد إلاّ أن يعيّن ثمّ يوقعان العقد عليه، نعم لا فرق بين أن يكون مشاعا أو مفروزا بعد العلم بمقداره

و صحيح الترمذي ٥: ٢٣٧ و غير ذلك خاص بالبيع، و قال الشيخ الانصاري: الظاهر اتفاق أصحابنا على الاستدلال به، و ذكر في كتب الفقه الاستدلال به على نفي بيع المنابذة و غيره، و نعلم أن روايته ما ذكرنا من ١٣/ ١٢ عقد البيع، و يستفاد منها العموم مع أن من البعيد كون الاشكال في البيع بل الملاك هو الغرر، كما أن ما ذكره الحكيم (قدّس سرّه)

من كثرة التخصيص على العموم لو فرض، فيه: أنه ممنوع فان المضاربة و أضرابها ليست غررية حتى يكون أدلتها تخصيصا فان الغرر الخطر المالي فانه المستفاد من التطبيق على موارد المنابذة و غيرها لا الخدعة أو ماله ظاهر بغير المشتري، و يقرب من التفسير بالخطر تفسيره بما لا يؤمن معه من الضرر كما يستفاد من ۱/ ۷ عقد البيع من المستدرك، و كذا يقرب منه التعريض للهلكة أي المالية، و لا يرد اشكال الاستاذ بأنه غير الجهل المستدل له بالحديث، أو الجهل مأخوذ التزاما في معناه.

و كيف كان، فلا وجه لإشكاله (قدّس سرّه) على الشيخ الانصاري (قدّس سرّه) حيث قال: الكل متفقون على اخذ الجهالة في معنى الغرر. كما لا وجه لقول الخوئي (قدّس سرّه): لا غرر في المقام لإمكان العلم بعد العقد، و إلاّ فبالتصالح أو حكم الحاكم أو القرعة ينحل مشكل الجهل و الغرر.

و فيه: أن ذلك رفع الغرر لا دفعه، كما لا وجه لحاشية بعضهم تبعا للمبسوط على ما حكي بكفاية زوال معظم الغرر، لعدم اختصاص الدليل بالمعظم و كأن المراد معظم الجهل. و الحاصل: ان دليل الغرر ثابت بعمومه بالعمل بعموم العلة).

الرابع: ... معينا: قبال الترديد الواقعي لا عنوان احدهما بنحو الكلي في المعين و لا بعنوان أيهما شاء الطرف و لا بعنوان الاقل و الأكثر كالمضاربة على الألف و ان شاء على الألفين. (و يدل على صحة الأقل و الاكثر ۱/ ۸ احكام الاجارة: «... فان جاوزته فلك كذا و كذا، قال: لا بأس» و الظاهر ان الزائد عقد مستقل معاطاتي وقع الرضا به قبلا، و الظاهر ان قصة موسى ايضا ذلك لا التفضل كما يقوله صاحب الجواهر استظهارا من قوله تعالى: **فمن عندك**. ثم ان مال الاجارة لم يذكر في تلك القصة و لعله الاعاشة عند شعيب لا بضع البنت.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۷

و وصفه، فلو كان المال مشتركا بين شخصين فقال أحدهما للعامل: قارضتك بحصتّي في هذا المال صح، مع العلم بحصته من ثلث أو ربع، و كذا لو كان للمالك مائة دينار مثلا فقال قارضتك بنصف هذا المال صحّ.

الخامس: أن يكون الربح مشاعا بينهما فلو جعل لأحدهما مقدارا معيّنا و البقيّة للآخر أو البقيّة مشتركة بينهما لم يصحّ.

السادس: تعيين حصّة كلّ منهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك إلاّ أن يكون هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق.

السابع: أن يكون الربح بين المالك و العامل، فلو شرطا جزءا منه لأجنبيّ عنهما لم يصحّ إلاّ أن يشترط عليه عمل متعلّق بالتجارة، نعم ذكروا أنّه لو اشترط كون جزء من الربح لغلام أحدهما صحّ، و لا بأس به خصوصا على القول بأنّ العبد لا يملك، لأنّه يرجع إلى مولاه، و على القول الآخر يشكل إلاّ أنّه لمّا كان مقتضى القاعدة صحّة الشرط حتّى للأجنبيّ و القدر المتيقّن من عدم الجواز ما إذا لم يكن غلاما لأحدهما فالأقوى الصحّة مطلقا، بل لا يبعد القول به في الأجنبيّ أيضا و إن لم يكن عاملا لعموم الأدلّة.

و الحاصل انه لا اجماع في المسألة و لو فرض فاحتمال المدركية قوي بل الشيخ صرّح في ص ۱۹۸ من الخلاف- طبع كوشانبورق- بجواز شراء عبد من عبدين بالاجماع، و ان لا نسلم ذلك و كأنه لرواية ۱/ ۱٦ بيع الحيوان، و في السند ابن أبي حبيب مع ان مورده ايضا لا نسلم انه بيع عبد من عبدين بل بيع الكلي أو الكلي في المعين و الحكم في مورده على خلاف القواعد و في الوسائل: «وجهه بعض علمائنا بوقوع البيع على نصف العبدين» و كأنه المختلف).

الخامس: ... لم يصحّ: فيه اشكال بل الأوجه الصحة اذا وثق بزيادة الربح على المقدار المعين (لتقوم المضاربة بالاشتراك في الربح لا الاشاعة فيه و استدال الشرائع بعدم الوثوق بحصول الزائد مدخول بامكان الوثوق، مع ان الحكم على الواقع و ان لم يوثق به إلاّ اذا وثق بالعدم فلا يحصل الانشاء، و أما الروايات المذكور فيها السهام فلا نظر لها الى صورة الاشتراط و التصريح بالمعلوم.

السابع: ... لعموم الأدلة: ان كان المراد الأدلة العامة في مطلق التعود فهو لا يثبت كونه مضاربة و ان كان المراد عموم ادلة المضاربة فلا عموم فيها: نعم يمكن ان يقال: الأدلة متعرضة لطبع المضاربة لا لصورة الاشتراط فلا تنفى صحة الاشتراط و هذا اقرب. (و قال البروجردي (قدّس سرّه) صحة الاشتراط للغلام ايضا مبني على القول بعدم مالكيته، قال: و هو مصرح في كتب الفريقين. و الاستاذ و غير واحد افتوا بالبطلان في الأجنبي لكن الأقرب ما ذكرنا فان الأدلة واردة على الأغلب من عدم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۸

الثامن: ذكر بعضهم أنّه يشترط أن يكون رأس المال بيد العامل، فلو اشترط المالك أن يكون بيده لم يصحّ، لكن لا دليل عليه فلا مانع أن يتصدّى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك كما عن التذكرة التاسع: أن يكون الاسترباح بالتجارة و أمّا إذا كان بغيرها كأن يدفع إليه ليصرفه في الزراعة مثلا و يكون الربح بينهما يشكل صحّته إذ القدر المعلوم من الأدلّة هو التجارة، و لو فرض صحّة غيرها للعمومات كما لا يبعد لا يكون داخلا في عنوان المضاربة. العاشر: أن لا يكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به، مع اشتراط المباشرة من دون الاستعانة بالغير أو كان عاجزا حتّى مع الاستعانة بالغير و إلاّ فلا يصحّ

تعيين شيء للأجنبي أي فلم يكن مورد حتى تنفيه الأدلة، و ايضا متعرضة لطبع المضاربة، مع ان العرف لا يفرّق في صحة المضاربة بذلك. نعم لو شك في تحقق عنوان المضاربة عرفا ما كان دليل على الصحة مضاربة حينئذ، لكن الظاهر عدم قدح ذلك في صدق عنوان المضاربة. و دليل الصحة حينئذ عدم الردع و إلاّ ففي غير واحد من الموارد يشك و لا اطلاق في البين).

الثامن: ... فلا مانع: (خلافا للحكيم (قدّس سرّه) للشك في صدق عنوان المضاربة عرفا، لكن الظاهر عدم قدح ذلك عرفا، ثم ان قول الماتن هنا مخالف لتعريفه المضاربة بأن يدفع المال الى غيره ليتجر ... الخ، ان قلت: ذكر في بعض روايات الباب: «... يعطى مالا ... الخ». قلت: هو في كلام السائل فلا يدل على الاشتراط مع ان في مثل ۱/ ۳ و ۳/ ۱: «... يعمل بالمال ... الخ»).

التاسع: ... كما لا يبعد: (خلافا للبروجردي و الگلپايگاني و الاستاذ و النجفي و الخونساري و الأخير عبّر بـ: اذا لم يكن من العقود المتعارفة ففي الصحة اشكال، لكن الإظهر عموم آية الوفاء لعدم وجه لكون اللاّم عهدا بل عموم لكل عقد، و هذا بخلاف مثل: **و اولي الأمر منكم** حيث نقول يكون الأمر فيه أمرا الهيا، و اولي الأمر هم المعيّنون من جانبه تعالى، فانه بمناسبة الحكم و الموضوع اذا صدر من ولي الأمر المطلق يحمل على ذلك، بخلاف العقود لعدم وجه مخصوص لها بعقود اللّه تعالى، أي المذكورة في قوانينه أو العقد معه تعالى كالنذر. و أما عدم الصحة مضاربة فلعدم اطلاق مع عدم ثبوت بناء العقلاء بنحو يمكن دعوى السيرة المستمرة كما ان الروايات كلها في الاتجار، و كذا فهم

الأصحاب بل الفريقين كما فصّلناه في التعليقة المفصّلة).

العاشر: ... و إلاّ فلا يصحّ: الأظهر الصحة فيما يقدر و يتخير المالك حينئذ للتبعض

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۳۹

لاشتراط كون العامل قادرا على العمل كما أنّ الامر كذلك في الاجارة للعمل، فانّه إذا كان عاجزا تكون باطلة، و حينئذ فيكون تمام الربح للمالك و للعامل اجرة عمله مع جهله بالبطلان، و يكون ضامنا لتلف المال إلاّ مع علم المالك بالحال، و هل يضمن حينئذ جميعه لعدم التميّز مع عدم الاذن في أخذه على هذا الوجه، أو القدر الزائد لأنّ العجز إنّما يكون بسببه فيختصّ به أو الأوّل إذا أخذ الجميع دفعة و الثاني إذا

ـــــــــــــــــــــــــ

(لكون الاشكال هو العجز و هو في الزائد، و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): لا يشترط القدرة اصلا في صحة المضاربة، و لم يذكر في كلمات السابقين و انما ذكروا مسألة هي: «انه لو أخذ ما يعجز ضمن لأنه لم يكن عن اذن لأن اذنه مقيّد بالقدرة على التجارة ...» و فيه: ان تقيد الاذن في العقد في حكم الاشتراط بل كالركن المقوم، و قال البروجردي (قدّس سرّه): «اشتراط القدرة في المضاربة عقلي». و كيف كان ففي المقدور لا بأس به).

كذلك في الاجارة للعمل: (و ان كان بينها و المضاربة فرق و هو ان في الاجارة تمليك بخلاف المضاربة فان التمليك فيها انما هو بعد العمل، لكن هذا غير فارق في اشتراط القدرة أو ما بحكم الشرط، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه)).

مع جهله بالبطلان: بل مطلقا (فان صرف العلم لا يوجب كون الشخص مقدما على المجانية ما لم يظهر التبرع مع ان البطلان انما هو بالنسبة الى الزائد لا مطلقا).

ضامنا لتلف المال: (و الظاهر عدم وجه لحاشية الخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما) و لبعض آخر بعدم الضمان مطلقا نظرا الى قانون ما لا يضمن ... الخ. فان ذلك القانون نظره الى طبع العقد لا من جهة حالات المتعاقدين من جهة الاقدام أو تقيد الاذن).

مع علم المالك: فيه اشكال بل لا يبعد الضمان ايضا (اذا سلّم المالك المال بعنوان المضاربة لا بعنوان هدر ماله و لو مع علمه بعدم قدرته على التجارة فان العلم بالعجز و البطلان غير رفع اليد عن المال و عن تضمين اليد. فلعله دفع المال لتعهد العامل و اظهاره القدرة ثم ان فساد المضاربة بما هو لا يوجب عدم الضمان بل صحة المضاربة توجب عدم الضمان لأن صاحب البضاعة مؤتمن ٦/ ١ العارية ففي صورة الفساد يرتفع وجه عدم الضمان. لكن وجه الضمان عدم تحقق الأمانة و لا فرق فيه من جهة العلم بالعجز و عدمه اذا لم يهتك ماله، و صرف العلم لا يوجب ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۰

أخذ أوّلا بقدر مقدوره ثمّ أخذ الزائد و لم يمزجه مع ما أخذه أوّلا، أقوال أقواها الاخير و دعوى أنّه بعد أخذ الزايد يكون يده على الجميع و هو عاجز عن المجموع من حيث المجموع و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأوّل و أخذ الزيادة لا يكون عاجزا كما ترى، إذ الأوّل وقع صحيحا، و البطلان مستند إلى الثاني و بسببه، و المفروض عدم المزج، هذا و لكن ذكر بعضهم أنّ مع العجز المعاملة صحيحة، فالربح مشترك، و مع ذلك يكون العامل ضامنا مع جهل

المالك و لا وجه له لما ذكرنا، مع أنّه إذا كانت المعاملة صحيحة لم يكن وجه للضمان، ثمّ إذا تجدّد العجز في الاثناء وجب عليه ردّ الزائد و إلاّ ضمن.

المسألة ١: لو كان له مال موجود في يد غيره أمانة أو غيرها فضاربه عليها صحّ، و إن كان في يده غصبا أو غيره ممّا يكون اليد فيه يد ضمان فالأقوى أنّه يرتفع الضمان بذلك، لإنقلاب اليد حينئذ فينقلب الحكم و دعوى أنّ الضمان مغيّا بالتأدية و لم تحصل كما ترى، و لكن ذكر جماعة بقاء الضمان إلاّ إذا اشترى به شيئا و دفعه إلى البايع فانّه يرتفع الضمان به، لأنّه قد قضى دينه بإذنه، و ذكروا نحو ذلك في الرهن أيضا، و أنّ العين إذا كانت في يد الغاصب فجعله رهنا عنده أنّها تبقي على الضمان، و الأقوى ما ذكرنا في المقامين لما ذكرنا.

المسألة ٢: المضاربة جايزة من الطرفين يجوز لكلّ منهما فسخها سواء كان قبل الشروع في العمل

اقواها الأخير: بل الثاني.

وجه للضمان: وجهه تقيد الاذن و عدم تحقق ما يوجب هتك المال من ناحية المالك: ثم ان ذلك كله فيما كان المال تحت يد العامل.

المسألة ١: يرتفع الضمان: اذا كان انشاء المضاربة ظاهرا في الاذن في ابقاء المال تحت يده و كذا الرهن (قيل: الضمان اقوى بناء على عدم اعتبار القبض في المضاربة إلاّ اذا تحقق القبض كما قال الحكيم في الشرح و الخوئي (قدس سرهما) لكن الأظهر ما في المتن لانقلاب اليد بذلك فتصير اليد بذلك يد البضاعة المؤتمنة، فعدم الضمان ليس لأجل تحقق القبض و التأدية المأخوذة غاية لضمان اليد في حديث على اليد (مستدرك ١٢/ ١ الوديعة و ٤/ ١ الغصب).

بل لإنقلاب اليد عن الخيانة الى الأمانة لظهور ذلك عرفا إلاّ اذا طلب حين العقد ماله. وفاقا للگلپايگاني، فدليل ضمان اليد إما الاستصحاب أو عموم على اليد و شيء منهما غير مفيد فلا وجه لقول المسالك و الشرائع و الحكيم (قدس سرهما)).

المسألة ٢: لكل منهما فسخها: فينحل القرار الدال على التبادل بين الاذن في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣۴١

أو بعده قبل حصول الربح، أو بعده، نضّ المال أو كان به عروض، مطلقا كانت أو مع اشتراط الأجل، و إن كان قبل انقضائه، نعم لو اشترط فيها عدم الفسخ إلى زمان كذا يمكن أن يقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوى، لوجوب الوفاء بالشرط، و لكن عن المشهور بطلان الشرط المذكور، بل العقد أيضا لأنّه مناف لمقتضى العقد، و فيه منع بل هو مناف لإطلاقه، و دعوى أنّ الشرط في العقود الغير اللازمة غير لازم الوفاء ممنوعة، نعم يجوز فسخ العقد فيسقط الشرط و إلاّ فما دام العقد باقيا يجب الوفاء

التصرف و الالتزام بالعمل، و اما بعد العمل و حصول الربح فلا وجه للفسخ (لعدم وجه للفسخ حينئذ فهو كالفسخ بعد سنوات ما مضى من المعاملات السابقة المترتبة عليها الآثار. مع ان الجواز بدليل الاجماع و المتقين منه غير هذا).

أو قبله: و لا اجرة لعمل العامل حينئذ (خلافا للجواهر حيث يقول احترام العمل يقتضي الأجر حتى في صورة فسخ العامل كما في التذكرة فضلا عن صورة فسخ المالك، ما لم يكن اجماع، و الاقدام على المعاملة الجائزة اعم من قصد

التبرع، و فيه: ان مقتضى اطلاق المضاربة ذلك ما لم يشرط).
لوجوب الوفاء بالشرط: تكليفا و أما الوضع يعني عدم الانفساخ لو عصى و فسخ فلا دليل عليه بعد جواز العقد وفاقا لأكثر المحشين و كذا الحائري المؤسس على ما نقل الاستاذ الاراكي (قدّس سرّه). (و ما قاله بعضهم تبعا لبعض كلمات الحكيم (قدّس سرّه) هنا من ان الشرط يوجب الحق و الوضع فيه ان ذلك يكفي فيه الوجوب التكليفي أي يجب ان لا يفسخ، و أما عدم الانفساخ لو عصى و فسخ فلا يستفاد منه و ما قاله الحكيم (قدّس سرّه) من انه لو استفيد التكليف لزم تعدد العقاب اذا لم يعمل بالعقد او الشرط، لآية لزوم الوفاء بالعقد و للغصب، فيه انه لا بأس به فان الوفاء بالقرار بنفسه عنوان مستقل في الروايات و الآيات.
ثم الدليل على الجواز الاجماع لا كونها كالوكالة و بمعناها أو انها عقد اذني كما قاله الخوئي (قدّس سرّه) و ابن قدامة في المغني و الگلپايگاني (قدّس سرّه) لأنها شركة بين المال و العمل لا صرف الوكالة).
مناف لمقتضى العقد: كأن المشهور أرادوا شرط اللزوم أو ان لا يملك الفسخ و هذا مخالف لمقتضاه الشرعي أي لحكمه، و الأحسن التعبير بالمخالفة للشرع اذ مقتضى العقد بمعنى المفهوم منه لا يقتضي الجواز. لكن الأظهر عدم بطلان العقد بذلك بل يثبت

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۲

بالشرط فيه، و هذا إنّما يتمّ في غير الشرط الذي مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فانّه يوجب لزوم ذلك العقد هذا، و لو شرط عدم فسخها في ضمن عقد لازم آخر فلا إشكال في صحّة الشرط و لزومه و هذا يؤيّد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافيا لمقتضى العقد، إذ لو كان منافيا لزم عدم صحّته في ضمن عقد آخر أيضا، و لو شرط في عقد مضاربة عدم فسخ مضاربة اخرى سابقة صحّ و وجب الوفاء به إلاّ أن يفسخ هذه المضاربة فيسقط الوجوب، كما أنّه لو اشترط في مضاربة مضاربة اخرى في مال آخر أو أخذ بضاعة منه أو قرض أو خدمة أو نحو ذلك وجب الوفاء به ما دامت المضاربة باقية، و إن فسخها سقط الوجوب، و لا بدّ أن يحمل ما اشتهر من أنّ الشروط في ضمن العقود الجايزة غير لازمة الوفاء على هذا المعنى، و إلاّ فلا وجه لعدم لزومها مع بقاء العقد على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر، بدعوى أنّها تابعة للعقد لزوما و جوازا، بل مع جوازه هي أولى بالجواز و أنّها معه شبه الوعد، و المراد من قوله تعالى: «**أوفوا بالعقود**» اللازمة منها، لظهور الأمر فيها في الوجوب المطلق، و المراد من قوله عليه السّلام: «المؤمنون عند شروطهم» بيان صحّة أصل الشرط، لا اللزوم و الجواز إذ لا يخفى ما فيه.
المسألة ۳: إذا دفع إليه مالا و قال: اشتربه بستانا مثلا أو قطيعا من الغنم فإن كان المراد الاسترباح بهما بزيادة القيمة صحّ مضاربة، و إن كان المراد الانتفاع بنمائهما بالاشتراك ففي صحّته مضاربة وجهان، من أنّ الانتفاع بالنماء ليس من التجارة فلا يصحّ، و من أنّ حصوله يكون بسبب الشراء فيكون بالتجارة، و الأقوى البطلان مع إرادة عنوان المضاربة إذ هي ما يكون الاسترباح فيه بالمعاملات و زيادة القيمة، لا مثل

الخيار، و أما اشتراط عدم الفسخ فلا يخالف الشرع و لا مقتضى العقد، و يجب الوفاء به لكن لو عصى و فسخ ينفسخ العقد.
يوجب لزوم ذلك العقد: فيه منع لو اريد اللزوم الوضعي، بل لا يوجب إلاّ التكليف.

فلا اشكال: في اللزوم التكليفي لا الوضعي فلا تأييد. و كذلك حكم الشرط في مضاربة لمضاربة اخرى أو شرط مضاربة اخرى.

يحمل ما اشتهر: في حمل كلامهم على ذلك اشكال، لكن الأظهر الوجوب تكليفا مادام العقد.

لا يخفى ما فيه: لكن لا يثبت اللزوم الوضعي و لا يستفاد اكثر من الوجوب التكليفي.

المسألة ٣: مع ارادة عنوان المضاربة: (و حينئذ فهو متهافت في عبارته، لكن الأظهر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۳

هذه الفوائد، نعم لا بأس بضمّها إلى زيادة القيمة و إن لم يكن المراد خصوص عنوان المضاربة فيمكن دعوى صحّته للعمومات.

المسألة ٤: إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس

حينئذ ان يقال: ان العامي ربما لا يتوجه الى معنى المضاربة دقيقا و لو فهم معناها بدلها عنوانا آخر غير المضاربة فلا يريد المضاربة واقعا فهو معاملة مستقلة عامة فيدخل تحت فرع آخر المسألة، ثم الدليل على اصل المسألة لزوم التجارة و الاسترباح، و لزوم امكان التصرف في رأس المال و قد استدل بهما القواعد و جامع المقاصد على الترتيب، و ليسا واحدا خلافا للحكيم (قدّس سرّه) فان عنوانهما متعدد، بحسب لسان الشرع و بناء العقلاء، و قصور الأدلة، و يستفاد من العامة الاستدلال بلزوم حرّية العامل اي لا يصح تحديده بشراء شيء خاص، ففي المورد ايضا يشكل الأمر على ما استدلوا لمطلق التحديد راجع ص ٤٥ ج ٣ الفقه على المذاهب الاربعة).

للعمومات: (لعدم الدليل على انحصار الأدلة العامة بالمتعارفة عرفا أو المعهودة شرعا خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) و ظاهر النجفي (قدّس سرّه) «١» لكن الاستاذ (قدّس سرّه) معترف بالعموم فلا افهم وجه حاشيته و تقوية البطلان و لعله لما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من كون هذه المعاملة على خلاف القاعدة، و فيه ما مرّ من كون الملاك في القاعدة المتعارف العقلائي).

المسألة ٤: اقويهما الأول: اذا كان المراد تدارك الضرر من مال العامل بل يصح ايضا اذا كان المراد انتقال مقدار الخسران الى عهدة العامل، و أما اذا كان المراد كون الخسارة من الأول من مال العامل فلا يترك الاحتياط اذا كان المراد خصوص عنوان المضاربة و ان كان للصحة ايضا وجه.

(و قال البروجردي و الاصطهباناتي اشتراط كون الخسارة عليه اشتراط لأمر غير معقول، و فيه: انه اذا اطمئن بعدم خسار كثير فيه بحيث يطمئن بكون المعاملة نافعا له ليس غير معقول بل قد يكون الغرض تمرين التجارة أو الاشتهار فقط و هو امر معقول، و ايضا لا فرق بين الصور حينئذ إلاّ ان يكون المراد لزوم تبعية الربح و الخسار للمال، و فيه: انه للمال و العمل معا كما مرّ من انها الشركة في ذلك. و قال الگلپايگاني

---

(١) توفي (ره) ليلة الخميس الماضي ٨/ صفر/ ١٤١٤، و ذهب بغير واحد من العلوم غير الدارجة معه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۴

المال ففي صحّته وجهان، أقواهما الأوّل لأنّه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد، كما قد يتخيّل، بل إنّما هو

ـــــــــــــــ

و تبعه بعض اهل العصر: ينقلب حينئذ قرضا للنص المعمول به و كأنه يشير الى ٤/١ المضاربة صحيح محمد بن قيس: «من ضمّن تاجرا فليس له إلاّ رأس ماله و ليس له من الربح شيء» لكن ظاهره صحة الشرط حينئذ لا بطلان الشرط اذ لو كان باطلا صحت المضاربة غاية الأمر تحقق الخيار بتخلف الشرط. و لو كان المراد القرض كان ايقاعا على غير ما قصد و كان تعبدا محضا و التعبد في المعاملات الانشائية على خلاف القاعدة بحيث يحتاج الى تصريحات.

فالصحيح لعلّه يكون كما قال الحكيم (قدّس سرّه) من باب الخراج بالضمان المروي بطرق العامة عن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم كما في صحيح الترمذي ٥: ٢٨٥ و سنن ابي داود ٢: ٢٥٥ و سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٣ لكن فيه ايضا ان مورده الضمان العقدي الموجب ملكية مستوفي المنافع كما فصّلته في التعليقة المفصلة فان مورد الحديث ابتياع الغلام: «ان رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء اللّه ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول اللّه قد استغل غلامي فقال رسول صلّى اللّه عليه و آله و سلّم الخراج بالضمان».

و اكثر العامة خصّوا الحديث بالضمان العقدي إلاّ الحنفيّة حيث عمّموه الى الضمان الشرعي ايضا. و عمل العامة بالحديث، و قال ابن رشد في بداية المجتهد ٢: ١٧٤: «... هو اصل متفق عليه ...» و تمسك شيخ الطائفة (قدّس سرّه) ايضا بالحديث في خلافه ص ٢١١: «... روت عائشة انه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قضى ان الخراج بالضمان» و كذا في المسألة ١٧٦ من البيع، و مراد اكثر المتمسكين بالحديث من العامة و الخاصة تطبيق الحديث على الضمان العقدي كالبيع و نحوه كما في مورد الحديث و هذا المعنى لا يختص بالعامة على ما ذكره الحكيم (قدّس سرّه) فان اختصاص منافع المال للمشتري بعد حصول الملكية له و كذا ضمانه للمال اذا أراد الردّ ليس امرا خاصا بالعامّة، و أما مورد صحيح ٤/١ المضاربة فان كان مضاربة فالمال لم يكن للعامل و خراج مال الغير لا يكون له، و لعل العامة ايضا لا يعتقد الخراج بالضمان في مطلق الضمان العقدي بل فيما كان ملك المستفيد فلا ينطبق قاعدة الخراج بالضمان على مورد الصحيح على ما قاله الحكيم (قدّس سرّه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۵

مناف لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلاّ مع التعدّي أو التفريط.

ـــــــــــــــ

و اعتقد الخوئى (قدّس سرّه) تبعا للحدائق و الوافي ان مورد الصحيح هو القرض، و فيه: ان تأدية مفهوم القرض بالضمان ليس امرا عرفيا و لو كان قرضا فلا خصوصية للتاجر و العامل في حكمه المذكور أي كون المنافع للمقترض كما لا مفهوم لجملة «رأس المال» لعدم فرع له حتى يكون هو الأصل و الرأس نعم إلاّ فيما بنى على الربا كما لا يتوقع كون ربح التجارة لصاحب المال، في القرض حتى ينفيه الامام، كما ان قضاء علي عليه السّلام لا بد ان يكون لضرورة خاصة في المجتمع عرضت، و أما بيان حكم القرض أو بيان حرمة الربا فليس امرا قضائيا.

فلعل مرام الصحيح بيان حكم مولوي لمصلحة خاصة في زمانه عليه السّلام و هو الحكم بتبديل المضاربة قرضا بمعنى بطلان المضاربة و لزوم ردّ اصل المال فقط اذا ضمّن صاحب المال عامله لايجابه الضيق على العملاء، و ثروة

زائدة للاغنياء، فتحصل: ان مرام الصحيح تعبد مولوي من الامام عليه السّلام و لعل مراد القائلين بأنه في القرض ذلك أي التعبد لكنه قد مرّ الزام بغير ما قصد العاقد، فالأصح ما ذكرنا من انه حكم مولوي لزمان خاص لسدّ باب سوء استفادة الاغنياء، ان قلت: بل الظاهر ارادة انه مضاربة فاسدة فيلزم رجوع المال الى صاحبه، قلت: فحينئذ يلزم كون الربح للمال، و للعامل اجرة المثل، إلاّ ان يقال: قدّر الامام عليه السّلام اجرة المثل بما استفاد، و فيه ما فيه للاختلاف الكثير احيانا إلاّ ان يبني على حكم مولوي سلطاني ايضا، و ايضا ان كان المراد من التضمين تدارك الخسارة او انتقال مقدارها الى ذمة العامل لم يكن وجه للبطلان و العوام لا يفرقون بين ذلك و بين كون الخسارة من الاول على العامل ليكون خلاف الشرع فالحكم بالبطلان مطلقا مشكل، هذا و في قبال الصحيح حسنة الكاهلي ٦/ ٣:

على المضارب من الوضيعة بقدر ما جعل له من الربح، و لو لا الاعراض عن الصحيح يمكن الجمع بالمتيقن- لو قبلنا ذلك الجمع- بأن المتيقن من الصحيح ارادة غير المضاربة من العقود المطلقة أو المضاربة المشترطة فيها عدم الضرر و متيقن الحسن مورد اشتراط تقسيم الضرر، هذا.

و أما روايات ١ و ٣ المضاربة: «ليس عليه من الوضيعة شيء»، فلا يستفاد منها اكثر من حكم المضاربة المطلقة بالعنوان الاولي فلا يعارض المؤمنون عند شروطهم،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۶

المسألة ٥: إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقا أو إلى البلد الفلانيّ أو إلاّ إلى البلد الفلانيّ، أو لا يشتري الجنس الفلانيّ، أو إلاّ الجنس الفلانيّ، أو لا يبيع من زيد مثلا، أو إلاّ من زيد، أو لا يشتري من شخص، أو إلاّ من شخص معيّن أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفة، و إلاّ ضمن المال لو تلف بعضا أو كلا، و ضمن الخسارة مع فرضها، و مقتضى القاعدة و إن كان كون تمام الربح للمالك على فرض إرادة القيديّة إذا أجاز المعاملة، و ثبوت خيار تخلّف الشرط على فرض كون المراد من الشرط التزام في الالتزام، و كون تمام الربح له على تقدير الفسخ إلاّ أنّ الأقوى اشتراكهما في الربح على ما قرّر، لجملة من الأخبار الدالّة على ذلك، و لا داعي إلى حملها على بعض المحامل، و لا إلى الاقتصار على مواردها لإستفادة العموم من بعضها الآخر.

إلاّ ان يقال: اذا ثبت ان حكم الشرع عدم ضمان العامل فشرط الخلاف خلاف الشرع و عنوان الشرط ليس كالحرج و الضرر من العناوين الثانوية لئلا تكون الأدلة الأولية في رتبته، و كيف كان فالأحوط المنع إلاّ اذا اريد التدارك و نحوه).

المسألة ٥: لجملة من الاخبار: لا نسلم شمول الأخبار للقيود الواقعية حتى تكون تعبدا محضا فلو فرض ان المالك انشأ المضاربة مقيدا تقييدا واقعيا لا ظاهريا لغرض الربح مثلا بكون طرف المعاملة زيدا و إلاّ فلا، فالاقوى كون المعاملة مع غير زيد فضولية حينئذ فان اجاز المالك فالربح له خاصة (و الشرائط المذكورة في الروايات خصوصا أو عموما في الحقيقة شرائط لأمانة العامل مالكيا فالمالك لا يراه أمينا بل ضامنا في مورد المخالفة و ليست قيدا لأصل المضاربة أو الربح، و لا يوجب هذا الاشتراط خيارا لتبين حكم التخلف بنحو بناء العرف و انه الضمان فقط فأمضاه الشارع كذلك بخلاف اشتراط صلاة النافلة مثلا على العامل اذا كانت غير دخيلة في العمل و الربح على حسب رأي المالك.

و العجب من بعض أهل العصر حيث ردّ هذا التوجيه بقوله: كما ترى، و وجّه الامر هو بأن القيود كلها شروط و من باب تعدد المطلوب و ان ذكر بصورة القيد، و فيه:

ان انكار امكان التقيد بواقع التقيد مكابرة ظاهرة، وفاقا فيما ذكرناه لصاحب الجواهر و غير واحد من المحشين و ان كان في بعض خصوصيات كلامهم بعض الانظار، راجع روايات الباب ۱ من المضاربة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۷

المسألة ٦: لا يجوز للعامل خلط رأس المال مع مال آخر لنفسه أو غيره، إلاّ مع إذن المالك عموما، كأن يقول: اعمل به على حسب ما تراه مصلحة إن كان هناك مصلحة، أو خصوصا، فلو خلط بدون الاذن ضمن التلف إلاّ أنّ المضاربة باقية و الربح بين المالين على النسبة.

المسألة ٧: مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرّف على حسب ما يراه من حيث البايع و المشتري، و نوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز له أن يسافر من دون إذن المالك إلاّ إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الاطلاق، و إن خالف فسافر فعلى ما مرّ في المسألة المتقدّمة.

المسألة ٨: مع إطلاق العقد و عدم الاذن في البيع نسيئة لا يجوز له ذلك إلاّ أن يكون متعارفا ينصرف إليه الاطلاق، و لو خالف في غير مورد الانصراف فان استوفى الثمن قبل اطّلاع المالك فهو، و إن اطّلع المالك قبل الاستيفاء فإن أمضى فهو، و إلاّ فالبيع باطل و له الرجوع على كلّ من العامل و المشتري مع عدم وجود المال عنده، أو عند مشتر آخر منه، فإن رجع على المشتري بالمثل أو القيمة لا يرجع هو على العامل إلاّ أن يكون مغرورا من قبله، و كانت القيمة أزيد من الثمن، فإنّه حينئذ يرجع بتلك الزيادة عليه و إن رجع على العامل يرجع هو على المشتري بما غرم إلاّ أن يكون مغرورا منه و كان الثمن أقلّ فانّه حينئذ يرجع بمقدار الثمن.

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ٦: لا يجوز: اذا كان النظر الى المالية الصرفة كأعمال البنوك و ما شابهها فالجواز قوي إلاّ ان يصرّح بالخلاف.

المسألة ٧: ان يسافر: اذا كان للمالك نظر خاص، و أما طبع المضاربة فالنظر الى المالية و الاسترباح فقد يكون السفر اربح. (و الروايات وردت في مورد نهي المالك لا الاطلاق).

المسألة ٨: ينصرف اليه: أو لا ينصرف عنه.

اطلاع المالك: الظاهر اندراج المسألة في المسألة الخامسة و قد مرّ حكمها. و ان القيود ان كانت واقعية فالمعاملة فضولية و إلاّ فالمقصود حاصل اذا استربح. و الاطلاع لا اثر له بصرفه و قد مرّ حكم الضمان و كذا الكلام في المسألة التاسعة.

مغرورا منه: أي المشتري كان مغرورا من العامل (و الحكم على البطلان كذلك ظاهرا و لا افهم وجها لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) «بل بمقدار الثمن ان لم يأخذه و لم يكن الثمن زائدا على ما غرم» اذ المعاملة على فرض التقييد الواقعي باطلة و لازمه رجوع المالك الى ماله و أخذه من كل يد وقعت عليه و استقرار الضمان على اليد المتأخرة إلاّ في صورة الغرور).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۸

المسألة ٩: في صورة إطلاق العقد لا يجوز له أن يشتري بأزيد من قيمة المثل، كما أنّه لا يجوز أن يبيع بأقلّ من قيمة المثل و إلاّ بطل نعم إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين لا بأس به.

المسألة ۱۰: لا يجب في صورة الاطلاق أن يبيع بالنقد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنس آخر و قيل: بعدم جواز البيع إلاّ بالنقد المتعارف و لا وجه له إلاّ إذا كان جنسا لا رغبة للناس فيه غالبا.

المسألة ۱۱: لا يجوز شراء المعيب إلاّ إذا اقتضت المصلحة، و لو اتّفق فله الردّ أو الأرش على ما تقتضيه المصلحة.

المسألة ۱۲: المشهور على ما قيل: أنّ في صورة الاطلاق يجب أن يشتري بعين المال، فلا يجوز الشراء في الذمّة، و بعبارة اخرى يجب أن يكون الثمن شخصيّا من مال المالك، لا كلّيا في الذمّة، و الظاهر أنّه يلحق به الكلّي في المعيّن أيضا، و علّل ذلك بأنّه القدر المتيقّن، و أيضا الشراء في الذمّة قد يؤدّي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، و لعلّ المالك غير راض بذلك، و أيضا إذا اشترى بكلّي في الذمّة لا يصدق على الربح أنّه ربح مال المضاربة، و لا يخفى ما في هذه العلل، و الاقوى كما هو المتعارف جواز الشراء في الذمّة و الدفع من رأس المال، ثمّ إنّهم لم يتعرّضوا لبيعه، و مقتضى ما ذكروه وجوب كون المبيع أيضا شخصيّا لا كليّا ثمّ الدفع من الاجناس التي عنده، و الأقوى فيه أيضا جواز كونه كليّا، و إن لم يكن في التعارف مثل الشراء ثمّ إنّ الشراء في الذمّة يتصوّر على وجوه: أحدها: أن يشتري العامل بقصد المالك و في ذمّته من حيث المضاربة. الثاني: أن يقصد كون الثمن

المسألة ۱۰: غالبا: بحيث يخل بغرض الاسترباح.

المسألة ۱۲: المشهور: الظاهر أن وضع المضاربة في تعين دائرة المال اي بنحو الكلي في المعين و هو غير الشراء بالذمة مطلقا و لا يبعد ذلك و ظاهر الروايات ايضا وقوع الاتجار بهذا المال و ليس المراد الشراء بالمال الشخصي و الإلزام الحمل على النادر بل ما هو المتعارف اي بنحو الكلي في المعين، و لعل ما ذكرنا مراد من قال من المحشين المراد من عدم جواز الشراء في ذمة المالك ما ثبت به شيء في ذمته حتى يلزم بتأديته من مال آخر لو لم يمكن من مال المضاربة.

المتعارف: المتعارف الشراء في الذمة من حيث المضاربة لا مطلقا فهو من باب الكلي في المعين (و احتاط الگلپايگاني و لعله لظهور الروايات في الشراء بهذا المال المدفوع الى العامل فراجع، لكن الأظهر عدم الاختصاص و إلاّ لزم الحمل على النادر، و سرّ التعبير ان العامل مستظهر بهذا المدفوع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۴۹

في ذمّته من حيث إنّه عامل و وكيل عن المالك، و يرجع إلى الأوّل، و حكمها الصحّة، و كون الربح مشتركا بينهما على ما ذكرنا، و إذا فرض تلف مال المضاربة قبل الوفاء كان في ذمّة المالك يؤدّي من ماله الآخر. الثالث: أن يقصد ذمّة نفسه، و كان قصده الشراء لنفسه، و لم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربة ثمّ دفع منه، و على هذا الشراء صحيح و يكون غاصبا في دفع مال المضاربة من غير إذن المالك إلاّ إذا كان مأذونا في الاستقراض و قصد القرض. الرابع: كذلك لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربة حين الشراء، حتّى يكون الربح له فقصد نفسه حيلة منه، و عليه يمكن الحكم بصحّة الشراء و إن كان عاصيا في التصرّف في مال المضاربة من غير إذن المالك، و ضامنا له، بل ضامنا للبايع أيضا، حيث إنّ الوفاء بمال الغير غير صحيح، و يحتمل القول ببطلان الشراء لأنّ رضى البايع مقيّد بدفع الثمن، و المفروض أنّ الدفع بمال الغير غير صحيح فهو بمنزلة السرقة، كما ورد في بعض الأخبار أنّ من استقرض و لم يكن قاصدا للاداء فهو سارق، و يحتمل صحّة الشراء و كون قصده لنفسه لغوا، بعد أن كان بناؤه الدفع من مال

المضاربة، فإنّ البيع و إن كان بقصد نفسه و كلّيا في ذمّته إلاّ أنه ينصب على هذا الذي يدفعه، فكأن البيع وقع عليه، و الأوفق بالقواعد الوجه الأوّل، و بالاحتياط الثاني، و أضعف الوجوه

ـــــــــــــــــــــــــ

يؤدي من ماله الآخر: فيه منع بعد تقيد الشراء بحيثية المضاربة و حيثية الوكالة و العمل للمالك مضاربة بل يبطل حينئذ المعاملة و يرجع المبيع الى بائعه فالشراء مع هذا القيد من باب الكلي في المعين (و ان اصرّ عليه في المسالك و جعله في الجواهر مقتضى الاطلاق).

الشراء صحيح: أي للعامل و غير مربوط بالمضاربة.

عاصيا في التصرف: لو اريد من التصرف الانشاء و العقد على مال الغير فتحقق العصيان بصرف ذلك ممنوع و لو اريد التصرف الخارجي اي الدفع فهو مشترك بينه و الثالث و الخامس.

رضى البايع: و الفرق بينه و الثالث واضح فان في الثالث لم يكن اشكال في القصد و الانشاء و انما كان التجاوز في العمل و هو خارج عن العقد (فلا وجه لإشكال النجفي و الاصطهباناتي (قدس سرهما)).

و الأوفق: (اذ الثاني مدفوع بأن اخذ الثمن ليس داخلا تحت انشاء البائع فهو كالهدف فالمنشأ نفس ملكية الطرف بلا تقييد، و لو كان تقييد لزم التبعض في الصفقة عند دفع بعض الثمن و لا يلتزم به احد و لم يكن فرق بين هذه الصورة و ما لم يكن هذا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۰

الثالث و إن لم يستبعده الآقا البهبهانيّ. الخامس: أن يقصد الشراء في ذمّته من غير التفات إلى نفسه و غيره، و عليه أيضا يكون المبيع له، و إذا دفعه من مال المضاربة يكون غاصبا و لو اختلف البايع و العامل في أنّ الشراء كان لنفسه أو لغيره، و هو المالك المضارب يقدّم قول البايع لظاهر الحال فيلزم بالثمن من ماله، و ليس له إرجاع البايع إلى المالك المضارب.

المسألة ۱۳: يجب على العامل بعد تحقّق عقد المضاربة ما يعتاد بالنسبة إليه و إلى تلك التجارة في مثل ذلك المكان و الزمان من العمل و تولّى ما يتولاّه التاجر لنفسه من عرض القماش و النشر و الطيّ و قبض الثمن و إيداعه في الصندوق و نحو ذلك ممّا هو اللائق و المتعارف، و يجوز له استيجار من يكون المتعارف استيجاره مثل الدلاّل و الحمّال و الوزّان و الكيّال و غير ذلك، و يعطي الاجرة من الوسط، و لو استأجر فيما يتعارف مباشرته بنفسه فالاجرة من ماله و لو تولّى بنفسه ما يعتاد الاستيجار له فالظاهر

ـــــــــــــــــــــــــ

قصده عند العقد و كذا غيرهما من موارد تعذر دفع الثمن فلا انفساخ، نعم له خيار الفسخ بلحاظ الشرط الضمني لأداء الثمن كما في خيار الغبن و أما روايات عدّ المستقرض الناوي لعدم الأداء لصا أو بمنزلة السارق فهي فيما لا قصد له الى القرض اصلا بخلاف المقام لقصده البيع و الشراء و لو سلم فذلك بحسب استمرار عدم الدفع اولا و قصده حين العقد مع قصد القرض واقعا و لذلك لو دفع بعد ذلك فرضا لم يكن لصّا. و الثالث مدفوع بأن صرف قصد الأداء من مال الغير لا يوجب انصباب البيع على مالك المال المدفوع اذ العقد تابع للقصد و يرد على ما يقوله الاستاذ (قدّس سرّه) في غير موضع من كون الكلي المراد دفعه من مال معين يكون بحكم ما يكون ظهيرا له أي

المعين، الموافق لما يقوله الآقا ضياء (قدّس سرّه) هنا بعدم صحة ذلك عند العقلاء و لذا لو دفعه من مال آخر صحّ بحكم عرف العقلاء).

يقدم قول البائع: فرق بين العامل المطلق للمالك فالقول قول العامل و بين من له العمل لنفسه أو لغير المالك ايضا فقول البائع.

الخامس: ... المبيع له: ان كان ممن يعمل لنفسه و قد لغيره بخلاف العامل المطلق الذي لا شغل له سوى العمل للمالك، فالغفلة عنه في قصده بمنزلة القصد للمالك اثباتا بل و ثبوتا، نعم اذا فرض عدم القصد مع الالتفات كان لنفسه لكنه مجرد فرض.

لظاهر الحال: يختلف الظهور في العامل المطلق و غيره اذا علم البائع ذلك و إلاّ فصرف عقد البيع و كذا معاطاته ظاهر في الاسناد الى نفسه ان لم يكن صارف.

المسألة ١٣: فالاجرة من ماله: و هو ضامن للمال لو تلف في يد الأجير إلاّ اذا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۱

جواز أخذ الاجرة إن لم يقصد التبرّع، و ربما يقال بعدم الجواز و فيه أنّه مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

المسألة ١٤: قد مرّ أنّه لا يجوز للعامل السفر من دون إذن المالك، و معه فنفقته في السفر من رأس المال إلاّ إذا اشترط المالك كونها على نفسه، و عن بعضهم كونها على نفسه مطلقا و الظاهر أنّ مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، و ربما يقال: له تفاوت ما بين السفر و الحضر، و الأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها من مأكل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك ممّا يصدق عليه النفقة ففي صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السّلام «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه» هذا و أمّا في الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئا إلاّ إذا اشترط على المالك ذلك.

المسألة ١٥: المراد بالنفقة ما يحتاج إليه من مأكول و ملبوس و مركوب و آلات يحتاج إليها في سفره و اجرة المسكن و نحو ذلك، و أمّا جوائزه و عطاياه و ضيافاته و مصانعاته فعلى نفسه إلاّ إذا كانت التجارة موقوفة عليها.

كان مأذونا في ذلك.

جواز اخذ الاجرة: ان كان مأذونا من المالك في ذلك بحيث يستند العمل الى المالك و إلاّ فهو هاتك لعمله (و به يظهر ما في التمسك بقاعدة احترام العمل).

احترام عمل: اي العمل المستند الى من له العمل.

المسألة ١٤: فليس له: أي في مصارفه الشخصية دون ما يرتبط بالمضاربة فانه من جهات العمل.

المسألة ١٥: موقوفة: أو تقتضيها مصلحة التجارة. (ثم ان النفقة عامة لكل شيء حتى للمرض و يستفاد عموم النفقة لكل حاجة من صحيح عبد الرحمن بن الحجاج و خبر ابن صلت ١ و ١٣/٤ مستحقين الزكاة: «خمسة لا يعطون من الزكاة شيئا الاب و ... و ذلك انهم عياله لازمون له، او يجبر على نفقتهم» و لو كان المراد خصوص المأكل و المشرب بقي استحقاق الزكاة بالنسبة الى المرض و غيره. و اما البقرة آية ٢٣٣ فهي في الرزق و الكسوة، و الدواء ليس رزقا، و

أما الطلاق آية ۷: **لينفق ذو سعة ... الخ** فهي مربوطة بالمطلقات و انّ نفقة الزوجة ثابتة للمطلقة ايضا. و اما النساء آية ۱۹: **عاشروهن بالمعروف** فهي في جهات الخلق كما ان ۱ و ۱۲/ ۱ النفقات مربوط بالاطعام و الكسوة فقط.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۲

المسألة ۱٦: اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حسب عليه، نعم لو قتر على نفسه أو صار ضيفا عند شخص لا يحسب له.

المسألة ۱۷: المراد من السفر العرفيّ لا الشرعيّ، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثة كما أنّه إذا أقام في بلد عشرة أيّام أو أزيد كان نفقته من رأس المال، لأنّه في السفر عرفا، نعم إذا أقام بعد تمام العمل لغرض آخر مثل التفرّج أو لتحصيل مال له أو لغيره ممّا ليس متعلّقا بالتجارة فنفقته في تلك المدّة على نفسه، و إن كان مقامه لما يتعلّق بالتجارة و لأمر آخر بحيث يكون كلّ منهما علّة مستقلّة لو لا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضا في البين فالظاهر جواز أخذ تمام النفقة من مال التجارة، و إن كانا في عرض واحد ففيه وجوه ثالثها التوزيع، و هو الأحوط في الجملة، و أحوط منه كون التمام على نفسه، و إن كانت

و تفصيد الكلام ان الآيات على خمس تعبيرات عدم الحيف كما في النساء آية ۳، و الانفاق كما في النساء آية ۳٤، و عشرة المعروف كما في النساء آية ۱۹ و الرزق و الكسوة كما في البقرة آية ۲۳۳ (و هذه الجملة المركبة كناية عن مطلق الخاصة كما يظهر من النساء آية ۵ في السفهاء: ...، و الانفاق بقدر امكان الزوج كما في الطلاق آية ۷ و الروايات على خمس تعبيرات: الكسوة و الطعام كما في روايات الباب ۱ النفقات ج ۱۵ الوسائل و في سنن البيهقي ۷: ۳۰٤، و مرّ انه كناية عن مطلق الحاجة لا كما قال الخوئي (قدّس سرّه) من ان اقامة الظهر و الصلب كناية عن مطلق الحاجة، الكفاية كما في رواية هند من البخاري ۷: ۸۵ و كنز العمال ۸: ۳۰۳، و قدّر مدّ في الطعام، كما في ۱/ ۲ النفقات أو مدين من التمر كما في ۱۱/ ۱ و النفقة كما في ۹/ ۱، و الظاهر عدم التعبد و الاشارة الى الكفاية و قدر الحاجة، و بما ذكر يظهر الاشكال في كلام ابن ادريس على الطوسي (قدّس سرّه) بعدم خبر على مدّ و استصوبه المختلف ٤: ۲۹ و ان نسبه الى الحمق في التعبير عن فتوى الشيخ في ذلك.

ثم ان المقام اوضح من ذلك كله لكون شرط النفقة على المالك من الشروط المبني عليها العقد و لا تقول الشرط في ضمن العقد كما عبّر الخوئي (قدّس سرّه) لأنه حينئذ يصير تكليفا محضا كما مرّ).

المسألة ۱۷: فالظاهر: لا يبعد التوزيع في زمان العروض إلاّ ان يكون امرا تابعا بحيث لا يحسب امرا مستقلا.

و هو الأحوط: بل لا يخلو عن قوة (خلافا للخوئي و الگلپايگاني (قدس سرهما) نظرا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۳

العلّة مجموعهما بحيث يكون كلّ واحد جزءا من الداعي فالظاهر التوزيع.

المسألة ۱۸: استحقاق النفقة مختصّ بالسفر المأذون فيه، فلو سافر من غير إذن أو في غير الجهة المأذون فيه أو مع التعدّي عمّا اذن فيه ليس له أن يأخذ من مال التجارة.

المسألة ۱۹: لو تعدّد أرباب المال كأن يكون عاملا لإثنين أو أزيد أو عاملا لنفسه و غيره توزع النفقة، و هل هو على

نسبة المالين أو على نسبة العملين قولان.
المسألة ۲۰: لا يشترط في استحقاق النفقة ظهور ربح بل ينفق من أصل المال و إن لم يحصل ربح أصلا، نعم لو حصل الربح بعد هذا تحسب من الربح و يعطى المالك تمام رأس ماله ثمّ يقسّم بينهما.
المسألة ۲۱: لو مرض في أثناء السفر فإن كان لم يمنعه من شغله فله أخذ النفقة، و إن منعه ليس له و على الأوّل لا يكون منها ما يحتاج إليه للبرء من المرض.
المسألة ۲۲: لو حصل الفسخ أو الانفساخ في أثناء السفر فنفقة الرجوع على نفسه، بخلاف ما إذا بقيت و لم تنفسخ فإنّها من مال المضاربة.
المسألة ۲۳: قد عرفت الفرق بين المضاربة و القرض و البضاعة، و أنّ في الأوّل الربح مشترك، و في الثاني للعامل، و في الثالث للمالك، فإذا قال: خذ هذا المال مضاربة و الربح بتمامه لي كان مضاربة فاسدة إلاّ إذا علم

الى اطلاق النصّ ٦ لكن الظاهر انها فيما كانت لمال المضاربة، و التعبد بعيد).
المسألة ۱۸: ليس له: (خلافا للگلپايگاني نظرا الى بقاء المضاربة، و فيه: ان بقاء المضاربة لا يستلزم كون النفقة على المالك دائما و ليس كالشرط الذي يكون له الفسخ أو الابقاء).
المسألة ۱۹: توزع: إلاّ اذا كان احدهما تابعا صرفا لا يحسب امرا مستقلا.
قولان: الملاك الاستلزام للنفقة و ذلك يختلف سيما بناء على تعميم المضاربة للعروض فقد يكون مال قليل مستلزما لنفقة كثيرة و كذلك العمل فالاختلاف كما يكون بالكم يكون بالكيف، و الملاك ما ذكرنا لا المال فقط و لا كميّة العمل فقط.
المسألة ۲۱: ليس له: ان لم يكن حاصلا بالسفر و إلاّ فيجوز الأخذ من مال المضاربة، و كذا اذا كان مما يحصل عادة بحيث يحسب عرفا من النفقة المعتادة بخلاف غير المعتاد الحاصل من غير جهة السفر.
المسألة ۲۳: إلاّ اذا علم: و كذا اذا شك في ذلك و اذا علم انه غافل يحكم بذلك ايضا (فمع احتمال ارادة البضاعة يصح).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۴

أنّه قصد الابضاع فيصير بضاعة، و لا يستحقّ العامل اجرة إلاّ مع الشرط أو القرائن الدالّة على عدم التبرّع، و مع الشكّ فيه و في ارادة الاجرة يستحقّ الاجرة أيضا لقاعدة احترام عمل المسلم. و إذا قال: خذه قراضا و تمام الربح لك فكذلك مضاربة فاسدة إلاّ إذا علم أنّه أراد القرض، و لو لم يذكر لفظ المضاربة بأن قال: خذه و اتّجر به و الربح بتمامه لي كان بضاعة إلاّ مع العلم بارادة المضاربة فتكون فاسدة، و لو قال:
خذه و اتّجر به و الربح لك بتمامه فهو قرض إلاّ مع العلم بارادة المضاربة ففاسد، و مع الفساد في الصور المذكورة يكون تمام الربح للمالك و للعامل اجرة عمله إلاّ مع علمه بالفساد.
المسألة ٢٤: لو اختلف العامل و المالك في أنّها مضاربة فاسدة أو قرض أو مضاربة فاسدة أو بضاعة و لم يكن هناك ظهور لفظيّ و لا قرينة معيّنة فمقتضى القاعدة التحالف، و قد يقال: بتقديم قول من يدّعي الصحّة و هو مشكل، إذ مورد الحمل على الصحّة ما إذا علم أنّهما أوقعا معاملة معيّنة و اختلفا في صحّتها و فسادها، لا مثل المقام الذي يكون

الأمر دائرا بين معاملتين على إحداهما صحيح، و على الاخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا في أنّهما أوقعا البيع الصحيح أو الاجارة الفاسدة مثلا، أو في مثل هذا مقتضى القاعدة التحالف و أصالة الصحّة لا تثبت كونه بيعا مثلا لا إجارة أو بضاعة صحيحة مثلا لا مضاربة فاسدة.

ــــــــــــــ

و لا يستحق العامل اجرة: بل يستحق إلاّ اذا شرط المجانية و قد مرّ عدم العبرة بقصد التبرع بمجرده ما لم يظهر العامل المجانيّة، كما مرّ ان قاعدة الاحترام لا تثبت الضمان بل يوجب التكليف و حرمة الاستيفاء فقط.

فكذلك مضاربة فاسدة: بل هو قرض صحيح أو مضاربة و هبة لسهمه من الربح و لا عبرة بالعبارة بعد معلومية المراد.

فتكون فاسدة: إلاّ اذا احتمل ارادة هبة سهمه من الربح.

إلاّ مع علمه بالفساد: بل له الاجرة ما لم يظهر المجانية.

المسألة ٢٤: التحالف: مرّ ان ملاك الادعاء كون الشخص مثبتا لشيء يطلبه من الطرف و ملزما عليه و الانكار مقابله، و في المقام في الصورة الاولى اذا كان المالك مدعيا للقرض بغرض تضمين العامل للتلف أو الخسران و العامل مدعيا للمضاربة الفاسدة بغرض اثبات الاجرة فكل منهما مدع و منكر و الحكم التحالف و اما اذا لم يكن تلف او خسران فليس مقام التحالف لعدم اثبات شيء بادعاء المالك القرض و انما العامل يدعي الاجرة بدعواه المضاربة و المالك يحلف و ينفي.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۵

المسألة ٢٥: إذا قال المالك للعامل: خذ هذا المال قراضا و الربح بيننا صحّ، و لكلّ منهما النصف، و إذا قال: و نصف الربح لك فكذلك، بل و كذا لو قال: و نصف الربح لي فإنّ الظاهر أنّ النصف الآخر للعامل، و لكن فرّق بعضهم بين العبارتين و حكم بالصحّة في الاولى لأنّه صرّح فيها بكون النصف للعامل، و النصف الآخر يبقى له على قاعدة التبعيّة، بخلاف العبارة الثانية فانّ كون النصف للمالك لا ينافي كون الآخر له أيضا على قاعدة التبعيّة، فلا دلالة فيها على كون النصف الآخر للعامل، و أنت خبير بأنّ المفهوم من العبارة عرفا كون النصف الآخر للعامل.

المسألة ٢٦: لا فرق بين أن يقول: خذ هذا المال قراضا و لك نصف ربحه، أو قال: خذه قراضا و لك ربح

ــــــــــــــ

كما انه لو ادعى العامل القرض لجلب الربح و انكر المالك و ادعى المضاربة ليس من التحالف اذ يحلف المالك على نفي القرض يثبت الربح له كما ان الاجرة غير مدعاة من العامل نفسه بإقرار منه. نعم، لو فرض بعيدا انه كان لكل منهما نصيب في اثبات عنوان القرض او المضاربة كاستيفاء منفعة مربوطة بمن اقرض أو ضارب في المجتمع و كان نفع كل في اثبات عنوان معين منهما كان من التحالف مثلا فتأمل، كما انه لو قلنا بكون الملاك في الادعاء و الانكار مصبّ الدعوى لا الفرض كان من التحالف، لكن مرّ ما فيه و ان قانون القضاء لحلّ مشكلة في المجتمع لا حلّ ابحاث لفظية اسمية تعد جزافا، و بما ذكرنا يظهر الكلام في الصورة الثانية (و يشهد لما ذكرنا من ملاك الادعاء و الانكار انه لو ادعى دينا على احد و لكن يعترف بالأداء من خصمه على فرض ثبوت الدين، و انكر الخصم اصل الدين، لم يكن وجه لسماع هذه الدعوى كما يصرح الحكيم (قدّس سرّه) في المسألة ٥٠. و لذلك ايضا قيد الماتن كلامه في مسألة ٥١: «... تالفا مع ضمان العامل» لأن في صورة عدم ضمان التلف لا فائدة في دعوى المالك مالا ازيد مما يعترف العامل.

فالحاصل ان ادلة وجوب حل الدعاوى على القاضي لا اطلاق لها يشمل الدعاوى التي لا محصل لها فكذلك ادلة تعيين من عليه اليمين أو البينة فلا وجه لفتوى الاستاذ (قدّس سرّه) في ذلك و ان الملاك هو المصبّ).

المسألة ٢٦: ربح نصفه: (امر غير متعارف و صرف الفرض و كأنه اخذ من بعض كتب الأقدمين من العامة ثم دخل في فقه الشيعة و لم يجوزه الشافعي و الحنابلة على ما في ص ١٤٩ ج ٥ المغني لابن قدامة، و قال أبو حنيفة و أبو ثور: يجوز لأن ربح

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٥۶

نصفه في الصحّة و الاشتراك في الربح بالمناصفة، و ربما يقال: بالبطلان في الثاني بدعوى أنّ مقتضاه كون ربح النصف الآخر بتمامه للمالك، و قد يربح النصف فيختصّ به أحدهما، أو يربح أكثر من النصف فلا يكون الحصّة معلومة، و أيضا قد لا يعامل إلاّ في النصف، و فيه أن المراد ربح نصف ما عومل به و ربح فلا إشكال.

المسألة ٢٧: يجوز اتّحاد المالك و تعدّد العامل مع اتّحاد المال أو تميّز مال كلّ من العاملين، فلو قال: ضاربتكما و لكما نصف الربح صحّ، و كانا فيه سواء، و لو فضّل أحدهما على الآخر صحّ أيضا، و إن كانا في العمل سواء، فإنّ غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير، و هذا لا بأس به و يكون العقد الواحد بمنزلة عقدين مع اثنين، و يكون كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف و قارض الآخر في النصف الآخر بربع الربح و لا مانع منه، و كذا يجوز تعدّد المالك و اتّحاد العامل بأن كان المال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا بعقد واحد بالنصف مثلا متساويا بينهما، أو بالاختلاف بأن يكون في حصّة أحدهما بالنصف، و في حصّة الآخر بالثلث أو الربع مثلا، و كذا يجوز مع عدم اشتراك المال بأن يكون مال كلّ منهما ممتازا و قارضا واحدا مع الاذن في الخلط مع التساوي في حصّة العامل بينهما، أو الاختلاف بأن يكون في مال أحدهما بالنصف، و في مال الآخر بالثلث أو الربع.

نصفه هو نصف ربحه).

المسألة ٢٦: و لك ربح نصفه: لو لم يكن المراد ما يراد عن التعبير الاول فالظاهر بطلانه مضاربة على المشهور لكن مرّ امكان اشتراط شيء على خلاف طبعها الاول كما ان الصحة عقدا مستقلا ايضا لا بأس بها. (و قال السيد عبد الهادي و الگلپايگاني (قدس سرهما) بالبطلان إلاّ ان يرجع الى التعبير الاول نظرا الى ان شياع الربح حكم قطعي، و فيه: ان المسلّم كونه كذا في الجملة).

المسألة ٢٧: و تعدد العامل: اي تعدد العامل في جميع المال و إلاّ لم يكن من اتحاد المال و حينئذ فالمراد دخالة كليهما في جميع الانشاءات و المعاملات و لا بأس به فانه احتياط من المالك لما له و أما لو اريد دخالتهما مستقلا أو منضما بحيث اذا عمل احدهما كفى و حصل الربح لهما معا و ان لم يعمل الآخر ففيه اشكال إلاّ ان يرجع الى الاشتراط نظير شرط الربح للأجنبي، لكن الأوجه ايضا الصحة اذا لم يكن غرر. فان يكون البناء على عمل من هذا و عمل من ذاك بناء عرفيا و الأعمال معلومة بالتقريب (خلافا للگلپايگاني و النجفي (قدس سرهما) في الأخير كما ان فرض الگلپايگاني (قدّس سرّه) صورة دخالة كل في نصف المال خارج عن البحث لعدم اتحاد المال حينئذ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٥٧

المسألة ۲۸: إذا كان مال مشتركا بين اثنين فقارضا واحدا و اشترطا له نصف الربح و تفاضلا في النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزيد من الآخر مع تساويهما في ذلك المال أو تساويا فيه مع تفاوتهما فيه فإن كان من قصدهما كون ذلك النقص على العامل بالنسبة إلى صاحب الزيادة بأن يكون كأنّه اشترط على العامل في العمل بماله أقلّ من ما شرطه الآخر له، كأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّته، و شرط له صاحب النقيصة ثلثي ربح حصّته مثلا مع تساويهما في المال فهو صحيح لجواز اختلاف الشريكين في مقدار الربح المشترط للعامل، و إن لم يكن النقص راجعا إلى العامل بل على الشريك الآخر بأن يكون المجعول للعامل بالنسبة إليهما سواء، لكن اختلفا في حصّتهما بأن لا يكون على حسب شركتهما فقد يقال فيه بالبطلان لاستلزامه زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين، أو تساويهما مع التفاوت في المالين بلا عمل من صاحب الزيادة، لأنّ المفروض كون العامل غيرهما و لا يجوز ذلك في الشركة، و الأقوى الصحّة لمنع عدم جواز الزيادة لأحد الشريكين بلا مقابلتها لعمل منه، فإنّ الأقوى جواز ذلك بالشرط و نمنع كونه خلاف مقتضى الشركة، بل هو خلاف مقتضى إطلاقها، مع أنّه يمكن أن يدّعى الفرق بين الشركة و المضاربة و إن كانت متضمّنة للشركة.

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۸: و الأقوى الصحة: اذا رجع الأمر الى اشتراط شيء من العامل على احد الشريكين و إلاّ فلا يرتبط ذلك بالعقد الواقع بينهما مع العامل فلا بد حينئذ من عقد الشركة مع اشتراط ذلك بينهما ثم عقد المضاربة و لكن للصحة مطلقا ايضا وجه اذا كان المراد انشاء عقد ذو ثلاثة اطراف أو جمع عقدين في انشاء واحد كما يقع ذلك في الكتابات ففي هذا الانشاء عقد بين المالكين ايضا بأن قسمة الربح تكون على هذا الوجه فان القسمة بمنزلة معاملة جديدة. (و اما الصورة الاولى فيصح على ما مر من امكان شرط الربح للأجنبي و ايضا يمكن دخالة ذلك في ربح العامل مثلا يرى العامل ان الشريك الآخر لا يرضى بغير ذلك.

ثم ان الحكيم (قدّس سرّه) في كتاب الشركة منع من التفاضل فيها و في المقام و الخوئي منع بنحو شرط النتيجة، و معلوم انه محل الكلام لا شرط الفعل و الاعطاء، و كان وجهه ان رجوع ربح المال الى غير صاحبه خلاف مقتضى الشركة و ان المضاربة ايضا ليس من رجوع ربح المال الى غير صاحبه بل في الحقيقة معاوضة بين الربح التابع للمال و العمل التابع للعامل. لكن فيه ان ذلك في المفروز و اما المشاع أو المخلوط فلا لعدم اطلاق دليل في ذلك و انما هو امر عقلائي يخص بغير المقام. و لو فرض دليل لفظي على تبعية الربح للمال فلا اطلاق له يعمّ المقام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۵۸

المسألة ۲۹: تبطل المضاربة بموت كلّ من العامل و المالك، أمّا الأوّل فلاختصاص الاذن به، و أمّا الثاني فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاؤها يحتاج إلى عقد جديد بشرائطه، فإن كان المال نقدا صحّ، و إن كان عروضا فلا لما عرفت من عدم جواز المضاربة على غير النقدين، و هل يجوز لوارث المالك إجازة العقد بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز لعدم علقة له بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، ليكون واقعا على ماله أو متعلّق حقّه و هذا بخلاف إجارة البطن السابق في الوقف أزيد من مدّة حياته فإنّ البطن اللاحق يجوز له الاجازة، لأنّ له حقّا بحسب جعل الواقف، و أمّا في المقام فليس للوارث حقّ حال حياة المورث أصلا، و إنّما ينتقل إليه المال حال موته، و بخلاف إجازة الوارث لما زاد من الثلث في الوصيّة، و في المنجّز حال المرض على القول بالثلث فيه، فإنّ له حقّا فيما زاد، فلذا يصحّ إجازته، و نظير

المقام إجارة الشخص ماله مدّة مات في أثنائها على القول بالبطلان بموته، فإنّه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن أن يقال: يكفي في صحّة الاجازة كون المال في معرض الانتقال إليه، و إن لم يكن له علقة به حال العقد، فكونه سيصير له كاف، و مرجع إجازته حينئذ إلى إبقاء ما فعله المورّث لا قبوله و لا تنفيذه، فإنّ الاجازة أقسام قد تكون قبولا لما فعله الغير، كما في إجازة بيع ماله فضولا، و قد تكون راجعا إلى إسقاط حقّ، كما في إجازة المرتهن لبيع الراهن، و إجازة الوارث لما زاد عن الثلث، و قد تكون إبقاء لما فعله المالك كما في المقام.

المسألة ٢٩: جائز: (كما مرّ للاجماع لا لكونه كالوكالة كما استدل الخوئي (قدّس سرّه) و كذا ابن قدامة من العامة في المغني ٥: ١٨١، ثم لا دليل على كلية الانفساخ بالموت أو الجنون في مطلق العقد الجائز كالهبة بعد القبض، و قيل: التصرف فلا وجه لقول ابن قدامة: «... لأنه عقد جائز فانفسخ بموت احدهما، نعم في غير مفيد الملكية كالمقام صحيح لانبطال الاذن).

عروضا فلا: مرّ الجواز.

لكن يمكن: لكنه ضعيف، نعم لا يبعد ان يقال يكفي في انشاء المضاربة كل لفظ دال عليها و الاجازة هنا بمنزلة انشاء جديد، فكما يقع من الأخرس بالاشارة الانشائية يقع بالاجازة المشيرة الى العقد السابق فالاجازة هنا مطلوبة بدلالتها الالتزامية و يمكن الانشاء بها لا المطابقية (و أما الاجازة بمعناها المطابقي فلا معنى لها هنا لعدم قصور في ولاية من صدر منه العقد سابقا و عدم ولاية للمجيز عليه اي على الواقع، و الابقاء لم يكن مفاد العقد. و ما قاله (قدّس سرّه) من كفاية كون المال في معرض

المعلقات على العروة الوثقى، ج٤، ص ٣٥٩

المسألة ٣٠: لا يجوز للعامل أن يوكل وكيلا في عمله، أو يستأجر أجيرا إلاّ باذن المالك، نعم لا بأس بالتوكيل أو الاستيجار في بعض المقدّمات على ما هو المتعارف، و أمّا الايكال إلى الغير وكالة أو استيجارا في أصل التجارة فلا يجوز من دون إذن المالك، و معه لا مانع منه، كما أنّه لا يجوز له أن يضارب غيره إلاّ باذن المالك.

المسألة ٣١: إذا أذن في مضاربة الغير فأمّا أن يكون بجعل العامل الثاني عاملا للمالك، أو بجعله شريكا معه في العمل و الحصّة، و إمّا بجعله عاملا لنفسه، أمّا الأوّل فلا مانع منه، و تنفسخ مضاربة نفسه على الأقوى، و احتمال بقائها مع ذلك لعدم المنافاة كما ترى و يكون الربح مشتركا بين المالك و العامل الثاني، و ليس الأوّل شيء إلاّ إذا كان بعد أن عمل عملا و حصل ربح فيستحقّ حصّته من ذلك، و ليس له أن يشترط على العامل الثاني شيئا من الربح بعد أن لم يكن له عمل بعد المضاربة الثانية،

الانتقال عجيب منه (قدّس سرّه) هل المراد كونه كذلك طبيعيا أو بالقرار فعلى الاول يستلزم اجازة ورثة الشخص لكل معاملاته في زمان حياته لكون امواله في معرض الانتقال اليهم. و على الثاني يلزم اجازة الأجانب في معاملات الشخص اذا كانوا في معرض انتقال المال اليهم.

و يستلزم عدم صحة المضاربة هنا من الابتداء لكونها متعلقة لحق الغير.

ثم ان صاحب الجواهر ايضا صرّح هنا بكفاية الاجازة للانشاء قال حتى اذا كان بلفظ التقرير ص ٣٦٣).

المسألة ۳۱: عاملا للمالك: في عرض العامل الاول أو من شؤونه بحيث يكون الثانية كالجعالة من الاولى (كما قسم الحكيم و لا بأس به).
لعدم المنافاة: لا بأس به بعد كون المضاربة عقدا اذنيا يجوز للمالك الاذن لإثنين و الربح للسابق في العمل. كما في الولاية من الاب و الجد إلاّ ان يريد بذلك طرد العامل الاول عن المضاربة و يريد التعويض الى الثاني. (ثم المراد من كون المضاربة عقدا اذنيا كون المالك هو الاصل موافقا لبناء العقلاء في اصالة البذر و رأس المال في التوليد، و إلاّ فكل عقد يكون مع حقيقة الاذن و لو اريد بهذا كونها صرف الاذن كما قد يستشم من كلمات الخوئي (قدّس سرّه) ففيه: انها عقد بلا ريب و العقد متقوم بالطرفين).
شيئا من الربح: لا يبعد الجواز (فانه اذا قلنا بصحة المضاربة من العامل اذا كان باذن المالك يكون معناه صحة المضاربة على مال الغير باذنه و للمضارب حينئذ جعل كل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۰

بل لو جعل الحصّة للعامل في المضاربة الثانية أقلّ ممّا اشترط له في الاولى كأن يكون في الاولى بالنصف و جعله ثلثا في الثانية لا يستحقّ تلك الزيادة، بل ترجع إلى المالك، و ربما يحتمل جواز اشتراط شيء من الربح أو كون الزيادة له بدعوى أنّ هذا المقدار و هو إيقاع عقد المضاربة ثمّ جعلها للغير نوع من العمل يكفي في جواز جعل حصّة من الربح له، و فيه أنّه وكالة لا مضاربة و الثاني أيضا لا مانع منه و تكون الحصّة المجعولة له في المضاربة الاولى مشتركة بينه و بين العامل الثاني على حسب قرارهما، و أمّا الثالث فلا يصحّ من دون أن يكون له عمل مع العامل الثاني و معه يرجع إلى التشريك.
المسألة ۳۲: إذا ضارب العامل غيره مع عدم الاذن من المالك فإن أجاز المالك ذلك كان الحكم كما في الاذن السابق في الصور المتقدّمة، فيلحق كلا حكمه، و إن لم يجز بطلت المضاربة الثانية و حينئذ فإن

شيء ما لم يدل دليل على خلافه و هو حينئذ يجعل ما بيده بيد الغير و يأخذ شيئا بأزاء ذلك و الأخذ حينئذ من العامل الثاني لا المالك حتى يقال لم يعمل شيئا حتى يأخذ شيئا فان قرار الربح قبال العمل كان مع المالك و هذا قرار آخر مع العامل الثاني، و أما ادلة عدم جواز اجارة الدار و ... من المستأجر لغيره بأكثر مما استأجر ما لم يعمل فيه شيئا فهي لا تجري في المضاربة لعدم امكان الغاء الخصوصية، و مما ذكرنا يظهر النظر فيما قاله المتن من ان ايقاع العقد وكالة لا مضاربة اذ هو لا يأخذ الربح بعنوان الربح للمضاربة بل من العامل الثاني قبال التفويض المذكور، و كذا فيما ذكره الگلپايگاني (قدّس سرّه) من ان عقد المضاربة لنفسه ليس من عمل المضارب في المال. هذا مع ان تلك الأدلة فيما آجر لنفسه و هذا للمالك، هذا و يمكن قرار ذلك مع المالك ايضا بأن يأخذ شيئا بأزاء تجسّس فرد لائق لمضاربته).
و ايضا لا مانع منه: و يكون في الحقيقة فسخا للاولى و ايقاعا لمضاربة جديدة.
اما الثالث فلا يصح: أي لا يصح مضاربة و أما لو اريد الاجارة أو الشركة فلا اشكال، و كذا بعنوان عقد مستقل آخر باذن المالك الوجه واضح لقصور ادلة المضاربة عن المضاربة على مال الغير بعنوان نفسه بصرف كونها تحت يده و لا منع من العقد الآخر كالشركة أو الاجارة أو مستقلا.
المسألة ۳۲: كما في الاذن السابق: لكن لا بد ان يكون الاجازة بحيث تشمل المعاملات الصادرة قبلها من العامل.

بطلت المضاربة الثانية: كما تنفسخ الاولى ايضا في الصورة الاولى من الصور

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۱

كان العامل الثاني عمل و حصل الربح فما قرّر للمالك في المضاربة الاولى فله، و أمّا ما قرّر للعامل فهل هو أيضا له، أو للعامل الأوّل، أو مشترك بين العاملين؟ وجوه و أقوال، أقواها الأوّل، لأنّ المفروض بطلان المضاربة الثانية فلا يستحقّ العامل الثاني شيئا، و أنّ العامل الأوّل لم يعمل حتّى يستحقّ، فيكون تمام الربح للمالك إذا أجاز تلك المعاملات الواقعة على ماله، و يستحقّ العامل الثاني اجرة عمله مع جهله بالبطلان على العامل الأوّل، لأنّه مغرور من قبله، و قيل: يستحقّ على المالك، و لا وجه له مع فرض عدم الاذن منه له في العمل، هذا إذا ضاربه على أن يكون عاملا للمالك، و أمّا إذا ضاربه على أن يكون عاملا له و قصد العامل في عمله العامل الأوّل فيمكن أن يقال: إنّ الربح للعامل الأوّل، بل هو مختار المحقّق في الشرايع، و ذلك بدعوى أنّ المضاربة الاولى باقية بعد فرض بطلان الثانية، و المفروض أنّ العامل قصد العمل للعامل الأوّل فيكون كأنّه هو العامل فيستحقّ الربح، و عليه اجرة عمل العامل إذا كان جاهلا بالبطلان، و بطلان المعاملة لا يضرّ بالاذن الحاصل منه للعمل له، لكن هذا إنّما يتمّ إذا لم يكن المباشرة معتبرة في المضاربة الاولى، و أمّا مع اعتبارها فلا يتمّ و يتعيّن كون تمام الربح للمالك إذا أجاز المعاملات و إن لم تجز المضاربة الثانية.

المسألة ٣٣: إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالا أو عملا كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوبا أو يعطيه درهما أو نحو ذلك أو بالعكس فالظاهر صحّته، و كذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعا أو قرضا أو قراضا أو بضاعة أو نحو ذلك، و دعوى أنّ القدر المتيقّن ما إذا لم يكن من المالك إلاّ رأس المال، و من العامل إلاّ التجارة مدفوعة بأنّ ذلك من حيث متعلّق العقد، فلا ينافي اشتراط مال أو عمل خارجيّ في ضمنه، و يكفي في صحّته عموم أدلّة الشروط، و عن الشيخ الطوسيّ فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، و بطلانهما في

المتقدمة على مبنى المصنف في المسألة السابقة.

مع جهله بالبطلان: مرّ ان العلم بالبطلان لا يوجب المجانية ما لم يظهرها العامل الثاني لكن ذلك فيما لم يظهر العامل الاول ان ذلك من باب الوكالة عن المالك فقط فلا يستحق العامل الثاني حينئذ شيئا اذا علم كذبه.

فلا يتم: اذا كان اعتبار المباشرة بنحو القيدية كما هو الظاهر في طرف المعاملة فانه ركن ما لم يصرّح بالخلاف. دون الاشتراط و إلاّ فله الخيار و يجري فيه ما في المسألة الآتية.

المسألة ٣٣: حتى تصير مجهولة: مع ان الجهالة اللازمة من التوزيع غير مانعة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۲

قوله الآخر، قال: لأنّ العامل في القراض لا يعمل عملا بغير جعل و لا قسط من الربح، و إذا بطل الشرط بطل القراض، لأنّ قسط العامل يكون مجهولا، ثمّ قال: و إن قلنا: إنّ القراض صحيح و الشرط جايز لكنّه لا يلزم الوفاء به، لأنّ البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويّا، و حاصل كلامه في وجه بطلانهما أنّ الشرط المفروض مناف لمقتضى العقد

فيكون باطلا، و ببطلانه يبطل العقد، لإستلزام جهالة حصّة العامل من حيث إنّ للشرط قسطا من الربح، و ببطلانه يسقط ذلك القسط، و هو غير معلوم المقدار، و فيه منع كونه منافيا لمقتضى العقد فإنّ مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، و العمل الخارجيّ ليس عملا في مال القراض، هذا مع أنّ ما ذكره من لزوم جهالة حصّة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلا بالعوض في شيء من الموارد، و إنّما يوجب زيادة العوض فلا ينقص من بطلانه شيء من الحصّة حتّى تصير مجهولة و أمّا ما ذكره في قوله: و إن قلنا الخ فلعلّ غرضه أنّه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازما يكون وجوده كعدمه فكأنّه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصّة، و فيه أنّه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به و عدمه حيث إنّه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله، هذا و قد يقرّر في وجه بطلان الشرط المذكور أنّ هذا الشرط لا أثر له أصلا، لأنّه ليس بلازم الوفاء، حيث إنّه في العقد الجائز و لا يلزم من تخلّفه أثر التسلّط على الفسخ، حيث إنّه يجوز فسخه، و لو مع عدم التخلّف، و فيه أوّلا ما عرفت سابقا من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجايزة ما دامت باقية و لم تفسخ، و إن كان له أن يفسخ حتّى يسقط وجوب العمل به، و ثانيا لا نسلّم أنّ تخلّفه لا يؤثّر في التسلّط على الفسخ إذ الفسخ الّذي يأتي من قبل كون العقد جايزا إنّما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلّف الشرط فإنّه يوجب فسخ المعاملة من الأصل،

ـــــــــــــــــــــــ

كموارد الضمّ عند تبعض الصفقة.

لا يتفاوت الحال: لعل مراد الشيخ انه لم يقابل حينئذ بشيء حتى تلزم الجهالة.

فسخ المعاملة من الاصل: الظاهر عدم الفرق بينهما في الانفساخ من حين الفسخ (نظر الماتن الى انّ الشرط التزام في التزام فهو مربوط بأصل العقد، و فيه: انه لو بنى على ذلك فالفسخ في غير ذلك ايضا فسخ العقد و هو من الأصل فانه فسخ العقد بتمامه و ايضا الفسخ في خيار العيب و الغبن ايضا من جهة تخلف الشرط مع كونه من حين، فالظاهر ان الفسخ في كلا الموردين فسخ من حين للسيرة المتشرعية و العقلائية في النماءات و للحكم في الشاة المصراة بالنسبة الى اللبن الحاصل بعد العقد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۳

فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأوّل اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحقّ ذلك الربح بمقدار حصّته، و إن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك، و يستحقّ العامل اجرة المثل لعمله، و هي قد تكون أزيد من الربح، و قد تكون أقلّ فيتفاوت الحال بالفسخ و عدمه إذا كان لأجل تخلّف الشرط.

المسألة ٣٤: يملك العامل حصّته من الربح بمجرّد ظهوره من غير توقّف على الانضاض أو القسمة، لا نقلا و لا كاشفا على المشهور، بل الظاهر الاجماع عليه، لأنّه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما و لأنّه مملوك، و ليس للمالك، فيكون للعامل، و للصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم، قال: يقوّم فإن زاد درهما واحدا انعتق و استسعى في مال الرجل» إذ لو لم يكن مالكا لحصّته لم ينعتق أبوه، نعم عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال، و لكن لم يذكر القائل و لعلّها من العامّة: أحدها ما ذكرنا الثاني: أنّه يملك بالانضاض، لأنّه قبله ليس موجودا خارجيّا، بل هو مقدّر موهوم. الثالث: أنّه يملك بالقسمة لأنّه لو ملك قبله لاختصّ بربحه، و لم يكن

وقاية لرأس المال. الرابع: أنّ القسمة كاشفة عن الملك سابقا لأنّها توجب استقراره، و الأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا، و دعوى أنّه ليس موجودا كما ترى، و كون القيمة أمرا و همّيا ممنوع، مع أنّا نقول: إنّه يصير شريكا في العين الموجودة بالنسبة، و لذا يصحّ له مطالبة القسمة، مع أنّ المملوك لا يلزم أن يكون موجودا

و مرّ ان مورد الخراج بالضمان ايضا ذلك و لا وجه لاختصاص ذلك بالعقد اللازم لعدم الفرق في معنى الفسخ من حصة حكم الجواز و اللزوم في العقد. وفاقا للخونساري و صاحب الجواهر).

المسألة ٣٤: شريكا في العين: الظاهر ان الربح بعد الانضاض، و لو شك فالأصل يقتضي ذلك، نعم فيما حان وقت الانضاض بحسب المتاع و بحسب مطالبة طرف القرار يكون بحكم الانضاض و النص ١/ ٨ المضاربة من هذا القبيل لأهمية الحريّة، و حيث ان المضاربة جائزة فلكل من الطرفين الفسخ حيث اراد و مطالبة نصيبه، و هذا بحكم الانضاض ثم ملكية الربح اذا حصل تكون مراعى و مشروطا بعدم الضرر في المعاملات الآتية ما لم يفسخ العقد فالضرر الآتي كاشف عن عدم الملكية. (الربح مفهوما امر حقيقي مترتب على امر حقيقي اضافي و هو محاسبة بين الماليتين و ان كانت المالية امرا اعتباريا و هل الربح المترتب على المحاسبة الرياضية نفس التفاوت بين الماليتين أو تحقيقه الخارجي. الظاهر هو الثاني عرفا وفاقا للجواهر و بعض

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۴

خارجيّا، فإنّ الدّين مملوك، مع أنّه ليس في الخارج، و من الغريب إصرار صاحب الجواهر على الاشكال في ملكيّته بدعوى أنّه حقيقة ما زاد على عين الأصل، و قيمة الشيء أمر و همّي لا وجود له لا ذمّة و لا خارجا، فلا يصدق عليه الربح، نعم لا بأس أن يقال: إنّه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أنّ له الانضاض فيملك، و أغرب منه أنّه قال: بل لعلّ الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضا، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبنيّ على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أنّ لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكا للمالك حتّى مقدار الربح مع أنّه ادّعى الاتّفاق على عدم كون مقدار حصّة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمّل في أنّ الأقوى ما هو المشهور، نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكيّة العامل، لا أن يكون كاشفا عن عدم ملكيّته من الأوّل، و على ما ذكرنا يترتّب عليه جميع آثار الملكيّة من جواز المطالبة بالقسمة و إن كانت موقوفة على رضى المالك و من صحّة تصرفاته فيه من البيع و الصلح و نحوهما، و من الارث و تعلّق الخمس و الزكاة و حصول الاستطاعة للحجّ و تعلّق حقّ الغرماء به، و وجوب صرفه في الدين مع المطالبة إلى غير ذلك.

المسألة ٣٥: الربح وقاية لرأس المال فملكيّة العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقرّ ملكيّته، و الاستقرار يحصل بعد الانضاض و الفسخ و القسمة فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كلّ على صاحبه، و لا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط

المحشين و هو ظاهر التعبير العرفي: ربحت مأة تومان مثلا، و ظاهر مثل: فربحت فيها له مأة دينار ١/ ١١ مقدمات التجارة، و قوله عليه السّلام في ١/ ٢٦ التجارة: «... بربح الدينار دينارا اي الربح نفس الدينار كما في الأخيرة مشيرا الى كيس دنانير الربح: ان هذا الربح كثير اي نفس الدنانير، و ان كان كثيرا ما يطلق على نفس التفاوت، و لعل ١/ ٩ آداب

التجارة: «يحرم عليه الربح» من هذا القبيل فتأمل. و ما استدل به في العروة و نقلها الجواهر عليل، ثم لو قيل بالملكية ثم الخروج بالضرر كما قال العروة يلزمه القول بمملكيّة الضرر مع انه ليس من الاسباب المملكة).

جميع آثار الملكية: بناء على ما ذكرنا لا يترتب إلّا بعد تحقق ربح التجارة العامة الشاملة لمجموع المدة. ثم ان الارث لا يتوقف على الملكية لتعلقه بالحق ايضا و لذلك يكون الارث مترتبا على جميع الاقوال. كما ان تعلق الخمس بالملك غير المستقر غير مقبول عند الماتن في محله فهو ايضا بعد المدة و كذا استطاعة الحج.

المسألة ۳۵: قسمة الربح فقط: قد يكون تقسيم الربح قسمة لجميع المال كما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۵

مع عدم الفسخ، بل و لا قسمة الكلّ كذلك، و لا بالفسخ مع عدم القسمة، فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركا و التلف و الخسران عليهما و يتمّم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الانضاض و لو بالنسبة إلى البعض و حصلت القسمة فهل تستقرّ الملكيّة أم لا؟

يقبله الماتن في آخر مسألة ٣٦ لكن الموارد مختلفة بحسب التعبير و القرار، كما ان تقسيم الكل فسخ فعلي على الظاهر (قد يراد بقسمة الربح تقسيمه الى الآن ليصرفه كل في محاويجه مع البناء على ادامة العمل و قد يكون قسمة للمال و هو بمعنى فك القرار، و عن جامع المقاصد: انه لا معنى للقسمة إلّا قسمة الربح لعدم شركة في رأس المال. كما ان العمدة في دليل وقاية الربح لرأس المال الاجماع و الارتكاز العرفي في احتساب مجموع المدة بمنزلة امر واحد و لا دليل لشمولهما لما بعد القسمة. و قال النجفي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) قسمة الربح مع التراضي منهما بمنزلة قسمة الكل، و فيه ما مر من انه قد يكون لصرف هذا المقدار من الربح في المحاويج فقط، ثم ان المراد من قسمة الكل ايضاح عدم دخالة العامل في المال و هي لازمة لقسمة الربح احيانا لا كلا لما ذكرنا من اختلاف الموارد، نعم قسمة الكل بمنزلة التصريح بانفكاك القرار. ففي قسمة الكل تحرير المال رأسا عن يد العامل بخلاف تقسيم بعض الربح فانه كثيرا ما يكون بمعنى تقسيم ما حصل الى الآن بلا نظر الى ما بعده بل مع النظر الى بقاء العقد لما بعد).

بالفسخ مع عدم القسمة: الظاهر حصول الاستقرار بالفسخ إلّا يكون تعارف بمنزلة البناء الشرطي على عدم الاستقرار ما لم يقسم و كذلك انتهاء امد المضاربة فيما لها امد. (و استدل للاستقرار بالاستصحاب و عموم اليد أي استصحاب عدم الجبران بالربح اذا تضرر بعد ذلك أو استصحاب استقرار الربح الحاصل، و وجوب ردّ المال الى صاحبه بدليل اليد. و رده الحكيم (قدّس سرّه) بأن الاستصحاب تعليقي و اليد في غير الأمانيات، و فيه: أن مفهوم الاستقرار و عدمه تنجيزي، و لو قيل: لم يرد ذلك في دليل بل الثابت أمر تعليقي هو الجبران بالربح اذا تضرر، فتقول: اذا كان التعليق في لسان الشرع فلا بأس، و أما اليد فالمخصص له بغير الأمانة مربوط بالشك في الاتلاف و التلف لا المقام مما يكون الشك في اصل الحكم الشرعي و الضمان و عدمه، لكن مع ذلك كله فالظاهر الاستقرار فان الفسخ بمنزلة فك القرار و تمام العمل و إلّا فيما كان بناء

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۶

إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، و إن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان أقواهما الاستقرار، و الحاصل أنّ اللازم أوّلا دفع مقدار رأس المال للمالك ثمّ يقسّم ما زاد عنه بينهما على حسب حصّتهما فكلّ خسارة و تلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، و تماميّتها بما ذكرنا من الفسخ و القسمة.

المسألة ٣٦: إذا ظهر الربح و نضّ تمامه أو بعض منه فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، و إن لم يرض المالك لم يجبر عليها لإحتمال الخسران بعد ذلك، و الحاجة إلى جبره به، قيل: و إن لم يرض العامل فكذلك أيضا، لأنّه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما أخذه، و لعلّه لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده و هو ضرر عليه، و فيه أنّ هذا لا يعدّ ضررا فالأقوى أنّه يجبر إذا طلب المالك، و كيف كان إذا اقتسماه ثمّ حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو و إلاّ ردّ العامل

عرفي، و قال الخوئي (قدّس سرّه): لا يستقر بذلك للزوم انهاء رأس المال الى صاحبه، و فيه:

أن ذلك بعد الفسخ من باب الوظيفة تكليفا فقط لا الدخالة في المعاملات المضاربية).

قلنا بعدم وجوبه: كما هو الاقوى إلاّ فيما كان بناء عرفي بمنزلة الشرط (لعدم دليل على الانضاض بعد التقسيم برضى المالك و العامل لفك القرار و تمامية الوظائف إلاّ ان يكون بناء عرفي. و قال البروجردي (قدّس سرّه) لا قائل بوجوب الانضاض حينئذ و لعله كذلك، و تحصل ان الاستقرار يحصل بالفسخ قولا و فعلا و بتقسيم الكل لكونه فسخا و أما صرف الانضاض فلا يحصل به الاستقرار).

دفع مقدار رأس المال: بل يكفي دفع حصة ربح العامل اليه و تسليم الباقي الى المالك (لعدم دليل على ما في المتن. ثم الفرق بين المسألة و المسألة ٣٤ واضح، فان تلك في اصل الملكية و هذه في استقرارها فلا وجه لحاشية البهبهاني (قدّس سرّه) فراجع).

المسألة ٣٦: لاحتمال الخسران: الظاهر عدم جواز الجبر كما في المتن بعد فرض عدم الفسخ لبقاء المضاربة و هي معاملة واحدة لما تتم و قد فرض ان الربح وقاية بل الحكم كذلك في العامل ايضا لذلك لعدم تمامية المعاملة (فلا نستدل في المالك بالضرر لاحتمال الخسران كما في المتن تبعا لمن تقدم حتى يرد بعدم الاطراد و انه لا يمنع القسمة بل التسليم، و يمكن اخذ الكفيل و لعدم دليل على نفي الضرر المحتمل المالي بخلاف النفسي كما اورد الحكيم (قدّس سرّه)، و كذلك العامل، و لا وجه لاستدلال العلامة بلزوم الضرر عليه للزوم التدارك لو تسلم و تصرف، و فيه ما لا يخفى لعدم كونه ضررا اذا تصرف و اتلف).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۶۷

أقلّ الأمرين من مقدار الخسران و ما أخذ من الربح، لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فليس عليه إلاّ جبره و الزائد له، و إن كان هو الربح فليس عليه إلاّ مقدار ما أخذ، و يظهر من الشهيد أنّ قسمة الربح موجبة لإستقراره، و عدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، لكن قسمة مقداره ليست قسمة له من حيث إنّه مشاع في جميع المال، فأخذ مقدار منه ليس أخذا له فقطّ، حيث قال على ما نقل عنه: إنّ المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح فلو كان رأس المال مائة و الربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع فيكون خمسة أسداسها من رأس المال، و سدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ

ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين من ما خسر و من ثمانية و ثلث، و فيه مضافا إلى أنّه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح، و أنّ عليه غرامة ما أخذه منه أنظار اخر، منها أنّ المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب ردّه لا يتوقّف على حصول الخسران بعد ذلك، و منها أنّه ليس مأذونا في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة، و منها أنّ المفروض أنّهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنّه ربح، لا بعنوان كونه منه و من رأس المال، و دعوى أنّه لا يتعيّن لكونه من الربح بمجرّد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعة بأنّ المال بعد حصول الربح يصير مشتركا بين المالك و العامل، فمقدار رأس المال مع حصّة من الربح للمالك، و مقدار حصته الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيّن بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال و لا مانع منها.

اقل الامرين من مقدار الخسران: اي بمقدار نصيب العامل لا كل الخسران (و عبارة الجواهر اصح: بمقدار نصيبه، و قال ابن قدامة في ج ٥ ص ١٧٨: «أو نصف خسران المال» أي اذا كان البناء على النصف).

لكن قسمة مقداره: لعل مراد الشهيد (قدّس سرّه) من قسمة مقدار الربح اخذ مقدار من مجموع ما بيد العامل برضى المالك و إلاّ فتقسيم مقدار الربح برضى الطرفين بمعناه المعروف ليس إلاّ افرازه من رأس المال. و لعل مراده (قدّس سرّه) من قسمة الربح ما كان الربح ممتازا عن رأس المال عينا و من قسمة مقداره ما كان مشاعا، و كيف كان فلا وجه لكلامه (قدّس سرّه) بحسب معناه الظاهر. (و يرد عليه اشكالات سبعة ذكر بعضها في الجواهر و لا نعلم أيّ كتب الشهيد فيه ذلك. و كيف كان فلا يصحّحه توجيها

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣۶٨

المسألة ٣٧: إذا باع العامل حصّته من الربح بعد ظهوره صحّ مع تحقّق الشرايط من معلوميّة المقدار و غيره، و إذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين من مقدار قيمة ما باعه و مقدار الخسران.

المسألة ٣٨: لا إشكال في أنّ الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقا عليها أو لا حقا ما دامت المضاربة باقية و لم يتمّ عملها، نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه، و أنّ مقدار الربح من المقسوم تستقرّ ملكيّته و أمّا التلف فإمّا أن يكون بعد الدوران في التجارة، أو بعد الشروع فيها أو قبله، ثمّ إمّا أن يكون التالف البعض أو الكلّ، و أيضا إمّا أن يكون بآفة من اللّه سماويّة أو أرضيّة، أو باتلاف المالك أو العامل أو الأجنبيّ على وجه الضمان فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح، و لو كان لاحقا مطلقا، سواء كان التالف البعض أو الكلّ، كان التلف بآفة أو باتلاف ضامن من العامل أو الأجنبيّ، و دعوى أنّ مع الضمان كأنّه لم يتلف لأنّه في ذمّة الضامن كما ترى،

صاحب الجواهر بأن المراد فسخ المضاربة في المقدار المستخرج أو ان المراد اخذ شيء على الحساب من مجموع المال فانه من البعيد، لعدم وجه لنقل رأس المال اليه.

المسألة ٣٧: لا يبطل البيع: الظاهر توقفه على اجازة المالك و يقع البيع له لانكشاف عدم ملكية العامل (فلا يبطل خلافا للبروجردي و البهبهاني (قدّس سرّهما) و لا يكون بمنزلة التلف خلافا للمتن و الخوئي (قدّس سرّه) لانكشاف عدم الملكية و ليس كالملكية في العقد الجائز حتى يحكم باللزوم بالتصرف و يكون كالتلف، هذا مقتضى كون الربح وقاية لرأس المال و ان الربح يلاحظ في مجموع التجارة السنوية مثلا أو جميع المدة. قال الخوئي (قدّس سرّه): يصح البيع لكونه ملكا له، و قال الاستاذ (قدّس سرّه): يصح و يملكه المشتري ملكية متزلزلة كالعامل. و فيه عدم وجه لما ذكره (قدّس سرّه) فانه ان كفت الملكية فهذا تام و استقر بعد الزلزال و ان منعها تعلق حق الغير فالبيع فضولي، و قال بعض أهل العصر اذا اعلم المشتري بواقع هذا الامر من كون الملكية متزلزلة فلا يجب عليه الجبران و إلاّ فله الخيار، و فيه ان البحث في صحة البيع).

المسألة ٣٨: كما ترى: (فانه من قبيل جبر الخسارة و ايضا لا يجري ذلك فيما لم يعوّضه الغاصب أو السارق ثم الدليل كون الربح وقاية على حسب اقتضاء المضاربة ذلك بلا فرق بين الاتلاف و التلف، و الارضي و السماوي، و عليه الاجماع و احتمال الخلاف من بعض الشافعية من العامّة فقط بل في المغني: ١٧٨ في التلف ايضا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٦٩

نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال، بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة، و إن كان التالف الكلّ كما إذا اشترى في الذمّة و تلف المال قبل دفعه إلى البايع فأدّاه المالك أو باع العامل المبيع و ربح فأدّى كما أنّ الأقوى في تلف البعض الجبر، و إن كان قبل الشروع أيضا، كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضا قبل أن يسافر، و أمّا تلف الكلّ قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنّه موجب لانفساخ العقد إذ لا يبقى معه مال التجارة حتّى يجبر أو لا يجبر، نعم إذا أتلفه أجنبيّ و أدّى عوضه تكون المضاربة باقية، و كذا إذا أتلفه العامل.

المسألة ٣٩: العامل أمين فلا يضمن إلاّ بالخيانة، كما لو أكل بعض مال المضاربة أو اشترى شيئا لنفسه فأدّى الثمن من ذلك أو وطىء الجارية المشتراة أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدّي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم إذنه في السفر، أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به فانّه يصير بذلك ضامنا للمال لو تلف و لو بآفة سماويّة و إن بقيت المضاربة كما مرّ، و الظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضا، و إذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أو لا؟ وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه كما ذكروا في باب الوديعة أنّه لو أخرجها

الاحتساب من الشافعي ايضا، نعم في الشراء بالذمة لا بد ان يقيد بصورة اذن المالك و ارادة دفع الثمن بعنوان المضاربة و قصد الاسترباح).

نعم لو أخذ العوض: كونه في معرض الوصول كاف.

في الذمة: فيما يكون صحيحا و قد مرّ.

و ان كان التالف الكل: اي المساوي لرأس المال و أما تلف الجميع فلا يبقى معه مجال للمضاربة و كذا في الفرع السابق و هذا هو الفارق بين قبل الشروع في التجارة و بعده.

فأداه المالك: بقصد الاسترباح.

المسألة ۳۹: بآفة سماوية: (لعموم على اليد، و لا وجه لقول بعضهم بالاشكال في موارد الآفة العامة كالسيل و الزلزلة فان الضمان هنا باليد لا بالاتلاف حتى يفرق الامر بذلك، ثم الضمان رأى العامة ايضا إلاّ الحسن و الزمري راجع ص ۱۶۵ ج ۵ المغني).

وجهان: و الأول اوجه (لعدم معلومية سبب الضمان هل التعدي سبب حدوثي أو و بقائي ايضا فيستصحب، و منه يظهر النظر في كلام بعضهم: «لا وجه للضمان بعد الرجوع عن التعدي»، اذ ملاك عدم الضمان كون الشخص امينا لا عدم التعدي فعلا. و استشكل الخونساري (قدّس سرّه) في الضمان لاستشكاله في استصحاب الشبهات

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۰

الودعيّ عن الحرز بقي الضمان و إن ردّها بعد ذلك إليه، و لكن لا يخلو عن إشكال لأنّ المفروض بقاء الاذن و ارتفاع سبب الضمان، و لو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان و لم يبع ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك، و هل يضمن بنيّة الخيانة مع عدم فعلها؟ وجهان من عدم كون مجرّد النيّة خيانة، و من صيرورة يده حال النيّة بمنزلة يد الغاصب، و يمكن الفرق بين العزم عليها فعلا و بين العزم على أن يخون بعد ذلك.

الحكمية كالخوئي (قدّس سرّه) حيث استدل على مذهبه بأن الحكم الجزئي مربوط بالشبهة الموضوعية، و أما الحكم الكلي فالشك اما من جهة الجعل باحتمال الفسخ و هو في الشارع دفع لا رفع فلا شك في البقاء، و أما في المجعول بالتغيير و اذا شك في قيد انه مقوم أو لا فلا يجري الاستصحاب، و على فرضه معارض بأصالة عدم الجعل، و فيه:

ان احتمال التقوم شرعا للحكم غير التقوم للموجود عرفا فيجري الاستصحاب في الماء المتغير الزائل تغيره من نفسه لبقاء الموضوع عرفا. و أما اصالة عدم الجعل فهي من الاصل في العدم الازلي فقبل الجعل لم يكن جعل اصلا و بعده لا يعلم كيفيته فتأمل.

و أما اشكال بعض الاعلام على اصالة عدم الجعل بعدم كونه حكما و لا موضوعا ذا حكم و بالنقض باستصحاب الحكم في الشبهات الموضوعية و بأن الزمان ظرف لا قيد فلا يكون الحكم متقطعا بحسب الأزمان، و بأنه من اجتماع اللحاظين اذ استصحاب الحكم مبني على بقاء الموضوع و عدم الجعل على تعدده فلا معنى للتعارض، ففيه:

ان اللازم كون المستصحب مرتبطا بالشارع لا خصوص الحكم، و في الموضوعية الاصل السببي جار، و الزمان ظرف و أما الحالات فيمكن كونها متنوعة، و بقاء الموضوع من جهة العرف و عدم الجعل بحسب احتمال دخالة الحالات مع كون الموضوع واحدا).

وجهان: و الأول أوجه ايضا اذا كان عازما و لم يفعل لعروض مانع (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) و خلافا لباقي المحشين لتعلق عدم الضمان في الدليل بكون الشخص امينا و بذلك يرتفع الأمانة من الشخص و لو لم تحصل خيانة في الفعل، نعم اذا كان مجرد قصد بلا عزم لا يضر بكونه امينا).

يمكن الفرق: غير فارق.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۱

المسألة ۴۰: لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئا من مال المضاربة لأنّه ماله، نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن

يشتري حصّة العامل منه مع معلوميّة قدرها، و لا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك فإنّه بمنزلة التلف، و يجب على العامل ردّ قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك، و أمّا العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح بل و بعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصّته من المبيع لأنّه ماله، نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلا بهذا الشراء يمكن الاشكال فيه، حيث إنّ بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحا، فيلزم من نقله إلى البايع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه. و يمكن دفعه بأنّ كونه ربحا متأخّر عن صيرورته للبايع فيصير أوّلا للبايع الذي هو المالك من جهة كونه ثمنا، و بعد أن تمّت المعاملة و صار ملكا للبايع و صدق كونه ربحا يرجع إلى المشتري الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة، فملكيّة البايع متقدّمة طبعا، و هذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبيّ بأزيد من قيمته، فإنّ المبيع ينتقل من

المسألة ٤٠: و لا يبطل بيعه: البطلان اقوى بناء على انكشاف عدم الملكية لكن الظاهر ان المضاربة اليوم كالشركات ذات السهام و دافع المال الى هذه الشركات يخرج المال عن ملكه و يشتري سهما من الشركة و لا قدح في مالكية العنوان أو الجهة فيجوز للمالك اشتراء اموال المضاربة و لو قبل ظهور الربح. (بعد البناء على انكشاف عدم الملكية، فالعوض و المعوض من مالك واحد حينئذ، ثم على فرض الصحة يلزم ما في المتن من اداء القيمة بل الحكم ما قاله البروجردي (قدّس سرّه) و تبعه النجفي (قدّس سرّه) من اداء ثمن المسمى فقط نظرا الى اقدام المالك على ذلك، و أما كون الاقدام معامليا و هذا الضمان ليس معامليا بل بحكم اليد، أي رضاه كان بالبيع لا بالتقدير في الوقاية، ففيه: انه اشترى نصيب العامل بهذا القدر و لا معنى لضمان الاكثر).

يمكن الاشكال: (فيما كان المتصدي للبيع و الشراء العامل و أما لو تصدى المالك لهذه المعاملة فقد لا تحسب من عمل المضاربة حتى يكون حصة من الربح للعامل قاله الگلپايگاني، و فيه: ان عمل العامل هو التجارة بيعا أو شراء، و كيف كان فهذه واحدة منهما و لو اريد ان المتصدي كلا هو المالك مع تجويز كون المال ايضا تحت يده لا العامل فلا يبقى للعامل سوى المقدمات و اطلاق ادلة المضاربة لا يشمله فتدبره).

متأخر: مع انّ جهة الشركة هي المالك كما هو المعلوم اليوم لا شخص المالك على ما مرّ، و ما لم ينضّ لا يدخل في ملك العامل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۲

المالك و الثمن يكون مشتركا بينه و بين العامل، و لا بأس به فانّه من الأوّل يصير ملكا للمالك، ثمّ يصير بمقدار حصّة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة، لكن هذا على ما هو المشهور من أنّ مقتضى المعاوضة دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض، و أنّه لا يعقل غيره، و أمّا على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوّض لشخص، و العوض داخل في ملك غيره، و أنّه لا ينافي حقيقة المعاوضة فيمكن أن يقال: من الأوّل يدخل الربح في ملك العامل بمقتضي قرار المضاربة فلا يكون هذه الصورة مثالا للمقام و نظيرا له.

المسألة ٤١: يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، و لا يجوز العكس، مثلا إذا كانت دار مشتركة بين العامل و الأجنبيّ فاشترى العامل حصّة الأجنبيّ بمال المضاربة يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة، لأنّ الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصّة بالشفعة منه، و أمّا إذا كانت الدار

مشتركة بين المالك و الاجنبيّ فاشترى العامل حصّة الاجنبيّ ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأنّ الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

المسألة ٤٢: لا اشكال في عدم جواز وطي العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنّها مال الغير أو مشتركة بينه و بين الغير الذي هو المالك فان فعل كان زانيا يحدّ مع عدم الشبهة كاملا إن كان قبل حصول الربح و بقدر نصيب المالك إن كان بعده، كما لا إشكال في جواز وطيها إذا أذن له المالك بعد الشراء، و كان قبل حصول الربح، بل يجوز

على ما هو المشهور: و هو المنصور (يصحّ ان المفاعلة لا تدل على الاشتراك من الجانبين فمثل بارك اللّه فيك أو سافر زيد أو عافاك اللّه كثير لكن لكل من البائع و المشتري ان يقول: عاوضت، فكل من الثمن و المثمن عوض و معنى عاوضت اعطيت العوض فالكل عوض للآخر اي مكانه فلا يصح قول الماتن و لا الحكيم (قدّس سرّه) القائل بلزوم كون العوض مكان المعوض دون العكس و لا فرق بين ان يكون البيع تبادلا أو مبادلة).

المسألة ٤١: الاخذ بالشفعة: (لورود المالك حينئذ في مشاع العامل فللعامل اشترائه شفعة و استشكل بعض اهل العصر حينئذ في المعاملة الاولى بعدم النفع حينئذ، و فيه: امكان الغفلة عند المعاملة الاولى و ايضا لا يلزم النفع في كل معاملات المضاربة و قد يكون فيه نفع ايضا كما اذا نقّص البايع للمشتري شيئا من الثمن بعد القرار فليس للشفيع ذلك التنقيص).

المسألة ٤٢: اذا اذن له: أي حلّلها له بشرائط التحليل (فان ظاهر الأدلة عنوان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۳

بعده على الأقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطي الجارية المشتركة بينهما، و هل يجوز له وطيها بالاذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا؟ المشهور على عدم الجواز لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد، و كلاهما لا يصلحان قبل الشراء، و الأقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة، و لا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاما ثمّ كل منه، هذا مضافا إلى خبر الكاهليّ عن أبي الحسن عليه السّلام قلت:

التحليل و هو ليس مطلق الاذن و إلّا لصحّ عنوان العارية ايضا لاشتمالها الاذن مع عدم جواز العارية كما في ۱/ ۳۵ نكاح العبيد: «عن عارية الفرج، قال: حرام، ثم مكث قليلا، ثم قال: لكن لا بأس بأن يحلّ الرجل الجارية لأخيه»).

من الحدّ: و يجب استرضاء المالك ايضا (كما في ۱ و ۳/ ۳۸ نكاح العبيد).

على الاقوى: (فلا منع من اباحة الجارية بالتحليل و الملك معا لعدم ظهور الدليل في لزوم انحصار المجوز بواحد من المجوزين، و ما دل على عدم تبعض سبب حلّ الفرج مربوط بغير التحليل و الملك اذ التحليل نوع من الملك، و لسان المانع عن التبعض في مورد اشتراء الزوج من احد الشريكين: «بيعها طلاقها» دال على بطلان المحلّل وجودا، بخلاف المقام. مع ان صحيح محمد بن قيس ۱/ ۴۱ نكاح العبيد و الاماء صريح في الجواز و السند صحيح فلا وجه لتضعيف المسالك و اشكال بعض اعاظم المحشين (قدّس سرّهم) نعم الصحيح ورد في مورد التدبير لكن نعلم عدم

الخصوصية، فراجع).

بل هو اباحة: محل اشكال فلعله نوع من التمليك، و بذلك يدخل في حصر الآية الكريمة فلا يقاس بالمثال لكن لا بأس بانشاء التحليل للمستقبل لسهولة هذا الانشاء الملحق مطلق الاباحة.

خبر الكاهلي: و لا بأس بالسند و الدلالة (۱/ ۱۱ المضاربة لصحة طريق الشيخ الى حسن بن محمد في المشيخة و لظهور محمد بن زياد في ابن أبي عمير. و أما اشكال ابهام المراد من: تكون معك، و احتمال ارادة الوديعة، ففيه ما لا يخفى، فانه كناية عن جواز المباشرة، و أما اشكال قصور الدلالة لأن قوله: لصاحب المال، معناه انها ليست من مال المضاربة لمعلومية ان المال مال المالك، ففيه عدم دخالة هذا في الحكم أي التحليل قبل الملكية. و اما اشكال الاعراض فغير ثابت).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۴

«رجل سألني أن أسألك أنّ رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري ما يرى من شيء، و قال له: اشتر جارية تكون معك، و الجارية إنّما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه، و إن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السّلام: نعم» و لا يضرّ ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك، لأنّ الظاهر عدم الفرق بين المضاربة و غيرها في تأثير الاذن السابق و عدمه، و أمّا وطي المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح، بل مع الشكّ فيه لأصالة عدمه، و أمّا بعده فيتوقّف على إذن العامل فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه.

المسألة ٤٣: لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحّته، و بطلان نكاحها و لا ضمان عليه، و إن استلزم ذلك الضرر عليها سقوط مهرها و نفقتها، و إلاّ ففي المسألة أقوال: البطلان مطلقا للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها، و الصحّة كذلك، لأنّه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها، و الصحّة إذا أجازت بعد ذلك، و هذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الاذن السابق و الاجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأوّل، مع أنّ قائله غير معلوم، و لعلّه من يقول بعدم صحّة الفضوليّ إلاّ فيما ورد دليل خاصّ، مع أنّ الاستلزام المذكور ممنوع لأنّها لا تستحقّ النفقة إلاّ تدريجا، فليست هي مالا لها قوته عليها و إلاّ لزم غرامتها على من قتل الزوج، و أمّا المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، و إن كان قبله فيمكن أن يدّعى عدم سقوطه أيضا بمطلق المبطل، و إنّما يسقط بالطلاق فقط، مع أنّ المهر كان لسيّدها لا لها و كذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لأنّها تريد زوجها لأغراض اخر، و الاذن الذي تضمّنه العقد منصرف عن مثل هذا، و ممّا ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك فانّه صحيح مع الاذن السابق أو الاجازة اللاحقة، و لا يكفيه الاذن الضمنيّ في العقد للانصراف.

من جواز اذن: مرّ لزوم التحليل بشرائطه فيلزم مراعاته هنا و في بعض الفروع الآتية.

المسألة ٤٣: بسقوط مهرها: فيه منع (لعدم دليل على السقوط قبل الدخول و أما بعده فعدم السقوط مقطوع. فان السقوط في الفسخ كما ان التنصيف في الطلاق.

و انما يسقط بالطلاق: أي نصفه.

كان لسيدها لا لها: لعل المراد على بعد صورة ما اذا كانت الزوجة ايضا مملوكة و كانت مأذونة في المضاربة بهذا الوجه و إلاّ فلا موقع لهذه العبارة، ثم مع ذلك ايضا المهر لها و طولا لسيدها فلا يصح نفي كون المهر لها بالكل (و أما احتمال تلك الصورة فمن الاصطهباناتي (قدّس سرّه) و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): هي خلاف المقطوع من العبارة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۵

المسألة ٤٤: إذا اشترى العامل من ينعتق على المالك فإمّا أن يكون باذنه أو لا، فعلى الأوّل و لم يكن فيه ربح صحّ و انعتق عليه و بطلت المضاربة بالنسبة إليه، لأنّه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها حيث إنّها مبنيّة على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحّة الشراء من حيث الاذن من المالك، لا من حيث المضاربة، و حينئذ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه و إلاّ بطلت من الأصل، و للعامل اجرة عمله إذا لم يقصد التبرّع و إن كان فيه ربح فلا إشكال في صحّته، لكن في كونه قراضا فيملك العامل بمقدار حصّته من العبد، أو يستحقّ عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربة و استحقاق العامل اجرة المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه و بين صورة عدم الربح، بل لأنّه فرع ملكيّة المالك المفروض عدمها، و دعوى أنّه لا بدّ أن يقال: إنّه يملكه آنا مّا ثمّ ينعتق أو بقدر ملكيّته حفظا لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، و أيّ منهما كان يكفي في ملكيّة الربح ندفوعة بمعارضتها بالإنعتاق الذي هو ايضا متفرّع على ملكية المالك فإن لها اثرين في عرض واحد ملكية العامل للربح و الانعتاق، و مقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، و عليه فلم يحصل للعامل ملكيّة نفس العبد، و لم يفوّت المالك عليه أيضا شيئا، بل فعل ما يمنع عن مكليّته، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ التفويت من الشارع لا منه، لكن

المسألة ٤٤: ان لم يقصد التبرع: بل ان لم يظهر التبرع و كان بأمر المالك.

فرع ملكية المالك: هذا بناء على كون الربح كلا للمال، و أما لو قلنا بكون الربح بعضه للمال و بعضه للعمل و ان المضاربة شركة بين المال و العمل لتحصيل الربح فلا يكون احدهما فرع الآخر. و في بعض الحواشي: بل لأن هذه المعاملة لم يربح المالك فيها لتكون حصة منه للعامل. و فيه ايضا ما ذكرنا.

فالأظهر هو القول الثاني (لما مرّ من كون حقيقة المضاربة شركة حقيقية بل هي الشركة على نحو الشخصية الحقوقية و مالكية جهة الشركة فالربح حاصل للشركة و ينعتق في سهم المالك و يسري الى تمام العبد، و دليل السراية ما مرّ من ۱/ ۸ المضاربة في مسألة ۳٤: «... انعتق و استسعى في مال الرجل»).

التفويت من الشارع: فيه ما لا يخفى، فان الفعل لا ينتسب الى القانون و المقنن اذا توسط بينه و بين الفعل اختيار من الغير فان القانون كلي، و ما لم يتحقق المصداق لا اثر له، و تحقق المصداق باختيار فاعله فلا يمكن ان يعتذر بان القانون الجائي الى كذا أو ان «سيستم كذا» كان يقتضي ذلك كما يقال كثيرا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۶

الانصاف أنّ المسألة مشكلة بناء على لزوم تقدّم ملكيّة المالك و صيرورته للعامل بعده، إذ تقدّم الانعتاق على ملكيّة

العامل عند المعارضة في محلّ المنع نعم لو قلنا: إنّ العامل يملك الربح أوّلا بلا توسّط ملكيّة المالك بالجعل الأوّلي حين العقد و عدم منافاته لحقيقة المعاوضة لكون العوض من مال المالك و المعوّض مشتركا بينه و بين العامل كما هو الأقوى لا يبقى إشكال، فيمكن أن يقال بصحّته مضاربة، و ملكيّة العامل حصّته من نفس العبد على القول بعدم السراية، و ملكيّته عوضها إن قلنا بها، و على الثاني أي إذا كان من غير إذن المالك فإن أجاز فكما في صورة الاذن و إن لم يجز بطل الشراء، و دعوى البطلان و لو مع الاجازة لأنّه تصرّف منهيّ عنه كما ترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لأمر خارج فلا مانع من صحّتها مع الاجازة، و لا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالما بأنّه ممّن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلا، و القول بالصحّة مع الجهل لأنّ بناء معاملات العامل على الظاهر فهو كما إذا اشترى المعيب جهلا بالحال ضعيف، و الفرق بين المقامين واضح، ثمّ لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة أو في الذمّة بقصد الأداء منه، و إن لم يذكره لفظا، نعم لو تنازع

في محل المنع: لا وقع للمنع لظهور تقدم ادلة العتق و يشهد له ان اشتراط ملكية العامل شيئا ممن ينعتق على المالك بعنوان الربح مخالف لظاهر الأدلة (و علل الخوئي (قدّس سرّه) ردّ المنع بترتب ملكية العامل على ربح المالك، و قد مرّ عدم قطعية ذلك).

و لا يبقى اشكال: و كذا لو قلنا بكون الربح بعضه للعمل مستقيما و بلا واسطة على ما مرّ.

فكما في صورة الاذن: لكن لا وجه لاستحقاق العامل حينئذ اجرة عمله (لعدم الامر).

واضح: (فان شراء المعيب مأذون في الجملة بالتعارف في المعاملات بخلاف المقام).

أو في الذمة: ذمة المالك أو العامل بما هو عامل أو المنصرف الى المالك، و أما ذمة نفسه الشخصية لا بما هو عامل فلا وجه للبطلان و ان كان من قصده الأداء من مال المضاربة (فان القصد لا يقيد المطلق في الانشاء المعاملي إلاّ اذا بنى الطرفان عليه و لذلك نعتقد بصحة المعاملة في الذمة مع قصد الأداء من غير المخمس و يصح الغسل مع قصد اداء المغصوب الى الحمامي إلاّ ان يقال: طرف المعاملة لا يرضى بمعاملة يريد الطرف تطبيق الأداء على المغصوب و غير المخمّس و هذا صحيح لكنه ليس كليا في جميع افراد الناس).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۷

هو و البايع في كونه لنفسه أو للمضاربة قدّم قول البايع و يلزم العامل به ظاهرا و إن وجب عليه التخلّص منه، و لو لم يذكر المالك لفظا و لا قصدا كان له ظاهرا و واقعا.

المسألة ٤٥: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه فإن كان قبل ظهور الربح و لا ربح فيه أيضا صحّ الشراء، و كان من مال القراض، و إن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة و إن كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة فإنّها موضوعة كما مرّ للاسترباح بالتقليب في التجارة و الشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلاّ أنّ المشهور بل ادّعي عليه الاجماع صحّته، و هو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممّن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصّته من الربح منه، و يسري في البقيّة، و عليه عوضها للمالك مع يساره، و يستسعى العبد فيه مع إعساره لصحيحة ابن ابي عمير عن محمّد بن قيس عن الصادق عليه السّلام «في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم قال عليه السّلام:

يقوّم فإن زاد درهما واحدا انعتق و استسعى في مال الرجل» و هي مختصّة بصورة الجهل المنزّل عليها إطلاق

____

قول البائع: فما لم يكن شخصية العامل ممخصة في عنوان العاملية للغير.

التخلص: لا يبعد الغاء الخصوصية من ادلة التقاص (و ان كان ظاهرها فيما كان المقتص منه ظالما في الاصل أو في تعجيل الأداء، بل لعل المراد من دليل التقاص هو كون الشخص ظالما واقعا و ان تخيل نفسه عادلا، و أما ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من امكان جواز قبض المثمن لنفسه من جهة اقتضاء المعاوضة ذلك، ففيه: ان آخذ الثمن يدفع المثمن و العامل نفسه يقرّ بعدم الاستحقاق فالبائع لا يريد الجمع بين الثمن و المثمن بل يدفع المثمن).

و لا قصدا: و ارتكازا.

المسألة ٤٥: و لا ربح فيه ايضا: كأن المراد من المتقابلين عدم حصول ربح قبل الشراء بنفس هذا الشراء و هذا التقابل ليس في كلام غيره (قدّس سرّه).

و ان كان بطلانه: بل الأظهر الصحة على القاعدة و الربح بينهما و على العامل الخسارة بإتلافه مال المضاربة بهذا الشراء و عليه عوضه، نعم اثبات السراية يحتاج الى دليل و هو الصحيح ۸/۱ المضاربة.

مختصة بصورة الجهل: لكن القاعدة تسوّى بين العلم و الجهل، و الحديث لا ظهور له في التقييد و ان كان مورد كلام السائل ذلك (و ان قلت: سكوت الامام عليه السّلام قبال تقييد السائل؟ قلت: لم يقيد السائل بل كان مورد كلامه، ثم ان احتمال دخالة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۸

كلمات العلماء أيضا، و اختصاصها بشراء الأب لا يضرّ بعد كون المناط كونه ممّن ينعتق عليه، كما أنّ اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضرّ أيضا، بعد عدم الفرق بينه و بين الربح السابق، و إطلاقها من حيث اليسار و الاعسار في الاستسعاء أيضا منزّل على الثاني، جمعا بين الأدلّة، هذا و لو لم يكن ربح سابق و لا كان فيه أيضا لكن تجدّد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أنّ حكمه أيضا الانعتاق و السراية بمقتضى القاعدة، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضا للربح المتجدّد فيه، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق.

____

الجهل منفي اذ التصرف في متعلق حق الغير لا يفترق العلم و الجهل به حكما أو موضوعا من جهة الوضع، و هنا الكلام في الوضع أي الانعتاق و الضمان، نعم يمكن ان يقال: يحتمل دخالة العلم في الضمان فانه بحكم العتق الاختياري و ان لم يفهم من النص الخاص لكنه لا يزيد على الاحتمال).

منزل على الثاني: فيه تأمل بل لا يبعد القول بسعي العبد مطلقا إلاّ فيما علم العامل بالحكم و الموضوع و كان موسرا (فان الدليل الدال على ضمان المعتق اذا كان موسرا مختص بالعتق الاختياري و لا يشمل صورة الجهل بالحكم أو الموضوع بل لعله مختص بالعتق لا الانعتاق و ان كان مقدماته اختيارية فتأمل. و أما في مورد علم العامل موضوعا و حكما أي بالسراية فلعدم شمول النص، و شمول دليل العتق الاختياري فانه بحكمه).

لكن تجدد: المراد نفي الربح قبل الشراء و حينه و انما كان حكمه صحة الشراء و الانعتاق لعدم امكان انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، و أما السراية فلا دليل سوى الصحيح، بل يمكن ان يقال: صحته ايضا مراعى على القاعدة لكشف الربح

المتجدد عن الملكية للعامل مع عدم حصوله على مبنى المصنف فتأمل.
من غيره: (أي من سائر اعيان المضاربة، و فيه اشكال، بل منع لعدم شمول النص و عدم اطلاق قاعدة السراية للمقام مع كونها على خلاف الاصل، نعم لا يبعد في عكس المسألة، وفاقا للحكيم و بعض من تقدم، فان البعض مربوط بربح شراء العبد، و شمول قاعدة السراية للمقام الذي لم يكن فيه ربح محل اشكال، و ان كان قاعدة المضاربة تداخل الارباح و الخسارات، و مثله في الاشكال ما اذا ربح في شراء العبد و خسر في باقي المعاملات بحيث لا يربح في كل المضاربة لكن شمول النص لهذه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۷۹

المسألة ٤٦: قد عرفت أنّ المضاربة من العقود الجايزة و أنّه يجوز لكلّ منهما الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها أيضا ثمّ قد يحصل الفسخ من أحدهما و قد يحصل البطلان و الانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك فلا بدّ من التكلّم في حكمها من حيث استحقاق العامل للاجرة و عدمه، و من حيث وجوب الانضاض عليه و عدمه، إذا كان بالمال عروض، و من حيث وجوب الجباية عليه و عدمه إذا كان به ديون على الناس، و من حيث وجوب الردّ إلى المالك و عدمه و كون الاجرة عليه أو لا، فنقول: إمّا أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، و أيضا إمّا أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدّماتها، أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده في الأثناء أو بعد تمام التجارة بعد إنضاض الجميع أو البعض، أو قبله، قبل القسمة أو بعدها، و بيان أحكامها في طيّ مسائل: الأولى إذا كان الفسخ أو الانفساخ و لم يشرع في العمل و لا في مقدّماته فلا إشكال، و لا شيء له و لا عليه، و إن كان بعد تمام العمل و الانضاض فكذلك

الصورة غير بعيد. و أما ما ذكره الخوئي من التفصيل بين الخسارة السابقة و المقارنة و بين المتجددة فالربح في هذه المعاملة ينكسر في الاولين بخلاف الثالث، ففيه: ان المعاملات ان كانت كلها واحدة أو مستقلة فلا فرق).
المسألة ٤٦: اذا لم يشترط: مرّ عدم امكان لزومها بالشرط (و استدل الگلپايگاني (قدّس سرّه) باشتمالها على الوكالة و هي تأبى عن اللزوم، و فيه: ان المضاربة عقد مستقل و ان كان تفيد معنى الوكالة مع امكان ان يقال انها نوع شركة. بل الوجه ما ذكرنا من ان الشرط لا يدل على ازيد من التكليف، هذا اذا اريد شرط عدم الفسخ و أما شرط اللزوم بنحو النتيجة فهو خلاف الشرع. و اما الدليل على اصل جوازها فهو الاجماع كما مرّ لا كونها كالوكالة كما قال غير واحد منا و ابن قدامة من العامة في ص ١٧٩ ج ٥ و لا كونها عقدا اذنيا كما قال الخوئي (قدّس سرّه) لاشتمالها على شركة المال و العمل لا الاذن الصرف و لا ما قاله البروجردي (قدّس سرّه) من ان المضاربة حقيقتها تأبى اللزوم عند العقلاء و لم يذكر وجه ذلك، و لعل المراد كون المال هو الاصل عند اعتبار العقلاء و العمل مثله مثل الماء للشجر لا البذر و المال باق على ملك المالك كما عليه الاتفاق من العامة و الخاصة لكن الظاهر اليوم انها شركة و المالك يعطى المال و يشتري سهم الشركة و لعل الموارد مختلفة).
قبل القسمة أو بعدها: التقسيم فسخ عملي كما مرّ فلا معنى لكون الفسخ بعدها.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۰

إذ مع حصول الربح يقتسمانه، و مع عدمه لا شيء للعامل و لا عليه إن حصلت خسارة، إلاّ أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحّة هذا الشرط أو يشترط العامل على المالك شيئا إن لم يحصل ربح، و ربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح، و لا وجه له أصلا، لأنّ بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة. الثانية:

إذا كان الفسخ من العامل في الاثناء قبل حصول الربح فلا اجرة له لما مضى من عمله، و احتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لا وجه له أصلا، و إن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهريّ ففيه قولان، أقواهما العدم أيضا بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلاّ الربح،

____

على الاقوى من صحة: (كما مرّ خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) و فصّل الخوئي (قدّس سرّه) لكون ادلة كون الوضيعة على صاحب المال ناظرة الى طبع المضاربة و لو شك فلا اطلاق لها لعدم تيقن كونها ناظرة الى هذه الامور الثانوية نظير الحرج و الضرر و حكم الولاية و قد مرّ تحقيق البحث).

كما في الجعالة: (و لا وجه لتفريق النجفي (قدّس سرّه) بينهما بأن المضاربة بنائها على امر وجودي لا عدمي و هو استحقاقه الربح على تقدير حصوله و حيث انه لم يكن متبرعا فله اجرة مثل عمله ... فان الجعالة ايضا بنائه على استحقاق الجعل على تقدير حصول العمل، مع ان ما ذكره ايضا استحقاق الربح على تقدير حصوله لا مطلقا فالبناء على احتمال الربح لا الربح الحتمي).

فالمالك هو المقدم: فلا ضمان على العامل حينئذ إلاّ اذا كان من الاول بقصد الفسخ بعد السفر و كذا اذا فرض اشتراط جواز التصرف في النفقة بتحقق التجارة و لا يبعد ذلك بحسب بناء العرف. (لانصراف الأدلة عن مثل المورد، و استشكل الخوئي و النجفي (قدّس سرّهما) في هذا الاقدام أو في اطلاقه، لكن الظاهر ما في المتن حتى في صورة جهله بالحكم فانه الآخذ بسبب الجواز و جهله ليس عذرا كالجهل بسببية البيع لعدم جواز التصرف بعدا فيما باعه، و لا اقل من عدم السماع في مقام الاثبات مع ان دليل كون النفقة في السفر على رب المال هو النصّ و اطلاقه لصورة الفسخ قبل العمل مشكل كما قال البروجردي (قدّس سرّه) فيشكل حتى في صورة العلم بالحكم، لكن الأظهر الاطلاق و لا اقل من عدم البيان مع كثرة الابتلاء، و عدم الاستفصال الذي بمنزلة الاطلاق مقاما، نعم لا ريب في عدم شمول ما اذا كان من الاول

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٨١

و لا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار. الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك و صرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقا، أو إذا كان لا لعذر منه وجهان، أقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة و جواز الفسخ في كلّ وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه. الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح و بالمال عروض لا يجوز للعامل التصرّف فيه بدون إذن المالك ببيع و نحوه، و إن احتمل تحقّق الربح بهذا البيع، بل و إن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار المالك على بيعه منه. لأنّه في قوّة وجود الربح فعلا، و لكنّه مشكل مع ذلك، لأنّ المناط كون الشيء في حدّ نفسه زائد القيمة، و المفروض عدمه، و هل يجب عليه البيع و الانضاض إذا طلبه

المالك أو لا؟

اي بعد العقد بقصد الفسخ بعد التمتع من السفر، بل يمكن القول باشتراط جواز التصرف في النفقة بعمل التجارة بحسب بناء العرف.

فالحاصل ان الكلام في جواز الفسخ و في ضمان النفقة فالاول جائز على الاطلاق، لكن العامل ضامن للنفقة اذا لم يقصد من الاول فانه خائن حينئذ، و كذا اذا انصرف بعدا بنفسه فانه ضامن، لتقيّد اذن المالك بتحقق العمل إلاّ ان يرد مانع من غير اختيار العامل).

و ان احتمل تحقق الربح: الظاهر جواز بيع حصته اذا ظهر الربح و لو بوجود الزبون على خلاف قيمة السوق و جواز طلب القسمة و أما طلب بيع المال كله فلا وجه له.

اقويهما عدمه: إلاّ اذا كان التعارف يقتضي ذلك فحينئذ يجب بالشرط المبني عليه العقد و فيه الضمان (بخلاف سائر الشروط المذكورة بعنوان الشرط الخارج فانه لا وضع فيها كما مرّ، و هنا بمنزلة الجزء اللحاظي في القرارات نظير البناء على تنقيص وزن معين للظرف في الدهن في بلادنا، و أما الحديث فلا يدل لكون التبديل باذن المالك.

ثم ان حديث اليد في صحيح الترمذي كتاب البيوع باب ۳۹، ابن ماجة في صدقات باب ۵- احمد حنبل ۵: ۸ و ۱۲ و ۱۳. و قال الشيخ في الخلاف ص ۲٦ في الغصب: و روى سمرة ان النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» سنن بيهقي ٦: ۹۵ كنز العمال ۵: ۳۲۷. و قال السيد في الانتصار مسألة ضمان الصنّاع:

و مما يمكن ان يعارضوا به لأنه موجود في رواياتهم و كتبهم ما يروونه عن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۲

قولان أقواهما عدمه، و دعوى أنّ مقتضى قوله عليه السّلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» وجوب ردّ المال إلى المالك كما كان كما ترى. الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الأنفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده و بالمال عروض فان رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، و إن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته و إن احتمل ربح فيه خصوصا إذا كان هو الفاسخ و إن طلبه المالك ففي وجوب إجابته و عدمه وجوه ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقدا فلا يجب، و بين عدمه فيجب، لأنّ اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملا بقوله عليه السّلام: «على اليد» و الأقوى عدم الوجوب مطلقا و إن كان استقرار ملكيّة العامل للربح موقوفا على الانضاض، و لعلّه يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة، فنقول: لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتّى أنّه لو أخذه يستردّ منه. السادسة: لو كان في المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها و جبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ وجهان أقواهما العدم من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك. السابعة: إذا مات المالك أو العامل

قوله عليه السّلام: على اليد ما خبت حتى تؤديه. و في غصب الخلاف مسألة ۲۰: و روى قتادة عن الحسن عن سمرة ... الخ، و كذا اول غصب المبسوط و في غصب الغنية: و يحتج على المخالف بقوله على اليد ما قبضت ... الخ و كذا في اجارة الغنية بلفظ اخذت، و نقل ابن ادريس في سرائره جزما لكن في غصبه قال: و يحتج على المخالف).

كما ترى: إلّا ان يقال: اذا تعارف ذلك يكون وصف المالية المحضة النقدية من الاوصاف المأخوذة و يكون مطمح النظر فيجب ردّه فتأمل.

عدم وجوب اجابته: نعم له بيع حصته اذا كان ربح في البين (اذ الشركة لا يقتضي ازيد من ذلك و لا يوجب ذلك ضررا على العامل.

عدم الوجوب مطلقا: إلّا اذا كان تعارف (و حينئذ يكون وصف النقدية من الاوصاف المأخوذة و لا يمكن التمسك بالحديث حينئذ، و كذا بآية ردّ الأمانات وفاقا للحكيم و غيره اذ تغيير النقد بالعروض كان باذن المالك نفسه).

أو بعدها: الظاهر الاستقرار بالقسمة الكلية كما مرّ.

اقويهما العدم: إلّا اذا كان تعارف كما مرّ نظيره و لا يبعد ذلك في امصارنا و أعصارنا. و استدل صاحب المسالك بالحديث و بأن اذن المالك في الادانة مقيد بالاستيفاء و لا بأس بالثاني و أما الحديث ففيه ان المعاملة كانت باذن المالك.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۳

قام وارثه مقامه فيما مرّ من الأحكام. الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك و ماله، فلا يجب عليه الايصال إليه، نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك و لو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الردّ إلى بلده لكنّه مع ذلك مشكل، و قوله عليه السّلام: «على اليد ما أخذت» أيضا لا يدلّ على أزيد من التخلية، و إذا احتاج الردّ إليه إلى الاجرة فالاجرة على المالك، كما في سائر الأموال، نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر و حصل الفسخ فيه يكون حاله حال الغاصب في وجوب الردّ و الاجره، و إن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعيّ من عدم جواز السفر بدون إذنه.

المسألة ۴۷: قد عرفت أنّ الربح وقاية لرأس المال من غير فرق بين أن يكون سابقا على التلف أو الخسران أو لا حقا، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق و بالعكس ثمّ لا يلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المال، و كذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتّجر بجميع رأس المال فخسر ثمّ اتّجر ببعض الباقي فربح يجبر ذلك الخسران بهذا الربح، و كذا إذا اتّجر بالبعض فخسر ثمّ اتّجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، و لا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقا جابر للخسارة و التلف مطلقا ما دام لم يتمّ عمل المضاربة ثمّ إنّه يجوز للمالك أن

قام وارثه: في الحقوق له، و أما ما عليه من المال فيؤدي من التركة، و أما التكليف فلا يجب على غيره. و أما اصل العقد فلا معنى للتوارث فيه للانفساخ بالموت، و الظاهر ان العامة ايضا على ذلك، و لكن قال ابن رشد في ص ۲۳۷: و هو عقد يورث فان مات و كان للمقارض بنون امناء كانوا في القراض مثل ابيهم و ان لم يكونوا امناء كان لهم ان يأتوا بأمين، و قال الشافعي و أبو حنيفة لكل واحد منهما الفسخ اذا شاء و ليس هو عقد يورث.

فلا يجب عليه الايصال: إلّا اذا اقتضى التعارف ذلك كما لا يبعد.

حال الغاصب في وجوب الرد: أي الى المالك لا محل الغصب (لعدم الدليل على محل الغصب حتى في الغاصب بل الى المالك كما هو مقتضى ردّ الأمانات الى اهلها، و حديث على اليد).

المسألة ٤٧: لم يتم عمل المضاربة: بل ما لم يستقر الربح للعامل على ما مرّ (اذ الاستقرار فسخ).
مثلا: الأظهر ما عليه المحقق فان الاسترداد موجب للفسخ بالنسبة اليه و يستقر الربح أو الخسارة في المستردّ بنفس الاسترداد فلا يجبر خسران الباقي بربح المسترد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۴

يستردّ بعض مال المضاربة في الاثناء، و لكن تبطل بالنسبة إليه، و تبقى بالنسبة إلى البقيّة، و تكون رأس المال، و حينئذ فإذا فرضنا أنّه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقدارا من البقيّة ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة أو ببعضها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابرا للخسران أو التلف السابق بتمامه، مثلا إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة و بقي تسعون، ثمّ أخذ المالك من التسعين عشرة، و بقيت ثمانون فرأس المال تسعون و إذا اتّجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحا تجبر تلك العشرة، و لا يبقى للعامل شيء، و كذا إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقدارا من المال سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح، أو من غير قصد إلى أحد الوجهين ثمّ اتّجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه، حتّى المقدار الشايع منه في الذي أخذه المالك، و لا يختصّ الجبر بما عداه حتّى يكون مقدار حصّة العامل منه باقيا له، مثلا إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثمّ أخذ المالك عشرة ثمّ اتّجر العامل بالبقيّة فخسر عشرة أو تلف منه عشرة يجب جبره بالربح السابق حتّى المقدار الشايع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء، و على ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره المحقّق و تبعه غيره من أنّ الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشايع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقلّ منه بمقدار حصّة خسارة العشرة المأخوذة و هو واحد و تسع، فيكون رأس المال الباقي تسعين إلاّ واحدا و تسع، و هي تسعة و ثمانون إلاّ تسع، و كذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني أنّ مقدار الربح الشايع في العشرة الّتي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، و انّ حصّة العامل منه يبقى له و يجب على المالك ردّه إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقا أنّه لو حصل ربح و اقتسماه في الاثناء و أخذ كلّ حصّته منه ثمّ حصل خسران انّه يستردّ من العامل مقدار ما أخذ، بل و لو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة بل أو بعدها إذا اقتسما العروض و قلنا بوجوب الانضاض على العامل و انّه من تتمّات المضاربة.

و بالعكس (فالاسترداد موجب للانفساخ بالنسبة الى المسترد فلا ارتباط بينه و الباقي، و صاحب الجواهر بعد ان قوى نظر المحقق قال: لكن الانصاف عدم خلو المسألة عن الاشكال ... الخ).
أو بعدها: مرّ استقرار الربح بالاقتسام برضى الطرفين.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۵

المسألة ٤٨: إذا كانت المضاربة فاسدة فامّا أن يكون مع جهلهما بالفساد. أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر، فعلى التقادير الربح بتمامه للمالك لإذنه في التجارات، و إن كانت مضاربته باطلة نعم لو كان الاذن مقيّدا بالمضاربة

توقّف ذلك على إجازته، و إلّا فالمعاملات الواقعة باطلة، و على عدم التقيّد أو الاجازة يستحقّ العامل مع جهلهما لأجرة عمله، و هل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبيّن عدم استحقاقه النفقة أو لا لأنّ المالك سلّطه على الانفاق مجانا وجهان، أقواهما الأوّل، و لا يضمن التلف و النقص، و كذا الحال إذا كان المالك عالما دون العامل، فانّه يستحقّ الاجرة، و لا يضمن التلف و النقص، و إن كانا عالمين أو كان العامل عالما دون المالك فلا اجرة له لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحّة المعاملة، و ربما يحتمل في صورة علمهما أنّه يستحقّ حصّته من الربح من باب الجعالة، و فيه أنّ المفروض عدم قصدها كما أنّه ربما يحتمل استحقاقه اجرة المثل إذا اعتقد أنّه يستحقّها مع الفساد، و له وجه و إن كان الأقوى خلافه، هذا كلّه إذا حصل ربح و لو قليلا، و أمّا مع عدم حصوله

المسألة ٤٨: يستحق العامل مع جهلهما: لا تؤثر الاجازة في صورة التقييد في الاستحقاق فعدم الاستحقاق اقوى إلّا ان يأمر بالعمل بتخيل الصحة فيستحق الاجرة (فان الاجازة توجب صحة المعاملات لا استحقاق الاجرة على العمل الواقع مثلا بلا اذن و لا امر).

اقويهما الاول: بل الثاني في صورة عدم التقييد كما هو ظاهر المتن لوجود الاذن في السفر و الانفاق (و هو الملاك لقاعدة ما لا يضمن بل لا يبعد جريان نفس القاعدة لكون النفقة ايضا مورد العقد لبناء العقد على المتعارف).

فلا اجرة له لإقدامه: مجرد العلم بالبطلان لا يوجب المجانية ما لم يظهر التبرع إلّا ان يكون اذن المالك مقيدا بالمضاربة، ثم في جميع الموارد اذا لم يكن الاذن مقيدا بالمضاربة يمكن ادعاء صحة العقد من باب الأدلة العامة.

عدم قصدها: (و هي من العناوين القصدية و ما قاله الگلپايگاني تبعا لبعض من تقدمه من ان المضاربة مركبة من الجعالة و غيرها، فيه: ان تركب الحقيقة على فرضه غير قصد العنوان و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأن تمليك المعدوم باطل إلّا ان يدل دليل على الصحة كما في المضاربة، و فيه ما مرّ من عدم اشكال عقلي على ذلك اذا كان احتمال وجود الربح في المستقبل عقلائيا. لعدم منع عقلي و لا عقلائي حينئذ).

الاقوى خلافه: بل هو الاقوى (لعدم ابراز التبرع حينئذ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۶

فاستحقاق العامل الاجرة و لو مع الجهل مشكل لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول الربح، و على هذا ففي صورة حصوله أيضا يستحقّ أقلّ الأمرين من مقدار الربح و اجرة المثل، لكن الأقوى خلافه، لأنّ رضاه بذلك كان مقيّدا بالمضاربة، و مراعاة الاحتياط في هذا و بعض الصور المتقدّمة أولى.

المسألة ٤٩: إذا ادّعى على أحد أنّه أعطاه كذا مقدارا مضاربة و أنكر و لم يكن للمدّعي بيّنة فالقول قول المنكر مع اليمين.

المسألة ٥٠: إذا تنازع المالك و العامل في مقدار رأس المال الّذي أعطاه للعامل قدّم قول العامل بيمينه مع عدم البيّنة من غير فرق بين كون المال موجودا أو تالفا مع ضمان العامل لأصالة عدم إعطائه أزيد ممّا يقوله و أصالة براءة ذمّته إذا كان تالفا بالأزيد هذا إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح و علم أنّ الّذي بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذ النزاع في قلّة رأس المال و كثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلّة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب

العامل أزيد، و على تقدير كثرته

مشكل: لا اشكال في عدم الاستحقاق حينئذ لو كان رضاه مقيدا بالمضاربة على نحو وحدة المطلوب و كذا في استحقاق اقل الامرين في صورة الحصول. و أما في صورة تعدد المطلوب و عدم التقييد فالأظهر استحقاق اجرة مثل العمل اذا كان بأمر من المالك كما هو كذلك فيما عمل باذنه، فالتقييد أو عدمه ممكن في ناحية العمل من العامل كما عن المالك، هذا بحسب مقام الثبوت و أما الاثبات فالمقامات مختلفة و لا يبعد في غير واحد من الموارد عدم التقييد و العناية بالربح بواسطة المال و العمل كيف كان.

المسألة ۵۰: تالفا مع ضمان العامل: اذا اعترف العامل بالضمان (لعدم اثر للدعوى مع الاعتراف بعدم الضمان على تقدير التلف). و مرّ ان ملاك الادعاء و الانكار غرض الدعوى لا المصبّ فاذا لم يترتب غرض لا يسمع الدعوى.

و كان على المتن و المحشين التقييد بالاعتراف اذ الملاك مقام الاثبات لا الثبوت.

كما اذا كان نزاعهما: بحيث لم يكن غرض بالنسبة الى اصل رأس المال اصلا.

يرجع الى النزاع: (و لا وجه لكلام الگلپايگاني: «ارجاع النزاع الى ما ذكر لا يمنع من اجراء الاصل في مصب الدعوى» اذ لا بحث في اجراء الاصل بما هو اصل بل في تشخيص المدعى و المنكر و ان الملاك ترتب الغرض).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۷

بالعكس، و مقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك إلاّ بمقدار ما أقرّ به للعامل، و على هذا أيضا لا فرق بين كون المال باقيا أو تالفا بضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلاّ كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لا بدّ أن يغرم المقدار الّذي للمالك.

المسألة ۵۱: لو ادّعى المالك على العامل أنّه خان أو فرط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلانيّ، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك فالقول قول العامل في عدم الخيانة و التفريط، و عدم شرط المالك عليه الشرط الكذائيّ و المفروض أنّ مع عدم الشرط يكون مختارا في الشراء و في البيع من أيّ شخص أراد، نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلاّ باذن من المالك كما لو سافر أو باع بالنسيئة و ادّعى الاذن من المالك فالقول قول المالك في عدم الاذن، و الحاصل أنّ العامل لو ادّعى الاذن فيما لا يجوز إلاّ بالإذن قدّم فيه قول المالك المنكر، و لو ادّعى المالك المنع فيما يجوز إلاّ مع المنع قدّم قول العامل المنكر له.

جميع هذا المال للمالك: هذا لا يلائم مبناه من دخول الربح ابتداء في ملك العامل و قلنا سابقا انه صحيح لأجل ان سهم العامل من الربح تبع العمل، لا من جهة ما اسّسه من معنى المعاوضة. بل يمكن ان يقال: على فرض دخول الربح اولا في ملك المالك ابتداء ايضا لا يمكن تقديم قول المالك هنا لكون يد العامل يد امانة مع كونه ذا اليد في المقدار المتنازع فيه و لا يضرّ اقراره بكون اصل المال للمالك حتى يسقط بذلك يده عن الحجية اذ الاقرار انما هو في غير المقدار المتنازع فيه. فتقدم قول العامل اقوى.

المسألة ۵۱: الشرط الكذائي: اذا كان النزاع في الشرط على نحو التقييد المنفصل او المتصل على نحو تذييل الكلام لا ما كان النزاع في التقييد المستفاد من ذات الكلام أو الشك في ذلك (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) في اطلاق المخالفة

للمتن حيث قال: ادعاء الاطلاق من العامل يرده ادعاء التقييد من المالك و هما متضادان، و اصالة عدم التقييد في مقام الاثبات لا يثبت الاطلاق في مقام الثبوت، و أما اصالة الاطلاق فلا مجرى لها في امثال المقام، فالقول قول المالك لأصالة عدم اذنه فيما يدعيه العامل) و كأنه اخذ من بيان الحكيم (قدّس سرّه): «... بأن كانت الاذن محرزة و لو لا اطلاق اللفظ و يدعى المالك المخصص أو المقيد ... و لو كان النزاع في المقيد ... المتصل يرجع النزاع الى اطلاق الاذن و عدمه فيكون الشك في الاذن و الاصل عدمه ...» و هذا توجه منه الى الحالة السابقة للاطلاق أو التقييد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۸

المسألة ٥٢: لو ادّعى العامل التلف و أنكر المالك قدّم قول العامل، لأنّه أمين، سواء كان بأمر ظاهر أو خفيّ، و كذا لو ادّعى الخسارة أو ادّعى عدم الربح أو ادّعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذونا في البيع بالدين، و لا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده، نعم لو ادّعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته، و عدمه لخروجه بعده عن

لكن الظاهر ان الشرط الكذائي قيد زائد في الكلام على اصل المعنى، و الأصل عدمه، و نحن مكلفون برعاية مفاد الكلام لا الاذن الثبوتي أو الاطلاق الثبوتي فحيث لا اصل يثبت اطلاق الاذن أو تقييده ثبوتا فنجري الاصل في مقام الاثبات و لا نحتاج الى اثبات الاطلاق ثبوتا إلاّ بمقدار مرآتية مقام الاثبات و ظاهر الكلام فالحق مع الماتن، و بذلك يظهر النظر في كلام البهبهاني: يقدم قول المالك لأصالة عدم اطلاق المتعلق، و تأمل الخونساري (قدّس سرّه). لكن ما ذكرنا انما هو بعد ثبوت اطلاق الكلام اولا.

المسألة ٥٢: لأنه امين: الظاهر ان ملاك قبول قوله الاطمينان النوعي و امارته كون الشخص امينا بوصفه شخصا لا من جهة اتخاذه امينا بعقد المضاربة أو عموم الحادثة كالصاعقة و الغرق و الحرق العمومي. و حينئذ فالمالك مدع و التأمل منكر و عليه اليمين و ان لم يكن امينا و لم يكن حادث عام فهو بحكم المدعى على ما يستفاد من النصوص و عليه الاثبات بالبيّنة إلاّ ان يرضى المالك بالحلف.

(ثم من المعلوم احتياج قبول قوله الى اليمين فان الادعاء لا يردّ بالفتوى فانه مقام القضاء ثم الاثبات بالبيّنة ليس تخصيصا على الظاهر بل لكون المقام بمنزلة الادعاء اي ادعاء التبرئة و الابراء اذ يد المتّهم يد الضمان و ان كان يصح الحلف ايضا رعاية لظاهر الانكار هذا لعله الملاك و الدليل الروايات، فالبينة في ادلة التفصيل راجع باب ۳۰ و ۲۹ الاجارة، و الحلف في صحيح ١١/ ٢٩ و ١٦ و ١٧/ ٣٠ و الحادث العام في ٦/ ٢٩ و ٤/ ٣٠، و الاتهام المخصص للأمانة ورد في روايات المضاربة ايضا).

ادعى عدم الربح: فيما لم يكن الربح هو الظاهر و إلاّ فلا يقبل إلاّ بدليل بيّن من حساب الدفاتر و نحو ذلك (و الحديث لم يخص بالنسبة في الفرع السابق بل مفاده «امر بيّن» و نستفيد من بناء العرف و من حكم النوع السابق المفصّل بين الامانة و غيرها كون الملاك هو الاطمينان النوعي فهل يمكن قبول قول المساقي في عدم رشد الشجر؟
مع انه امر عدمي موافق للاصل؟)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۸۹

كونه أمينا وجهان و لو أقرّ بحصول الربح ثمّ بعد ذلك ادّعى التلف أو الخسارة و قال: إنّي اشتبهت في حصوله، لم يسمع منه، لأنّه رجوع عن إقراره الأوّل و لكن لو قال: ربحت، ثمّ تلف أو ثمّ حصلت الخسارة قبل منه.

المسألة ٥٣: إذا اختلفا في مقدار حصّة العامل و أنّه نصف الربح مثلا أو ثلثه قدّم قول المالك.

وجهان: أوجههما سماع قوله اذا لم يكن مقصرا في الردّ و اذا كان مقصرا فيه فلا يسمع قوله لعدم الامانة حينئذ (وجهه فهم الأمانة من الدليل على الاطلاق حتى بعد الفسخ اذا كان من تبعاة الامانة بلا تقصير بحيث يعد من لوازمها عرفا و لذا قال في المتن لبقاء حكم امانته).

اشتبهت في حصوله: هذا لا يرتبط بما قبله فلعل النسخة كانت: أو اني اشتبهت. و كيف كان فان كان المراد نفي الحصول بعد الاقرار به فلا يسمع لعدم قبول الانكار بعد الاقرار في الحقوق، و ان كان المراد ادعاء التلف أو الخسارة بعد الحصول فيسمع دعواه لعدم ردّ الاقرار، بل هو ادعاء امر جديد، و كذلك اذ ادّعى التورية في اقراره الاول بحيث يحتمل ذلك.

المسألة ٥٣: قول المالك: (و لم افهم وجها لحاشية الخونساري (قدّس سرّه):

«مشكل على مبنى الماتن» اذ الظاهر ان مراده دخول الربح في ملك العامل مستقيما لا عن المالك، و لكن الكلام في القرار العقدي و انه وقع على الاقل أو الاكثر و ليس فيه اصل، لكن غرض الدعوى ملكية ربح اكثر في قبال العمل و لا ريب في ان القول قول المالك فان المعوّض معلوم و هو العمل و البحث في العوض قلة و كثرة فالمسألة على ذلك المبنى نظير الاختلاف في الثمن بعد الاتفاق في المثمن.

كما ان الظاهر عدم وجه للتحالف الذي يقوله جامع المقاصد و استوجهه الحكيم (قدّس سرّه) و تبعه النجفي (قدّس سرّه) بأنه مبني على كون الملاك في تشخيص الادعاء و الانكار مصب الدعوى لا الغرض ...، اذ على ذلك ايضا اذا كان النزاع في مقدار الربح بعد الاتفاق على قدر العمل و استحقاق المالك عمل العامل الذي وقع تحت الشركة فلا خلاف حتى في صورة الدعوى إلاّ في الربح.

هذا بحسب ظاهر عبارة جامع المقاصد و أما احتمال ارادته: ان المالك يدعي الربح الاقل في الجعل و العامل يدعي الربح الأعلى في الجعل فهما متداعيان فان كان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۰

المسألة ٥٤: إذا ادّعى المالك أنّي ضاربتك على كذا مقدار و أعطيتك فأنكر أصل المضاربة، أو أنكر تسليم المال إليه فأقام المالك بيّنة على ذلك فادّعى العامل تلفه لم يسمع منه و اخذ باقراره المستفاد من إنكاره الأصل نعم لو أجاب المالك بأنّي لست مشغول الذمّة لك بشيء، ثمّ بعد الاثبات ادّعى التلف قبل منه لعدم المنافاة بين الانكار من الأوّل و بين دعوى التلف.

المسألة ٥٥: إذا اختلفا في صحّة المضاربة الواقعة بينهما و بطلانها قدّم قول مدّعي الصحّة.

المسألة ٥٦: إذا ادّعى أحدهما الفسخ في الأثناء و أنكر الآخر قدّم قول المنكر، و كلّ من يقدّم قوله في المسائل المذكورة لا بدّ له من اليمين.

المراد ذلك في انشاء العقد فلا اصل يثبته و هما متداعيان، و لكن ان كان الدعوى الملكية فهي اقل و اكثر و بالنتيجة الدعوى مشتمل على الادعاء و الانكار.

و كيف كان فالظاهر صحة قول الماتن على جميع المباني في حقيقة المضاربة ايضا من كون حقيقتها نوع اجارة أو وكالة، أو كونها شركة بين المال و العمل كما قلنا سابقا و عليه الاستاذ اذ العمل عرفا بمنزل الماء لسقي الشجرة و النماء للشجرة، أو كشركة السهام اذ النزاع مثل النزاع في قدر المثمن بعد الوفاق في قدر الثمن اي في ان العامل مثلا كم سهما اشترى من السهام).

المسألة ٥٤: لم يسمع منه: ظاهر العبارة عدم سماع قوله كسائر موارد الانكار اي باليمين لكن ملاك ذلك و هو اقراره الضمني في الانكار بعدم التلف موجود في ردّ بينته ايضا فان انكاره الاصلي يردّ بينته على التلف فلا يسمع قوله حتى مع البينة و حينئذ فهو مطالب بالعين فان رضي المالك بالبدل يغرم به و ان اصرّ على العين يحبس حتى يتبين الحال من غير طريقة و بيّنته. (و الوجه ما ذكرنا من ردّ انكاره بيّنته، اذ الاقرار في الدلالة الالتزامية كالمطابقية و لا ريب في دلالة نفي المضاربة على نفي التلف عنده ايضا و لا فرق في السلب بين السلب بواسطة الموضوع أو مستقيما و بلا واسطة).

المسألة ٥٥: قول مدعي الصحة: (و لصدق المدّعي على مدعي الفساد لأنه بعد العقد و استقرار الامر فمدعي الفساد يدعي امرا جديدا و ملزما لخصمه بشيء. و لا يلزم التحقيق عن غرض الدعوى للتشخيص للمدعي و المنكر فانه في تعارض المصب و الغرض في الادعاء و هنا نفس المصب بنفسه مشخص لصدق الادعاء و الانكار عرفا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۱

المسألة ٥٧: إذا ادّعى العامل الردّ و أنكره المالك قدّم قول المالك.

المسألة ٥٨: لو ادّعى العامل في جنس اشتراه أنّه اشتراه لنفسه و ادّعى المالك أنّه اشتراه للمضاربة قدّم قول العامل، و كذا لو ادّعى أنّه اشتراه للمضاربة و ادّعى المالك أنّه اشتراه لنفسه، لأنّه أعرف بنيّته، و لأنّه أمين فيقبل قوله، و الظاهر أنّ الأمر كذلك، لو علم أنّه أدّى الثمن من مال المضاربة، بأن ادّعى أنّه اشتراه في الذمّة لنفسه، ثمّ أدّى الثمن من مال المضاربة و لو كان عاصيا في ذلك.

المسألة ٥٧: قول المالك: (و لا يدل الأمانة على القبول لأن الكلام في انتهاء امد الأمانة مع ان الردّ عمل بينهما لا منه في التجارة مع ان دليل قبول قوله لا يشمل المقام، و هو كذلك عند اكثر العامة ايضا كما في المغني لابن قدامة ٥: ٧٥. ثم ان المالك منكر على كون المبنى في تشخيص الادعاء و الانكار هو الاصل. و أما كون الملاك عرفا هو الالزام على شخص فالنظر البدوي يوجب كون المالك ملزما لأنه يطالب لكن الدقة تعطي كونه منكرا اذ العامل يدعي الاستقلال في اليد و نفي التبعية عنه فهو ملزم للمالك بنفي اثره المضاربي عن العامل).

المسألة ٥٨: الأمر كذلك: فيه اشكال و ان كان له وجه من جهة انه مما لا يعرف إلاّ من قبله لكنه محل اشكال في المقام مما يكون فعله مكذّب قوله فان ظاهر عمل العامل انه للمضاربة و أما اصالة عدم اشترائه للمضاربة ففيها منع (و قال الاستاذ قاعدة ما لا يعرف إلاّ من قبله ... الخ، لا يوجب قبول قوله ظاهرا و ايضا هو غير مطرد مثلا اذا ادعى المالك ان العامل انشأ البيع له في ظاهر اللفظ و ادعى العامل انشائه لنفسه، و فيه ان المراد من القاعدة هو القبول ظاهرا كسائر

الموارد من الحمل و العدة و ... و هو مطرد فيما لم يكذّب فعله قوله و أما المثال فان كان المراد من ظاهر اللفظ ظهور الانشاء له في التعبير فهذا دعوى في العبارة و مقام الاثبات و إلاّ فهو محل الكلام. و أما اصالة عدم الاشتراء للمضاربة فهو من اجراء الاصل في العدم الازلي لعدم حالة سابقة له بنحو ليس الناقص و كأن الاستاذ اشار اليه في حاشية بالمنع خلافا للبروجردي (قدّس سرّه) حيث استدل بذلك الاصل. و افتى الخوئي و الاكثر بما في المتن و كأنه لاجل عدم قبول تكذيب الفعل قوله اذ للعامل ان يشتري لنفسه ايضا و فيه منع اذا كان مؤديا من مال المضاربة. ثم انه اذا قلنا بأن البيع حينئذ محكوم ظاهرا بكونه للمضاربة فهو و ان ترددنا في ذلك فيقع النزاع و معلوم انه لا بيّنة في المقام و لا اصل على الفرض فيقع التحالف و يبطل البيع ظاهرا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۲

المسألة ۵۹: لو ادّعى المالك أنّه أعطاه المال مضاربة و ادّعى القابض أنّه أعطاه قرضا يتحالفان فإن

و أما قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به- و مفاده اعم من قاعدة الاقرار لكونه اعم من النفع و الضرر على نفسه و غيره و اعم من البائع و غيره على ما نقل- و دليلها اما ما قال اقا ضياء (قدّس سرّه) من ثبوت الملازمة بين السلطنة على الشيء ثبوتا و بينها اثباتا و كأنه للغوية الانفكاك عقلا أو فهم التلازم عرفا، و فيه منع ذلك كما ان الطلاق بيد من اخذ بالساق و لا يدل بصرفه على قبول قول الزوج في تحقق الطلاق، أو الاجماع كما نقل الشيخ (قدّس سرّه) موارد في ملحقات المكاسب و خدش (قدّس سرّه) في تحقق الاجماع و لكن البجنوردي (قدّس سرّه) تسلّمه و الاثبات عليه أو ما نعتقده و هو حصول الاطمينان من قول الوالي في امور ولايته و حدودها فان في قوله مضافا الى اصالة عدم الكذب و الخطأ نوع من الخبرويّة، و الاطمينان طريق عرفي اعتبره الشارع في موارد متعددة. لكن هذا كله اذا لم يحصل اطمينان على الخلاف من جهة اداء الثمن من المضاربة أو من جهة قوله بالشراء لنفسه في كل موارد النفع، و الشراء للمضاربة في موارد الضرر مثلا).

المسألة ۵۹: يتحالفان: الظاهر قبول قول مدعي القرض الى العامل: (بناء على ما مر من كون الملاك في الادعاء و الانكار الالزام و نفيه لا العنوان، و مصبّ الدعوى فالظاهر البدوي ان المالك هنا منكر و العامل مدع كما قال الخوئي و البروجردي و ...

لعدم الاختلاف في مقدار من الربح و انما الاختلاف في الباقي حيث انه بناء على القرض يكون للعامل و على القراض للمالك فيحلف المالك على نفي القرض و يكون الزائد بأجمعه له و أما اجرة المثل فلا وجه لرعايتها بعنوانها بعد اعتراف كليهما بعدم استحقاقها كما لا وجه لرعاية الاكثرية لعدم استحقاق العامل لاكثر من حصته من ربح المضاربة بعد حلف المالك على نفي القرض، نعم لو فرض ادعاء ملزم من المالك ايضا مثل تتمة العمل قبل القسمة فيحلف العامل ايضا على نفي القراض و يصير من باب التحالف. و الحصة المعينة على فرض القراض للعامل، بالقطع على كل حال و الباقي تقسيم بالعدل و الانصاف أو القرعة و الثانية اقرب لكن فرض المسألة في الكلمات هو الاول فلا كلام إلاّ في الربح لنوع من الاحراز المستفاد من دليل القرعة بخلاف العدل و الانصاف فانه لا احراز فيه اصلا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۳

حلفا أو نكلا للقابض أكثر الأمرين من اجرة المثل و الحصّة من الربح إلاّ إذا كانت الاجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لإعترافه بعدم استحقاق ازيد من الربح.

و أما احتمال حلف العامل على نفي لزوم العمل و حلف المالك على نفي الربح الزائد عن العامل ليكون الباب من ادعائين لا التحالف، ففيه: ان الدعوى اذا وقعت على عنوان القرض و القراض فلا بد ان تلاحظ و لو بلحاظ غرض الدعوى و لا يمكن الجمع بين نفي العمل و نفي الربح الزائد.

هذا، لكن الحق ما ذكرنا من تقديم قول مدعى القرض في فرض المتن اذ المال تحت يد العامل و هو يدعي الملكية عليه اجمع و الخارج عن اليد مدع و أما احتمال كون اليد يد المالك كما في الوديعة و العارية فمنف بأصالة اليد وفاقا للاقاضياء (قدّس سرّه) فقط من السلف و الخلف فان الكل انما على التحالف كما في تحرير العلامة و الايضاح و جامع المقاصد موجّها ان المالك ايضا يدعي تتمة العمل و كأنه فرض بقاء العمل.

و أما على تقديم قول المالك كأكثر المحشين و العلامة في التذكرة و القواعد و أما على كون الحصة من الربح للعامل و يقسّم الباقي كالشيرازي و الاصطهباناتي و البهبهاني (قدس سرهم).

ثم قاعدة العدل و الانصاف عامة لفهم الغاء الخصوصية عرفا من ١/ ٩ الصلح و ١/ ١٢ و ٢ و ٣ و ٤/ ١٢ كيفية الحكم و ١/ ٢٥ الوصايا فاحتمال التعبد في موارد خاصة فقط يعيد غايته و لا نستدل بتقديم احتمال الموافقة و المخالفة على القطع بهما حتى يقول الحكيم (قدّس سرّه) بعدم الفرق، نعم لهذا اي عدم الفرق لعل القول بالتخيير في الفتوى لا بأس به لعدم العمل به في ارث الغرقى و المهدوم عليهم بل القرعة كما في الجواهر و القواعد عليها نقله الحكيم (قدّس سرّه) أو تقول القاعدة مقتضى عدم العمل بالقرعة إلاّ فيما لم يكن طريق لحلّ المسألة اصلا، و قاعدة العدل و الانصاف طريق فأما ارث الغرقى و نحوه فلعل لقاعدة العدل بعض قيود مثل كون الدعوى بين حيين حاضرين مثلا و لعل هذا اصح لبعد التخيير من الائمة (عليهم السلام) في الفتوى.

و أما ٤ و ٣/ ٨ ميراث الازواج فليسا من مورد قاعدة العدل على خلاف ذكر الحكيم (قدّس سرّه) بل للامارية عرفا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٣٩۴

المسألة ٦٠: إذا حصل تلف أو خسران فادّعى المالك أنّه أقرضه و ادّعى العامل أنّه ضاربه قدّم قول المالك مع اليمين.

و لعله يشبه قاعدة العدل قاعدة الجمع بين الحقين المذكورة في مكاسب الشيخ ط ق، ص ١١٢، س ١، و كذا تعارض الضررين كما في مسألة البقر و القدر أو قول المكره خذ منه خمسين أو ادفع مائة و صرح الجواهر في ص ٤٠٢ ج ٤٠ بالاجماع على التنصيف في ما لو تنازعا عينين في يدهما و لا بينة، للاجماع و المرسل النبوي سنن بيهقي، ١: ٢٥٥ و كذا في الجواهر ص ٤٠٨ و ٤١٠.

و اما حديث ١/ ٧ الوديعة الدال على ضمان الأخذ فهو لنفي ذي اليد يده و يقول هو وديعة بخلاف ما نحن فيه حيث يدعي اليد ذوه، و نظيره ١/ ١٦ الرهن لعدم ادعاء ذي اليد الملكية بل الرهنية و يشبهه ١/ ١٨ الرهن في الدين و الوديعة، و استشكل السيد في مسألة ٤٣ ما يحرم بالمصاهرة قال: و المسألة محل اشكال كنظائره من العلم الاجمالي في الماليات).

المسألة ٦٠: قول المالك: (لأصالة عدم المضاربة النافية للاذن من المالك في تصرف ماله بما هو ماله و أما اصالة عدم القرض فلا اثر له لعدم اثر له اذ الضمان مترتب على التصرف بلا اذن و أصالة عدم المضاربة يكفيه و أما عدم الضمان فهو مترتب على اثبات المضاربة و لا يتحقق باستصحاب عدم القرض، و لذلك يقال:

الأصل الضمان في الاموال التالفة تحت يد غير مالكها و لا يلزم ان يكون من باب عموم على اليد حتى يقال مخصّصة بالاماني، كما لا وجه لما قاله الگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض من تقدمه من عدم اثر لأصالة عدم المضاربة و الأثر لأصالة عدم القرض، نظرا الى نفي لزوم الأداء، اذ لزوم الأداء لا يترتب على عنوان القرض فقط بل على اخذ مال الغير ما لم يثبت الاذن بمضاربة أو عارية و نحو ذلك و من اجل ذلك يكون قول ابي الحسن عليه السّلام في ١/ ٧ الوديعة على القاعدة حيث قال عليه السّلام في الاختلاف بين الوديعة و القرض: «المال لازم له إلاّ ان يقيم البينة انها كانت وديعة».

و أما تمسك الحكيم (قدّس سرّه) بالارتكاز العقلائي في امثال المقام على ضمان العين و المنفعة بالبدل أي اصالة ضمان المنافع بالاستيفاء و عليها بناء المتشرعة و عملهم.

فيمكن ان يقال صرف الارتكاز لا يكون دليلا و كذا عمل المتشرعة إلاّ ان يثبت كونه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۵

المسألة ٦١: لو ادّعى المالك الابضاع و العامل المضاربة يتحالفان و مع الحلف أو النكول منهما يستحقّ العامل أقلّ الامرين من الاجرة و الحصّة من الربح، و لو لم يحصل ربح فادّعى المالك المضاربة لدفع الاجرة، و ادّعى العامل الابضاع استحقّ العامل بعد التحالف اجرة المثل لعمله.

بمرئى من الشارع فتأمل، و بما ذكرنا من قاعدة الضمان و الحديث يظهر انه لا وجه لحاشية آقا ضياء.

المسألة ٦١: يتحالفان: الظاهر كون العامل مدعيا و المالك منكرا فيحلف على نفي المضاربة اذا كان الدعوى من العامل لجلب الربح و لو لكونه اكثر من اجرة المثل في الابضاع بناء على كونه ابضاعا مع الاجرة ان لم يكن مضاربة. (و أما احتمال المالك ايضا مدعيا لالزامه العامل بقبول اجرة المثل، ففيه: ان الالزام بالقبول عبارة اخرى عن نفي استحقاق امر زائد). (هذا اذا كان النظر الى اصل المالية المشتركة كما هو الغالب و أما اذا كان النظر الى خصوص الربح من عين المال و المالك ينفيه و يريد الزامه بقبول الاجرة من أي مال فقال الخوئي هذا من التداعي، و فيه انه ايضا ادعاء و انكار لنفي المالك ما يريده العامل. و اذا كان مراد المالك الابضاع بلا اجرة فلا ادعاء ايضا منه بل ينكر الربح المدعى من العامل و ان كان مراده الابضاع مع الاجرة فاقراره بالاجرة للعامل لا يكون شيئا تحت النزاع و الدعوى و انما هو اقرار فقط و مراده نفي الربح.

ثم ان ما ذكرنا بناء على كون الملاك هو الغرض لا المصبّ كما مرّ و يشهد به بعض الروايات مثل ١/ ١٨ الرهن و ١/ ١٦ و ١/ ٧ الوديعة اذ لو كان الملاك هو المصبّ لزم التحالف ثم الحكم باليد و لكن الامام عليه السّلام حكم بكون المال لمعطيه و دافعه اليه لكون القابض ملزما للدافع بتلف ماله أو اداء شيء لفك الرهن، ثم انه يظهر من السيد (قدّس سرّه) في مسألة ٦٠ كون الملاك هو الغرض لا المصب و إلاّ لزم التحالف لا تقديم قول المالك و يحتمل انه لا لذلك بل للتحالف و السقوط و الحكم بضمان الآخذ. ثم انه لا وجه لقول الآقا ضياء (قدّس سرّه) من تقديم قول المضارب

في الحكم بملكية سهمه من الربح ليده على المال، لأن المضارب هو المدعي على مبنى القوم في انتقال سهم العامل من المالك اليه، نعم على مبنى الماتن صحيح.

بعد التحالف: الظاهر كفاية حلف المالك لنفي الابضاع فلا يستحق العامل شيئا، و أما نفي المضاربة بحلف العامل فلا وجه له لعدم اثر للمضاربة على الفرض

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۶

المسألة ٦٢: إذا علم مقدار رأس المال و مقدار حصّة العامل و اختلفا في مقدار الربح الحاصل فالقول قول العامل، كما أنّهما لو اختلفا في حصوله و عدمه كان القول قوله، و لو علم مقدار المال الموجود فعلا بيد العامل و اختلفا في مقدار نصيب العامل منه فإن كان من جهة الاختلاف في الحصّة أنها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعا، و إن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضا،

ـــــــــــــــــــــــــــ

(و لا فرق في ذلك بين ادعاء العامل اجرة معينة أو ازيد من اجرة المثل و بين ادعائه اجرة المثل. خلافا للگلپايگاني في الاصل و الفرق. و للاستاذ ايضا حيث حكم بحلف العامل على نفي المضاربة فيحكم له باجرة المثل. ثم انه اذا كان اجرة المثل اكثر من الحصة المدّعاة لا وجه للترافع اصلا في الصورة الاولى لقبول المالك اجرة المثل التي هي اكثر من الحصة المدعاة من العامل اذا كان النظر الى المالية المشتركة كما هو الغالب فلا وجه لإطلاق عبارة المتن في ذلك).

المسألة ٦٢: قول العامل: (لكونه الأمين و لا وجه لحاشية النجفي (قدّس سرّه) و الخونساري (قدّس سرّه) من كون ذلك بناء على مبنى الماتن من كون سهم المالك و العامل في مرتبة واحدة دون المشهور من انتقال سهم العامل من المالك اليه، لكونه الأمين يقبل قوله في مقدار الربح مع كونه ذا اليد، فيحلف.

و اظن أن محل جعل حاشية غلط من النساخ. و مما ذكرنا يظهر عدم جريان الحكم في المتهم مع وجود قرائن قوية على الخلاف بحيث يكون عدم الربح في حكم الأعدام لا العدم كمن يدعي عدم الربح في معمل كان رابحا منذ اول تحققه تحت يد أيّ عامل، فهو نظير ادعاء المساقي عدم رشد الشجر اصلا في طول عشر سنين مع موافقة قوله للأصل).

قول المالك قطعا: (حتى على مبنى الماتن أو على مبنانا في سهم العامل اذ هو كيف كان تابع للقرار و الأصل عدم قرار على ازيد مما يقوله المالك. و قال آقا ضياء (قدّس سرّه) بتقديم قول العامل ليده على المال، و فيه: انه اذا كان تشكيل الدعوى بعنوان الاختلاف في مقدار الحصة فاليد ساقطة لتوجيه الدعوى الى منشأها و بذلك يظهر الكلام في الفرع بعد اذا كان الاتفاق على كون هذا المال من المضاربة اصلا و ربحا).

قوله ايضا: فيه اشكال بناء على انتقال سهم العامل اليه بعمله مستقيما لا عن المالك كما ان اصالة عدم حصول ربح ازيد على ما قاله الماتن (قدّس سرّه) لا يثبت ايضا كون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۷

لأنّ المفروض أنّ تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلا و ربحا، و مقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلّا ما علم جعله للعامل، و أصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقيّة ربحا، مع أنّها معارضة بأصالة عدم

حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعا للاصل إلاّ ما خرج.

مسائل

المسألة ١: إذا كان عنده مال المضاربة فمات فإن علم بعينه فلا إشكال، و إلاّ فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك و يكون المالك شريكا مع الورثة بالنسبة، و يقدم على الغرماء إن كان

الباقي رأس المال. بل الظاهر كون المالك مدعيا لوجود اليد في العامل إلاّ فيمن لا يد له كالعامل المختص (وفاقا للآقا ضياء خلافا للاكثر من المحشين القائلين بالتداعي فالقرعة أو التأمل بينها و العدل و الانصاف مع انه لو فرض الوصول الى التداعي فالمرجع هو العدل و الانصاف لا القرعة فانها للمشكل و لا مشكلة حيث تكون القاعدة).

مسائل

المسألة ١: ... شريكا مع الورثة: في المتميز واقعا المشتبه ظاهرا كالمقام هو القرعة على الأوجه لو لم يتمكن الصلح (وفاقا للاستاذ و الخوئي و بعض آخر. فان الشركة اما عقدية بالعقد على الشركة و حصول الامتزاج الخارجي و يكون حينئذ التلف عليهما و أما امتزاجي خارجي بحيث لم يتميزا واقعا كالمائين أو الماء و السكر و هذا شركة قهرية و هنا ليس واحد منهما، و يشهد لذلك حديث الدرهم الودعي حيث حكم عليه السّلام بدرهم و نصف لصاحب الدرهمين و نصف درهم لصاحب الدرهم ١/ ١٢ الصلح اخذا بقاعدة العدل و الانصاف اي التساهم و التقسيم بالنسبة و لو كان شركة لتعين الحكم بكون ثلثي الدرهمين لصاحب الدرهمين و الثلث منهما لصاحب الدرهم، فالحديث ينفي الشركة لكن مع ذلك نقدم القرعة كما مرّ لنوع احراز في دليلها. و أما ١/ ١٣ المضاربة:

«... و ان مات و لم يذكر فهو اسوة الغرماء نظرا الى استفادة الشركة كشركة الغرماء مع الوارث ففيه: ان المشبه به في الحديث ليس كذلك و لذا يجوز الأداء من خارج التركة و ان لهم حقا فقط في التركة بل مفاد الدليل ليس إلاّ كون الانتقال ال الورثة بعد اداء الدين فالتركة باقية على ملك الميت في مقدار الدين، فالمراد من الحديث ان حال مال المضاربة حينئذ كمال الغرماء في عدم الانتقال الى الورثة إلاّ بعد ادائه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۸

الميّت مديونا لوجود عين ماله في التركة، و إن علم بعدم وجوده في تركته و لا في يده و لم يعلم أنّه تلف بتفريط أو بغيره أو ردّه على المالك فالظاهر عدم ضمانه، و كون جميع تركته للورثة، و إن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية، و أمّا إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت و لم يعلم أنّه موجود في تركته الموجودة أو لا بأن كان مدفونا في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حيّا أمكنه الايصال إلى المالك، أو شكّ في بقائه في يده و عدمه أيضا ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث و عدمه خلاف و إشكال على اختلاف مراتبه، و كلمات العلماء في المقام و أمثاله كالرهن و الوديعة و نحوهما مختلفة، و الأقوى الضمان في الصورتين الأوليين لعموم قوله عليه السّلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» حيث إنّ الأظهر شموله

الوجوه الآتية: أي شمول قاعدة اليد.

و الاقوى الضمان: بل عدم الضمان اقوى و التمسك بقاعدة اليد- على فرض اعتبار السند- بعد الاعتراف بخروج موارد منها تمسك بالعام في مشتبه المصداق.
(كما اشار اليه غير واحد، أما السند فلعدم الاعتبار على ما نقله المستدرك ۱۲/ ۱ الوديعة و ٤/ ۱ الغصب، نعم روى عن طريق العامة مسندا و في كتبنا الفقهية مرسلا لكن الظاهر تلقيها بالقبول عند الاصحاب، و أما الشبهة المصداقية، فلأنها اما لا تشمل الأمانات اصلا أو فيما لم يكن تعد أو تفريط و لعل المورد من الخارج، بل لا يشمل الامانات اصلا لعدم معنى للحكم بالضمان بالأخذ ثم الحكم برفع الضمان بالتلف بلا تعد و تفريط! فان هذا الحكم لغو بل الضمان فيها مربوط بنفس التعدّي و التفريط لا الأخذ.
ان قلت: هب ان قاعدة اليد لا تشمل المورد لكن لا يجوز تصرف الورثة في التركة للعلم الاجمالي بكون مال المضاربة هذا- تركة- أو غيره الخارج، ففيه مع عدم الشمول إلاّ للصورة الاولى مما احتمل وجوده في التركة، لا يفيد فيها ايضا لخروج بعض الاطراف عن مورد الابتلاء و ذلك يوجب عدم تنجيز العلم على ما هو مقرر في محلّه بلا فرق بين الاصول و الامارات لعدم اللسان بالنسبة الى اللوازم، نعم في الامارات الاخبارية لا يعتبر ذلك اللسان بالنسبة الى اللوازم كالبينة أو خبر الثقة فاذا قامت على كون مال الغير في التركة مثلا و اخرى على كونها في غير التركة تعارضا و لو مع خروج الغير عن مورد الابتلاء).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۳۹۹

للامانات أيضا، و دعوى خروجها لأنّ المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأنّ غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت بلا تفريط أو ادّعى تلفها كذلك إذا حلف، و أمّا صورة التفريط و الاتلاف و دعوى الردّ في غير الوديعة و دعوى التلف و النكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم، و دعوى أنّ الضمان في صورة التفريط و التعدّي من جهة الخروج عن كونها أمانة أو من جهة الدليل الخارجيّ كما ترى لا داعي إليها، و يمكن أن يتمسّك بعموم ما دلّ على وجوب ردّ الأمانة، بدعوى أنّ الردّ أعمّ من ردّ العين و ردّ البدل، و اختصاصه بالأوّل ممنوع، ألا ترى أنّه يفهم من قوله عليه السّلام: «المغصوب مردود» وجوب عوضه عند تلفه، هذا مضافا إلى خبر السكونيّ عن عليّ عليه السّلام: «انّه كان يقول: من يموت

اذا حلف: فيه انه بالحلف لا يثبت الخروج الواقعي و الكلام في نفس عدم الشمول الواقعي للحديث و هكذا الكلام في عكسه في دعوى الرد و التلف مع النكول.
و الاتلاف: ضمان الاتلاف امر مستقل عن اليد غير مربوط بالحديث (كما اشار اليه الگلپايگاني).
في غير الوديعة: بناء على خصوصية في الوديعة يقبل ادعائه الردّ بلا حلف و فيه كلام (و قد يمنع لعدم ثبوت الاجماع و لا دليل غيره).
ردّ الأمانة: فيه ايضا اشكال التمسك في الشبهة المصداقية لاحتمال التلف بلا تقصير مع ان شمول الدليل لغير العين ممنوع و لذلك لا يكون امانة المال امانة المالية و لا يكون الودعي موظفا بحفظ المالية، و ايضا مفاده الحكم التكليفي فقط.
المغصوب مردود: لا بأس به في الغصب لضمان المالية ايضا في المغصوب (ثم انه يمكن جعله دليلا مستقلا للماتن

من جهة تركه الايصاء فهو غاصب لكنه مع العلم بذلك الحكم بالضمان قطعي لكن الكلام في المجهول حاله).
خبر السكوني: ظاهر الحديث صورة العلم بوجود مال المضاربة في التركة، و حينئذ فيجب تقديم المالك على الغرماء لوجود عينه في التركة، و لعله المراد من كونه اسوة الغرماء فلا يرتبط بالمقام. و لو فرض انه في مورد التلف أو يشمله فلا بد ان يكون مع التقصير و لو بترك التسمية و التعيين عمدا و إلاّ فلا ضمان مع التلف بلا تقصير فلا يرتبط بالمقام ايضا. (و الاسوة في اللغة ايضا المقدم، و كأنه لم يرد في الدليل من تعبير اسوة الغرماء انه منهم و ان كان ذلك ظاهر الاضافة بل المراد تقديمه على الغرماء لا انه اهم غريم فقط و لعل الماتن (قدّس سرّه) اشار الى ذلك في اول المسألة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۰

و عنده مال مضاربة قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو اسوة الغرماء». و أمّا الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضا لا يخلو عن قوّة لأنّ الاصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت، و اشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبة، و إذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته، و دعوى أنّ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمّته من العوض و المرجع بعد التعارض اليد المقتضية لملكيّته، مدفوعة بأنّ الاصل الأوّل حاكم على الثاني، هذا مع أنّه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنّها مقتضية للملكيّة إذا كانت مختصّة، و في المقام كانت مشتركة و الأصل بقاؤها على الاشتراك، بل في بعض الصور يمكن أن يقال: إنّ يده يد المالك من حيث كونه عاملا له، كما إذا لم يكن له شيء أصلا فأخذ رأس المال و سافر للتجارة و لم يكن في يده سوى مال المضاربة فإذا مات يكون ما في يده بمنزلة ما في يد المالك، و ان احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال و انّه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده، و في بعض الصور يده مشتركة بينه و بين المالك، كما إذا سافر و عنده من مال المضاربة مقدار، و من ماله أيضا مقدار نعم في بعض الصور لا يعدّ يده مشتركة أيضا، فالتمسّك باليد بقول مطلق مشكل، ثمّ إنّ جميع ما ذكر إنّما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطا، و إلاّ فلا إشكال في ضمانه.

حيث قال: «... لوجود العين»).
لا يخلو عن قوة: بل عدم الضمان اقوى ايضا فان استصحاب اليد لا يزيد على اليد المتيقنة و قد مرّ حاله مع ان استصحاب بقاء اليد مع الشك في بقاء العين يحتاج الى استصحاب آخر في ابقائه لئلا يكون بلا موضوع و هو بلا اثر لعدم كونه موضوع الدليل مع ان الضمان لا يترتب على اليد على ما مر بل على التقصير، و استصحاب وجوب الردّ تكليفي لا يثبت الضمان و لا تكليف غيره مع انه تعليقي اي معلق على المطالبة لعدم تسلم وجوب الردّ بلا مطالبة من المالك مع ما مرّ من ان الردّ في نفس العين و لا يشمل البدل.
حاكم: مرّ عدم جريانه.
مشتركة: ذلك فيما يكون يدان كالصندوق المشترك أو فيما يكون غير ماله اكثر من ماله بكثير بحيث يسقط يده عند العقلاء عن اعتبار الملكية و ان كانت معتبرة ولاية أو غيرها، نظير السارق الذي يكون السرقة شغله و لا شغل له غيرها، بخلاف المقام و متساوي المالين.
و ان احتمل: و حينئذ فاجراء حكم اليد السابق على يده على هذه الأموال ممنوع.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۱

المسألة ٢: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز، و أنّه لو علّقها على أمر متوقّع بطلت، و كذا لو علّقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله، نعم لو علّق التصرّف على أمر صحّ، و إن كان متوقّع الحصول، و لا دليل لهم على ذلك إلّا دعوى الاجماع على أنّ أثر العقد لا بدّ أن يكون حاصلا من حين صدوره، و هو إن صحّ إنّما يتمّ في التعليق على المتوقّع، حيث إنّ الأثر متأخّر، و أمّا التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير، بل في المتوقّع أيضا إذا اخذ على نحو الكشف بأن يكون المعلّق عليه وجوده الاستقباليّ لا يكون الأثر متأخّرا، نعم لو قام الاجماع على اعتبار العلم بتحقّق الأثر حين العقد تمّ في صورة الجهل، لكنّه غير معلوم، ثمّ على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرّف و نفوذه من جهة الاذن، لكن يستحقّ حينئذ اجرة المثل لعمله، إلّا أن يكون الاذن مقيّدا بالصحّة فلا يجوز التصرّف أيضا.

المسألة ٣: قد مرّ اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك، و أمّا العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحقّ الغرماء، نعم بعد حصول الربح منع من التصرّف إلّا بالاذن من الغرماء، بناء على تعلّق الحجر بالمال الجديد.

المسألة ٢: ... التنجيز: ما ذكروه احوط، و لا يترك، و ان كان لجواز التعليق في العقود الجائزة الاذنية وجه وجيه و لا بأس به في خصوص الوكالة (الوكالة للتعارف فيها فان الوكالة المعلقة على عدم رجوعه عن السفر مثلا كثيرة متعارفة بلا نكير، و منها الوكالة للطلاق لو ابتلى الرجل بامور مذكورة في دفاتر المحاضر الرسمية مع ان المتيقن من الاجماع هو العقود اللازمة بناء على ثبوت الاجماع و لا يبعد و هو المناسب لما يقال من احتمال كون وجه الحكم عند المجمعين منافاة التعليق لتحقق المعاقدة عند العقلاء (كما قال البروجردي (قدّس سرّه) لعدم توقع المعاقدة القطعية من العقود الجائزة، و من هنا يمكن ان يتشكك في الاجماع بأن المعلوم هو الاتفاق لا الاجماع المصطلح و ان كان قد احتاط الاستاذ مطلقا سيما في المضاربة، و لعله لتصريح جمع بالاجماع فيها و بعضهم صرحوا بعدم الفرق بين العقود اللازمة و الجائزة).

المسألة ٣: ... بالمال الجديد: لكنه ممنوع إلّا اذا تعرض حكم الحاكم بالحجر للمنافع الآتية ايضا، ثم ان حصول الربح غير كاف في المنع من التصرف بل بعد تمام العمل و القسمة. (فان الحجر لا يتعلق بما يأتي و ان كان ملاكه اي طلب الغرماء محفوظا لكنه يحتاج الى حكم الحاكم، نعم اذا تعرض لما يأتي فالأوجه وقوع الحجر، و الاكثر تعرضوا لوهن المبنى و لم يستثنوا صورة تعرض الحاكم لما يأتي لكن الأظهر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۲

المسألة ٤: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مرّ أو الجنون أو الاغماء كما مرّ في سائر العقود الجايزة و ظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقا أو أدواريّا، و كذا في الاغماء بين قصر مدّته و طولها، فإن كان إجماعا و إلّا فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدواريّ و الاغماء القصير المدّة فغاية الأمر عدم نفوذ التصرّف حال حصولهما، و أمّا بعد الافاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد سواء كانا في المالك أو العامل و كذا تبطل بعروض السفه لأحدهما أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضا إذا كان بعد حصول الربح إلّا مع إجازة الغرماء.

المسألة ٥: إذا ضارب المالك في مرض الموت صحّ و ملك العامل الحصّة و إن كانت أزيد من اجرة المثل على الأقوى من كون منجّزات المريض من الأصل بل و كذلك على القول بأنّها من الثلث لأنه ليس مفوّتا لشيء على الوارث إذ

الربح أمر معدوم و ليس مالا موجودا للمالك و إنّما حصل بسعي العامل.

عدم المنع من الشمول حينئذ. و وفاقا للاستاذ في عدم كفاية حصول الربح للمنع من التصرف لان دليل الحجر لا يشمل لمثل المقام مما يكون الربح للمالك و انما يتحصل له بعد القسمة و لو قلنا بمالكية العامل بصرف الظهور بالنسبة فهو ممنوع التصرف الخاص أي لنفسه و يتصرف في مال المضاربة غاية الامر ان يقال المضاربة باقية لكنه ممنوع التصرف في حصته من الربح بدون اجازة الغرماء).

المسألة ٤: ... ان يقال: لا يترك الاحتياط في الجنون مطلقا و الاغماء اذا كان طويل المدة (لبطلان الاذن في الجنون و كذا في الاغماء الطويل مدته فلا دليل شرعا و لا عقلائيا على بطلان الاذن مطلقا في الاغماء. كما لا دليل على مبطلية رأي المجتهد اذ يصدق الرجوع على الشخص إلاّ في الاغماء الطويل كستة أشهر مثلا و لو كان الملاك هو فعلية الرأي لم يصدق حتى في النوم، و قد استبعد الاستاذ التصرف حال الاغماء المفروض في كلام الماتن و لا اشكال ظاهرا لامكان التصرف بلا ارادة.

السفه لأحدهما: السفه في المالك يوجب الحجر و أما في العامل فلا، نعم يناقض غرض المضاربة معمولا.

بعد حصول الربح: في حصته خاصة تصرفا مخصوصا بها.

المسألة ٥: ... مفوتا لشيء: لا تأثير لذلك لوجود الربح في ظرف حصوله لكن منجزاته من الاصل فلا منع.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۳

المسألة ٦: إذا تبيّن كون رأس المال لغير المضارب سواء كان غاصبا أو جاهلا بكونه ليس له فان تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كلّ منهما فان رجع على المضارب لم يرجع على العامل و إن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا على المضارب و إن كان جاهلا أيضا لأنّه مغرور من قبله و إن

المسألة ٦: ... تبين: لا يريد موضوعية التبين بل هو طريق و حكم الضمان مترتب على واقع الأمر (فاشكال الاستاذ غير واضح).

... خسران: فرض الخسران يستلزم اجازة المعاملة و حينئذ فهو راض و ليس له الرجوع بالخسران و أما اجازة المعاملة الخاسرة و طلب الخسران فلا دليل يجوزه في الفضولي، ثم اذا كان التلف عند المشتري يكون ضامنا ايضا كالمضارب و العامل و لكن القرار على الغارّ.

لم يرجع على العامل: ان كان العامل مغرورا من قبله و كان التلف بلا تقصير منه.

مغرور من قبله: (وفاقا لغير واحد و خلافا للخوئي حيث استشكل هنا و في الابحاث الماضية في اصل قاعدة الغرور و أورد نقضا بأنه اذا غرّ زيد عمرا في اعلامه القيمة العليا في البلد الفلاني فهل يرجع عمرو على زيد اذا ذهب بمتاعه الى ذلك البلد فتضرر؟! و خلافا للخونساري و الگلپايگاني و ... فألزموا علم الغار فلا يرجع العامل الجاهل على المضارب الجاهل. لكن الظاهر ان الغرور هنا لا ينافي جهل الغار اثباتا و لا ثبوتا كما ان المراد من الغرور التسبيب منه لا كل غرور، فمجرد اعلام امر على خلاف الواقع لا يوجب الضمان عند العقلاء بل التسبيبي من الغرور كدفع شيء ليعمل به مع اعلام امر على خلاف الواقع أو سكوت معناه ذلك، علم بالحال او جهل، فان ذلك كله موجب للضمان عند العقلاء

ار تكازيا و سيرة فيراد بالغرور في هذه المقامات عمل سببي معاملي أو غيره يوجب ايقاع الغير في خلاف الواقع و بتعبير آخر غرور و اغراء عملي بالخلاف بحيث ينسب الخلاف اليه عند العقلاء. و لم يردع عنه بل في الشريعة تلويحات اليه.

ثم الدليل على قاعدة الغرور الاجماع المدّعى و النبوي المشهور و ان لم نجده في كتبهم الروائية و كذا في اكثر كتبهم اللغوية، نعم رواه ابن اثير في النهاية كما رواه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۴

حصل ربح كان للمالك إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله و للعامل اجرة المثل على المضارب مع جهله

صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في الغصب و الكركي في حاشية الارشاد- و بناء العقلاء، و المهم هو الروايات مثل ١/ ٧ العيوب و التدليس و ٢/ ٢ و الظاهر انها المراد من ٢ و ١/ ١٣ و ١/ ١٤ الشهادات و ٨٨ نكاح العبيد و الاماء و ٥ و ٩/ ١٨ العتق و ان لم يذكر الخدعة و التدليس و الغرور فيها وفاقا للحكيم (قدّس سرّه) في ج ١٣: ٢١٨ مستمسكه بيع الاستاذ (قدّس سرّه) في ٢: ٣٣٤.

ثم انه قال الخوئي (قدّس سرّه): المسألة كما في المتن و ان ضعف دليله اي قاعدة الغرور لأن العامل في المقام مثلا بأدائه العوض صار مالكا للمال في ذمة المضارب لأن العامل بصرف الأداء يصير مالكا للمال لتحقق معاملة قهرية بين مال المالك و عوضه المأخوذ من العامل فيصير مال المالك للعامل بأخذ العوض فهذا المال الذي للعامل يطلبه من المضارب لوقوع يده عليه هذا خلاف كلامه في شرحه هنا و ذكر ان تفصيله في بحث تعاقب الايادي.

و لكنه منظور فيه، اذ يد المضارب كان قبل هذه المعاملة القهرية و كان المال عندئذ مال المالك لا العامل و المالك الآن غير مطالب و لم يكن يد من المضارب على مال العامل و ان اريد وقوع اليد على هذه المال الخارجية و ان لم تكن مال العامل حينئذ فلازمه ضمان مال واحد لجميع إلاّ ناسي السّابقين لوقوع المال تحت يدهم و ايضا هو (مد ظله) يصرّح بعدم ضمان الأيادي السابقة بل المتأخرة، لأداء المتقدم المال اليه ثم انه التفت. و قال: ان قلت: المضارب ادّى المال الى العامل فلا ضمان كما قلتم. قلت: نعم، هو سلّم المال اليه و لكن بعنوان عدم الضمان لو تلف نظير احضار الطعام عند الضيف ...، و فيه: ان ذلك يدفع اشكال اداء المضارب المال اليه يعني ان ادائه لا ينفع، و نحن نسلم لكن عدم نفع الأداء غير الضمان فما الموجب لضمان المتقدم للمتأخر؟ فدليل المسألة ليس ما ذكره بل ما ذكره الماتن اي الغرور).

اجرة المثل: لازم ما يذكر في صورة عدم الرّبح تقييد اجرة المثل بما لم تكن ازيد من حصته من الربح و قد مرّ الفرق بين صورة التقييد بالمضاربة و تعدد المطلوب و مرّ امكان ذلك في العامل ايضا كالمضارب و ان في صورة التقيد لا دخالة لإقدامه على

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۵

و الظاهر عدم استحقاقه الاجرة عليه مع عدم حصول الربح لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالما بأنه ليس له لكونه متبرّعا بعمله حينئذ.

المسألة ٧: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط و لكن لكلّ منهما فسخه بعده و الظاهر أنّه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بأن يشترط عليه أن يتّجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما نظير شرط كونه وكيلا في كذا في عقد لازم و حينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها كما في الوكالة.

الحصة الخاصة من الربح و على المجانية في صورة عدم الربح فله اجرة المثل تامة. كما مرّ ان الاجرة انما هي اذا كان العمل بأمر المضارب لا بصرف اعتقاده صحة المضاربة.

و مرّ ايضا ان العلم بالفساد لا يوجب التبرع اذا كان العمل بأمر من المضارب فله الاجرة اذا كان بأمر من المضارب ما لم يظهر التبرع.

المسألة ٧: ... اشتراط المضاربة: يريد اشتراط ايقاع عقدها اي شرط الفعل و ان كان فرضا نادرا فان المتعارف اشتراط حقيقة المضاربة بنحو شرط النتيجة، و يجب الجري عليها عملا بالشرط و لو لم يعمل بالشرط يكون الخيار للشارط. (و البروجردي (قدّس سرّه) منع تحقق حقيقتها بالاشتراط بنحو شرط النتيجة، و فيه ان اشتراط حقيقتها بنحو شرط النتيجة فانه عقلائي و الملاك في تحقق العقود و أسبابها سيرة العقلاء ما لم يردعها الشارع نعم يشكل أو يمنع في العقود التي لا تقبل الانشاء التبعي كالوقف و الطلاق و النكاح و قد يشك في كون عقد مما يقبل الانشاء التبعي أو لا فلا يتحقق ايضا للشك في القابلية بخلاف العقود الاذنية كالمضاربة و العارية و الوكالة فانها مما تقبل الانشاء التبعي بحسب سيرة العقلاء).

اشتراط عمل المضاربة: في العبارة نوع غموض فهل المراد اشتراط حقيقة المضاربة أو اشتراط عمل خارجي فعلي الثاني يصح لكنه ليس شرط المضاربة و انما هو شرط العمل و لا دليل على اشتراطه بشرائط المضاربة و لا يقبل الفسخ لعدم كونه عقلا، نعم لو لم يعمل المشروط عليه يكون للشارط خيار الفسخ، و أما الاول فاشتراط حقيقة المضاربة يكون من المضاربة و تحققها بنحو شرط النتيجة و يجري فيه الفسخ و لو فسخ يكون للطرف الآخر الخيار.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۶

المسألة ٨: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول إذا اتّجرت بهذا المال و حصل ربح فلك نصفه فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة و لا يلزم أن يكون جامعا لشروط المضاربة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو دينا أو مجهولا جهالة لا توجب الغرر و كذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

المسألة ٩: يجوز للاب و الجدّ الاتّجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها بل مع عدمه أيضا بأن يكون بمجرّد الاذن منهما و كذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركا بينه و بين العامل و كذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة و المصلحة و الأمن من هلاك المال.

المسألة ٨: ... جعالة تفيد: ان لم نشترط معلومية مقدار الجعل في الجعالة و هو محل اشكال، نعم يصح عقدا مستقلا اذا لم يكن غرريا (ثم الظاهر ان الفرق بين المضاربة و الجعالة في تفاوت المهية عرفا و في قطعية الاولى و اشتمال الثانية

على الشرطية، و في كون الاولى عقدا حتما و احتمال كون الثانية ايقاعا قويا، و في تعيّن القابل في الاول و عدم التعين في الثانية، و اما تمليك المعدوم فالظاهر كونهما كذلك بلا فرق خلافا للخوئي (قدّس سرّه) كما ان جهالة مقدار الحصة خارجا في المضاربة و تعين الجعل في الجعالة غير معلوم و ان كان لا يبعد لزوم التعين).

من غير النقدين: (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) حيث استشكل في المسألة بناء على لزوم النقدين في المضاربة، و فيه انه بناء على كونه جعالة أو عقدا مستقلا لا مضاربة فلا دليل على لزوم ذلك).

و كذا في المضاربة المشروطة: كأنه يريد عمل المضاربة كما مرّ منه لكنه ليس من شرط النتيجة و لو اراد حقيقة المضاربة كما هي ظاهر العبارة فيشترط فيها جميع شرائط المضاربة لعدم الفرق إلاّ في صيغة الانشاء.

المسألة ۹: ... بايقاع عقدها: أي لنفسه (خلافا للعلامة في القواعد فلم يجوّز ذلك).

بمجرد الاذن: اي قصد كون الاتجار بنحو المضاربة و أما الاذن لنفسه فلا معنى له، و حينئذ فنقول لا يتحقق المضاربة بصرف النية إلاّ ان يريد المضاربة المعاطاتية.

و المصلحة: و يعتبر ذلك في عمل الجد و الاب ايضا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۷

المسألة ۱۰: يجوز للأب و الجدّ الايصاء بالمضاربة بمال المولّى عليه بإيقاع الوصيّ عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصّة من الربح أو إيكاله إليه و كذا يجوز لهما الايصاء بالمضاربة في حصّة القصير من تركتهما بأحد الوجهين كما أنّه يجوز ذلك لكلّ منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه بأن يتّجر الوصيّ به أو يدفعه إلى غيره مضاربة و يصرف حصّة الميت في المصارف المعيّنة للثلث بل و كذا يجوز الايصاء منهما بالنسبة إلى حصّة الكبار أيضا و لا يضرّ كونه ضررا عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدّة

المسألة ۱۰: ... يجوز: في مورد الصغار فقط مع كون الوصي هو العامل بلا فرق بين كون الموصى به ايقاع العقد أو الاتجار أو عدّ نفس الايصاء مضاربة، و كأن الحصّة معلومة عند الايصاء (خلافا للخونساري و السيد جمال (قدّس سرّهما) نظرا الى عدم شمول ادلة الولاية و الوصاية لما بعد الموت في مال الغير لكن النصّ موجود و هو ۱ و ۲/ ۹۲ احكام الوصايا. و النصّ في الايصاء بالاتجار لا الايصاء بالمضاربة، فالمتيقن من تأثير الاذن في هذه الوصية ما اذا كان متعلق الاذن عمل الوصي نفسه بالتجارة على نحو المضاربة لا المضاربة مع غيره. لكن كان على المانعين تجوز الايصاء لايقاع العقد لنفسه مقدمة للعمل لعدم الفرق يقينا في العرف بين الايصاء بالاتجار مضاربة و بين الايصاء بايقاع عقد المضاربة اذا كان مقدمة للعمل و لنفس الوصي فان الفرق بينهما كالفرق بين المضاربة العقدية و المعاطاتية. و عمّم الخوئي (قدّس سرّه) النص بالنسبة الى عقد المضاربة و الاتجار مطلقا نظرا الى عموم التعليل اي الاذن و هو حيّ و فيه عدم العموم بالنسبة الى مضاربة غير الوصي، نعم بالنسبة الى الاتجار أو عقد المضاربة للاتجار كذلك.

و كيف كان فالحق ان دليل الولاية العامة قاصر لما بعد الموت و دليل الوصاية قاصر لمال الغير فالعمدة هو النصّ، و ظاهر ذيل صحيح محمد بن مسلم ۱/ ۹۲ كون جواز ذلك من باب توسعة الولاية لكن لشخص الوصيّ و في مورد الصغير و لا يمكن اخذ الاطلاق بالنسبة الى الكبير. و أما المال فهو اعم للاطلاق بل لظهور الايصاء و إلاّ فلو كان المال

حاضرا كان جزم المضاربة فعلا احسن و لا أقل من ترك الاستفصال. بل يحتمل شمول دليل الولاية ايضا لامور الصغار لما بعد الموت بل لكل مصالح الأولاد و منها تقسيم المال لئلاّ يكون بعدا فيه اختلاف كما هو المرسوم بين الناس فتأمل).

حصة الكبار: فيه منع، و كذا بالنسبة الى ما بعد البلوغ في القصير (لعدم اطلاق

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۸

لأنّه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة و إجازتها كما أنّ الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير فانّ له أن يفسخ أو يجيز و كذا يجوز لهما الايصاء بالاتّجار بمال القصير على نحو المضاربة بأن يكون هو الموصي به لا إيقاع عقد المضاربة لكن إلى زمان البلوغ أو أقلّ و أما إذا جعل المدّة أزيد فيحتاج إلى الاجازة بالنسبة إلى الزائد و دعوى عدم صحّة هذا النحو من الايصاء لأنّ الصغير لا مال له حينه و إنّما ينتقل إليه بعد الموت و لا دليل على صحّة الوصيّة العقديّة في غير التمليك فلا يصحّ أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت مدفوعة بالمنع مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضيّة ابن أبي ليلى و موثّق محمّد بن مسلم المذكورين في باب الوصيّة و أمّا بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو لوجوب العمل بالوصيّة و هو الاتّجار فيكون ضررا عليهم من حيث تعطيل حقّهم من الارث و إن كان لهم حصّتهم من الربح خصوصا إذا جعل حصّته أقلّ من المتعارف.

المسألة ١١: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه و كذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر.

المسألة ١٢: إذا كان رأس المال مشتركا بين اثنين فضاربا واحدا ثمّ فسخ أحد الشريكين هل تبقى بالنسبة إلى حصّة الآخر أو تنفسخ من الأصل وجهان أقربهما الانفساخ نعم لو كان مال كلّ منهما متميّزا و كان العقد واحدا لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

المسألة ١٣: إذا أخذ العامل مال المضاربة و ترك التجارة به إلى سنة مثلا فان تلف ضمن و لا يستحقّ

للدليل يشمل الكبار، ان قلت: ترك الاستفصال دليل، قلت: اذا لم يكن بصدد بيان امر آخر و هو عدم مانعية موت الولي و الوصي).

لأنه منجبر: اذا كان ضررا فلا يصح لعدم جواز اضرار الغير و الجبران لا يرفعه، و العمدة ان الكلام ليس في وجود المانع بل في عدم المقتضي. (لعدم اطلاق في ادلة الوصاية و كذا في النص الخاصّ).

الاجازة بالنسبة الى الزائد: الاحوط تجديد القرار (للزوم تركب العقد حينئذ من فضولي و ولاية و منع الگلپايگاني (قدّس سرّه) صحته و الزم تجديد العقد و لعلّه كذلك).

المسألة ١١: من غير تقصير: حتى من جهة الردّ.

المسألة ١٢: الانفساخ: بل عدم الانفساخ اقوى (وفاقا لغير واحد لتعدد المالكين و صرف الاشاعة لا يوجب الانفساخ جبرا على المالك الآخر فانه بلا دليل).

المسألة ١٣: و ترك التجارة: بلا عذر مع كون الاذن في اخذ المال مقيدا بالتجارة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۰۹

المالك عليه غير أصل المال و إن كان آثما في تعطيل مال الغير.

المسألة ١٤: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابرا للخسران مطلقا فكلّ ربح حصل يكون بينهما و إن حصل خسران بعده أو قبله أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابرا للخسران السابق أو بالعكس فالظاهر الصحّة و ربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة و هو كما ترى.

المسألة ١٥: لو خالف العامل المالك فيما عيّنه جهلا أو نسيانا أو اشتباها كما لو قال لا تشتري الجنس الفلانيّ أو من الشخص الفلانيّ مثلا فاشتراه جهلا فالشراء فضوليّ موقوف على إجازة المالك و كذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره فانه بمنزلة النهي عنه و لعلّ منه ما ذكرنا سابقا من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك و كذا الحال إذا كان مخطئا في طريقة التجارة بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت بحيث لو عرض على التجّار حكموا بخطأه.

ــــــــــــــــــــــــ

كما هو المتعارف. (اذ لو لم يكن الاذن مقيدا كان يده امانة. كما أن مثال السنة انما هو فيما لم يكن لمصلحة التجارة).

غير اصل المال: إلاّ اذا اشترط في العقد شيئا اذا ترك العمل (لعموم ادلة الشروط).

المسألة ١٤: كما ترى: مشكل (و ان امكن القول بانّ قوله عليه السّلام: الربح بينهما و الوضعة على المال، انما هو بحسب طبع المعاملة فلا يمنع نفوذ الشرط، لكن نقول: اذا كان طبع المعاملة كذا على الاطلاق للاطلاق فالشرط خلاف الشرع كما مرّ سابقا).

المسألة ١٥: فضولي: هذا مقتضى القاعدة لو كان التعيين على وجه التقييد لكن الروايات الواردة في حكم مخالفة العامل الحاكمة بكون الربح بينهما و الوضعية على العامل مطلقة لصورة الشرط و القيد و العمد و الجهل فالأظهر ذلك (١/ المضاربة، و الاجماع في المسألة، نعم المشهور على ما في المتن و حملوا الروايات على صورة الشرط أو العمد و لا وجه له للاطلاق).

من ينعتق: لعدم امكان الاسترباح فلا يمكن المضاربة حتى مع اذن المالك.

مخطئا: خطأ غير متعارف ينصرف الاذن عنه و لا يقبل منه انه راعى المصلحة فهذا حكم في مقام الاثبات و أما واقع الضمان فمترتب على رعايته المصلحة و ان اخطأ.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۰

المسألة ١٦: إذا تعدّد العامل كأن ضارب اثنين بمأة مثلا بنصف الربح بينهما متساويا أو متفاضلا فإمّا أن يميّز حصّة كلّ منهما من رأس المال كأن يقول على أن يكون لكلّ منه نصفه و إمّا لا يميّز فعلى الأوّل الظاهر عدم اشتراكهما في الربح و الخسران و الجبر إلاّ مع الشرط لأنه بمنزلة تعدّد العقد و على الثاني يشتركان فيها و إن اقتسما بينهما فأخذ كلّ منهما مقدارا منه إلاّ أن يشترطا عدم الاشتراك فيها فلو عمل أحدهما و ربح و عمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح و يجبر به خسران الآخر بل لو عمل أحدهما و ربح و لم يشرع الآخر بعد في العمل فانفسخت المضاربة يكون الآخر شريكا و إن لم يصدر منه عمل لأنّه مقتضى الاشتراك في المعاملة و لا يعدّ هذا من شركة الأعمال كما قد

يقال فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة كما أنّ النظير داخل في عنوان الاجارة.

المسألة ١٧: إذا أذن المالك للعامل في البيع و الشراء نسيئة فاشترى نسيئة و باع كذلك فهلك المال فالدين في ذمّة المالك و للديّان إذا علم بالحال أو تبيّن له بعد ذلك الرجوع على كلّ منهما فان رجع على

المسألة ١٦: عدم اشتراكهما: إلاّ اذا اشترط توافقهما بحيث لا ينفذ المعاملات إلاّ برضاهما (فانهما حينئذ بمنزلة عامل واحد. ثم ان المضاربة مع اثنين و ان لم تكن مشمولا لظاهر الروايات لكنها عرفي عقلائي ممضا بعدم الردع، و الظاهر عدم تعبد في المسألة).

إلاّ مع الشرط: الظاهر عدم صحة هذا الشرط فلا يوجب الاشتراك إلاّ اذا اريد اشتراط اعطاء قدر من ربحه او جبر خسران الآخر. بنحو شرط الفعل، بل و كذا اذا اريد تمليك مقدار من ربحه أو تقبل خسران الآخر بنحو شرط النتيجة. (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) في شرط النتيجة، و أما عدم صحة الشرط المذكور فلعدم كون الشرط مشرعا فلا معنى لشرط اشتراك مضاربة مع اخرى من الاول اذا كانا مستقلين إلاّ اذا اريد بذلك جعلهما عقدا واحدا و معاملة واحدة).

يشترط عدم الاشتراك: لا تأثير لهذا الشرط بلا اذن المالك و معه لا بد ان يكون المراد جعلهما مضاربتين جمعتا في انشاء واحد.

يكون الآخر شريكا: اذا كان عدم شروعه في العمل عن مصلحة المضاربة و لم يكن بناء عرفي على لزوم العمل لتحصيل الربح.

المسألة ١٧: نسيئة: (و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) بترك المعاملة النسيئة في المضاربة كما اسند الى المشهور لزوم المعاملة بالعين، و فيه: ان الدليل اي ١/ ٥ المضاربة، في رأس المال اي الابتداء لا الاستدامة، و المضاربة ليست تأسيسية من الشرع ما لم يدل الدليل).

المعلقات على العروة الوثقى، ج٤، ص ٤١١

العامل و أخذ منه رجع هو على المالك و دعوى أنّه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمّته مدفوعة بأنّ مقتضى المعاملة ذلك خصوصا في المضاربة و سيّما إذا علم أنه عامل يشتري للغير و لكن لم يعرف ذلك الغير أنّه من هو و من أيّ بلد و لو لم يتبيّن للديّان أنّ الشراء للغير يتعيّن له الرجوع على العامل في الظاهر و يرجع هو على المالك.

المسألة ١٨: يكره المضاربة مع الذمّي خصوصا إذا كان هو العامل لقوله عليه السّلام لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمّي و لا يبضعه بضاعة و لا يودعه وديعة و لا يصافيه المودّة و قوله عليه السّلام إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام كره مشاركة اليهوديّ و النصرانيّ و المجوسيّ إلاّ أن يكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم و يمكن أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

المسألة ١٩: الظاهر صحّة المضاربة على مأة دينار مثلا كلّيا فلا يشترط كون مال المضاربة عينا شخصيّة فيجوز إيقاعهما العقد على كلّي ثمّ تعيينه في فرد و القول بالمنع لأنّ القدر المتيقّن العين الخارجيّ

مدفوعة: كدعوى عدم جواز رجوعه الى المالك بدعوى ان العامل طرف المعاملة، و فيه: ان العامل وكيل و اذا علم طرف المعاملة ذلك يكون اعتبار المعاملة بالأصالة مع الموكل. نعم، العامل وكيل و مع ذلك شريك، و لذا يكون مسئولا و يرجع اليه ايضا في العرف، و اعتبار المضاربة ليس تأسيسا من الشرع فما لم يردع عن خصوصياته كانت ممضاة.

المسألة ۱۸: ... و يمكن: فيه منع (لعدم تيقن كون الملاك عدم التجنب عن الحرام مطلقا في ۱ و ۲/ ۲ الشركة).

المسألة ۱۹: ضعيف: فيه اشكال، فلا يترك الاحتياط (لعدم صدق المال عليه إلّا اذا كان في الذمة، اي ذمة الغير لا ذمة نفسه لنفسه كما في المضاربة لعدم الخروج عن ملكه. و الأدلة بلسان المال، و الشهرة ايضا على اعتبار العين، مع ان ۱/ ۵ المضاربة دل على الاشكال في الدين ايضا حتى يقبض، و قد مرّ. و من البعيد التعبد في خصوص الدين و ان امكن الفرق بأن الدين غير معلوم الوصول و الكلي و اصل اذا كان بصدد التعيين، ثم قد مرّ سابقا احتمال كون الحديث بصدد احتمال الربا حينئذ بعد العلم لعدم مال للمديون حتى يتجر به، و كيف كان اذا التفت الى ان المضاربة جائزة و لم ينقد المالك مالا و لم يسلّمه الى العامل فبأي شيء الآن وقع المعاملة؟ و بعبارة اخرى: العقلاء لا يعتبرون هذا العقد معاملة جدا ما لم ينقد. هذا مع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۲

من النقدين ضعيف و أضعف منه احتمال المنع حتّى في الكلّي في المعيّن إذ يكفي في الصحّة العمومات «متمّم العشرين» لو ضاربه على ألف مثلا فدفع إليه نصفه فعامل به ثمّ دفع إليه النصف الآخر فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر لأنه مضاربة واحدة و أمّا لو ضاربه على خمسمأة فدفعها إليه و عامل بها و في أثناء التجارة زاده و دفع خمسمأة اخرى فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الاخرى لأنّهما في قوّة مضاربتين، نعم بعد المزج و التجارة بالمجموع يكونان واحدة.

(فصل في أحكام الشركة)

و هي عبارة عن كون شيء واحد لإثنين أو أزيد ملكا أو حقّا و هي «إمّا واقعيّة قهريّة» كما في المال أو الحقّ الموروث و إما واقعيّة اختياريّة من غير استناد إلى عقد كما إذا أحيى شخصان أرضا مواتا بالاشتراك

عدم كفاية العمومات في تحقق عنوان المضاربة، و لزوم كون المضاربة على المملوك و من المالك و لا مملوك حينئذ، و قال آقا ضياء (قدّس سرّه): لا يفيد العمومات اصلا لأن الشك اذا كان في محتمل التقويم لم يصدق العنوان المأخوذ موضوعا للعموم و إلّا فعدم الردع كاف، و فيه: ان عدم الردع يحتاج الى كون العمل بمرأى من الشارع، و ايضا عدم الردع لبّي لا لسان اطلاق و عموم له، و لا ريب في فائدة العموم و الاطلاق في بحث التخصيصات).

المسألة ۲۰: فالظاهر عدم جبر: اذا كان مستقلا كما اذا كانت الجهات مختلفة بخلاف ما اذا اريد تتميم ما سبق فالمجموع حينئذ مضاربة واحدة يجبر احدهما بالاخرى من حين التتميم، فانه بحكم فسخ الاولى و انشاء مضاربة جديدة.

(احكام الشركة)

لاثنين: اي على الاشاعة (لئلاّ يرد النقض بالبيت الواحد اذا كان خشبه لزيد و آجره لعمرو. و الأحسن في التعريف ان

يقال: هي الاجتماع في ملك أو حق، لنقص التعريف المشهور: اجتماع حقوق الملاك ... الخ، لعدم شمول اجتماع الملك بل حقوق الملك فقط، و الاختصاص بذكر الملاك مع جواز شركة حق الخيار مثلا، و لو اريد الاعم من الملك كان خلاف الظاهر و غير ذلك، و نقص تعريف مثل ابن قدامة في المعنى: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف، فان التصرف متفرع لأنفسها و عدم شمول جمع الملاك ايضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۳

أو حفرا بئرا أو اغترفا ماء أو اقتلعا شجرا و إما ظاهرية قهرية كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما و لو بفعل أجنبيّ بحيث لا يتميّز أحدهما من الآخر سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللّوز بدهن الجوز أو الخلّ بالدبس و إمّا ظاهرية اختيارية كما إذا

ظاهرية قهرية: المراد منها الحكمية و هذا هو الثابت في المقام (لعدم وجه للشركة الحقيقية، و صرف حكم العرف بالوحدة لا يكفي في ذلك لو سلم انه ليس على التسامح فان الوحدة اذا كانت بمنزلة الحيثية التعليلية نظير تطهير الماء المتنجس بالمزج بالكر، فالموضوع اي المتنجس غير موجود واقعا، و أما اذا كانت بمنزلة الحيثية التقييدية نظير تطهير البول بالمزج بالكر فالبول واقعا موجود فالطهارة انما هي مادامت الوحدة و في امثال ذلك، الظاهر بقاء الحكم لو فرض العلم بانفكاك الموضوع كالنجاسة لو فروض العلم بالانفكاك (على فرض كالمحال) و انفصال اجزاء الشركة هنا كذلك فالأجزاء باقية على ملك المالك القبلي و الحكم بالشركة انما هو من باب حلّ المشكل حيث لا يمكن القرعة و لا الاجبار على الصلح بلا قانون الزاميّ.

فبالحقيقة الشركة هنا حكمي ظاهره من باب الأحكام القضائية لكن لا يحتاج الى الرجوع الى الحاكم لوضوح موضوع الترافع و حكم القاضي ايّ قاض. فيحكم العرف ايضا هنا بالشركة ظاهرا لذلك، و اذا فرض انفكاك الاموال فيظهر الملك الواقعي، ثم ان حكم العرف بالشركة هنا حكم بنائي عقلائي ممضى بعدم الردع بالارتكاز، و لو فرض عدم شيوع مثله زمن المعصومين عليهم السّلام.

و مما ذكرنا ظهر عدم كفاية صرف الوحدة خلافا للخوئي و الاستاذ و ... ثم ان مراد السيد (قدّس سرّه) من التمييز ان كان ذهنا فهو لا يكفي لنفي الشركة و ان اريد خارجا بعسر فكذلك كطن الحنطة بطنّ الارز أو الشعير أو الحنطة بلون آخر و ان اريد خارجا بسهولة فلا قرعة و لا صلح قهري و لا شركة بل يتمييز و يرجع كل الى مالكه، ثم ان الصلح القهري أي حكم الحاكم بالصلح معناه اجبارهما على الصلح فاذا لم يكن قانون للصلح الجبري فما معناه؟ هو الصلح الاختياري بلا قانون لا الجبري؟! فهذا مربوط بإرادة المكلف و ليس حكما شرعيا. و قال البهبهاني (قدّس سرّه): «المراد قانون العدل و الانصاف» لكنه بعيد عن العبارة، نعم هو صحيح لكن مفاده هنا الشركة الحكمية و لا يجري في التمييز بسهولة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۴

مزجا بإختيارهما لا بقصد الشركة فانّ مال كلّ منهما في الواقع ممتاز عن الآخر و لذا لو فرض تمييزهما اختصّ كلّ منهما بماله و أمّا الاختلاط مع التميز فلا يوجب الشركة و لو ظاهرا إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهريّ أو القرعة و إمّا

واقعية مستندة إلى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا شيئا واحدا بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها و إمّا واقعية منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله كما إذا اشترى شيئا فطلب منه شخص أن يشركه فيه و يسمّى عندهم بالتشريك و هو صحيح لجملة من الأخبار و إمّا واقعية منشأة بتشريك كلّ منهما الآخر في ماله و يسمّى هذا بالشركة العقديّة و معدود من العقود ثمّ إنّ الشركة قد تكون في عين و قد تكون في منفعة و قد تكون في حقّ و بحسب الكيفية إمّا بنحو الاشاعة و إمّا بنحو الكلّي في المعين و قد تكون على وجه يكون كلّ من الشريكين أو الشركاء مستقلا في التصرّف كما في شركة الفقراء في الزكاة و السادة في الخمس و الموقوف عليهم في الأوقاف العامّة و نحوها.

المسألة ١: لا تصحّ الشركة العقدية إلاّ في الأموال بل الأعيان فلا تصحّ في الديون فلو كان لكلّ

أو القرعة: (لأنها لكل امر مشتبه أو مشكل، و لا وجه لإشكال الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح بأنها للمشتبه و لا اشتباه في المقام، اذ القرعة للمشكل ايضا كما للمشتبه، و الاشكال هنا عسر الانفكاك أو تعذره).

منشأة بتشريك: (أي الشركة حاصلة من نفس العقد و ان لم يحصل الامتزاج، كما ان اباحة التصرف امر آخر منوط بتصريح كل منهما، فما في عبارة القواعد و غيره من ان الصيغة دالة على الاذن في التصرف ليس على ما ينبغي).

من الأخبار: (كصحيحي هشام و الحلبي ٢ و ١/١ الشركة).

الكلي في المعين: في الحكم بالشركة فيه اشكال بل منع لعدم الاشاعة، نعم لا بأس بالتسمية نظرا الى التداخل و عدم الامتياز.

شركة الفقراء: الفقراء مصارف، و لو فرض الملكية فهي للجنس لا الافراد، و كذا السادة، و أما الوقف العام فلا ملكية حتى للجنس إلاّ في الوقف بنحو الملكية لكنه ايضا ملك الجهة لا الفرد.

المسألة ١: في الديون: لكون حقيقة الشركة حينئذ معاوضة دين بدين حصة، و قد نهى في الشرع عنها بلا اختصاص بالبيع، و أما ما استند اليه الگلپايگاني (قدّس سرّه) من لزوم اشتراك منفعة دين احدهما بينهما فلا قدح فيه لإمكان الالتزام به، نعم لو قلنا بوجوب المزج في الشركة فلا امتزاج في الديون لكنه ممنوع.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۵

منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كلّ منهما بينهما لم يصحّ و كذا لا تصحّ في المنافع بأن كان لكلّ منهما دار مثلا و أوقعا العقد على أن يكون منفعة كلّ منهما بينهما بالنصف مثلا و لو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلا و صالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار و كذا لا تصحّ شركة الأعمال و تسمّى شركة الأبدان أيضا و هي أن يوقعا العقد على أن يكون اجرة عمل كلّ منهما مشتركا بينهما سواء اتّفق عملهما كالخياطة مثلا أو كان عمل أحدهما الخياطة و الآخر النساجة و سواء كان ذلك في عمل معيّن أو في كلّ ما يعمل كلّ منهما و لو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعيّنة أو منافعه إلى مدّة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر أو صالحه نصف منفعته بعوض معيّن و صالحه الآخر أيضا نصف منفعته بذلك العوض و لا تصحّ أيضا شركة الوجوه و هي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كلّ منهما في ذمّته إلى أجل و يكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه و يؤدّيان الثمن و يكون ما حصل من الربح بينهما و إذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح و كلّ كلّ منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما و في ذمّتهما و شركة المفاوضة أيضا

باطلة و هي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كلّ ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو

لا تصح في المنافع: محل اشكال فيما لم يكن غرر، فاذا كان اجرة الدارين معلومة يمكن التشريك في مالية المنفعة فيشتركان في منفعة الدارين و هي قابلية الدار للاجارة أو السكونة، كما يمكن الاشتراك في الاجرتين اذا اخذتا لكون كل منهما عينا خارجيا، نعم الاشتراك في الاجرة قبل الأخذ يكون من تمليك المعدوم و هو في محل المنع و لو بحسب ظرف وجوده إلاّ فيما دل الدليل على الجواز، و ان امكن تصحيحه ايضا لكون الانشاء فعليا و المنشأ استقباليا لكن الأدلة اثباتا لا تعمّه.

شركة الاعمال: محل تأمل اذا لم يكن غرر في البين كما اذا كان قدر الأجر معلوما تقريبا كما مرّ في المنفعة لكن احتمال الغرر قوي جدا لعدم معلومية سلامة الشخص و توفيقه للعمل، ثم لأيّ عمل؟ (و النجفي (قدّس سرّه) صحّح بلا اشكال التشريك في الاجرة بعد الدخول في ملك الأجير، و فيه المنع اذا كان قبل الأخذ فانه من تمليك المعدوم، و أما بعد الأخذ فهو تشريك في العين، و الشافعي في العامة ايضا منع الغرر، راجع بداية ابن رشد ٢: ١٥٢).

على ان يبتاع: و على هذا التفسير لازمه كون العوض على ذمة زيد مثلا و قدر من المعوض لعمرو و هو ممنوع عند المشهور و ان قلنا بالصحة سابقا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۶

زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركا بينهما و كذا كلّ غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلا و تسمّى بشركة العنان.

المسألة ٢: لو استاجر اثنين لعمل واحد باجرة معلومة صحّ و كانت الاجرة مقسّمة عليهما بنسبة عملهما و لا يضرّ الجهل بمقدار حصّة كلّ منهما حين العقد لكفاية معلوميّة المجموع و لا يكون من شركة الأعمال الّتي تكون باطلة بل من شركة الأموال فهو كما لو استأجر كلا منهما لعمل و أعطاهما شيئا واحدا بأزاء أجرتهما و لو اشتبه مقدار عمل كلّ منهما فان احتمل التساوي حمل عليه لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر و إن علم زيادة أحدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد و يحتمل الصلح القهريّ.

المسألة ٢: صح: فيه اشكال، إلاّ اذا كان عمل كل واحد و كذا اجرته معلوما و لو بالبناء العرفي، كما لا يبعد ارادة التنصيف عرفا في امثال المقام، و يجب حينئذ عمل كل بواجبه من نصف المستأجر عليه فان عمل اكثر منه بلا امر من الآخر فلا يطلب من الآخر شيئا و للآخر نصف الاجرة على ما هو المقرر اذا كان بانيا على العمل فسبقه الآخر بلا امر منه، إلاّ اذا قرّرا بينهما جعالة عقدا آخر على جعل لمن يقوم بعمل الآخر بالنسبة، و حينئذ فان شك في مقدار العمل من التساوي و الزيادة فالأصل عدم استحقاق كل على الآخر. و ان علم بالزيادة و شك في مقدارها فيعمل بالمتيقن، و ان علم بالزيادة و شك في عاملها، و ان ايا منهما زاد في العمل فالظاهر القرعة، و ان ادعى كل واحد منهما على الآخر فيعمل على قواعد القضاء في باب التداعي و الادعاء و الانكار.

التساوي حمل عليه: فيه اشكال لأصالة عدمه كأصالة عدمها، و لا يطلب احدهما من الآخر شيئا سواء شك في مقدار العمل تساويا أو زيادة، نعم فيما علم الزيادة من احدهما و شك في وقوعها من ايّ منهما فالقرعة، و أما اذا علم الزيادة

من احدهما و شك في مقدارها و كانت الزيادة بأمر من الآخر فيعمل بالمتيقن.

فيحتمل القرعة: هذا اذا لم يعلم ان الزيادة من أيّ منهما و كان الشك محضا في انّ المالك من هو؟ و لا يستحق احدهما على الآخر شيئا، لكن لتعيين امر المال و أنه لايّ منهما يرجع الى القرعة، و لا وجه للصلح اختيارا أو قهرا كما لا وجه للعدل و الانصاف على ما فسّر بعضهم الصلح القهري به لعدم الاختلاف في الطلب للأصل في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۷

المسألة ٣: لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية واحدة أو نصبا معا شبكة للصيد أو أحييا أرضا معا فان ملّك كلّ منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي و إلاّ فلكلّ منهما بنسبة عمله و لو بحسب القوّة و الضعف و لو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة و ربما يحتمل التساوي مطلقا لصدق اتّحاد فعلهما في السببيّة و اندراجهما في قوله «من حاز ملك» و هو كما ترى.

المسألة ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية مضافا إلى الايجاب و القبول و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه امتزاج المالين سابقا على العقد أو لا حقا بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر من النقود كانا أو من العروض بل اشترط جماعة اتّحادهما في الجنس و الوصف و الأظهر عدم اعتباره بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير و نحوه أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير و ذلك للعمومات العامّة كقوله تعالى «**أوفوا بالعقود**» و قوله عليه السّلام «المؤمنون عند شروطهم» و غيرهما بل لو لا

ـــــــــــــــــــــ

كل منهما، و أما اذا علم الزيادة انها من هذا و شك في مقدارها فيؤخذ بالمتيقن و لا وجه للقرعة. كما انه اذا لم يعلم مقدار الزيادة و لا مالكها فلا وجه للقرعة ايضا لعدم انحصار المحتمل في المحصور لاحتمال الزيادة بأبعاض كثيرة إلاّ اذا علم ان الزيادة دائر حتما بين الواحد و الاثنين مثلا فلا بدّ ان يتصالحا اختيارا أو قهرا بالحكومة، و الحاكم يمكنه العمل بالعدل و الانصاف لعدم انحصار ملاكه في المحتمل المحصور. (فسّر البهبهاني (قدّس سرّه) الصلح القهري بالعدل و الانصاف، و انكر بعضهم تلك القاعدة، و ذكر ان درهم الودعي تعبد، و لا يخفى بعده و سيأتي الكلام في ذلك كما مرّ ببعض الكلام).

المسألة ٣: بنسبة عمله: الأظهر التفصيل بين العمل المركب و البسيط، فالنسبة في الاول كالخياطة بخلاف البسيط كالشركة في نفس قلع الشجرة لا المقدمات (استفادة من ادلة القصاص و الديات و القتل و نحوه و العرف، لكن في البسيط ايضا قد يكون التفاوت بين القوة و الضعف بحدّ يقال العمل كله من هذا مثلا و لا بد حينئذ من الصلح. و كيف كان فلا وجه لما في الجواهر (ص ٢٩٠ ج ٢٦) من التساوي لصدق اتحاد فعلهما في السّببية و اندراجهما في قوله عليه السّلام: من حاز ملك ... الخ).

المسألة ٤: للعمومات: و هي و ان كانت بعنوان العقد أو الشرط لكن اذا كان مفاده عنوان الاشتراك فدليل الامضاء يفيد حصول الشركة (فلا وجه لحاشية النجفي (قدّس سرّه) بأن العمومات لا تثبت عنوان الشركة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۸

ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقا عملا بالعمومات و دعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك كما ترى لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كلّ منهما حصّة ممّا هو له بحصّة ممّا للآخر أو يهبها كلّ منهما للآخر أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الّذي هو المتيقّن هذا و يكفي في الايجاب و القبول كلّ ما دلّ على الشركة من قول أو فعل.

المسألة ٥: يتساوى الشريكان في الربح و الخسران مع تساوي المالين و مع زيادة فبنسبة الزيادة ربحا و خسرانا سواء كان العمل من أحدهما أو منهما مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرّع أو أجير هذا مع الاطلاق و لو شرطا في العقد زيادة لأحدهما فان كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال و لا خلاف على الظاهر عندهم في صحّته أمّا لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحّة الشرط و العقد و بطلانهما و صحّة العقد و بطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق أقوال أقواها الأوّل

امكن منعه: مع ان المزج الكامل الموجب للشركة القهرية لا يبقى مكانا للعقد حينئذ إلّا ان يراد المزج للشركة الظاهرية على تعبير المتن كالدراهم، و لذلك جوّز مزج الحنطة بالشعير، و حينئذ فعدم الدليل على المزج كاف. (و لا وجه لحاشية الآقا ضياء (قدّس سرّه) بالتشكيك في قابلية المحل للشركة بدون المزج، لعدم تأبّي العرف عن عقد هذا الاشتراك فان علّة الاشتراك هو العقد لا المزج، فانه علة مستقلة بلا احتياج الى العقد، فدليل المزج اما الاجماع و هو ممنوع أو الشك في قابلية المحل، و لا وجه له لما ذكرنا أو عدم اثبات العمومات عنوان الشركة، و فيه ما ذكرنا، أو رواية الدعائم ج ٢ ص ٨٥: «و اذا أراد رجلان ان يشتركا في الاموال فاخرج ... ثم خلطا ذلك حتى يصير مالا واحدا ...». و فيه: أن جملة: اذا ... الخ مربوط بالمؤلف لا الرواية مع انها تنفي غير ذلك و يخصّ الشركة بحصول الوحدة و عدم التميز).

المسألة ٥: في صحته: اذا كانت الزيادة بنسبة زيادة العمل و إلّا فكما يأتي.

و ليعلم ان الكيفية ايضا مؤثرة في الربح كالزيادة.

أقواها الاول: اذا كان بمعنى الانتقال من مستحقه الاولى اليه بنحو شرط النتيجة أو بنحو شرط الاعطاء، و كذا في اشتراط تمام الخسارة على احدهما، و عليه يصبح اشتراط تمام الربح لأحدهما ايضا و اما اذا اريد بالشرط تغيير اصل اقتضاء العقد و جعل ربح مال زيد لعمرو مثلا فالأحوط تركه و ان كان للصحة وجه ايضا (فان تملك شخص ربح مال غيره بلا سبب شرعي مخالف للسنة و مخالف لمقتضى العقد فانه تفكيك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۱۹

و كذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد و ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» و دعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه و القول بأنّ جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما ترى باطل و دعوى أنّ العمل بالشرط غير لازم لأنه في عقد جايز مدفوعة أوّلا بأنه مشترك الورود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته و ثانيا. بأنّ غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط و المفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به و ليس معنى الفسخ حلّ العقد من الأوّل بل من حينه فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين هذا و لو شرطا تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحّته لعدم كونه

منافیا.

لوازم الشركة عنها. و قال بعض اهل العصر: لا اشكال في المسألة لاحتمال دخالة شخص بوجاهته في تحصيل الربح ازيد من عمل غيره، و فيه: ان الوجاهة داعية للمعاوضات لا ان الربح مقابل الوجاهة و لها عوض معاوضي. قال الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح: لا يصح حتى بمعنى الانتقال من المستحق الاولى لأنه غير مشروع و استدل ايضا بصحيح رفاعة ۱/ ۸ الشركة حيث علق ذلك برضى الطرف على فساد الشرط و صحة العقد. و فيه ان جملة: اذا طابت نفس صاحب الجارية مربوط بأصل العقد فهو يعطي صحة الشرط و العقد و ليس مربوطة بعمل الشرط حتى يربطه بالطيب ليكون دالا على فساد الشرط، و الظاهر انه واضح.

بل اقول: يمكن الصحة و لو بلا وساطة مستحقه الاول اذ دليل المنع اما الأكل بالباطل على ما عنونه في جامع المقاصد، و فيه: انه ليس كذلك اذا اريد شرعا لعدم الدليل على انه باطل، و كذا اذا اريد عرفا لعدم كونه في قبال لا شيء فان صاحب المال يمكنه اشتراط ذلك عند دفع ماله الى الشريك، و أما كونه خلاف مقتضى العقد، و فيه: انه فيما لم يجعل سلطنته للغير كما عبّر آقا ضياء (قدّس سرّه) او خلاف اطلاق المقتضى كما عبّر الماتن أو ان ذلك لو خلى و طبعه و ليس عليّا غير قابل للتغيير.

و أما كونه خلاف الكتاب و السنة لتبعية النماء للأصل، و فيه السؤال عن كونه كذلك لو خلّي و طبعه أو بنحو اللزوم، و أما تمليك المعدوم الذي عنونه الخوئي (قدّس سرّه) في غير مورد فيما اريد الصحة مع وساطة المستحق الاول، ففيه السئوال: هل اشكاله عقلي أو عقلائي أو شرعي لو كان الاول، فكيف في المضاربة و لو كان الثاني فهم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۰

المسألة ٦: إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كلّ منهما أو مع انضمامهما فهو المتّبع و لا يجوز التعدّي و إن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرّف إلاّ بإذن الآخر و مع الاذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فان كان مقيّدا بنوع خاصّ من التجارة لم يجز التعدّي عنه و كذا مع تعيين كيفية خاصّة و إن كان مطلقا فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع و الكيفية و يكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز البيع بالنسيئة بل و لا الشراء بها و لا يجوز السفر بالمال و إن تعدّى عمّا عيّن له أو عن المتعارف ضمن الخسارة و التلف و لكن يبقى الاذن بعد التعدّي أيضا إذ لا ينافي الضمان بقاءه و الأحوط مع إطلاق الاذن ملاحظة المصلحة و إن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة.

المسألة ٧: العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدّى.

المسألة ٨: عقد الشركة من العقود الجايزة فيجوز لكلّ من الشريكين فسخه لا بمعنى أن يكون الفسخ موجبا للانفساخ من الأوّل أو من حينه بحيث تبطل الشركة إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة بل بمعنى جواز

يعاملون كذلك شركة و مضاربة و لو كان الثالث فما الدليل؟).

المسألة ٦: و ان اطلقا لم يجز: (لعقد الشركة مقتضيات منها اتجارهما معا في المال المعين الى زمان معين و أما خصوصية التجارة فيحتاج الى التعيين بجميع خصوصياتها إلاّ ان يكون تعارف كالنسيئة في بعض الموارد و السفر

بالمال، كما ان المعاملة من كل منهما خاصا يحتاج الى اذن الآخر).
ضمن الخسارة: فانه مقتضى الشركة عرفا و لم يردع عنه الشارع، (و قال الخوئي (قدّس سرّه) اذا اجاز الشريك فلا ضمان في الخسارة و إلاّ بطلت المعاملة في حصته. و فيه: ان لعقد الشركة نفسه مقتضيات و ما في المتن احداها).
يبقى الاذن: ان لم يكن مقيدا بعدم التعدي.
و الأحوط: لا يترك (فان اقتضاء الشركة عرفا تحصيل الربح.
المسألة ٨: من العقود الجائزة: بمعنى جواز المطالبة بالقسمة فانها من حقوق الطرفين متى شاءا على الظاهر و اذا اقتسم المال يكون بحكم الانفساخ، بل لا يبعد الجواز بمعنى فسخ العقد فتبطل الشركة العقدية و ان بقيت الشركة القهرية للامتزاج.
ثم الظاهر ان الشركة التمليكية بمعنى تمليك حصة ماله مشاعا قبال حصة الغير مشاعا و كذا بمعنى اشتراء السهام على ما هو الدارج اليوم لازم و لا تبطل بالموت، نعم يبطل اذن التصرف بالموت و نحوه كما ان في الشركة التجارية يبطل الاذن بالموت و نحوه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۱

رجوع كلّ منهما عن الاذن في التصرّف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة أو بمعنى مطالبة القسمة و إذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كلّ منهما مأذونا لم يجز التصرّف للآخر و يبقى الجواز بالنسبة إلى الأوّل و إذا رجع كلّ منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما و بمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر و إذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصانا في الخسارة يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.
المسألة ٩: لو ذكرا في عقد الشركة أجلا لا يلزم فيجوز لكلّ منهما الرجوع قبل انقضائه إلاّ أن يكون مشروطا في ضمن عقد لازم فيكون لازما.
المسألة ١٠: لو ادّعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر، عليه الحلف مع عدم البيّنة.
المسألة ١١: إذا ادّعى العامل التلف قبل قوله مع اليمين لأنه أمين.
المسألة ١٢: تبطل الشركة بالموت و الجنون و الاغماء و الحجر بالفلس أو السفه بمعنى أنه لا يجوز

(العقد يوجب الشركة كما ان المزج ايضا كذلك، و اذا اقتسم المال بطلت الشركة كلا. و قد يقال: عقد الشركة لازم بعموم «اوفوا» و فيه: ان مطالبة القسمة اذا كانت جائزة كما صرّح به بعضهم فلا وقع للزوم الشركة حينئذ. نعم، ان قلنا بعدم جواز المطالبة في المدة المذكورة في العقد كما هو مقتضى العمومات كان للزوم معنى. لكن الظاهر اتفاقهم على جواز المطالبة في المدة ايضا، و تمسك الخوئي بالسيرة القطعية في مطالبة قسمة الارث، لكن هذا في غير الشركة، و أما فيها و في المدة المذكورة في العقد فلا نسلم السيرة. و لا يمكن اللزوم بالشرط ايضا لما مرّ من عدم دلالة دليل الشرط على اكثر من التكليف كما يأتي في المسألة بعد. و أما ما ذكره بعض منهم الخوئي (قدّس سرّه) من ان الشركة عقد اذني و يجوز للآذن الرجوع عن اذنه متى شاء:
ففيه: ان الاذن اذا لم يكن مجرد الاذن بل وقع تحت القرار و العقد فلا نسلم ذلك، إلاّ ان يكون اجماع و لا يبعد).

المسألة ۹: فيكون لازما: تكليفا فقط، و أما اللزوم وضعا فلا كما مرّ سابقا.

المسألة ۱۱: قبل قوله: و قد مرّ في الاجارة انه فيما لم يكن متهما و إلّا فعليه البينة.

المسألة ۱۲: و الاغماء: محلّ تأمل، و الأوجه عدم البطلان في القصير منه لا كالاشهر أو السّنة (وفاقا للحكيم (قدّس سرّه) للاستصحاب، و قال الخوئي (قدّس سرّه): المتسالم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۲

للآخر التصرّف و أما أصل الشركة فهي باقية نعم يبطل أيضا ما قرّراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك و إذا تبيّن بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحّة و يكون الربح على نسبة المالين لكفاية الاذن المفروض حصوله نعم لو كان مقيّدا بالصحّة تكون كلّها فضوليّا بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيدا و لكلّ منهما اجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصّة الآخر إذا كان العمل منهما و إن كان من أحدهما فله اجرة مثله عمله.

المسألة ۱۳: إذا اشترى أحدهما متاعا و ادّعى أنّه اشتراه لنفسه و ادّعى الآخر أنه اشتراه بالشركة فمع عدم البيّنة القول قوله مع اليمين لأنه أعرف بنيّته كما أنه كذلك لو ادّعى أنّه اشتراه بالشركة و قال الآخر أنه اشتراه لنفسه فانه يقدّم قوله أيضا لأنه أعرف و لأنه أمين.

(تم كتاب المضاربة)

بينهم ان الاغماء كالجنون، و فيه: احتمال المدركية لو كان اجماع، بتصور ان الاغماء زوال قوة العقل كالجنون مع انه زوال الفعلية كالنوم).

الواقعة قبله: مما يكون منشأ لبطلان بعض الشروط المعتبرة في الشركة كالمزج مع تمامية شرائط المتعاقدين، فالحكم حينئذ هو الصحة لكفاية الاذن إلّا ان يكون مقيدا بالصحة، و أما الوقوع بعد تبين البطلان فلا يقع في العادة، و لذا قيد الماتن بوقوعها قبله و ان كان حكمها الصحة ايضا اذا فرض اطلاق الاذن على نحو تعدد المطلوب (فلا اشكال في العبارة كما استشكل الخوئي و البهبهاني (قدّس سرّهما).

اجرة مثل عمله: ان لم يظهر التبرع بل كان البناء على عدم مجانية العمل و لم يكن الاذن مقيدا بالصحة و إلّا فلا يكون مأذونا في التصرف اصلا فلا يستحق شيئا سيما مع الردّ. كما انه اذا اشترط زيادة الربح له و كانت اقل من اجرة المثل فلا يستحق إلّا قدر ما قرر له للاقدام إلّا ان يكون الرضا بالمقرر مقيدا بالصحة و ان كان اصل الاذن غير مقيد.

المسألة ۱۳: اعرف بنيته: و لاقتضاء اطلاق العقد ذلك اذا كان اللفظ مطلقا، كما في حمل منسي مدة المتعة على الدوام.

أمين: و للسيرة عقلائيا و شرعا على قبول قول الوكيل في مورد الوكالة و هو شمول ملاك قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۳

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب المزارعة)

و هي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصّة من حاصلها و تسمّى مخابرة ايضا و لعلّها من الخبرة بمعنى النصيب كما

يظهر من مجمع البحرين و لا إشكال في مشروعيّتها بل يمكن دعوى استحبابها لما دلّ على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعمّ من المباشرة و التسبيب ففي خبر الواسطيّ قال: سئلت جعفر بن محمّد عليه السّلام عن الفلاّحين قال هم الزارعون كنوز اللّه في أرضه و ما في الأعمال شيء أحبّ إلى اللّه من الزراعة و ما بعث اللّه نبيا إلاّ زارعا إلاّ إدريس عليه السّلام فانّه كان خيّاطا و في آخر عن أبي عبد اللّه عليه السّلام الزرّاعون كنوز الأنام يزرعون طيبا أخرجه اللّه و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزلة يدعون المباركين و في خبر عنه عليه السّلام قال سئل النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أيّ الأعمال خير قال زرع يزرعه صاحبه و أصلحه و أدّى حقّه يوم حصاده قال: فأيّ الأعمال بعد الزرع قال رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة

كتاب المزارعة

المعاملة على الارض: و قرار خاص بين صاحب الارض و العامل و نتيجته تسليط كل صاحبه على الارض و العمل بحصة من المحصول فماهيّة المزارعة سنخ المعاوضات و ان كانت منتجة للشركة ايضا (فلا وجه لحاشية البروجردي (قدّس سرّه) بتقوية انها من سنخ المشاركات، و أما البذور فيمكن من كليهما، و ليس اجارة و ان كان مفيدا لخاصيتها ببعض الجهات).

و التسبيب: فيه منع، لعدم فهم المزارعة من الزارعة عرفا. نعم يستفاد مرغوبيته مما دل على التعاون على الخير (فانه تعاون و ليس اعانة محضة، كما يمكن استفادة اصل مشروعيتها مما دل على العمل بالعقد و القرار من العمومات، و لا وجه لقول الخوئي (مدّ ظلّه) في الشرح بعدم شمولها لأمثالها مما يشتمل على تمليك المعدوم، و فيه: انه لا قدح في ذلك، اذ التمليك الفعلي للموجود عادة في ظرفه امر معقول عند العقلاء).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۴

و يؤتي الزكاة قال: فأيّ المال بعد الغنم خير قال البقر يغدو بخير و يروح بخير قال فأيّ المال بعد البقر خير قال الراسيات في الوحل المطعمات في المحل نعم المال النخل من باعها فإنّما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدّت به الريح في يوم عاصف إلاّ أن يخلف مكانها قيل يا رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فأيّ المال بعد النخل خير فسكت فقام إليه رجل فقال له فأين الابل قال فيها الشقاء و الجفاء و العناء و بعد الدار تغدو مدبرة و تروح مدبرة لا يأتي خيرها إلاّ من جانبها الأشئم أما إنّها لا تعدم الأشقياء الفجرة و عنه عليه السّلام الكيمياء الأكبر الزراعة و عنه عليه السّلام أنّ اللّه جعل أرزاق أنبيائه في الزرع و الضرع كي لا يكرهوا شيئا من قطر السماء و عنه عليه السّلام أنه سئله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوما يقولون إنّ المزارعة مكروهة فقال ازرعوا فلا و اللّه ما عمل الناس عملا أحلّ و لا أطيب منه و يستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أنّ الزراعة أعمّ من المباشرة و التسبيب، و أمّا ما رواه الصدوق مرفوعا عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أنه نهى عن المخابرة قال و هي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع فلا بدّ من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لما ذكر في مجمع البحرين، و ما روي من أنّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم نهى عن المخابرة كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها و يشترط فيها امور أحدها الايجاب و القبول و يكفي فيهما كلّ لفظ دالّ سواء كان حقيقة أو مجازا مع القرينة كزارعتك أو سلّمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا و لا يعتبر فيهما العربيّة و لا الماضويّة فيكفي الفارسيّ و غيره و الأمر كقوله ازرع هذه الأرض على كذا أو المستقبل أو الجملة الاسميّة

مع قصد الانشاء بها و كذا لا يعتبر تقديم الايجاب على القبول و يصحّ الايجاب من كلّ من المالك و الزارع بل يكفي القبول الفعليّ بعد الايجاب القولي على الأقوى و تجري فيها المعاطاة و إن كانت لا تلزم إلّا بالشروع في العمل الثاني: البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لسفه أو فلس و مالكية التصرّف في كلّ من المالك و الزارع نعم لا يقدح حينئذ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال لأنّه ليس تصرّفا ماليا. الثالث: أن يكون النماء مشتركا بينهما فلو جعل الكلّ لأحدهما لم يصحّ مزارعة.

يستفاد من هذا الخبر: لكن في النسخ المعتمدة الزراعة لا المزارعة و على فرضها ايضا في الاستفادة اشكال (و لو فرض المزارعة فيمكن ان يقال كلام المعصوم عليه السّلام ردع للمزارعة و دعوة الى الزراعة مباشرة).

احدها: ... لا تلزم: لا يبعد اللزوم (كما حقق في البيع، فان الأدلة شاملة لما يعدّ عرفا مزارعة، و لا فرق عرفا بين اللفظ و التعاطى اذا فرض الدلالة تامة).

الثالث: ... تصرفا ماليا: ان لم يكن البذر من العامل و لم يكن الزرع محتاجا الى صرف المال.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۵

الرابع: أن يكون مشاعا بينهما فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع كالّذي حصل أوّلا و الآخر بنوع آخر أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما و ما حصل من القطعة الاخرى للآخر لم يصحّ. الخامس: تعيين الحصّة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أولي شيء من حاصلها بطل. السادس: تعيين المدّة بالأشهر و السنين فلو أطلق بطل نعم لو عيّن المزروع أو مبدء الشروع في الزرع لا يبعد صحّته إذا لم يستلزم غررا بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضا إذا كانت الأرض ممّا لا يزرع في السنة إلّا مرّة لكن مع تعيين السنة لعدم الغرر فيه و لا دليل على اعتبار التعيين تعبدّا و القدر المسلّم من الاجماع على تعيينها غير هذه الصورة و في صورة تعيين المدّة لا بدّ و أن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع فلا تكفي المدّة القليلة الّتي تقصر عن إدراك النماء. السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع و لو بالعلاج فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها أو كان يستولي عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصل أو نحو ذلك أو لم يكن هناك ماء للزراعة و لم يمكن تحصيله و لو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك و لم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل. الثامن: تعيين المزروع من الحنطة و الشعير و غيرهما مع اختلاف الأغراض فيه فمع عدمه يبطل إلّا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين أو كان مرادهما التعميم

الرابع: ... لم يصحّ: لقصور الأدلة عن شمول هذه الصورة و لكونه خلاف السّنة من جهة كون ربح مال هذا لذاك او اجرة عمل ذاك لهذا، و منه يظهر صحة الشرط لو اريد الانتقال من مستحقه الاولى الى المشروط له كما مرّ نظيره في الشركة. (و لا يقتصر الأدلة حينئذ مع كفاية العمومات و مرّ عدم وجه لقول الخوئي (قدّس سرّه) بعدم شمول العمومات لمثل المورد مما يكون تمليك المعدوم لما مرّ من صدق المفهوم عرفا عليه فيشمله دليل العام).

السادس: ... او مبدء الشروع: كلمة أو غلط صحيحها الواو، و لا بد ان يكون المنتهى ايضا معلوما و لو بحسب العادة.

... إلّا مرّة: في وقت معين إلّا فيما لم يتفاوت الحال لواحد منهما.

من الاجماع: بل الأدلة ايضا قاصرة الشمول للمردد من المدّة و للمطلق، اذ المردد لا واقع له و المطلق كسنة لا يمكن

الزام الطرف به و هو خلاف غرض القرار و العقد.
السابع: ... بطل: (و معلوم ان ذكر بعض هذه لبيان حكم موارد الجهل بالموضوع و الاشتباه، و أما الملتفت فذكر هذه له من ذكر البديهيات).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۶

و حينئذ فيتخيّر الزارع بين أنواعه. التاسع: تعيين الأرض و مقدارها فلو لم يعيّنها بأنّها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها بحيث يلزم الغرر نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحّة كأن يقول مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض الّتي لا اختلاف بين أجزائها أو أيّ مقدار شئت منها و لا يعتبر كونها شخصيّة فلو عين كليّا موصوفا على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحّته و حينئذ يتخير المالك في تعيينه. العاشر: تعيين كون البذر على أيّ منهما و كذا سائر المصارف و اللّوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه و لو بسبب التعارف.
المسألة ۱: لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكا للمزارع بل يكفي كونه مسلّطا عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكا لمنفعتها بالاجارة أو الوصيّة أو الوقف عليه أو مسلّطا عليها بالتولية كمتولّي الوقف العامّ أو الخاصّ و الوصيّ أو كان له حقّ اختصاص بها بمثل التحجير و السبق و نحو ذلك أو كان

التاسع: ... بحيث يلزم الغرر: (قال الخوئي (قدّس سرّه) لا بأس به بعد تجويز الكلي في المعين لعدم الغرر لكون النصيب حصة منه ايّا ما كان مع ان الغرر غير منهي عنه مطلقا بل في البيع، و مثل الاجارة ايضا ملحق بالاجماع، و فيه: ان الغرر لازم لكون العمل لو كان على ارض أفيد كان حصته اكثر و هذا واضح، و ايضا ملاك النهي عن غرر البيع شامل سيما و ان النهي عن بيع المنابذة و نحوها معلل بالغرر و العلّة تعمّم و ايضا لإلغاء الخصوصية عن البيع).
أيّ مقدار شئت: فيه اشكال، و ذكر هو صدر هذا الشرط لزوم تعيين المقدار.
العاشر: ... انصراف: (كما كان في بعض الازمنة سابقا و عليه يحمل صحيح يعقوب بن شعيب ۱۰/ ۲ المزارعة: النفقة منك ... الخ. و يصح القرار على خلاف المتعارف ايضا كما في ۱۵/ ۲ حيث كان القرار على انعتاقهما معا و ۱۲/ ۱ و ۱۰/ ۱ المزارعة).
المسألة ۱: بالاجارة: ان لم تكن الاجارة مقيدة بالمباشرة و كذا فيما يليها.
التحجير و السبق: و يتم مالكية المحجّر بالاحياء الحاصل بهذه المزارعة و لا بد ان يكون في مدة بقاء حقه بخلاف ما لو كان معطلا للأرض اكثر من ثلاث سنوات لو قلنا باعتبار هذه المدة، (لعدم لزوم الملكية و كفاية كون الارض تحت يده كما ورد في الصحيح و غيره صحة المزارعة في الارض الخراجية ۱ و ۲/ ۱۰ المزارعة و في الارض المستأجرة ۱۵/ ۲ المزارعة و يتم بذلك حقّه بالاحياء المعمول بالمزارعة اذ لا يلزم في الاحياء المباشرة، لكن يلزم كون ذلك في مدة بقاء حقه بخلاف ما اذا ابقى التحجر مدّة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۷

مالكا للانتفاع بها كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة نعم لو لم يكن له فيها حقّ أصلا لم يصحّ مزارعتها فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو

ذلك فانّ المزارع و العامل فيها سواء نعم يصحّ الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة و لعلّ هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجيّة التّي هي للمسلمين قاطبة إلاّ مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها و إلاّ فلا إشكال في جوازها بعد الاجازة من السلطان كما يدلّ عليه جملة من الأخبار.

المسألة ٢: إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحّته و إن لم يكن من المزارعة المصطلحة بل لا يبعد كونه منها أيضا و كذا لو أذن لكلّ من يتصدّى للزرع و إن لم يعيّن شخصا و كذا لو قال كلّ من زرع أرضي هذه أو مقدارا من المزرعة الفلانيّة فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلا فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة فهو كما لو قال كلّ من

ـــــــــــــــــــــــــــ

ازيد من ثلاث سنوات لو قلنا باعتبار السنوات الثلاث).

يستعير: اذا كانت الاعارة معمّمة من حيث المباشرة و عدمها (و لا يلزم تسلط على المعير في المزارعة بل صرف الحق يكفي، ثم اذا رجع المالك عن العارية و قد زرعت الارض، فقاعدة لا ضرر تحكم بعدم جواز القلع حتى بلوغ الغاية إلاّ اذا فرض ضرر المالك ايضا).

يصحّ الشركة في زراعتها: بل يحكم بالشركة قهرا حينئذ.

في المسالك: (لكنه خلاف عبارته (قدّس سرّه) للتصريح فيه بلزوم الملكية و عدم الجواز في الارض الخراجية، فيرد عليه التصريح بجواز مزارعة الاراضي الخراجية في الأدلة).

المسألة ٢: فالظاهر صحته: اذا كان ذلك منه بقصد انشاء المزارعة و تعارف ذلك في مقام انشائها فلا اشكال في صحته مزارعة و إلاّ فهو اذن مجرد و اباحة بعوض لا عقد.

فلي نصف حاصله: اي فله الباقي ليكون نظير الجعالة، فعمل الغير هو الزرع في قبال الحصة، هذا و لكن في المزارعة امر زائد و هو تسليم الارض من المالك بخلاف الجعالة فهي تفارق الجعالة، نعم هي نظيرها حينئذ من جهة عدم تعين الزارع و لا يبعد انشاء المزارعة بذلك عرفا.

فهو كما لو قال: بل يستفاد من بعض الروايات انها ايضا نوع من الجعالة و لا يبعد

المعلقات على العروة الوثقى، ج٤، ص ٤٢٨

بات في خاني أو داري فعليه في كلّ ليلة درهم أو كلّ من دخل حمّامي فعليه في كلّ مرّة ورقة فانّ الظاهر صحّته للعمومات إذ هو نوع من المعاملات العقلائية و لا نسلّم انحصارها في المعهودات و لا حاجة إلى الدليل الخاصّ لمشروعيّتها بل كلّ معاملة عقلائيّة صحيحة إلاّ ما خرج بالدليل الخاصّ كما هو مقتضى العمومات.

المسألة ٣: المزارعة من العقود اللاّزمة لا تبطل إلاّ بالتقايل أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط أي تخلّف بعض الشروط المشترطة على أحدهما و تبطل أيضا بخروج الأرض عن قابليّة الانتفاع لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك و لا تبطل بموت أحدهما فيقوم وارث الميّت منهما مقامه

ـــــــــــــــــــــــــــ

ذلك عرفا كما يمكن كونه عقدا مستقلا بالعمومات (كما ورد في الرواية في مسألة سرقة ثوب مشتري الحمام انه انما اخذ الجعل على دخول الحمام لا الثوب. و أما العمومات فهي ايضا شاملة للمقام للصدق عرفا و تعليق التمليك هنا لا يقدح في ذلك لعدم قدحه في صدق العقد، و قدح التعليق في غير البيع و غير ما قام عليه الاجماع غير معلوم. و قال البروجردي (قدّس سرّه) دخول هذه الموارد في العمومات من باب توسعة المعهودات لا الشمول لغير المعهودات. و فيه: عدم الدليل على لزوم الانحصار في العقود المعهودة، و ان امكن توسعة المعهودات ايضا).

المسألة ۳: من العقود اللازمة: (لأصالة لزوم كل عقد على ما هو مقرر في محله، و قد استدل هنا الخوئي (قدّس سرّه) بما تصوره احسنه، و هو ان ادلة الامضاء مثل «أحل اللّه البيع» «و الصلح جائز» و ... يمضي ما عقده المتعاقدان مقيدا كان كالنكاح المنقطع أو مطلقا كالبيع و النكاح و معنى الامضاء الحكم بتحقق المنشأ فاذا كان المنشأ مطلقا دائما فدليل الامضاء يمضيه كذلك، و يكون رفعه محتاجا الى دليل، و لكن يمكن أن يقال: اذا كان الاطلاق و الدوام مقوما للمفهوم فهو كذلك و إلاّ فدليل الامضاء امضاء لأصل البيع مثلا و الدوام خارج عن معناه).

بخيار الاشتراط: أو غيره كخيار الغبن مثلا.

عن قابليته: مع عدم تيسّر العلاج.

مقامه: لكن وارث العامل لا يلزم عليه العمل بل تركة الميت مشغولة بقيمة العمل، فيستأجر منها من يقوم بالعمل و ان لم يكن للميت تركة فللمالك حق الفسخ من جهة خيار تعذر التسليم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۲۹

نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل سواء كان قبل خروج الثمرة أو بعده و أمّا المزارعة المعاطاتيّة فلا تلزم إلاّ بعد التصرّف و أمّا الاذنية فيجوز فيها الرجوع دائما لكن إذا كان بعد الزرع و كان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه و فائدة الرجوع أخذ اجرة الأرض منه حينئذ و يكون الحاصل كلّه للعامل.

اشتراط مباشرته: فيه منع، بل يوجب الخيار فقط، نعم ان كان على وجه التقييد صح ما ذكره.

أو بعده: و حينئذ فتقسم الثمرة على القرار بينهما إلاّ اذا بقى مقدار من العمل فينقص من حصة العامل بقدر نقص العمل، كان البذر من العامل او المالك.

إلاّ بعد التصرف: مرّ اللزوم.

اذن في لوازمه: التعليل عليل، لكن لا يجوز الرجوع للنص بلا فرق بين بعد الزرع و قبله اذا كان بعد عمل المقدمات و أوجب الرجوع ضررا معتدا به عليه.

(فان الاذن الصريح في اللوازم ايضا لا يمنع الرجوع فينحلّ القرار و له حينئذ الاذن في الابقاء باجرة المثل و الأمر بالازالة مع الغرامة للعامل بذرا و عملا، هذا كله ان لم نقل بكون الاذنية نوعا من العقدية، و قد مرّ امكان كونها من اسباب انشاء المزارعة احيانا. لكن الگلپايگاني (قدّس سرّه) قال: له الرجوع قبل بلوغ الثمرة و الأمر بالازالة بلا ارش، و قال آقا ضياء (قدّس سرّه) ايضا ما يقتضي الجواز، لكن الظاهر الضمان حينئذ لكونه مسببا لضرر العامل حينئذ عرفا فهو المتلف عرفا لا لحديث الاضرار اذ هو امتناني و لا يشمل المقام المستلزم لقصر سلطنة المالك بلا قرار سيما اذا

كان له ايضا ضرر مالي مع انه حينئذ يستلزم عدم جواز الرجوع لا عدم التدارك. إلّا ان يقال: المتلف ايضا هو لا المالك، باقدامه على اساس موهون، اي الاذن بلا قرار و عقد فتأمل. و أما النص فهو معتبر محمد بن حسين ١/ ١٥ احياء الموات في حديث تغيير مسير الماء عن الرحى و ظاهره الحرمة لتأكيد التقوى و النهي عن الاضرار حيث قال عليه السّلام: «يتقي اللّه و لا يضرّ اخاه المؤمن» و لا دليل على صرفه عن ظاهره و الحمل على جهة اخلاقية).

و فائدة الرجوع اخذ اجرة الارض: أو اعطاء اجرة مثل عمله و عوض بذره اذا كان البذر له و العامل بالخيار بينهما لكون عمله عن امر من المالك على القرار بينهما.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۰

المسألة ٤: إذا استعار أرضا للمزارعة ثمّ أجرى عقدها لزمت لكن للمعير الرجوع في إعارته فيستحقّ اجرة المثل لأرضه على المستعير كما إذا استعارها للاجارة فآجرها بناء على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوّض.

المسألة ٤: الرجوع في اعارته: لا يبعد عدم جواز الرجوع تكليفا و وضعا (فان الاذن الاعارى لإيقاع عقد لازم بمنزلة الاذن في الاتلاف مع ان في الاذن المجرد ايضا مرّ المنع اذا اوجب ضررا، وفاقا لغير واحد و الگلپايگاني (قدّس سرّه) على فرض جواز الاعارة للمزارعة، لكنه منعه لأن المستعير يملك الانتفاع في العارية بلا تسلط على المعير و لا يملك التمليك عليه. و فيه منع ذلك اذ باذنه الاعارى سلّطه على ذلك، و قد مرّ ان قوام المزارعة بوجود حق في الارض للمزارع مع العامل و لا يلزم الملك بل ملكية المنافع حاصلة على ما يأتي في الفرع الآتي).

بناء: مرّ صحة المبنى لكن الفرع لا يبتني عليه (فان المستعير يتسلط على المنافع بالعارية و تحت يده و اختياره، فاذا كان مأذونا للاجارة كان بمنزلة الاذن في التمليك لنفسه، فمعنى ذلك الاذن الانتقال لنفسه آنا ما قبل ذلك، بل الظاهر ان العارية تمليك المنفعة لا الانتفاع على ما اشتهر فان الانتفاع فعل المستعير و لا معنى لتمليكه فعل نفسه، لكنها تمليك حصة من المنفعة و هي المنفعة من حيث استعدادها لانتفاع المستعير. فالمنفعة ملكه).

اجرة المثل لأرضه: و له الامر بالقلع اذا أوجب البقاء ضررا على المالك ازيد من ضرر العامل في القلع، لكن مرّ عدم جواز الرجوع (و الاجرة لعدم وقوع عمل العامل عن امره، فاذا قلنا بجواز الرجوع فله مطالبة اجرة الارض).

استعار للاجارة: (و قد استشكل بأن العارية متقومة باستفادة المستعير من عين المال مع ان اجارتها مستلزمة لاستفادته من الاجرة لا عين الارض، و فيه: ان استفادة المستعير بالواسطة و غير المباشرة كالضيف من اللحاف المعارة ايضا جائزة.

و استشكل ايضا بأن المستعير يملك الانتفاع لا المنفعة فاجارتها حينئذ من تمليك منفعة الغير لتملك الاجرة، و فيه ما مرّ من ان العارية تمليك المنفعة لا الانتفاع، لكنه تمليك المنفعة في حيثية خاصة هي استعدادها لانتفاع المستعير لا الانتقال الى الورثة أو النقل بلا اجازة المالك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۱

المسألة ٥: إذا شرط أحدهما على الآخر شيئا في ذمّته أو في الخارج من ذهب أو فضّة أو غيرهما مضافا إلى حصّته من الحاصل صحّ و ليس قراره مشروطا بسلامة الحاصل بل الأقوى صحّة استثناء مقدار معيّن من الحاصل لأحدهما مع

العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعا بينهما فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه أو استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الأرض ثمّ القسمة و هل يكون قراره في هذه الصورة مشروطا بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار أو لا وجهان.

المسألة ٦: إذا شرط مدّة معينة يبلغ الحاصل فيها غالبا فمضت و الزرع باق لم يبلغ فالظاهر أنّ للمالك الأمر بإزالته بلا أرش أو إبقائه و مطالبة الاجرة إن رضي العامل بإعطائها و لا يجب عليه الابقاء

المسألة ٥: مشروطا بسلامته: إلاّ ان يشترطا ذلك (و لا وجه لحاشية البروجردي (قدّس سرّه) و بعض آخر باشتراطه بالسلامة لعدم لحاظ الشروط بعنوان الحصة أو الاستثناء).

الحاصل لأحدهما: (و منعه الخوئي (قدّس سرّه) و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض آخر نظرا الى عدم شمول العمومات لكون المزارعة على خلاف القاعدة لكونها تمليك المعدوم، و أدلة المزارعة غير شاملة لهذه الصورة، و فيه: ان صحة الخصوصية بدلالة ادلة الشروط و ليست على خلاف مقتضى العقد، فالظاهر الصحة).

كما يجوز: هذا ايضا كسابقه محل الكلام، لكن الأظهر الصحة كما في المتن (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) و اما الاستدلال للصحة بـ ١ و ٢/ ١٠ المزارعة فهما غير مربوطتان بالبحث فإنّ ٢/ ١٠ لا دلالة فيه بأيّ وجه على اخراج البذر من الحاصل، بل ظاهر في اشاعة الحاصل بينهما، و ١/ ١٠ ايضا دال على اشتراك الحاصل بينهما معللا بكون البذر لأحدهما و العمل من الآخر فلا ربط له بالمقام بل على العكس اوّل هذا مع ضعف السند بالكرخي).

وجهان: و الاول اوجه (لظهور الاستثناء في كونه من الحاصل في ذلك، و يشهد له ما لو لم يكن حاصل اصلا للزرع فحكم العرف ذلك استكشافا من ظهور اللفظ و المراد، خلافا للاستاذ (قدّس سرّه) فانه حكم بعدم الارتباط إلاّ فيما لم يكن حاصل اصلا فانه بلا موضوع، و لا وجه له ظاهرا إلاّ الجمود على ظاهر اللفظ).

المسألة ٦: الأمر بازالته بلا ارش: (و ذلك لقاعدة السلطنة و لا يعارض بقاعدة لا ضرر لأنها امتنانية على الامّة لا الفرد فتنصرف عن المورد مما فيه ضرر على المالك،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۲

بلا اجرة كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الازالة لعدم حقّ للزارع بعد المدّة و الناس مسلّطون على أموالهم و لا فرق بين أن يكون ذلك بتفريط الزارع أو من قبل اللّه كتأخير المياه أو تغير الهواء و قيل بتخييره بين القلع مع الأرش و البقاء مع الاجرة و فيه ما عرفت خصوصا إذا كان بتفريط الزارع مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالاجرة بلا رضاه نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا اجرة أو معها إن مضت المدّة قبله لا يبعد صحّته و وجوب الابقاء عليه.

المسألة ٧: لو ترك الزارع الزرع بعد العقد و تسليم الأرض إليه حتّى انقضت المدّة ففي ضمانه اجرة المثل للأرض كما أنه يستقرّ عليه المسمّى في الاجارة أو عدم ضمانه أصلا غاية الأمر كونه آثما بترك تحصيل الحاصل أو التفصيل بين ما إذا تركه اختيارا فيضمن أو معذورا فلا أو ضمانه ما يعادل الحصّة المسمّاة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة أو ضمانه بمقدار تلك الحصّة من منفعة

فلا وجه لحاشية بعضهم بلزوم الارش و يحتمل رعاية اقوى الضررين على ما مرّ في بعض المسائل المتقدمة، و نظيره

البناء اشتباها في ملك الغير مع عدم امكان التراضي).

بلا اجرة: و مع الاجرة ايضا، و الوجه واضح على ما تقدم من قاعدة السلطنة.

لا يبعد صحته: امكان مدة البلوغ معلومة عادة (و الوجه واضح، و لا يضر التعليق المستفاد من شرط البقاء الى البلوغ ان مضت المدة قبله فان التعليق المجمع على بطلانه انما هو في العقد لا الشرط و التابع).

المسألة ۷: اجرة المثل للارض: مع فرض تسليم الارض و هو الاقوى، و كذا مع عدم اطلاع المالك على ترك الزرع من الزارع حتى انقضت المدّة، و هكذا الحكم في ناحية ضمان النقص الحاصل بترك الزرع.

أو عدم ضمانه اصلا: نظرا الى كون المزارعة صرف تعهد بلا ايجاد حق كالوعد على الشركة، و فيه ما فيه.

أو التفصيل: نظرا الى العذر فليس بغاصب، و فيه عدم انحصار الضمان بالغصب مع ان تقيّد الاذن بالزرع يجعله بحكم الغاصب.

أو ضمانه ما يعادل الحصة: نظرا الى كون الحصة مملوكا للمالك و لم تحصل فبدلها، و فيه: ان ملكية المعدوم لا توجب الضمان، و إلاّ كان مقتضى العقد حينئذ ضمان بدل الحصة و قيمة العمل الذي لم يعلمه العامل، و هو مقتضى الوجه الآتي و جعله الماتن اوجه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۳

الأرض من نصف أو ثلث و من قيمة عمل الزارع أو الفرق بين ما إذا اطّلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن و بين صورة عدم اطّلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن وجوه و بعضها أقوال فظاهر بل صريح جماعة الأوّل بل قال بعضهم يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص و استظهر بعضهم الثاني و ربما يستقرب الثالث و يمكن القول بالرابع و الأوجه الخامس و أضعفها السادس ثمّ هذا كلّه إذا لم يكن الترك بسبب عذر عامّ و إلاّ فيكشف عن بطلان المعاملة و لو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ و مع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصّته من منفعة الأرض أو ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين أو التفصيل بين صورة العذر و عدمه أو عدم الضمان حتّى لو قلنا به في الفرض الأوّل بدعوى الفرق بينهما وجوه.

المسألة ۸: إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب و لم يمكن الاسترداد منه فان كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيّر بين الفسخ و عدمه و إن كان بعده لم يكن له الفسخ و هل يضمن الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدّة للمالك فقط أو يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض و يضمن له أيضا مقدار قيمة حصّته من عمل العامل حيث فوّته عليه و يضمن للعامل أيضا مقدار حصّته من منفعة الأرض وجهان و يحتمل ضمانه لكلّ منهما ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين.

ـــــــــــــــــ

بين ما اذا اطلع: و قد عرفت ان اليد بنفسها موجبة للضمان و لا ربط للاطلاع بذلك.

أو عدم الضمان حتى: و هو الاقوى لعدم ضمان اليد و لا التفويت و لا الاستيفاء.

نعم، هو عاص بترك العمل بالعقد و للعامل الرفع الى الحاكم، و للحاكم اجبار المالك على تسليم الارض، و اذا أوجب ذلك ضررا على العامل من جهة تهيئة مقدمات لا تفيده في غير المورد فعلى المالك التدارك.

المسألة ۸: لم يكن له الفسخ: اي ليس له خيار تعذر التسليم بعنوان ذلك، لكن العقد بحكم الانفساخ كان الغصب قبل التسليم أو بعده لعدم الأثر له فان الضمان للمالك فقط على ما يأتي.
وجهان: اوجههما اولهما، لكن اذا هيّىء العامل مقدمات لا تفيده في غير المورد و تضرر بذلك كان ذلك على الغاصب.
(لعدم ضمان بالنسبة الى العامل لعدم تفويت بالنسبة اليه لعدم وجود حصته من الحاصل، و أما بالنسبة الى المالك فضمان اليد. نعم، اذا هيّىء العامل مقدمات لا تفيده في غير المورد و تضرر بذلك كان ضمانه على الغاصب).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۴

المسألة ۹: إذا عيّن المالك نوعا من الزرع من حنطة أو شعير أو غيرهما تعيّن و لم يجز للزارع التعدّي عنه و لو تعدّى إلى غيره ذهب بعضهم إلى أنه إن كان ما زرع أضرّ ممّا عيّنه المالك كان المالك مخيّرا بين الفسخ و أخذ اجرة المثل للأرض و الامضاء و أخذ الحصّة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضرّ و إن كان أقلّ ضررا لزم و أخذ الحصّة منه و قال بعضهم يتعيّن أخذ اجرة المثل للأرض مطلقا لأنّ ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصّة منه مطلقا و الأقوى أنه إن علم أنّ المقصود مطلق الزرع و أنّ الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض و ترك ما يوجب ضررا فيها يمكن أن يقال إنّ الأمر كما ذكر من التمييز بين الأمرين في صورة كون المزروع أضرّ و تعين الشركة في صورة كونه أقلّ ضررا لكنّ التحقيق مع ذلك خلافه و إن كان التعيين لغرض متعلّق بالنوع الخاصّ لا لأجل قلّة الضرر و كثرته فإمّا أن يكون التعيين على وجه التقييد و العنوانية أو يكون على وجه تعدّد المطلوب و الشرطيّة فعلى الأوّل إذا خالف ما عيّن فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلا حتّى انقضت المدّة فيجري فيه الوجوه الستّة المتقدّمة في تلك المسألة و أمّا بالنسبة إلى الزرع الموجود فإن كان البذر من المالك فهو له و يستحقّ العامل اجرة عمله على إشكال في صورة علمه بالتعيين و تعمّده الخلاف لإقدامه حينئذ على هتك حرمة عمله و إن كان البذر للعامل كان الزرع له و يستحقّ المالك عليه اجرة الأرض مضافا إلى ما استحقّه من بعض الوجوه المتقدّمة و لا يضرّ استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه مرّتين على ما بيّنا في محلّه لأنه من جهتين و قد ذكرنا نظير ذلك في الاجارة أيضا و على الثاني يكون المالك مخيّرا بين أن يفسخ

المسألة ۹: ملاحظة مصلحة الارض: فليس ذكر الخاص لخصوصية فيه قيدا و لا شرطا، فالمراد هذا او كل ما هو اقل ضررا منه، و حينئذ فلحاظ ذلك ايضا اما قيد أو شرط، و التخيير بين الفسخ و الامضاء انما هو على الثاني اي فيما لو حظ المساواة أو القلة في الضرر بنحو الاشتراط فاذا زرع ما هو اضر تخير المالك بين الامرين كما في المتن و ليس خلاف التحقيق حينئذ.
على وجه التقييد: قد عرفت امكان الوجهين في لحاظ الضرر قلة أو كثرة ايضا.
الوجوه الستة: و مرّ التحقيق في ذلك.
في صورة علمه بالتعيين: بل لا يستحق شيئا، و كذا في صورة جهله اذا كان الانشاء على الشيء الخاص معنيا.
مضافا الى ما استحقه: مرّ ان الضمان هنا ضمان اليد و الاستيلاء فقط لاجرة المثل و لا يضمن اجرتي المثل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۵

المعاملة لتخلّف شرطه فيأخذ اجرة المثل للأرض و حال الزرع الموجود حينئذ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر و بين أن لا يفسخ و يأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حقّ شرطه و بين أن لا يفسخ و لكن لا يسقط حقّ شرطه أيضا بل يغرم العامل على بعض الوجوه الستّة المتقدّمة و يكون حال الزرع الموجود كما مرّ من كونه لمالك البذر.

المسألة ۱۰: لو زارع على أرض لا ماء لها فعلا لكن أمكن تحصيله بعلاج من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك فان كان الزارع عالما بالحال صحّ و لزم و إن كان جاهلا كان له خيار الفسخ و كذا لو كان الماء مستوليا عليها و أمكن قطعه عنها و أمّا لو لم يمكن التحصيل في الصورة الاولى أو القطع في الثانية كان باطلا سواء كان الزارع عالما أو جاهلا و كذا لو انقطع في الأثناء و لم يمكن تحصيله أو استولى عليها و لم يمكن قطعه و ربما يقال بالصحّة مع علمه بالحال و لا وجه له و إن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لإختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع نعم لو استأجر أرضا للزراعة مع علمه بعدم الماء و عدم إمكان تحصيله أمكن الصحّة لعدم اختصاص الاجارة بالانتفاع بالزرع إلاّ أن يكون على وجه التقييد فيكون باطلا أيضا.

المسألة ۱۱: لا فرق في صحّة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما و لا بدّ من تعيين ذلك إلاّ أن يكون هناك معتاد ينصرف إليه الاطلاق و كذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصّة

و حال الزرع الموجود: هو لمن له البذر على الفسخ لكن للمالك قلعه اذا كان للعامل اذا لم يتراضيا على البقاء.

بل يغرم العامل: فيه اشكال مع فرض قبول العقد و حصته الحاصل فان الشرط فائدته تعليق اللزوم على التزام آخر فلصاحب الشرط حق الفسخ فقط و ان كان مفاد الشرط امرا ماليا لعدم استفادة ازيد من التكليف من ادلة الشروط.

لمالك البذر: بل بينهما في فرض عدم الفسخ.

المسألة ۱۰: خيار الفسخ: اي خيار تخلف الوصف اي وصف فعلية استيلاء الماء، لكنه فيما كانت العادة ذلك بحيث كان عقد المزارعة مبنيّا عليه بخلاف ما كان البناء على وجود الماء و لو تحت الارض اتكالا على الاجهزة اليومية.

المسألة ۱۱: لا فرق: الظاهر كون قوام المزارعة بالارض و العمل، و ان الارض للمزارع و العمل من العامل و باقي الامور على حسب القرار و الاشتراط (و لعله مقتضى الجمع بين الاخبار المختلفة، راجع صحيح ۱/ ۱۲ و صحيح ۱/ ۱۳ و روايات

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۶

بالمزارع أو مشتركة بينه و بين العامل و كذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما و كذا الحال في سائر المصارف و بالجملة هنا امور أربعة: الأرض و البذر و العمل و العوامل فيصحّ أن يكون من أحدهما أحد هذه و من الآخر البقيّة و يجوز أن يكون من كلّ منهما اثنان منها بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها و من الآخر البقيّة كما يجوز الاشتراك في الكلّ فهي على حسب ما يشترطان و لا يلزم على من عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته و كذا بالنسبة إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل إلاّ مع الشرط.

المسألة ۱۲: الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين بأن تكون الأرض من واحد و البذر من آخر و العمل من ثالث و العوامل من رابع بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك كأن يكون بعض البذر من واحد و بعضه الآخر من آخر و هكذا بالنسبة إلى العمل و العوامل لصدق المزارعة و شمول الاطلاقات بل يكفي العمومات العامة فلا وجه لما في

المسالك من تقوية عدم الصحّة بدعوى أنّها على خلاف الأصل فتتوقّف على التوقيف من الشارع و لم يثبت عنه ذلك و دعوى أنّ العقد لا بدّ أن يكون بين طرفين موجب و قابل فلا يجوز تركّبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركانا له مدفوعة بالمنع فانه أوّل الدعوى.

المسألة ١٣: يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته أو يزارعه في حصّته من غير فرق بين أن

الباب ١٠ احكام المزارعة، و يستفاد من بعضها امكان تخلف ما ذكرنا من القوام ايضا لكن بناء العقلاء و العرف شاهد ما ذكرنا و استفادة التعبد الخاص هنا بعيد، فالصور التي تخلف فيها عن ذلك لا بد ان تصحّح بالأدلة العامة على عناوين العقد و الشركة فليس كل شركة زراعية مزارعة، و لا بأس بذلك اذا كان السهام معلومة بلا غرر (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) في التمسك بالأدلة العامة نظرا الى عدم كون تمليك المعدوم عقلائيا مشمولا للأدلة العامة، و فيه ما مرّ).

المسألة ١٢: لصدق المزارعة: فيه اشكال، كشمول ادلة المزارعة لكنها شركة زراعية صحيحة بأدلة الشركة و عمومات العقد.

موجب و قابل: و لا حاجة الى قبول ذلك و توجيه الوحدة بارجاع المتعدد الى الواحد اعتبارا لعدم العبرة بذلك عند العقلاء، فيعتبرون العقد الواقع بين افراد متعددة عقدا و ان كل واحد متعهد لجهته بلا اعتبار ارجاع الجمع الى واحد (خلافا للنجفي (قدّس سرّه)).

المسألة ١٣: يشارك غيره: اي يجعله شريكا في حصته.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۷

يكون البذر منه أو من المالك و لا يشترط فيه إذنه نعم لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلاّ باذنه و إلاّ كان ضامنا كما هو كذلك في الاجارة أيضا و الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنّه هو الطرف للمالك بصلح و نحوه بعوض و لو من خارج أو بلا عوض كما يجوز نقل حصّته إلى الغير سواء كان ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده كلّ ذلك لأنّ عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض نصفا أو ثلثا أو نحوهما إلى العامل فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة و لا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا إذ لا منافاة بين صحّة المذكورات و بين مباشرته للعمل إذ لا يلزم في صحّة المزارعة مباشرة العمل فيصحّ أن يشارك أو يزارع غيره و يكون هو المباشر دون ذلك الغير.

المسألة ١٤: إذا تبيّن بطلان العقد فامّا أن يكون قبل الشروع في العمل أو بعده و قبل الزرع بمعنى نثر الحبّ في الأرض أو بعده و قبل حصول الحاصل أو بعده فان كان قبل الشروع فلا بحث و لا إشكال و إن كان بعده و قبل الزرع بمعنى الاتيان بالمقدّمات من حفر النهر و كري الأرض و شراء الآلات و نحو ذلك فكذلك نعم لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض من جهة كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع

إلاّ باذنه: (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) حيث جوّز ذلك نظرا الى ان العامل امين، و لا اشكال اذا سلّم الارض الى امين مثله، و فيه: ان ظاهر العقد كون النظر الى الشخص و هكذا في الاجارة).

هو الطرف للمالك: لا يمكن ذلك إلاّ بفسخ الاولى ثم مزارعة جديدة (قضاء للايجاب و القبول في الاول).

قبل ظهور الحاصل: فيه منع، فانه من تمليك المعدوم و عقد المزارعة لا يوجب نقل منفعة الارض بل يسلط العامل على الانتفاع و لذلك تجوز على الارض المعارة ايضا كما مرّ، و بعد ظهور الحاصل ايضا الناقل طرف المزارعة فيجب عليه القيام بوظائفه و لو تسبيبا.

شرط عليه مباشرة العمل: (و لا وجه لحاشية البروجردي (قدّس سرّه) بالمنع عنه مع ذلك الشرط، اذ الشرط هو المباشرة في العمل لا المزارعة).

المسألة ١٤: فكذلك: بل للعامل اجرة مثل عمله و قيمة الآلات اذا كان بأمر المالك و لو من باب مطالبة حقه بتصور صحة العقد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۸

عنها كان للعامل قيمة ذلك الوصف و إن لم يكن كذلك و كان العمل لغوا فلا شيء له كما أنّ الآلات لمن أعطى ثمنها و إن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر فان كان للمالك كان الزرع له و عليه للعامل اجرة عمله و عوامله و إن كان للعامل كان له و عليه اجرة الأرض للمالك و إن كان منهما كان لهما على النسبة نصفا أو ثلثا و لكلّ منهما على الآخر اجرة مثل ما يخصّه من تلك النسبة و إن كان من ثالث فالزرع له و عليه للمالك اجرة الأرض و للعامل اجرة عمله و عوامله و لا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبيّن قبله بل له أن يأمر بقلعه و له أن يبقي بالاجرة إذا رضي صاحبه و إلاّ فليس له إلزامه بدفع الاجرة هذا كلّه مع الجهل بالبطلان و أمّا مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله لأنه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله فكأنه متبرع به و إن كان الآخر أيضا عالما بالبطلان و لو كان العامل بعد ما تسلّم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن اجرتها للمالك مع بطلان المعاملة لفوات منفعتها تحت يده إلاّ في صورة علم المالك بالبطلان لما مرّ.

المسألة ١٥: الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكيّة العامل لمنفعة الأرض بمقدار الحصّة المقرّرة له و ملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصّته و اشتراك البذر بينهما على النسبة سواء كان منهما أو من

قيمة ذلك الوصف: المعروف عدم مقابلة الوصف بالقيمة و إن اثّر فيها بل القيمة مقابل الاجزاء بل هي ايضا على ذلك في بعض الموارد مع ان ايجاد وصف أو جزء في مال الغير لا يوجب ضمانا اذا لم يكن بأمره.

للعامل اجرة: اذا كان بأمر المالك لا يتصور الصحة من عنده.

للمالك اجرة الارض: اذا كانت تحت يده أو كان آمرا بالزرع، كما ان اجرة العامل ايضا انما هي اذا كان العمل بأمره.

الهاتك: مرّ عدم استلزام العلم بالبطلان التبرع في العمل، و كذا في الفرع بعد.

المسألة ١٥: ملكية العامل لمنفعة: بل لا يملك سوى الزام الطرف بما التزم و كذا المالك على العامل (و قد مرّ جواز كون ارض المزارعة معارة مع عدم ملكية المستعير للارض و منافعها).

و اشتراك البذر: لا وجه له بل البذر لمن بذله، و الاشتراك يحصل في الحاصل بمجرد الشروع في النمو و تجلي اثر الحياة في الحبّ، فان كان هذا مراد بعض الكلمات فهو الأصح، لكن حيث ان المزارعة نوع قرار على الشركة فيمكن القرار على احد النحوين الآخرين ايضا بالتصريح و الشرط.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۳۹

أحدهما أو من ثالث فاذا خرج الزرع صار مشتركا بينهما على النسبة لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل فيصير الحاصل مشتركا من ذلك الحين كما ربما يستفاد من بعض الكلمات أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل و إدراكه فيصير مشتركا في ذلك الوقت كما يستفاد من بعض آخر نعم الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح و الاشتراط به من حين العقد و يترتّب على هذه الوجوه ثمرات منها كون التبن أيضا مشتركا بينهما على النسبة على الأوّل دون الاخيرين فانه لصاحب البذر و منها في مسألة الزكاة و منها في مسألة الانفساخ أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل و منها في مسألة مشاركة الزارع مع غيره و مزارعته معه و منها في مسألة ترك الزرع إلى أن انقضت المدّة إلى غير ذلك.

المسألة ١٦: إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه و لم يمكن تحصيله أو استولى عليه و لم يمكن قطعه أو حصل مانع آخر عامّ فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان من الأوّل على ما مرّ لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع فالصحّة كانت ظاهرية فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر و يحتمل بعيدا كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي فيكون مشتركا بينهما على النسبة.

المسألة ١٧: إذا كان العقد واجدا لجميع الشرايط و حصل الفسخ في الأثناء إمّا بالتقابل أو بخيار الشرط لأحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلّف ما شرط على أحدهما فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة و هو الوجه الأول من الوجوه المتقدّمة فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة و ليس لصاحب

التبن: هو ايضا من الحاصل فيكون مشتركا فيه و لا ربط له بما افتى به الماتن.

مشاركة الزارع: مرّ صحّة المزارعة مع غيره اذا كان مأذونا من المالك و لا يحتاج الى ظهور الحاصل اصلا، و أما الشركة فهي ايضا كذلك ان لم نقل بعموم اعتبار التنجيز كما مرّ ذلك، فيشرك الغير في حصته الموجودة بعدا، و يأتي الكلام في الانفساخ في الاثناء. (و الخوئي (قدّس سرّه) قال ببطلان التشريك لأنه من تمليك المعدوم، و قد مرّ).

المسألة ١٦: و يحتمل: هو قريب اذا ظهر شيء و لو قصيلا (لعدم وجه للبطلان بالنسبة اليه بعد حصول الشيء، و العقد ينحل ازمانا، و أما الانفساخ من الحين كلا فلا وجه له بعد اشتراط القابلية للزرع لا العلم بالقابلية).

المسألة ١٧: و حصل الفسخ: يعني قبل ظهور الحاصل.

مشترك بينهما: ان ظهر شيء من الحاصل و لو قصيلا و إلّا فلا شركة و البذر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۰

الأرض على العامل اجرة أرضه و لا للعامل اجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى لأنّ المفروض صحّة المعاملة و بقاءها إلى حين الفسخ و أمّا بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى البلوغ بلا اجرة أو معها و لهما التراضي على القطع قصيلا و ليس للزارع الابقاء إلى البلوغ بدون رضى المالك و لو بدفع اجرة الأرض و لا مطالبة الأرش إذا أمره المالك بالقلع و للمالك مطالبة القسمة و إبقاء حصّته في أرضه إلى حين البلوغ و أمر الزارع بقطع حصّته قصيلا هذا و أمّا على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر و الظاهر عدم ثبوت شيء عليه من اجرة الأرض أو العمل لأنّ

المفروض صحّة المعاملة إلى هذا الحين و إن لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر و لم يحصل حاصل من جهة آفة سماويّة أو أرضية و يحتمل ثبوت الاجرة عليه إذا كان هو الفاسخ.

فذلكة: قد تبيّن ممّا ذكرنا في طيّ المسائل المذكورة أنّ ههنا صورا الاولى: وقوع العقد صحيحا جامعا للشرائط و العمل على طبقه إلى الآخر حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضيّة.

الثانية: وقوعه صحيحا مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّة سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلا الثالثة: تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع اختيارا أو لعذر خاصّ به. الرابعة: تبيّن البطلان من الأوّل. الخامسة: حصول الانفساخ في الأثناء لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامّة.

السادسة: حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار في الأثناء و قد ظهر حكم الجميع في طيّ المسائل المذكورة كما لا يخفى.

لصاحبه و لصاحب الارض اجرة المثل ان لم يكن البذر له و للعامل كذلك لعمله اذا عمل بأمر من المالك، و للمالك القلع بلا ارش ان لم يكن البذر له.

الأرش: (هو كذلك، و لا وجه ظاهرا لقول بعضهم بالارش).

الى هذا الحين: نعم، و لكن مفاد الفسخ حلّ العقد من اصله و جعله كأن لم يكن، فلصاحب الارض الاجرة ان كان البذر لغيره و للعامل اجرة العمل اذا عمل بأمر المالك، (فلا وجه لنفي الگلپايگاني (قدّس سرّه) الاجرة و استبعاده احتمال المتن).

فهو كما: قياسه مع الفارق (فان المزارعة بنائها على رجاء الحاصل لا الحتمية فلا تعهد للطرفين إلاّ على العمل بما التزما و الاتفاقات غير مربوطة بهما بخلاف مسألة الفسخ).

الثالثة: لم يظهر حكمها مما تقدم و للمالك خيار التبعض، و اذا كان البذر للمالك و تلف بترك العامل العمل فهو ضامن، و كذا لحصة الشريك من الحاصل ان حصل و تلف بذلك.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۱

المسألة ۱۸: إذا تبين بعد عقد المزارعة أنّ الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخيّر بين الاجازة فتكون الحصّة له سواء كان بعد المدّة أو قبلها في الأثناء أو قبل الشروع بالزرع بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محلّ للاجازة و بين الردّ و حينئذ فان كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال و إن كان بعد التمام فله اجرة المثل لذلك الزرع و هو لصاحب البذر و كذا إذا كان في الأثناء و يكون بالنسبة إلى بقية المدّة الأمر بيده فإمّا يأمر بالازالة و إمّا يرضى بأخذ الاجرة بشرط رضى صاحب البذر ثمّ المغرور من المزارع و الزارع يرجع فيما خسر على غارّه و مع عدم الغرور فلا رجوع و إذا تبين كون البذر مغصوبا فالزرع لصاحبه و ليس عليه اجرة الأرض و لا اجرة العمل نعم إذا كان التبيّن في الأثناء كان لمالك الأرض

المسألة ۱۸: بين الاجازة: فان الظاهر قابلية هذا العقد للاجازة كغيره (خلافا للبروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) نظرا الى كونه تعهدا من المالك بتسليم الارض، فاذا تعهد الغاصب من قبل المالك يمكن اجازته بخلاف ما لو تعهد من قبل نفسه فلا يمكن اجازة المالك تعهد الغاصب من نفسه و فيه: انه تعهد من المالك بتسليط العامل على الانتفاع

من الارض قبال تعهد العامل بالعمل فاذا اجاز المالك فقد وقع و تحقق التسليط، و في الحقيقة لا فرق بينه و البيع فانه تمليك و هذا تسليط فكما يصحّح بيع الفضولي لنفسه في البيع على التحقيق فكذا هنا).

محل للاجازة: كما اذا شرط زواج بنت الغاصب.

على غارّه: (و قد مرّ ملاك قاعدة الغرر في موارد من الابحاث السابقة، و يدل عليها مثل ۱/ ۱۷ابواب العيوب و التدليس من النكاح: «... كما غر الرجل و خدعه» و ردّه الخوئي (قدّس سرّه) بضعف السند بمحمد بن سنان لعدم التوثيق، لكن الاصحاب يعملون كما كان يقول الاستاذ (قدّس سرّه) و يظهر من الاصحاب، و نقض (قدّس سرّه) ايضا اصل القاعدة بما لو قال احد لصاحب متاع: قيمة متاعك في البلد الفلاني غال، فذهب الصاحب بمتاعه الى ذلك البلد فخسر فهذا مغرور منه مع عدم امكان القول بضمانه، و فيه ما مرّ منا ان القاعدة في الغرور مع العمل كتقديم مال الغير اليه و القول بأنه مالي كل منه.

ليس عليه اجرة الارض: بل على الزارع الغاصب كما ان خسارة المغصوب منه ايضا عليه فيما كان التبين في الاثناء و أمر المالك بالازالة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۲

الأمر بالازالة هذا إذا لم يكن محلّ للاجازة كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلّي لا المشخّص في الخارج أو نحو ذلك أو كان و لم يجز، و إن كان له محلّ و أجاز يكون هو الطرف للمزارعة و يأخذ الحصّة الّتي كانت للغاصب و إذا تبيّن كون العامل عبدا غير مأذون فالأمر إلى مولاه و إذا تبيّن كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة صحيحة و لصاحبها اجرة المثل أو قيمة الأعيان التالفة و في بعض الصور يحتمل جريان الفضولية و إمكان الاجازة كما لا يخفى.

المسألة ۱۹: خراج الأرض على صاحبها و كذا مال الاجارة إذا كانت مستأجرة و كذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان و ما يؤخذ لتركها في يده و لو شرط كونها على العامل بعضا أو كلا صحّ و إن كانت ربما تزاد و ربّما تنقص على الأقوى فلا يضرّ مثل هذه الجهالة للأخبار و أما ساير المؤن كشقّ الأنهار و حفر الآبار و آلات السقي و إصلاح النهر و تنقيته و نصب الأبواب مع الحاجة إليها و الدولاب و نحو ذلك ممّا يتكرّر كلّ سنة أو لا يتكرّر فلا بدّ من تعيين كونها على المالك أو

هو الطرف للمزارعة: اذا كان باذل البذر طرفا للمعاملة بخلاف ما اذا كان العقد بين المالك و العامل و اشترط البذر على العامل فانه لا يصير بالاجازة طرفا للمعاملة حينئذ.

يأخذ الحصة: اي ما قابل البذر لا كل ما جعل للغاصب حتّى ما بازاء العمل.

المسألة ۱۹: هذه الجهالة: بل يضر ان كان غير متسامح فيه إلاّ فيما وضعه السلطان بعد العقد و هو على المالك (و أما الاخبار ۱/ ۱۷ و ۲/ ۱۰ فلا نسلم انها بصدد بيان الاطلاق في الخراج، و حينئذ فعموم ملاك دليل الغرر محكم، و قال الخوئي (قدّس سرّه): لا دليل في غير البيع، و فيه عموم الملاك كما مرّ في استفادته من منع بيع المنابذة و مثلها. و قال الخوئي (قدّس سرّه) في آخر كلامه:

مع ان الجهالة في هذه الامور التي لها ضابط خارجي معين لا يعد غررا عرفا لمضبوطيّة مقداره و ان لم يعلمه

المتعاملان بالفعل فان الزيادة و النقيصة في هذه الموارد مغتفرة و لا تبلغ عادة حدّ الغرر، و فيه: ان الضبط الخارجي لا يجعله معلوما عند العقد، و إلاّ ففي سائر موارد الغرر ايضا يعلم الحال بعدا و بالاخرة، و أما الاغتفار و عدم بلوغ حدّ الغرر فهو ليس على اطلاقه صحيح بل يفرق الموارد كما اشرنا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۳

العامل إلاّ إذا كان هناك عادة ينصرف الاطلاق إليها و أمّا ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالك و إن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

المسألة ٢٠: يجوز لكلّ من المالك و الزارع أن يخرص على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدار منه بشرط القبول و الرضا من الآخر لجملة من الأخبار هنا و في الثمار فلا يختصّ ذلك بالمزارعة و المساقاة بل مقتضى الأخبار جوازه في كلّ زرع مشترك أو ثمر مشترك و الأقوى لزومه بعد القبول و إن تبيّن بعد ذلك زيادته أو نقيصته لبعض تلك الأخبار مضافا إلى العمومات العامّة خلافا لجماعة و الظاهر أنه معاملة مستقلّة و ليست تبعا و لا صلحا معاوضيا فلا يجري فيها إشكال اتّحاد العوض و المعوّض و لا إشكال النهي عن المحاقلة و المزابنة و لا إشكال الربا و لو بناء على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع و جريانه في مطلق المعاوضات مع أنّ حاصل الزرع و الشجر قبل الحصاد و الجذاذ ليس من المكيل و الموزون و مع الاغماض عن ذلك كله يكفي في صحّتها الأخبار الخاصّة فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبت بالنصوص و لتسمّ بالتقبّل و حصر المعاملات في المعهودات ممنوع نعم يمكن أن يقال إنّها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضيّ فكأنّهما يتسالمان على أن يكون حصّة أحدهما من المال المشترك كذا مقدارا و البقية للآخر شبه القسمة أو نوع منها و على ذلك يصحّ إيقاعها بعنوان الصلح على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضا على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا ارتفع الغرر بالخرص المفروض و على هذا لا يكون من التقبيل و التقبّل ثمّ إنّ المعاملة المذكورة

هناك عادة: و إلاّ فلا يبعد كون ما للارض على المالك و ما للزرع على العامل (كما عن المسالك).

فليس على المالك: إلاّ فيما كان في البين عادة مبني عليها العقد كما انه اذا اخذ الظالم من عين المحصول حوسب عليهما.

المسألة ٢٠: في المعهودات: مع انها منها شرعا و عقلائيا (فان القبالة ثابتة في الشرع كمسألة خيبر و في روايات اهل البيت عليهم السّلام ايضا ورد تصحيحها، فراجع ١ و ٤/ ١٤ المزارعة و روايات الباب ١٠ بيع الثمار مثل ١ و ٢ و ... و في العرف ايضا شائع).

يمكن ان يقال: فيه منع بل هي معاملة مستقلة و ان امكن ادائها بلفظ الصلح ككثير من المعاملات.

اذا ارتفع الغرر: لا يضر الغرر في الصلح.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۴

لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة بل يكفي كلّ لفظ دالّ على التقبّل بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلا فيكفي فيها مجرّد التراضي كما هو ظاهر الأخبار و الظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل و إدراكه فلا يجوز قبل ذلك و

القدر المتيقّن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع فلا يصحّ الخرص و جعل المقدار في الذمّة من جنس ذلك الحاصل نعم لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على الوجه الّذي ذكرنا لا مانع من ذلك فيه لكنّه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة ثمّ إنّ المشهور بينهم أنّ قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل فلو تلف بآفة سماويّة أو أرضية كان عليهما و لعلّه لأنّ تعيين الحصّة في المقدار المعيّن ليس من باب الكلّي في المعيّن بل هي باقية على إشاعتها غاية الأمر تعيينها في مقدار معين مع احتمال أن يكون ذلك من الشرط الضمنيّ بينهما و الظاهر أنّ المراد من الآفة الأرضية ما كان من غير الانسان و لا يبعد لحوق إتلاف متلف من الانسان أيضا به و هل يجوز خرص ثالث حصّة أحدهما أو كليهما في مقدار وجهان أقواهما العدم.

المسألة ٢١: بناء على ما ذكرنا من الاشتراك من أوّل الأمر في الزرع يجب على كلّ منهما الزكاة

مجرد التراضي: بل الاقوى اعتبار مبرز لفظي أو فعلي ينشأ به المعاملة.

و الظاهر اشتراط: (اخذا بالمتقين من الاخبار و عدم الدليل على غيره).

على اشاعتها: فيه منع، و لذا يجوز للمتقبل التصرف بلا اذن من المتقبل له، لكن حيث ان القبالة مبنية على احتساب المقدار الى تمام الزرع و على سلامة الحاصل فلا التزام بحصة المتقبل له إلّا في الحاصل السالم، هذا بحسب ماهية هذه المعاملة و لا اقل من كون ذلك شرطا مبنيا عليه العقد.

اتلاف متلف: بل المعاملة باقية و المتلف ضامن.

اقويهما العدم: بل الجواز اقوى اذا كان الخارص اهل الخبرة و رضيا به (بناء على كون المعاملة طبق القاعدة، و المراد من الخرص تعيين المقدار على التخمين المتقارب للواقع، و لعل خرصه اقرب الى الواقع من خرص احد الطرفين و لا يستفاد من الأدلة تقييد من جهة ذلك).

المسألة ٢١: بناء على ما ذكرنا: و كذا على ما ذكرنا من اعتبار وقت ظهور الحاصل و لو غير الثمرة من القصيل و نحوه، و مرّ صحة الاشتراط بغير ذلك (خلافا للبهبهاني (قدّس سرّه) حيث تأمل في ذلك الاشتراط، و كأنه لمخالفته لمقتضى الشركة، و فيه عدم حصول الشركة قبل ذلك و لا بد من قرار في ذلك فاذا قرّرا على ما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۵

إذا كان نصيب كلّ منهما بحدّ النصاب و على من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما و كذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمر لأنّ تعلّق الزكاة بعد صدق الاسم و بمجرّد الظهور لا يصدق و إن اشترطا الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد و التصفية فهي على صاحب البذر منهما لأنّ المفروض أنّ الزرع و الحاصل له إلى ذلك الوقت فتتعلّق الزكاة في ملكه.

المسألة ٢٢: إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّة و القسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي فان كان البذر لهما فهو لهما و إن كان لأحدهما فله إلّا مع الإعراض و حينئذ فهو لمن سبق و يحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض مطلقا لأنّ المفروض شركتهما في الزرع و أصله و إن كان البذر لأحدهما أو لثالث و هو الأقوى و كذا إذا بقي في الأرض بعض الحبّ فنبت فانه مشترك بينهما مع عدم الاعراض نعم لو كان الباقي حبّ مختصّ بأحدهما اختصّ به ثمّ لا يستحقّ صاحب الأرض اجرة لذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به و

إن انتفع بها إذا لم يكن ذلك من فعله و لا من معاملة واقعة بينهما.

المسألة ٢٣: لو اختلفا في المدّة و أنها سنة أو سنتان مثلا فالقول قول منكر الزيادة و كذا لو قال أحدهما إنّها ستّة أشهر و الآخر قال إنها ثمانية أشهر نعم لو ادّعى المالك مدّة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل و لو نادرا ففي تقديم قوله إشكال و لو اختلفا في الحصّة قلّة و كثرة فالقول قول صاحب البذر المدّعي

ذكر فهو عقد يجب الوفاء به).

المسألة ٢٢: مع الاعراض: و ابرازه عملا (الظاهر كونه مخرجا عن الملك اذا ابرز عملا و لذلك اذا طرح ثم اخذه الغير لا يتاح له منعه عند العقلاء خلافا للخوئي (قدّس سرّه) و قد مرّ ما فيه. و لم يأت بدليل سوى عدم الدليل).

و يحتمل: و هو مقتضى اطلاق عقد المزارعة كما مرّ، (و هو الاقوى لما مرّ من حصول الاشتراك بمجرد الحاصل و متعلق الشركة الزرع و أصله. كان البذر له أو لا، فلا وجه لإشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه)).

اجرة لذلك: بالنسبة الى ما مضى مع سقوط حبّه بلا اختيار، و أما بقاء فللمالك مطالبة الاجرة كما له القلع بلا ارش.

المسألة ٢٣: اشكال: بل لا يبعد تقديم قول مدعي الكثرة حينئذ.

التحالف: ان رجع النزاع الى خصوصية في متعلق العقد لها اثر، و أما اذا كانت نتيجة النزاع راجعة الى المقدار زيادة و نقصا كما هو الغالب فالقول قول مدعي القلة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۶

للقلّة هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدّة أو الحصّة و عدمها و أمّا لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد و أنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف و إن كان خلاف إطلاق كلماتهم فان حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة.

المسألة ٢٤: لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيّهما فالمرجع التحالف و مع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة.

المسألة ٢٥: لو اختلفا في الاعارة و المزارعة فادّعى الزارع أنّ المالك أعطاه الأرض عارية للزراعة و المالك ادّعى المزارعة فالمرجع التحالف أيضا و مع حلفهما أو نكولهما تثبت اجرة المثل للأرض فان كان بعد

(وفاقا لغير واحد و الوجه واضح بعد كون الملاك في الادعاء و الانكار طلب شيء و الالزام اي الغرض لا المصبّ كما قال المصنف في كتاب القضاء، و الحكيم (قدّس سرّه) في المستمسك ١٣: ١٣٦: و ... و قال هذا ظاهر الاصحاب).

المسألة ٢٤: التحالف: اذا كان الخلاف في العمل و العوامل قبل العمل و لم يكن عادة معينة في العرف و أما بعد العمل فالمقام من الادعاء و الانكار كما لا يخفى كما ان وجود العادة يوجب كون مدعي خلافها مدعيا. (كما اشار الاستاذ (قدّس سرّه) فيقدم قول منكر الذمّة و الاجرة في ذلك).

تنفسخ المعاملة: بل لا يبعد بقاء المعاملة و الرجوع الى القرعة (للعلم بالحق الشرطي و الشك في ذي الحق و القرعة لكل امر مشكل و هي مقدمة على التنصيف لنوع احراز في دليلها و لم يتعرض غير الاستاذ لذلك إلّا النجفي (قدّس سرّه) لكنه قال:

«غير وجيه» و كأنه نظرا الى ورود تخصيصات كثيرة على القرعة بحيث لا يمكن الاستناد الى القرعة و الى عدم تعهد

الرجوع الى القرعة في المحاكمات، و فيه: عدم تسلم تخصيص الاكثر بعد فهم موردها، و لا نسلم سيرة ثابتة على عدم القرعة عند حلفهما أو نكولهما).

المسألة ٢٥: التحالف ايضا: بل المالك مدع يدعي الحصة و العامل ينكرها و القول قوله مع الحلف (لعدم ادعاء العامل شيئا سوى مفهوم العارية و في الواقع يدفع دعوى حصة المالك).

اجرة المثل: المالك يردّها و يعترف بعدم استحقاقها، فلا وجه لأخذها، نعم اذا تيقن استحقاقه الحصة و جحود العامل فله التقاصّ فيأخذ اجرة المثل تقاصا لحصته اذا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۷

البلوغ فلا إشكال و إن كان في الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك و في وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الاجرة إن أراد الزارع و عدمه و جواز أمره بالازالة وجهان و إن كان النزاع قبل نثر الحبّ فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما.

المسألة ٢٦: لو ادّعى المالك الغصب و الزارع ادّعى المزارعة فالقول قول المالك مع يمينه على نفي المزارعة.

المسألة ٢٧: في الموارد التّي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلّق الزكاة و قبل البلوغ قد يقال بعدم الجواز إلاّ أن يضمن حصّتها للفقراء لأنّه ضرر عليهم و الأقوى الجواز و حقّ الفقراء يتعلّق بذلك الموجود و إن لم يكن بالغا.

المسألة ٢٨: يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجيّة أن يسلّمها إلى غيره ليزرع لنفسه و يؤدّي خراجها عنه و لا بأس به.

لم تكن اكثر من الحصّة المدعاة منه.

جواز الرجوع: ان تحالفا و انحل العقد لكون المقام في الاثناء من التحالف، و كذا يجوز الرجوع بناء على الادعاء و الانكار نظرا الى عدم لزوم العارية هنا كما عليه الماتن فلا ادعاء من العامل حينئذ و ينفي بحلفه المزارعة. لكن اذا علم المالك باطنا بالمزارعة فجواز رجوعه بحسب حكمه في نفسه مشكل.

وجهان: الظاهر جواز الازالة بحسب حكم الحاكم ظاهرا ان قلنا بجواز العارية حتى بعد العمل لعدم جريان لا ضرر فيما كان اجرائه موجبا لضرر على الغير كما في المقام لتحديد سلطنة المالك بذلك، لكن الجواز بحسب حكم المالك في نفسه اذا علم بالمزارعة مشكل، كما انه ان قلنا بلزوم العارية بعد العمل، فلا تجوز الازالة للعلم بثبوت العارية أو المزارعة.

بعد حلفهما أو نكولهما: بل المقام من الادعاء و الانكار لعدم الزام دعوى العارية من العامل شيئا على المالك بعد جواز الرجوع قبل العمل.

المسألة ٢٦: على نفي المزارعة: لا اثبات عنوان الغصب فلا يثبت آثاره، نعم يثبت آثار مطلق التصرف بلا اذن كاجرة المثل.

المسألة ٢٨: يجوز: (و النص هو الفارق هنا فيجوز هنا للنص الموافق للقاعدة، راجع ٢ و ٣ و ١٧/٤ المزارعة بخلاف اجارة الدكان و نحوه بلا تغيير فيه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۸

مسائل متفرقة

الأولى: إذا قصّر العامل في تربية الزرع فقلّ الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت بحسب تخمين أهل الخبرة كما صرّح به المحقّق القميّ – سره – في أجوبة مسائله.

الثانية: إذا ادّعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط أو ادّعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضرّ بالزرع و أنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه فالقول قوله لأنه مؤتمن في عمله و كذا لو ادّعى عليه التقصير في حفظ الحاصل بعد ظهوره و أنكر.

الثالثة: لو ادّعى أحدهما على الآخر شرطا متعلّقا بالزرع و أنكر أصل الاشتراط فالقول قول المنكر.

الرابعة: لو ادّعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته و بعده له الفسخ.

الخامسة: إذا زارع المتولّي للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدّة لزم و لا تبطل بالموت و أمّا إذا زارع البطن المتقدّم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثمّ مات في الأثناء قبل انقضاء المدّة

مسائل

الاولى: ... ضمانه التفاوت: اذا كان بعد ظهور الزرع و كان التقصير بحيث اوجد نقصا في الزرع يعدّ عيبا، و كذا فيما كان البذر للمالك فقصر العامل بما ذكر، و أما اذا كان البذر للعامل و كان التقصير قبل ظهور الزرع فلا شيء للمالك إلاّ الزام العامل بالعمل و ان لم يكن فله الفسخ (و يحمل جواز ابقاء المعاملة مع ضمان العامل لقيمة مثل العمل، لكنه بعيد اذ المزارعة في الحقيقة قرار على الشركة في الارض بتسليم الارض و العمل. و قال الحكيم (قدّس سرّه): اذ الاعمال الذمية لا تكون مضمونة كما في الاجارة فتنفسخ الاجارة، و فيه: عدم وجه لذلك، فان العمل اذا صار في الذمة بمقتضى العقد فالطرف يطلبه فاذا مضى وقت العمل فيطلب بدله، و بما ذكرنا ظهر الاشكال في حاشية البهبهاني (قدّس سرّه) ايضا حيث اعتقد ضمان اجرة المثل).

الخامسة: و لا تبطل بالموت: أي بموت المتولي بل و البطن المتقدم ايضا سيما اذا كان موته بعد خروج وقت الزرع، فلا وجه اصلا للبطلان بالنسبة الى محصول تلك السنة (لاقتضاء التولية ذلك، فلا وجه ظاهرا لما عليه الگلپايگاني (قدّس سرّه) من الاشكال هنا و في الاجارة في بقاء العقد مع موت المتقدم سيما في فرض خروج

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۴۹

فالظاهر بطلانها من ذلك الحين لانتقال الأرض إلى البطن اللاّحق كما أنّ الأمر كذلك في إجارته لها لكن استشكل فيه المحقّق القميّ (قدّس سرّه) بأنّ عقد المزارعة لازمة و لا تنفسخ إلاّ بالتقايل أو ببعض الوجوه الّتي ذكروها و لم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنّهم ذكروا في الاجارة بطلانها إذا آجر البطن المتقدّم ثمّ مات في أثناء المدّة ثمّ استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة فالتجأ إلى أنّ الاجارة أيضا لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدّة و إن كان البطن اللاّحق يتلقّى الملك من الواقف لا من السابق و أنّ ملكية السابق كانت إلى حين موته بدعوى أنّه إذا آجر مدّة لا تزيد على عمره الطبيعيّ و مقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره فكما انها في الظاهر محكومة بالصحّة كذلك

عند الشارع و في الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرّره من الاجرة إلى اللاحق لا الأرض بمنفعتها إلى آخر ما ذكره من النقض و الابرام و فيه ما لا يخفى و لا ينبغي الاشكال في البطلان بموته في المقامين.

السادسة: يجوز مزارعة الكافر مزارعا كان أو زارعا.

السابعة: في جملة من الأخبار النهي عن جعل ثلث للبذر و ثلث للبقر و ثلث لصاحب الأرض و أنه لا ينبغي أن يسمّى بذرا و لا بقرا فانّما يحرم الكلام و الظاهر كراهته و عن ابن الجنيد و ابن البرّاج حرمته فالأحوط الترك.

وقت الزرع في محصول تلك السنة، هذا مع تحقق السيرة ايضا فلا يتفحص المتشرعة على هذا الاساس عن صحة التصرفات في الاوقاف للزوار و نحوهم في البطون المتأخرة. نعم، لا يبعد ان يقال: تحقق العلم بموت المتقدم جميعهم بلا تولد اللاحق اصلا نادر جدا).

فالظاهر بطلانها: إلاّ اذا كان موته بعد خروج وقت الزرع بالنسبة الى محصول تلك السنة.

الاستصحاب: (هو كاستصحاب بقاء ملك الشخص فلا حجيّة له بعد انكشاف الخلاف).

السابعة: فالأحوط: لا ينبغي تركه (رعاية لظاهر بعض روايات الباب مثل ٥ و ٦/ ٨ احكام المزارعة: «لا يسمّى، لا ينبغي»، لكن الظاهر ان المراد عدم التمليك للبقر و البذر واقعا و ذيلها: انما يحرم الكلام ... الخ، دليل على كون مراد الطرفين معلوما و ان البقر و البذر بحكم الواسطة لملكية صاحبهما، لكن النهي توجه الى ظاهر التعبير ارشادا الى عدم امكان ملكيتهما و الى ان العقود على ظاهر التعبيرات انشاء و هو

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۰

الثامنة: بعد تحقّق المزارعة على الوجه الشرعيّ يجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصّته بمقدار معيّن من جنسه أو غيره بعد التخمين بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضا كما أنّ الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصّته في هذه القطعة من الأرض بحصّة الآخر في الاخرى بل الظاهر جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لأحدهما و الاخرى للآخر إذ القدر المسلّم لزوم جعل الحصّة مشاعة من أوّل الأمر و في أصل العقد.

التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أوّل الأمر و في السنة الاولى بل يجوز المزارعة على الأرض بائرة لا يمكن زرعها إلاّ بعد إصلاحها و تعميرها سنة أو أزيد و على هذا إذا كانت أرض موقوفة وقفا عامّا أو خاصا و صارت بائرة يجوز للمتولّي أن يسلّمها إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقلّ أو أزيد حسب ما تقتضيه المصلحة على أن يعمرها و يزرعها إلى سنتين مثلا لنفسه ثمّ يكون الحاصل مشتركا بالاشاعة بحصّة معيّنة. العاشرة: يستحبّ للزارع كما في الأخبار الدعاء عند نثر الحبّ بأن يقول «اللّهمّ قد بذرنا و أنت الزارع و اجعله حبّا متراكما» و في بعض الأخبار إذا أردت أن تزرع زرعا فخذ قبضة من البذر و استقبل القبلة و قل «أ فرأيتم ما تحرثون ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون» ثلاث مرّات ثمّ تقول بل اللّه الزارع ثلاث مرّات ثم قل «اللّهمّ اجعله حبّا مباركا و ارزقنا فيه السلامة» ثمّ انثر القبضة الّتي في يدك في القراح. و في خبر آخر لمّا هبط آدم عليه السّلام إلى الأرض احتاج إلى الطعام و الشراب فشكى ذلك إلى جبرئيل فقال له جبرئيل يا آدم كن حراثا فقال عليه السّلام فعلّمني دعاء قال قل: اللّهمّ اكفني مؤنة الدّنيا و كلّ هول دون الجنّة و ألبسني العافية حتّى تهنئني المعيشة.

(تم كتاب المزارعة)

ـــــــــــــــــ

ظاهر المجلسي (قدّس سرّه) في تفسير الحديث، هذا مع عدم ظهور لا ينبغي في البطلان أو التحريم، و لعل المراد من قوله عليه السّلام: لا يسمّى، انه لغو).

الثامنة: قبل ظهور: لا ينبغي ترك الاحتياط، نعم يصح مع الضميمة (و جزم بعضهم كالحكيم و النجفي (قدّس سرّهما) بالصحة اذا علم بوجوده بعدا، لكن يمكن الاشكال في اطلاق ادلة الصلح يشمل المعدوم و ان كان لا يبعد نظرا الى كونه عقلائيا مرسوما، و ان كان لا يخلو عن نوع تعليق فيصالح على ما سيتحقق كبيع ما سيولد لكن لا دليل على بطلان التعليق في جميع العقود و مطلقا).

التاسعة: الحاصل مشتركا: و مبدء المزارعة في الحقيقة بعد السنتين.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۱

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب المساقات)

و هي معاملة على اصول ثابتة بحصّة من ثمرها و لا إشكال في مشروعيّتها في الجملة و يدلّ عليها مضافا إلى العمومات خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد اللّه عليه السّلام سئلته عن الرّجل يعطي الرجل أرضه و فيها رمّان أو نخل أو فاكهة و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج قال عليه السّلام لا بأس و جملة من أخبار خيبر منها صحيح الحلبيّ قال أخبرني أبو عبد اللّه عليه السّلام أنّ أباه حدّثه أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أعطى خيبرا بالنصف أرضها و نخلها فلمّا أدركت الثمرة بعث عبد اللّه بن رواحة الخ هذا مع أنّها من

ـــــــــــــــــ

كتاب المساقات

معاملة على اصول: بل على الخدمة للاصول بالحصة من ثمرتها لازمها تسلط العامل على الارض طريقا الى السلطنة على الاصول للاصلاح، و تسلط المالك على العامل يستحق اجباره على العمل، كما يستحق العامل اجبار المالك على تسليم الارض و الاصول.

العمومات: (مثل: «اوفوا بالعقود» قال الخوئي (قدّس سرّه): لا يشمله العمومات لأنها تمليك المعدوم و لذا لا يقول فقيه به في غير المزارعة و المساقاة و المضاربة فلا بد من التماس دليل خاص و إلاّ فيشمله دليل حرمة الأكل بالباطل لاستثناء التجارة عن تراض فقط، و فيه: ان المراد من تجارة عن تراض ليس خصوص التجارة بمعنى البيع الاصطلاحي بل كل معاملة عن تراض لا يكون في العرف باطلا و إلاّ يلزم تخصيص الاكثر. ثم ان تمليك المعدوم ان كان مورد العقد ابتداء و لم يكن موجودا فيما بعد ايضا بطريق عقلائي فهو كما قال لكن التمليك بأزاء العمل و فيما يكون موجودا بطريق عقلائي لا نسلم بطلانه، و مثل هذا التعليق لا نسلم بطلانه، و الاجماع انما هو في محله من البيع و نحوه، ثم انه عقلائي غير مردوع عنه و هو يكفي في الامضاء بلا احتياج الى الدليل الخاص).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۲

المعاملات العقلائيّة و لم يرد نهي عنها و لا غرر فيها حتّى يشملها النهي عن الغرر و يشترط فيها امور.

الأوّل: الايجاب و القبول و يكفي فيهما كلّ لفظ دالّ على المعنى المذكور ماضيا كان أو مضارعا أو أمرا بل الجملة الاسميّة مع قصد الانشاء بأيّ لغة كانت و يكفي القبول الفعليّ بعد الايجاب القوليّ كما أنه يكفي المعاطاة. الثاني: البلوغ و العقل و الاختيار. الثالث: عدم الحجر لسفه أو فلس. الرابع: كون الاصول مملوكة عينا و منفعة أو منفعة فقط أو كونه نافذ التصرّف فيها لولاية أو وكالة أو تولية. الخامس: كونها معيّنة عندهما معلومة لديهما. السادس: كونها ثابتة مغروسة فلا تصحّ في الوديّ أي الفسيل قبل الغرس.

و لا غرر فيها: فان الغرر فيما لا طريق عقلائي للاحراز و هنا ليس كذلك بخلاف مثل المنابذة مع ان هذه المعاملة صحيحة بالدليل الخاص ايضا فلا يرفعها دليل الغرر لو سلّم (و أما ما قال الاستاذ و بعض آخر من اعتبارها و لو كان غرريا ففيه ايهام الصحة و لو فرض غرر خاص فيها كعدم معلومية نوع العمل و الأصل اصلا و لا يخفى عدم الصحة حينئذ كما ان ما ذكرناه سابقا في بعض تعاليقنا على العروة و قاله آقا ضياء (قدّس سرّه) ايضا من ان النهي عن الغرر انما هو فيما لم يكن الغرر في قوامه ...

ايضا مخدوش لعدم تسلم كون الغرر في قوامه لوجود الطريق العقلائي الى الاحراز و الزائد عنه غير لازم، و الغرر هو الخطر عن جهل كما في بيع المنابذة، و تردد الاستاذ في البيع في مفهوم الغرر لكن الظاهر ما ذكرناه بحسب تعابير الفقهاء و اللغة، و تتبع الموارد في الروايات فانه الخطر المالي عن جهالة أو الجهل الموجب للخطر المالي. و أما ما ذكره بعضهم كالخوئي (قدّس سرّه) من اختصاص الغرر بالبيع ففيه ما مرّ من عموم العلة في النهي عن المنابذة و أمثالها، فراجع ۱۲/ ۱۳ عقد البيع، و فسّر الماتن في مسألة ۱۷ المساقاة بالخطر المالي، و لا ريب ان مراده اذا كان ذلك لأجل الجهل بالعوضين).

أو فلس: لا يضر حجر العامل لفلسه إلاّ ان يشترط عليه مال.

الخامس: ... معينة: اي يشترط التعين الواقعي قبال الكلي، و المعلومية قبال التردد الواقعي او الذهني (و وجه الاشتراط عدم دليل يشمله في الصورة الاولى و عدم الوجود في المردد الواقعي و عدم الاعتبار في المردد الذهني، و أما الادلة العامة فلا تشمل الغرر في مثل ذلك لعدم كون الشجر مثليا في ذلك، لاختلاف الاعمال باختلافها).

الودي: نعم يصح عقلا مستقلا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۳

السابع: تعيين المدّة بالأشهر و السنين و كونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر لأنه معلوم بحسب التخمين و يكفي ذلك في رفع الغرر مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدّمة. الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر و أمّا إذا لم يكن كذلك ففي صحّتها إشكال و إن كان محتاجا إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك. التاسع: أن يكون الحصّة معيّنة مشاعة فلا تصحّ مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف كما لا تصحّ إذا لم تكن مشاعة بأن يجعل لأحدهما مقدارا معيّنا و البقية للآخر نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجارا معلومة و للآخر اخرى بل و كذا لو اشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة و الاشتراك في البقيّة أو اشترط لأحدهما مقدار معيّن مع الاشتراك في البقية إذا علم كون الثمر أزيد من ذلك المقدار و أنّه تبقى بقيّة. العاشر: تعيين ما على المالك من الامور و ما على العامل من الأعمال

إذا لم يكن هناك انصراف.

المسألة ١: لا إشكال في صحّة المساقاة قبل ظهور الثمر كما لا خلاف في عدم صحّتها بعد البلوغ و الادراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ و الاقتطاف و اختلفوا في صحّتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ و الأقوى كما أشرنا إليه صحّتها سواء كان العمل ممّا يوجب الاستزادة أو لا خصوصا إذا كان في جملتها بعض الأشجار الّتي بعد لم يظهر ثمرها.

ـــــــــــــــــــ

من غير ذكر الاشهر: اذا كانت المدة معلومة بحسب العادة، و لا يبعد الصحة ايضا اذا كانت المعاملة على الدوام كما هو الشائع، و لعل خيبر كان كذلك مع الخيار له صلّى اللّه عليه و آله و سلّم.

في رفع الغرر: (لا وجه لحاشية النجفي (قدّس سرّه) بعد لزوم مراعاة الغرر في هذه المعاملة كما أوضحنا).

اشكال: و يصح عقدا مستقلا أو اجارة.

التاسع: نعم لا يبعد: فيه و فيما بعده اشكال إلاّ اذا اريد بذلك افراز الحصة المشاعة في تلك الاشجار أو ذلك المقدار، و أما تعيين سهم المزارعة من الاول في ذلك ففيه اشكال، نعم يصح بعنوان عقد مستقل لا المساقاة ثم انه كان من اللازم ذكر شرط آخر و هو العلم بمقدار الاشجار و نوعها مما يوجب جهله غررا كما هو الغالب كمقدار الارض و نوعها بحسب تيسر المزارعة.

المسألة ١: أولا: ان احتاجت و لو بقدرها المعتد به الى السقي مثلا ان وقعت المزارعة على المجموع.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۴

المسألة ٢: الأقوى جواز المساقات على الأشجار الّتي لا ثمر لها و إنّما ينتفع بورقها كالتوت و الحنّاء و نحوهما.

المسألة ٣: لا يجوز عندهم المساقاة على اصول غير ثابتة كالبطّيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكّر و نحوها و إن تعدّدت اللّقطات فيها كالأوّلين و لكن لا يبعد الجواز للعمومات و إن لم يكن من المساقاة المصطلحة بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك فانّ مقتضى العمومات الصحّة بعد كونه من المعاملات العقلائيّة و لا يكون من المعاملات الغرريّة عندهم غاية الأمر أنّها ليست من المساقاة المصطلحة.

المسألة ٤: لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي لاستغنائها بماء السماء أو لمصّ اصولها من رطوبات الأرض و إن احتاجت إلى أعمال اخر و لا يضرّ عدم صدق المساقاة حينئذ فانّ هذه اللّفظة لم يرد في خبر من الأخبار و إنّما هي من اصطلاح العلماء و هذا التعبير منهم مبنيّ على الغالب و لذا قلنا بالصحّة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقي و إن ضويق نقول بصحّتها و إن لم تكن من المساقاة المصطلحة.

ـــــــــــــــــــ

المسألة ٢: جواز: (و هو الاقوى خلافا للخوئي و البروجردي (قدّس سرّهما) و بعض آخر نظرا الى عدم دليل خاص في المقام و ظهور صحيح يعقوب بن شعيب ٢/ ٩ المساقاة و روايات خيبر في الاشجار المثمرة و فيه تنقيح المناط عرفا من الدليل اللفظي و العلم بعدم الفرق، كما ان هذه الادلة الخاصة تريد امضاء ما عليه العقلاء و لا فرق عندهم).

المسألة ٣: لكن لا يبعد الجواز: و هو الاقوى، و كذا في مطلق الزرع و هي مساقاة (خلافا لأكثر المحشين و وفاقا للبهبهاني، فان المساقاة العقلائية عامة بلا فرق و الضرورة قائمة على ذلك و ان لا تشمله الأدلة الخاصة، و قد مرّ عدم

كون هذه المعاملة خلاف القاعدة بعد كونها عقلائية معتبرة فهي على خلاف وضع البيع لا على خلاف القاعدة).
المسألة ٤: الى اعمال اخر: اي تحتاج حتما لازدياد الثمرة أو فعلية متمريتها و إلاّ فقد مر الاشكال في القرار على صرف الحفظ و القطوف و نحوهما.
لم يرد: ورد في صحيح يعقوب بن شعيب ٢/ ٩ المساقات و بعض روايات العامة، لكنه وارد مورد الغالب مع خلو روايات خيبر عنه (و يرد على الخوئي (قدّس سرّه) القائل بالجواز هنا انه اذا كان بناء هذه المعاملة على الدليل الخاص لابناء العقلاء و الامضاء فانه حينئذ لا بد من البناء على قانون الاطلاق و التقييد و لا اقل من احتمال ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۵

المسألة ٥: يجوز المساقاة على فسلان مغروسة و إن لم تكن مثمرة إلاّ بعد سنين بشرط تعيين مدّة تصير مثمرة فيها و لو بعد خمس سنين أو أزيد.
المسألة ٦: قد مرّ أنه لا تصحّ المساقاة على وديّ غير مغروس لكنّ الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الأشجار المغروسة بأن يشترط على العامل غرسة في البستان المشتمل على النخيل و الأشجار و دخوله في المعاملة بعد أن يصير مثمرا بل مقتضى العمومات صحّة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدّة تصير مثمرة و إن لم تكن من المساقاة المصطلحة.
المسألة ٧: المساقاة لازمة لا تبطل إلاّ بالتقايل أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلّف بعض الشروط أو بعروض مانع عامّ موجب للبطلان أو نحو ذلك.
المسألة ٨: لا تبطل بموت أحد الطرفين فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه و مع موت العامل يقوم مقامه وارثه لكن لا يجبر على العمل فان اختار العمل بنفسه أو بالاستيجار فله و إلاّ فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره إلى بلوغ الثمر ثمّ يقسم بينه و بين المالك نعم لو كانت المساقاة مقيّدة بمباشرة

المسألة ٥: إلاّ بعد سنين: (كما في ١ و ٢/ ١١ المزارعة، و الظاهر عدم قدح طول المدة و لو غير المتعارف اذا كان محتاجا اليه لحصول الثمرة بعد كون هذه المعاملة عقلائية غير تعبديّة خلافا للاستاذ في الاشكال في المقام).
المسألة ٦: بأن يشترط: الاشتراط يوجب التكليف فقط فيجب على العامل غرسه لكنه اذا لم يفعل ذلك فلا يستلزم إلاّ الخيار للمشترط، و حينئذ فلا يمكن دخوله في المعاملة إلاّ بنحو التعليق على وفاء العامل بالشرط ثم لا يلزم الاثمار الفعلي في الدخول في المعاملة على ما هو ظاهر عبارته (قدّس سرّه) كما ان صرف كون هذا الودي في ضمن الاشجار المغروسة على ما يظهر من الماتن غير مفيد، فلا وجه لقيد ادخاله في المعاملة على المغروسات إلاّ ان يعدّ من متممات تعمير المغروسات.
صحة المعاملة: (اذا لم تكن غررية كما هو الشائع للعلم بالامور المعتد بها في هذه المعاملة عند العقلاء، و أما اشتمالها على تمليك المعدوم فقد مر ما فيه، فلا وجه ظاهرا لاشكال الاستاذ و الخوئي و ... و احتاط السيد جمال (قدّس سرّه) بإيقاعه بصيغة الصلح).
المسألة ٨: لا يجبر على العمل: سقوط حق الاجبار مع بقاء حق الحصة مشكل (وفاقا للخونساري (قدّس سرّه) فان الارث لا يتقسط فيما له و عليه فيما كان من قضاء المعاوضة و ان اشتهر ان الوارث يقوم مقام المورث فيما له لا عليه

لكنه بلا وجه فيما كان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۶

العامل تبطل بموته و لو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد فالمالك مخيّر بين الفسخ لتخلّف الشرط و إسقاط حقّ الشرط و الرضا باستيجار من يباشر.

المسألة ٩: ذكروا أنّ مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك و ضابط الاولى ما يتكرّر كلّ سنة و ظابط الثانية ما لا يتكرّر نوعا و إن عرض له التكرّر في بعض الأحوال فمن الأوّل إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه و ما يتوقّف عليه من الآلات و تنقية الأنهار و السقي و مقدّماته كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و استقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه و إزالة الحشيس المضرّة و تهذيب جرائد النخل و الكرم و التلقيح و اللقاط و التشميس و إصلاح موضعه و حفظ الثمرة إلى وقت القسمة و من الثاني حفر الآبار و الأنهار و بناء الحائط و الدولاب و الدالية و نحو ذلك ممّا لا يتكرّر نوعا و اختلفوا في بعض الامور أنّه على المالك أو العامل مثل البقر الّذي يدير الدولاب و الكش للتلقيح و بناء الثلم و وضع الشوك على الجدران و غير ذلك و لا دليل على شيء من الضابطين فالأقوى أنّه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو المتّبع و إلّا فلا بدّ من ذكر ما يكون على كلّ منهما رفعا للغرر و مع الاطلاق و عدم الغرر يكون عليهما معا لأنّ المال مشترك بينهما فيكون ما يتوقّف عليه تحصيله عليهما.

المسألة ١٠: لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان لأنه خلاف وضع المساقاة نعم لو أبقى العامل شيئا من العمل عليه و اشترط كون الباقي على المالك فان كان ممّا يوجب زيادة الثمرة فلا إشكال في صحّته و إن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضا منه و إلّا كما في الحفظ و نحوه ففي صحّته قولان أقواهما الأوّل و كذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد

ــــــــــــــــــــــــــ

من بقايا المعاوضة و ان اشتهر).

المسألة ٩: من الضابطين: و لعل الاولى في الضابطة ان كل ما يتدخل بالمباشرة في اصلاح امر الثمرة زيادة أو استكمالا فهو على العامل، و ما يرتبط باعداد المقدمات فعلى المالك و لعلها المراد مما ذكر، و كيف كان فالتعارف هو الاصل.

لأن المال مشترك: صرف الاشتراك لا يقتضي وجوب العمل، و لعل المراد التعهد و الالتزام الحاصلان بسبب العقد لكن التعهد ايضا يقتضي لزوم العمل بقدره و قدر التعهد هنا مشكوك فالظاهر بطلان المعاملة للغرر مع الجهل.

المسألة ١٠: يوجب زيادة الثمرة: أو الاستكمال الكيفي.

اقويهما الاول: بعنوان الصلح أو عقد مستقل آخر و إلّا فشمول ادلة المساقاة لمثله

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۷

بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل إلّا مثل الحفظ و نحوه و إن كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه كما مرّ.

المسألة ١١: إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال فان لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل و إن لم يمكن فله الفسخ و إن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلّف الشرط و هل له أن لا يفسخ و يطالبه باجرة العمل بالنسبة

إلى حصّته بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ و بين المطالبة بالاجرة وجهان بل قولان أقواهما ذلك و دعوى أنّ الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل و إجباره عليه و التسلّط على الخيار بعدم الوفاء به مدفوعة بالمنع من عدم إفادته التمليك و كونه قيدا في المعاملة لا جزءا من العوض يقابل بالمال لا ينافي إفادته لملكيّة من له الشرط إذا كان عملا من الأعمال على من عليه و المسألة سيّالة في ساير العقود فلو شرط في عقد البيع على المشتري مثلا خياطة ثوب في وقت معيّن وفات الوقت فللبايع الفسخ أو المطالبة باجرة الخياطة و هكذا.

المسألة ١٢: لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صحّ أمّا لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك و قد مرّ عدم الخلاف في بطلانه

ممنوع، و كذا الفرع بعده (وفاقا للأكثر، و الوجه واضح بالنظر في الادلة فانها وردت لتنمية الزرع و الشجر، و الخوئي (قدّس سرّه) منع بعنوان عقد مستقل ايضا، و مرّ ما فيه سيما اذا كان بعنوان الصلح).

المسألة ١١: و ان لم يمكن: بل و ان امكن فله الخيار بين الاجبار و الفسخ بل و الاستيجار من مال العامل باذن الحاكم (و الوجه واضح، لعدم دليل على تعليق الفسخ على عدم امكان الجبر فان دليله تعليق الالتزام من المالك على التزام العامل بحكم القرار فاذا لم يعمل فله ذلك. و لو كان دليل الفسخ نفي الضرر كما هو ظاهر اقا ضياء (قدّس سرّه) فدفعه ايضا يمكن بالجبر و الفسخ و الاستيجار).

اقويهما ذلك: اذا كان ذلك الشرط توضيح ملتزمات العقد كما هو الظاهر في المساقاة و الاّ فالشرط الخارج عن قوام العقد لا يفيد ضمانا ماليا كما مرّ (وفاقا للآقا ضياء (قدّس سرّه) و الحكيم في بدء كلامه، لكن استشكل بأن الاعمال الذمية غير مضمونة و لذا لم يحكم بضمان الأجير بقيمة العمل اذا لم يأت بالعمل عمدا أو غدرا، و فيه ما مرّ من عدم دليل على هذا المطلب المشهور).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵٨

لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة و لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاصّ بالعامل فلا ينبغي الاشكال في صحّته و إن كان ربما يقال بالبطلان بدعوى أنّ عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنّه صار مساقيا بلا عمل منه و لا يخفى ما فيها و لو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنّه هو العامل ففي صحّته وجهان لا يبعد الأوّل لأنّ الغلام حينئذ كأنه نايب عنه في العمل باذن المالك و إن كان لا يخلو عن إشكال مع ذلك و لازم القول بالصحّة الصحّة في صورة اشتراط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل.

المسألة ١٣: لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها و يكون عليه الاجرة و يجوز أن يشترط كون اجرة بعض الأعمال على المالك و القول بالمنع لا وجه له و كذا يجوز أن يشترط كون الاجرة عليهما معا في ذمّتهما أو الأداء من الثمر و أمّا لو شرط على المالك أن يكون اجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر ففي صحّته وجهان. أحدهما: الجواز لأنّ التصدّي لإستعمال الاجراء نوع من العمل و قد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس و أمانتهم و عدمها و المالك ليس له معرفة بذلك و الثاني:

المنع لأنّه خلاف وضع المساقات و الأقوى الأوّل هذا و لو شرطا كون الاجرة حصّة مشاعة من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الاجارة فهي باطلة.

المسألة ۱۳: لا يبعد الاول: و لا اشكال فيه ظاهرا، كما لا اشكال اذا استأجر المالك أو غلامه لذلك و التبرع مثله لعدم قيد المباشرة فيجوز تبرع الغير و يصح اشتراط ذلك مالكا كان أو غلامه أو الاجنبي.

أو الأداء من الثمر: ان كانت الاجرة معلومة قدرا و كان الثمر اداء لما في الذمة، و أما كون الثمر غير الموجود اجرة ففي قرار الاجارة به اشكال، (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) في المنع، لكنه منع لأمر سار هو ممنوعية تمليك المعدوم و نحن للغرر في مثله في الاجارة لعدم تعين خصوصيات الثمرة قبل الظهور صحة و معيبا و غير ذلك مع الغرر الوجودي ايضا بتعبير الآقا ضياء (قدّس سرّه) يريد بذلك عدم العلم بوجود ذلك فتأمل لإمكان الطريق العقلائي بحسب المتعارف).

و الاقوى الاول: عقدا مستقلا بل لا يبعد كونه مساقاة ايضا (اما الاستقلال فلعدم اشكال في شمول العمومات سوى قول الخوئي (قدّس سرّه) بمنع جواز تمليك المعدوم و قد مرّ ما فيه. و أما المساقاة فلاستظهار الاعم من التسبيب و المباشرة من قوله:

«اسق و لك ...» و سائر التعابير، و قال آقا ضياء (قدّس سرّه): مع الجزم بعدم منافاة ذلك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۵۹

المسألة ١٤: إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد و كان جميعه للمالك و حينئذ فان شرطا انفراد العامل به استحقّ اجرة المثل لعمله و إن شرطا انفراد المالك به لم يستحقّ العامل شيئا لأنه حينئذ متبرّع بعمله.

المسألة ١٥: إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمّان و نحوها من أنواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كلّ واحد فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما و إن لم يعلم عدد كلّ نوع إلاّ إذا كان الجهل بها موجبا للغرر.

المسألة ١٦: يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من النوع الآخر كأن يجعل النخل بالنصف و الكرم بالثلث و الرمّان بالربع مثلا و هكذا و اشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كلّ نوع و لكن الفرق بين هذه و صورة اتّحاد الحصّة في الجميع غير واضح و الأقوى الصحّة مع عدم الغرر في

لحقيقة المساقاة و إلاّ فشمول ادلّتها مشكلة، و الظاهر ما ذكرنا من شمول الدليل، كما ان ادلة المساقاة امضاء ما عليه العقلاء و في العقلاء مثل هذه المعاملة شائعة بعنوان المساقاة اي بلا فرق بينه و سائر الموارد فعدم الردع بصرفه امضاء، و ارتضى الحكيم (قدّس سرّه) ذلك لكنه لم يذكر انه حينئذ مساقاة. و خلافا للاكثر).

المسألة ١٤: استحق: (لظهور العمل حينئذ في عدم التبرع).

متبرع: إلاّ اذا فرض العلم بتقيد التبرع بعنوان المساقاة و ان هذا العنوان مؤثر في التبرع. (و لم أر من تعرض سوى الآقا ضياء (قدّس سرّه) فتنظر فيه، و أما قاعدة ما يضمن ... الخ، فهي بكليتها لا دليل عليها. و قال الخوئي: الضمان لا علة له سوى العقد أو الأمر و لا شيء منهما في المقام، و فيه: ان الالتزام التوهمي العقدي جعل المورد بحكم الأمر).

المسألة ١٥: للغرر: لاختلاف قيمها جدا مثلا (و قول الحكيم و الخوئي و النجفي (قدّس سرّهم) بعدم اشكال الغرر إلاّ

في البيع فيه ما مر من عموم الدليل لعموم العلة، و أما ابتناء المساقاة على الغرر فهو ايضا ممنوع للعلم بوجود الثمرة بطريق عقلائي و ان تخلف احيانا كسائر العلوم في الموارد، هذا في الغرر الوجودي و أما التوصيفي فثمرة الشجرة معلومة بخلاف ما اذا لم يعلم بنوع الثمرة اصلا. و قال آقا ضياء: «اذا كان الغرر زائدا عن متعارف المساقاة»، و لا يخفى وضوح الأمر بل لا غرر في متعارفه).

المسألة ١٦: الصحة مع عدم الغرر: لكن الظاهر وجود الغرر مع عدم العلم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۰

الموضعين و البطلان معه فيهما.

المسألة ١٧: لو ساقاه بالنصف مثلا إن سقي بالناضح و بالثلث إن سقي بالسيح ففي صحّته قولان أقواهما الصحّة لعدم إضرار مثل هذه الجهالة لعدم إيجابهما الغرر مع أنّ بنائها على تحمّله خصوصا على القول بصحّة مثله في الاجارة كما إذا قال إن خطت روميّا فبدرهمين و إن خطت فارسيا فبدرهم.

المسألة ١٨: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضّة أو غيرهما مضافا إلى الحصّة من الفائدة و المشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضّة و مستندهم في الكراهة غير واضح كما أنه لم يتّضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضا و كذا اختصاصها بالذهب و الفضة أو جريانها في مطلق الضميمة و الأمر سهل.

المسألة ١٩: في صورة اشتراط شيء من الذهب و الفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة

بالمقدار في كلتا الصورتين (بلا فرق بينهما، و ما في غير واحد من الشروح و الحواشي من الفرق بأن في المورد عدم علم المقدار يوجب الجهل بالحصة من كل الثمرة بخلاف تلك الصورة، فيه: عدم كونه فارقا بعد وجود الغرر من ناحية اخرى و هو جهله بأن هذا القدر من الزحمة كم مقدار من الثمرة تصل اليه و هذا امر مهم فان الزحمة قد لا تختلف كثيرا بين القليل و الكثير كمأة شجرة أو مأتين و قد تختلف. و الظاهر جريان ذلك في المزارعة ايضا مع عدم ذكره في شروطها).

المسألة ١٧: اقويهما الصحة: (وفاقا لبعضهم لعدم الغرر بعد ارجاع التعيين الى العامل، و فرّق بعضهم كالبروجردي و النجفي ... بين المقام فردّوه و بين الاجارة فصححوها في المسألة ١١ من فصل ١، و فرق المتن بابطال الاجارة و صحة المقام، و الظاهر عدم الفرق، و الابهام هنا موقت يرتفع بعمل العامل و الجهل لو كان بنفسه مضرا لزم ذلك في الاجارة ايضا مع انه لا دليل على ذلك بنفسه، و كأن الفارق بنظرهم كون هذه المعاملة على خلاف القاعدة فيقتصر على متيقن الدليل، و فيه ما مرّ من كونها معاملة عقلائية كالاجارة و مثل المقام شائع في كليهما).

المسألة ١٨: مستندهم: (نقل الاجماع و أما الاختصاص فللأخذ بمتيقنه).

المسألة ١٩: اذا تلف بعض الثمرة: و لم يتعرض (قدّس سرّه) لما لم يخرج بعض الثمرة فان كان غير معتد به كشجرة في بستان كبير فلا يضر بالعقد و لا بالشرط و ان كان معتدا به كنصف الاشجار فينحل المساقاة بالنسبة على ما يأتي في عدم خروج الثمرة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۱

هل ينقص منهما شيء أو لا وجهان أقواهما العدم فليس قرارهما مشروطا بالسلامة نعم لو تلف الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلا ففي سقوط الضميمة و عدمه أقوال ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط و بين العكس فلا تسقط رابعها الفرق بين صورة عدم الخروج أصلا فتسقط و صورة التلف فلا و الأقوى عدم السقوط مطلقا لكونه شرطا في عقد لازم فيجب الوفاء به و دعوى أنّ عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحّة المعاملة من الأوّل لعدم ما يكون مقابلا للعمل أمّا في صورة كون الضميمة للمالك فواضح و أمّا مع كونها للعامل فلأنّ الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل و الضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيّة فتكون المعاملة باطلة من الأوّل و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط مدفوعة مضافا إلى عدم تماميّته بالنسبة إلى صورة التلف لحصول العوض بظهور الثمرة و ملكيّتها و إن تلف بعد ذلك بأنّا نمنع كون المساقاة معاوضة بين حصّة من الفائدة و العمل بل حقيقتها تسليط

رأسا، و الشرط يسقط على الأظهر بالكل ان كان ظاهرا في الارتباط بالكل كما هو المتعارف سيما فيما لا يمكن التقسيط كشرط صوم يوم واحد أو حجة الاسلام تمتعا.

اقويهما العدم: (سيما في التلف المتسامح فيه، سيما و أنّ التلف بعد حصول الملكية لهما و تحقق المساقاة عملا).

عدم السقوط مطلقا: بل الأظهر السقوط فيما لم يخرج اصلا أو خرج فتلف و لكن كان الشرط ظاهرا في التقيد بسلامة جميع الثمرة الى التقسيم و كذلك حكم عدم خروج القدر المعتد به من الثمرة اذا كان الشرط ظاهرا في التقيد بالسلامة. (بلا فرق بين المالك و العامل، و الفارق بينها كالگلپايگاني و النجفي (قدّس سرّهما) نظرا الى ظهور ذلك التقيد في الشرط على العامل لكن الظاهر امكان ذلك في المالك ايضا، كما ان الاستاذ ايضا في كلامه نظر لامكان السقوط في التلف ايضا كما ذكرنا).

كون المساقاة معاوضة: لا اشكال في كون الثمرة ركنا في المساقاة و ليست صرف التسليط بل هو من لوازمها لكن الثمرة بوجودها الرّجائي لا الواقعي فليست كسائر المعاوضات فالعمل في قبال الثمرة المرجوّة لا الواقعة. و أما تعبير الرواية: اسق ... و لك نصف، و نحو ذلك فالمراد ما ذكرنا لعدم تيقن الحصة إلاّ بنحو الاطمينان العرفي، لكن لا يرتبط ذلك بحكم المسألة فان الشرط ظاهر في صورة خروج الثمرة بل و سلامتها كما مرّ فالأقوى- كما مرّ- سقوط الشرط إلاّ مع تصريح المتشارطين.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۲

من المالك للعامل على الأصول للاستنماء له و للمالك و يكفيه احتمال الثمر و كونها في معرض ذلك و لذا لا يستحقّ العامل اجرة عمله إذا لم يخرج أو خرج و تلف بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضمّ الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الأوّل و احترام عمل المسلم فهي نظير المضاربة حيث إنّها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له و للعامل و كونها جايزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق كما أنّ ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بأنّ في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة الّتي يراد منها الحصّة من الربح الّذي قد يحصل و قد لا يحصل و أمّا المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة و لا يكفي احتمال مجرّد، دعوى لا بيّنة لها و دعوى أنّ من المعلوم أنه لو علم من أوّل الأمر عدم خروج الثمر لا يصحّ المساقاة و لازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثمّ انكشف بعد ذلك مدفوعة

بأنّ الوجه في عدم الصحّة كون المعاملة سفهيّة مع العلم بعدم الخروج من الأوّل بخلاف المفروض فالأقوى ما ذكرنا من الصحّة و لزوم الوفاء بالشرط و هو تسليم الضميمة و إن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة نعم لو تبيّن عدم قابلية الاصول للثمر إمّا ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك كشف عن بطلان المعاملة من الأوّل و معه يمكن استحقاق العامل للاجرة إذا كان جاهلا بالحال.

المسألة ٢٠: لو جعل المالك للعامل مع الحصّة من الفائدة ملك حصّة من الاصول مشاعا أو مفروزا ففي صحّته مطلقا أو عدمها كذلك أو التفصيل بين أن يكون ذلك بنحو الشرط فيصحّ أو على وجه الجزئيّة فلا أقوال و الأقوى الأوّل للعمومات و دعوى أنّ ذلك على خلاف وضع المساقات كما ترى

اجرة عمله: عدم استحقاقه انما هو لاقدامه على عدم شيء له سوى الحصة على فرض الخروج (و قال الگلپايگاني و النجفي و ... (قدّس سرّهم) بالاستحقاق اذا كان بأمر المالك او استدعائه و لو بعنوان العمل بالعقد، و فيه: ان امره بالعمل بالعقد لازم نفس التعهد و من حقوق المالك فلا يوجب استحقاق الاجرة مع اقدام العامل على التعهد و هدم كل نصيب سوى الحصة).

سفهيّة: مرّ عدم ابطال ذلك بل معاملة الشخص السفيه باطلة، و وجه بطلان الفرع فوات ركن المساقاة و هو الثمرة المرجوّة.

جاهلا بالحال: و كان المالك عالما بالحال بحيث صدق الغرور. (و خالف الخوئي (قدّس سرّه) في قاعدة الغرور و قد مر ما فيه).

المسألة ٢٠: الاقوى الاول للعمومات: ظاهر كلامه عدم صحته مساقاة فلا يناسب قوله كما ترى. و الأظهر صحته مساقاة ايضا بلا فرق بين الشرط و الجزء و ان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۳

كدعوى أنّ مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك إذ هو أوّل الدعوى و القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه فيه أنّه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة كما في المقام حيث إنّ تلك الاصول و ان لم تكن للمالك الشارط الاّ أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصة من نمائها و دعوى أنه إذا كانت تلك الاصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعيّة نمائها لها مدفوعة بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملّك حصّة من نماء الجميع نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامه كان كذلك لكن عليه تكون تلك الاصول بمنزلة المستثنى من العمل فيكون العمل فيما عداها ممّا هو للمالك بأزاء الحصّة من نمائه مع نفس تلك الاصول.

المسألة ٢١: إذا تبين في أثناء المدّة عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقي قولان أقواهما العدم.

كان الأحوط جعله شرطا (وفاقا للاستاذ لما مرّ منا من كون ادلة المساقاة منزلة على المساقاة المتعارفة الداعية اليها الضرورة العرفية فاذا كانت مساقاة عرفا و عدم مخالفة ذلك لمقتضاها كانت مساقاة شرعا لعدم الردع. ثم الظاهر عدم المخالفة لمقتضاها عرفا اي عدم المخالفة محرز فلا وقع لحاشية الآقا ضياء (قدّس سرّه) من «عدم كفاية عدم احراز المخالفة بل لا بد من احراز عدم المخالفة» لكون العمل فعلا في ملك المالك و بعد ظهور الثمرة مراعى و بعد تمام

العمل يصير ملك العامل).

اول الدعوى: و يكفي عدم الخروج عن ملكه قبل عقد المساقاة و كونه مراعى با تمام العمل. (لما ذكرنا من العرفية، و ما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) من عدم اعتبار ملكية المنفعة لمالك العين بسبب آخر غير التبعية للعين فلا محل للمساقاة حينئذ فيه عدم تسلّم ضابطة في ذلك كما مرّ في الاجارة).

للشارط فيه غرض: مع ان ملكية العامل غير محققة قبل ظهور الثمرة و غير مستقرة قبل اتمام العمل. (و قد اتضح عدم الفرق بين الجزء و الشرط خلافا للخوئي و النجفي (قدّس سرّهما)).

المسألة ۲۱: اقويهما العدم: لكن يتوجه عليه (قدّس سرّه) الاشكال في قوله في المسألة التاسعة عشر ببقاء المساقاة (و قدّمنا ان المساقاة معاملة على الخدمة بالحصة من الثمرة المرجوّة فاذا لم تكن مرجوة لم تكن مساقاة عرفا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۴

المسألة ۲۲: يجوز أن يستأجر المالك أجيرا للعمل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصّة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور و بدوّ الصلاح بل و كذا قبل البدوّ بل قبل الظهور أيضا إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين و أمّا قبل الظهور عاما واحدا بلا ضميمة فالظاهر عدم جوازه لا لعدم معقوليّة تمليك ما ليس بموجود لأنّا نمنع عدم المعقوليّة بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبليّ و لذا يصحّ مع الضميمة أو عامين حيث إنّهم اتّفقوا عليه في بيع الثمار و صرّح به جماعة ههنا بل لظهور اتّفاقهم على عدم الجواز

ـــــــــــــــــــــــــ

المسألة ۲۲: قبل الظهور ايضا: فيه اشكال، و الأحوط تركه و لو مع الضميمة أو عامين (لظهور الاتفاق في الاجارة و لو فرض الصحة في البيع أو حصل اتفاق عليها فيه و ان كان ادلتهم مختلفة، لكن الظاهر ان الدليل بعد ثبوت الحكم، و حيث ان هذا استظهار غير لفظي و غير متيقن قلنا الأحوط. و لو لا ظهور الاتفاق لم يكن اشكال آخر من تمليك المعدوم كما مرّ سابقا وفاقا للماتن (قدّس سرّه) خلافا للخوئي و الگلپايگاني و ... (قدّس سرّهم) أو من جهة الغرر وجوديا أو مقداريا للعلم الاطميناني بالوجود و المقدار، و لا فرق في ذلك بين قبل الظهور و قبل البدو و بعد البدو قبل اوان القطع لأن مال الاجارة ليس وضع الثمرة الموجودة للزوم الصبر الى اوان القطع فانه بمنزلة الشرط في ضمن العقد مبنيا عليه العقد بحسب بناء العرف و العجب من الاستاذ و بعض آخر حيث اشترطوا القطع مع انه ليس سوى الاضرار و الاسراف و قدر المال معلوم بالطريق العقلائي من الحدس المتاخم للعلم كما في سائر موارد اصالة السلامة و لا دليل على ازيد من ذلك في نفي الغرر و معلومية المال، و هذا بخلاف موارد الغرر المذكورة في الرواية كالمنابذة لعدم طريق عقلائي في وقوع هذا الحجر على ايّ من الاموال.

و أما عدم فائدة في ضم الضميمة فلأنه لو كان اشكال في تمليك المعدوم فضم الضميمة اذا كان جزء فلا يفيد بالنسبة الى الجزء الآخر و ان كان شرطا فلا يفيد اصلا. و أما ما قال الخوئي تشبيها: المقام نظير جعل الاجارة فيما سيرثه عن ابيه بعد وفاته اي ليس عقلائيا ففيه انه للغرر الوجودي لعدم علم حتى عاديّ ببقاء الابن بعد ابيه لكثرة وفاة الابن قبل الاب و من الشائع عرفا عدم الاعتبار بالعمر).

اتفقوا عليه: في حصول الاتفاق المدعى تأمل (كما قال بعضهم. و أما الاتفاق على عدم الجواز قبل الظهور بلا ضميمة فلعله كذلك و ان تأمل فيه بعض المحشين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۵

كما هو كذلك في بيع الثمار و وجه المنع هناك خصوص الأخبار الدالّة عليه و ظاهرها أنّ وجه المنع الغرر لا عدم معقولية تعلّق الملكية بالمعدوم و لو لا ظهور الاجماع في المقام لقلنا بالجواز مع الاطمينان بالخروج بعد ذلك كما يجوز بيع ما في الذمّة مع عدم كون العين موجودا فعلا عند ذيها بل و إن لم يكن في الخارج أصلا و الحاصل أنّ الوجود الاعتباريّ يكفي في صحّة تعلّق الملكية فكأنّ العين موجودة في عهدة الشجر كما أنّها موجودة في عهدة الشخص.

المسألة ۲۳: كلّ موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك و للعامل اجرة المثل لعمله إلاّ إذا

خصوص الأخبار: لكن يمكن حملها على الارشاد الى نفي الضرر الاحتمالي و لعل ضم الضميمة يشهد لذلك كما في بعض الروايات: يقول: اشترى منك هذه الرطبة و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا فان لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة راجع ابواب بيع الثمرة سيما ۱/ ۳، و إلاّ فالضميمة ان كانت جزء للمبيع فلا تفيد للجزء الآخر و ان كانت شرطا فلا تفيد اصلا. كما ان الاكتفاء في هذه الروايات بظهور ثمر بعض الأشجار و حتى واحدة منها يشهد لعدم كون النهي لأجل عدم معقولية تمليك المعدوم لعدم فائدة في وجود واحدة لتمليك سائر الاشجار. و أما مسألة الغرر فلا بعد في ان يجعل الغرر بمعناه العام وجها لنهي الروايات لا المعنى الخاص المبطل فان المبطل هو الغرر بمعنى الخطر المالي عن جهل عقلائي اي ما ليس له طريق عقلائي علمي بخلاف المقام مما يعتاد بقاء الثمرة. نعم الغرر بمعنى نوع من الشك و الترديد بالنسبة الى الوضع المستقبل موجود و هو الوجه احتمالا في النهي التنزيهي في الروايات.

في عهدة الشجر: اعتبار العهدة للشجر تسامح واضح كما عبّر هو (قدّس سرّه) بكاف التشبيه و لا يحتاج اليها ايضا فان قابلية الشجر للاثمار كاف في اعتبار الوجود الاستقبالي و بناء المعاملة عليها، كما ان كفاية الوجود الاعتباري لتعلق الملكية على الاطلاق محل تأمل و لا حاجة اليه ايضا لامكان تعلق الملكية بالوجود الاستقبالي المحقق بالطريق العقلائي.

المسألة ۲۳: للعامل اجرة المثل: ان لم تكن اكثر من مقدار الحصة و ان لم يكن ثمر فلا شيء له (في مورد تحقق الاثمار للضمان بالحصة فاذا فسد العقد فبمقابله لقاعدة ما يضمن ... الخ، فان المساقاة بالنسبة الى الحصة مشمول ما يضمن ... الخ، و ايضا عمل الشخص محترم اذا كان بأمر من الغير أو برعاية العقد فانه بمنزلة الأمر عند

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۶

كان عالما بالبطلان و مع ذلك أقدم على العمل أو كان الفساد لاجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك حيث إنه بمنزلة المتبرّع في هاتين الصورتين فلا يستحقّ اجرة المثل على الأقوى و إن كان عمله بعنوان- المساقاة.

المسألة ٢٤: يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة كأن يقول ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن اساقيك على هذا الآخر بالثلث و القول بعدم الصحّة لأنه كالبيعين في بيع المنهيّ عنه ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل فإنّ المنهيّ عنه البيع حالا بكذا و مؤجّلا بكذا أو البيع على تقدير كذا بكذا و على تقدير آخر بكذا و المقام نظير أن يقول بعتك

داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا و لا مانع منه لأنه شرط مشروع في ضمن العقد.

المسألة ٢٥: يجوز تعدّد العامل كأن يساقي مع اثنين بالنصف له و النصف لهما مع تعيين عمل كلّ منهما بينهم أو فيما بينهما و تعيين حصّة كلّ منهما و كذا يجوز تعدّد المالك و اتّحاد العامل كما إذا كان البستان مشتركا بين اثنين فقالا لواحد ساقيناك على هذا البستان بكذا و حينئذ فان كانت الحصّة المعيّنة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث مثلا صحّ و إن لم يعلم العامل كيفيّة شركتهما و أنّها بالنصف أو غيره و إن لم يكن سواء كأن يكون في حصّة أحدهما بالنصف و في حصّة الآخر بالثلث مثلا فلا بدّ من عمله بمقدار حصّة كلّ منهما لرفع الغرر و الجهالة في مقدار حصّته من الثمر.

العقلاء. و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): مجرد العمل مبنيا على عقد فاسد لا يوجب الاستحقاق، و كذا قال الخونساري (قدّس سرّه) و فيه: ان ذلك يعد استيفاء عند العقلاء لكون العمل واقعا بانيا على القرار و باحترام قراره مع الغير و لم يكن محض توهم القرار بلا شيء بل قرار انكشف البطلان فانه يعد استيفاء عرفا، و أما فيما لم يكن ثمر فلا شيء له لإقدامه على ذلك. و أما شرط عدم الاكثرية من الحصة فلإقدامه).

عالما بالبطلان: مرّ عدم الفرق فان العلم بالبطلان شرعا لا يوجب قصد التبرع فالعمل مضمون بالاستيفاء.

جميع الفائدة للمالك: إلّا اذا فرض تقيد ذلك بعنوان المساقاة فانه حينئذ غير متبرع مطلقا (وفاقا لصاحب الجواهر (قدّس سرّه) و قد مرّ نظيره فقد يفرض تعمّد العامل الى عنوان المساقاة مع هذا الشخص).

المسألة ٢٤: على ان اساقيك: و يجوز على وجه انشاء مساقاة في مساقاة ايضا (لامكان انشائه بذلك عرفا).

و مؤجلا: أو البيع بالثمنين في اجلين بلا تعيين.

المسألة ٢٥: لرفع الغرر: (و هذا تأييد منه كسائر موارد كلامه على جريان دليل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۷

المسألة ٢٦: إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداء أو في الأثناء فالظاهر أنّ المالك مخيّر بين الفسخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعيّ فيجبره على العمل و إن لم يمكن استأجر من ماله من يعمل عنه أو باجرة مؤجّلة إلى وقت الثمر فيؤدّيها منه أو يستقرض عليه و يستأجر من يعمل عنه و إن تعذّر الرجوع إلى الحاكم أو تعسّر فيقوم بالامور المذكورة عدول المؤمنين بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه أو المقاصّة من ماله أو استيجار المالك عنه ثمّ الرجوع عليه أو نحو ذلك و قد يقال بعدم جواز الفسخ إلّا بعد تعذّر الاجبار و أنّ اللازم كون الاجبار من الحاكم مع إمكانه و هو أحوط و إن كان الأقوى التخيير بين الامور المذكورة هذا إذا لم يكن مقيّدا بالمباشرة و إلّا فيكون مخيرا بين الفسخ و الاجبار و لا يجوز الاستيجار عنه للعمل نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط لا القيد يمكن إسقاط حقّ الشرط و الاستيجار عنه أيضا.

نفي الغرر في المساقاة خلافا لمن يخصه بالبيع كالخوئي (قدّس سرّه) و بعض آخر، كما انه لو لم يجر دليل الغرر ايضا لزم الاشكال ايضا من جهة عدم شمول ادلة نفوذ المساقاة لموارد الجهل فانظر روايات خيبر و صحيح يعقوب بن شعيب، و كذلك بناء العقلاء مختصة، و لا دليل على الشمول).

المسألة ٢٦: اجباره بنفسه: ان لم يمكن بواسطة الحاكم أو عدول المؤمنين و إلاّ ففيه اشكال، و كذا التقاص و استيجار المالك عنه و نحو ذلك (و قال الاستاذ تقدم اجبار الحاكم لا اشكال فيه، فان الحقوق المتنازع فيها لا بد من ارجاعها الى المحاكم الشرعية و إلاّ فيلزم الهرج و هو عقلائي في كل القوانين و يستفاد من المقبولة و المشهورة ايضا).

و هو احوط: لا ينبغي تركه (و ألزمه الگلپايگاني (قدّس سرّه) في الشرح و الآقا ضياء (قدّس سرّه) و ... نظرا الى لزوم الوفاء بالعقود، و فيه: ان الوفاء بالعقد امر من الطرفين فانه لازم القرار لارتباط كل عوض بمعوضه و بالعكس و ليس امرا فردا غير مرتبط بالآخر فاذا كان له ترك العمل لترك الآخر وظيفته يكون بحكم الفسخ و زمان ذلك مضيّ وقت العمل و هذا عقلائي لا يحتاج الى دليل و ليس من الشرط في ضمن العقد بل اقوم من ذلك فانه ركن في معنى القرار).

مقيدا بالمباشرة: (و قال الحكيم و تبعه بعض اهل العصر لا يمكن الشرطية في مقومات العقود بل هو قيد. قال الحكيم: و لو كان شرطا كان شرطا للموضوع فيلزم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۸

المسألة ٢٧: إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة بل لو أتى به من غير قصد التبرّع عنه أيضا كفى بل و لو قصد التبرّع عن المالك كان كذلك أيضا و إن كان لا يخلو عن إشكال فلا يسقط حقّه من الحاصل و كذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال كما إذا حصل السقي بالأمطار و لم يحتج إلى النزح من الآبار خصوصا إذا كانت العادة كذلك و ربما يستشكل بأنه نظير الاستيجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فانّ الأجير لا يستحقّ الاجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه فاللازم في المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل و يجاب بأنّ وضع المساقات و كذا المزارعة على ذلك فانّ المراد حصول الزرع و الثمرة فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل و إن استغنى عنه بفعل اللّه أو بفعل الغير سقط و استحقّ حصّته بخلاف الاجارة فانّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال، و أمّا لو كان على خلافه كما إذا لم يكن عليه إلاّ السقي و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كلّية فاستحقاقه للحصّة مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل.

رعايته و لحاظه مرتين. و هو خلاف المرتكز العرفي و ان امكن عقلا اعتبار مطلقه ثم مقيده. و فيه عرفيّته فيذكر المطلق أو ما هو ظاهر في المقيد فيوضح ثانيا ان المباشرة مثلا مقومة أو شرط. و قال بعض اهل العصر ليس ذلك باختيار الطرفين بل هو امر واقعي، و فيه: ان العقود مبنية على القرار الاعتباري و هو قد يختلف و يتخلف عن الواقع، و الميزان هو الالتزام و القرار لا الواقع و هذا واضح و قد مرّ في بعض المسائل المتقدمة امكان ذلك حتى في العين الشخصية بمعنى تقيد الالتزام بكون العين على وصف معين و إلاّ فلا التزام اصلا).

المسألة ٢٧: ايضا كفى: الظاهر ان المناط في استحقاق العامل حينئذ تهيّؤه للعمل و عدم صرف وقته و امكاناته في غير ذلك بحيث كان المانع تحقق العمل بلا فرق بين جميع العمل و بعضه و بين عدم قصد الاتيان عن العامل أو قصد الاتيان عن المالك، و كذا في تحقق العمل طبيعيا أو اعجازا، فان الحصة في المساقاة و كذا المزارعة على تحقق المعنى الاسم المصدري من العامل أو مع تهيّؤه و في الاجارة على العمل المصدري. نعم، فيما تصدى من الاول شخص آخر بعد العقد و كان المالك و العامل علما ذلك كان بمنزلة الانفساخ و لا يستحق الحصة حينئذ اذا لم يتضرر

بذلك من جهة صرف الوقت و نحوه. (و بما ذكرنا يظهر النظر في الحواشي من الفرق بين البعض و الكل،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۶۹

المسألة ۲۸: إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له و عليه اجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل هذا إذا كان قبل ظهور الثمر و إن كان بعده يكون للعامل حصّته و عليه الاجرة للمالك إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء و إلاّ فله الاجبار على القطع بقدر حصّته إلاّ إذا لم يكن له قيمة أصلا فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور.

المسألة ۲۹: قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه إمّا مطلقا كما لا يبعد أو بعد تعذّر الرجوع إلى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالاشهاد على الاستيجار عنه فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتّى بينه و بين اللّه و فيه ما لا يخفى فالأقوى أنّ الاشهاد للاثبات ظاهرا و إلاّ فلا يكون شرطا للاستحقاق فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحقّ الرجوع و إن لم يكن أشهد على الاستيجار نعم لو اختلفا في مقدار الاجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة و قد يقال بتقديم قول المالك لأنه أمين و فيه ما لا يخفى و أمّا لو اختلفا في أنه تبرّع عنه أو قصد

و عمل الغير و من اللّه تعالى و غير ذلك، و تأمل البعض، و الاشكال، و البطلان من بعض و المنع من آخر).

المسألة ۲۸: للعامل حصته: بل له اجرة مثل العمل فقط كما قبل الظهور ثم استحقاق الاجرة انما هو فيما كان الامتناع لعذر. (فان الفسخ و ان كان من حينه لكن مفاده رفع اصل العقد و فرضه كأن لم يكن فالثمر كله للمالك بحكم التبعية للعين خلافا لما يظهر من المتن و الآقا ضياء و الخونساري و البهبهاني، وفاقا للبهبهاني في اختصاص الاجرة بصورة عذرية الامتناع فان الظاهر عرفا تقيد قرار الاجرة بالاستمرار إلاّ لعذر).

على القطع: (و هذا الاطلاق شاهد من الماتن على اعتقاده بعدم اجراء لا ضرر في حق الغير اي فيما يكون اجرائه ضررا على الغير كالمورد فان اجرائه في حق العامل ضرر على المالك من جهة حق سلطانه على ماله، لكن مرّ منه التفصيل).

قيمة اصلا: ملك الغير محترم و ان لم يكن مالا كسائر موارد الحقوق فلا ضمان بالقيمة و لكن لا يجوز تصرفه بناء على نظره (قدّس سرّه) في كون الحصة للعامل اذا كان الفسخ بعد الظهور.

المسألة ۲۹: يستأجر عنه: باذن من الحاكم و إلاّ فمن عدول المؤمنين.

ما لا يخفى: فانه في الامانة المالكية. نعم لو ثبت ولايته شرعا على ذلك فقوله مقدم من باب الولاية لا الخصومة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۰

الرجوع عليه فالظاهر تقديم قول المالك لإحترام ماله و عمله إلاّ إذا ثبت التبرّع و إن كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

المسألة ۳۰: لو تبيّن بالبيّنة أو غيرها أنّ الاصول كانت مغصوبة فان أجاز المغصوب منه المعاملة صحّت المساقاة و إلاّ بطلت و كان تمام الثمرة للمالك المغصوب منه و يستحقّ العامل اجرة المثل على الغاصب إذا كان جاهلا بالحال إلاّ إذا كان مدّعيا عدم الغصبية و أنّها كانت للمساقي إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه لإعترافه بصحّة المعاملة و أنّ المدّعي أخذ الثمرة منه ظلما هذا إذا كانت الثمرة باقية و أمّا لو اقتسماها و تلفت عندهما فالأقوى أنّ للمالك الرجوع بعوضها

على كلّ من الغاصب و العامل بتمامه و له الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته فعلى الأخير لا إشكال و إن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصّته إلاّ إذا اعترف بصحّة العقد و بطلان دعوى المدّعي للغصبيّة لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلما و قيل إنّ المالك مخيّر بين الرجوع على كلّ منهما بمقدار حصّته و بين الرجوع على الغاصب بالجميع فيرجع هو على العامل بمقدار حصّته و ليس له الرجوع على العامل بتمامه إلاّ إذا كان عالما بالحال

لاحترام ماله: لو ثبت ولايته على ذلك فلقبول قول الوليّ فيما ارجع اليه شرعا و إلاّ فالاستيجار اصله محل اشكال كما مرّ (و بناء على الولاية فلا وجه للاشكال اصلا).

المسألة ۳۰: فان اجاز: (لصحة هذه المعاملة بالاجازة خلافا للبروجردي و الگلپايگاني و النجفي (قدّس سرّهم) نظرا الى ان المساقاة تشمل على التعهد و الالتزام كالمزارعة، و لا معنى لاجازة المالك تعهد زيد بخلاف البيع فانه تمليك و المالك يجيزه، و فيه: ان تعهد التسليط على الارض من المالك لازم المعاملة و أصلها المعاملة على الخدمة للاصول بالحصة فما يرتبط بالمالك مالكية الاصول و تسليمها. و كيف كان فيمكن قلب التعهد ايضا و صرفه الى نفسه بالاجازة و هذا عقلائي فمعنى الاجازة يختلف بحسب الموارد ففي هذا المورد بمعنى قبول ذلك التعهد بالمعنى الاسم المصدري اي قبوله و جعله مصدريا على نفسه).

جاهلا بالحال: و كذا اذا كان عالما فان الملاك استناد عمله الى الغاصب امرا أو استدعاء أو قرارا.

و العامل بتمامه: ان كانت الاصول و الثمار تحت يده ايضا (لإمكان عدم استيلائه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۱

و لا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا فالأقوى ما ذكرنا لأنّ يد كلّ منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف في يده العين و لو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه هذا و يحتمل في أصل المسألة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل لأنه مغرور من قبله و لا ينافيه ضمانه لاجرة عمله فانّه محترم و بعد فساد المعاملة لا يكون الحصّة عوضا عنه فيستحقّها و إتلافه الحصّة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

المسألة ۳۱: لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة أو مع النهي عنه و أمّا مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقا كما في الاجارة و المزارعة و إن كان لا يجوز تسليم الاصول إلى العامل الثاني إلاّ بإذن المالك أو لا يجوز مطلقا و إن أذن المالك أو لا يجوز إلاّ مع إذنه أو لا يجوز قبل ظهور الثمر و يجوز بعده أقوال أقواها الأوّل و لا دليل على القول بالمنع مطلقا أو في الجملة بعد شمول العمومات من قوله تعالى **أوفوا بالعقود** و **تجارة عن تراض** و كونها على خلاف الأصل فاللازم الاقتصار

على الثمر بل العين: لا استلزام بين ذلك و عمل المساقاة كما اشرنا.

و يحتمل: لكنه ضعيف فان اقدام العامل و كذا قرار الغاصب معه لم يكن على تملك الحصة مجانا بل عوضا عن العمل فلم يتحقق غرور بالنسبة الى المجانية و عدمها لكن الحصّة لم تسلم له بحكم الشرع فيستحق اجرة عمله.

المسألة ۳۱: مع النهي عنه: بحيث يفهم منه اشتراط المباشرة و إلاّ فصرف التكليف لا يضرّ.

و يجوز بعده: (و لا وجه لقول الخوئي (قدّس سرّه) بانه لا كلام حينئذ لجواز تصرفه في حصته، اذ الحصة لا تستلزم مالكية الأصل و الكلام في لزوم ذلك).

اقويها الاول: إلّا اذا كان اطلاق العقد منزلا على اشتراط المباشرة. (و الظاهر عدم الاشكال فيه خلافا للخونساري و البروجردي و الاستاذ (قدّس سرّهم) نظرا منهم الى عدم كونه مساقاة فلا يصح حتى مع اذن المالك لكن الضرورة الاجتماعية و الشائع عملا و هو المبنى لامضاء الشرع لا تفرق بين المالك و ذي الحق في صحة المساقاة فالعامل الاول اذا فرض عدم لزوم المباشرة بمنزلة ما يقال في عرف ايران «سركار أو سررعيت» و مورد الكلام وقوع المساقاة الثانية عن العامل لا المالك فانه لا كلام فيه و يكون بمنزلة فسخ الاولى و هو المقبول في كلام البهبهاني و الخونساري لكن لا كلام في صحته و ليس كلام الأصحاب فيه كما قال البروجردي (قدّس سرّه)).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۲

على القدر المعلوم ممنوع بعد شمولها و دعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكا للمساقي أو كان وكيلا عن المالك أو وليا عليه كما ترى إذ هو أوّل الدعوى.

المسألة ۳۲: خراج السلطان في الأراضي الخراجيّة على المالك لأنه إنّما يؤخذ على الأرض الّتي هي للمسلمين لا الغرس الّذي هو للمالك و إن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض و مع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك فهو على المالك مطلقا إلّا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

المسألة ۳۳: مقتضى عقد المساقاة ملكيّة العامل للحصّة من الثمر من حين ظهوره و الظاهر عدم الخلاف فيه إلّا من بعض العامّة حيث قال بعدم ملكيّته له إلّا بالقسمة قياسا على عامل القراض حيث إنّه لا يملك الربح إلّا بعد الانضاض و هو ممنوع عليه حتّى في المقيس عليه نعم لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحّته و يتفرّع على ما ذكرنا فروع «منها» ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل فانّ المعاملة تبطل من حينه و الحصّة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا «و منها» ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور و قبل القسمة أو تقايلا «و منها» ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور «و منها» ما إذا أخرجت الاصول عن القابلية لإدراك الثمر ليبس أو فقد الماء أو

كما ترى: و حينئذ فلا يحتاج الى التمسك بالعمومات بل يصح مساقاة.

المسألة ۳۲: على الارض: الأولى ان يقال على التصرف فيها و الاستيلاء عليها و الغرس ظهور ذلك.

ايضا كذلك: لم يذكر وجه ذلك، و لعل المراد وضع السلطان فانه معمولا على المالك و لو فرض جعله على العامل فهو عليه، و حينئذ فمع قطع النظر عما ذكر ليس على المالك مطلقا بل اذا لم يضعه السلطان على العامل.

المسألة ۳۳: لا يبعد صحته: بل تبعد فانه خلاف مقتضى المساقاة من ملكية الحصة بمجرد الظهور إلّا ان يراد عقد آخر مستقل لا المساقاة و لم تعد صيغة الانشاء ايضا مساقاة عرفا.

و الحصة تنتقل الى وارثه: فيه منع مع فرض بطلان المعاملة لأجل اشتراط المباشرة بل الثمرة كلها للمالك و للعامل اجرة المثل.

فسخ احدهما: الفسخ و ان كان من حينه، لكن مرّ ان مفاده حلّ العقد من اصله فالثمرة كلها للمالك و للعامل اجرة

المثل.

حصل مانع: بل هو كالموت اذا اشترطت المباشرة و قد مرّ.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۳

نحو ذلك بعد الظهور فانّ الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك و العامل و إن لم يكن بالغا «و منها» في مسألة الزكاة فانّها تجب على العامل أيضا إذا بلغت حصّته النصاب كما هو المشهور لتحقّق سبب الوجوب و هو الملكيّة له حين الانعقاد أو بدوّ الصلاح على ما ذكرنا بخلافه إذا قلنا بالتوقّف على القسمة نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا و في المزارعة بدعوى أنّ ما يأخذه كالاجرة و لا يخفى ما فيه من الضعف لأنّ الحصّة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة لا بطريق الاجرة مع أنّ مطلق الاجرة لا تمنع من وجوب الزكاة بل إذا تعلّق الملك بها بعد الوجوب و أمّا إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام و كما لو جعل مال الاجارة لعمل زرعا قبل ظهور ثمره فانه يجب على الموجر زكاته إذا بلغ النصاب فهو نظير ما إذا اشترى زرعا قبل ظهور الثمر هذا و ربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام و يعلّل بوجهين آخرين. أحدهما: أنّها إنّما تجب بعد إخراج المؤن و الفرض كون العمل في مقابل الحصّة فهي من المؤن و هو كما ترى و إلاّ لزم احتساب اجرة عمل المالك و الزارع لنفسه أيضا فلا نسلّم أنها حيث كانت في قبال العمل تعدّ من المؤن. الثاني: أنّه يشترط في وجوب الزكاة التمكّن من التصرّف و في المقام و إن حصلت الملكيّة للعامل بمجرّد الظهور إلاّ أنّه لا يستحقّ التسلّم إلاّ بعد تمام العمل و فيه مع فرض تسليم عدم التمكّن من التصرّف أنّ اشتراطه مختصّ بما يعتبر في زكاته الحول كالنقدين و الأنعام لا في الغلات ففيها و إن لم يتمكّن من التصرّف حال التعلّق يجب إخراج زكاتها بعد التمكّن على الأقوى كما بين في محلّه و لا يخفى أنّ لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصّة على المالك أيضا كما اعترف به فلا يجب على العامل لما ذكر و لا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

المسألة ٣٤: إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره و كذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما و عدمه و لو اختلفا في صحّة العقد و عدمها قدّم قول مدّعي الصحّة و لو اختلفا في قدر

فان الثمر في هذه الصورة: مع فرض المالية لها و إلاّ فيكشف عن بطلان المعاملة من الاول و يكون كما مرّ.

تسليم عدم التمكن من التصرف: لا بد ان لا يسلّم ذلك كما هو الواقع، فان المراد من التمكن المعتبر في الزكاة مقابل الخروج عن سلطان المالك خارجا لا عدم التمكن شرعا و أما اختصاص شرط التمكن بما يشترط فيه الحول ففيه ما مرّ في محله من عمومية الاشتراط.

المسألة ٣٤: قول مدعي الصحة: بلا فرق بين الشك في المانع أو المقتضى (خلافا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۴

حصّة العامل قدّم قول المالك المنكر للزيادة و كذا لو اختلفا في المدّة و لو اختلفا في قدر الحاصل قدّم قول العامل و كذا لو ادّعى المالك عليه سرقة أو إتلافا أو خيانة و كذا لو ادّعى عليه أنّ التلف كان بتفريطه إذا كان أمينا له كما هو الظاهر و لا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدّعيه عليه بناء على ما هو الأقوى من سماع الدعوى

المجهولة خلافا للعلّامة في التذكرة في المقام.

المسألة ٣٥: إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبيّنة أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا قولان أقواهما العدم لأنه مسلّط على ماله و حيث إنّ المالك أيضا مسلّط على حصّته فله أن يستأجر أمينا يضمّه مع العامل و الاجرة عليه لأنّ ذلك لمصلحته و مع عدم كفايته في حفظ حصّته جاز رفع يد العامل و استيجار من يحفظ الكلّ و الاجرة على المالك أيضا.

ـــــــــــــــــــ

للبهبهاني (قدّس سرّه) نظرا الى عدم ثبوت العمل في الثاني، و فيه: ان العمل اي القصد بحسب الظاهر صدر منه و الأصل صحته لبناء العقلاء بلا فرق).

قدم قول المالك المنكر: بلا فرق بين صورة اختصاصه باليد و غيرها (خلافا للآقا ضياء (قدّس سرّه) نظرا الى تقديم قول العامل اذا اختص باليد لليد، و فيه: ان يده ليست امارة الملكية قبل التقسيم لخلط الملكية و الامانيّة و في امثاله لا تكون دليلا على الملكية عند العقلاء).

في المدة: اي القول قول منكر الزيادة بلا فرق.

في قدر الحاصل: لو فرض اثر لهذه الدعوى.

على ما هو الاقوى: إلّا فيما علم أو احتمل عدم قيمة لمدعاه اصلا (نظرا الى عموم دليل القضاء و منع بعضهم كالگلپايگاني و السيد جمال (قدّس سرّهما) الأقوائية، و الظاهر عدم الوجه لمنعهم إلّا ان يحتمل عدم القيمة لدعواه اصلا بل يلزم العلم بعدم القيمة و المكانة و إلّا فوظيفة القاضي سماع الشكاية ما لم يعلم عدم الاثر).

المسألة ٣٥: اقويهما العدم: بل يتجه الجواز لكن لا يترك الاحتياط بالاستيذان من الحاكم (لتقيد الاذن في المساقاة و الدخول في البستان و التصرف فيها بالامانة و هذا مبنى عقد المساقاة، لكن حيث ان المقام مقام تزاحم الحقوق فالاحوط الاستيذان من الحاكم).

رفع يد العامل: و الاستيذان من الحاكم احتياط لا يترك و ان كان يتجه الجواز كما مرّ (كما ان في قصة سمرة ايضا ١/ ١٢ احياء الموات كان اذن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم. و قال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۵

المسألة ٣٦: قالوا المغارسة باطلة و هي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصّة من الأرض أيضا للعامل أو لا و وجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة بل ادّعى جماعة الاجماع عليه نعم حكي عن الأردبيليّ و صاحب الكفاية الاشكال فيه لا مكان استفادة الصحّة من العمومات و هو في محلّه إن لم يتحقّق الاجماع ثمّ على البطلان

ـــــــــــــــــــ

الآقا ضياء (قدّس سرّه): وجه الجواز تقديم اخف الضررين عند تعاوض سلطنتي المالك و العامل كمسألة القدر و رأس الحمار، ثم قال: و التحقيق جواز التصرف لكل منهما مع اداء خسارة الآخر، و فيه: ان الاشكال لا ينحصر في الضمان و الوضع بل التكليف ايضا من جهة التصرف في ملك الغير بل الحق ما ذكرنا من تقيد الاذن في المساقاة و ان كان الأحوط كما ذكرنا الاستيذان من الحاكم لتزاحم الحقوق و لنقل عدم الخلاف في عدم جواز رفع يده).

المسألة ٣٦: ان لم يتحقق الاجماع: و ليس بثابت لكون الاتفاق المنقول في كلام غير واحد محتمل المدركية مما يذكر من الادلة و هي مخدوشة، و هي عند العقلاء نظير المزارعة فيدفع المالك ارضه الى العامل ليغرس على الحصة المعينة من الاشجار و هي عقلائية غير مردوعة بل ممضاة بالعمومات و هي تثبت صحة ما انشأه المتعاقدان و لا ريب ان انشائهما هو المغارسة، و اصل الشجر بمنزلة البذر يمكن كونه من المالك أو العامل و الشجر البالغ بمنزلة المحصول في المزارعة. و لكن يشترط فيها امور، منها: تعيين نوع الشجر، و منها: تعيين الأصل انه النواة أو الساقة ليعلم (قدّس سرّه) لزوم بقائه في الارض، و منها: تعيين زمان بلوغ الشجر لاختلاف ذلك في الاشجار المثمرة و التي تطلب للاستفادة من خشبها، و منها: تعيين المدة التي اريد الابقاء بعد البلوغ للافادة البليغة، و منها: تعيين ان اصل الشجر على من هو، و منها: تعيين الحصة من الشجر على نحو دافع للغرر و هو الاشاعة في كل شجر لاختلاف الاشجار، و منها: تعيين زمان الاشتراك. و مع ذلك كله لو وقعت هذه المعاملة بعنوان الصلح لكانت اسلم. (وفاقا للنجفي و الحكيم (قدّس سرّه) لكنهم بعنوان العقد المستقل، و خلافا للاستاذ و البروجردي و الشيرازي و السيد جمال و الخوئي (قدّس سرّهم) بل الاكثر. و أما الاشكالات الواردة المذكورة بعضها في كلمات الخوئي (قدّس سرّه) فلا نسلمها مثل لزوم كون المنشأ متصلا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۶

يكون الغرس لصاحبه فان كان من مالك الأرض فعليه اجرة عمل الغارس إن كان جاهلا بالبطلان و إن كان للعامل فعليه اجرة الأرض للمالك مع جهله به و له الابقاء بالاجرة أو الأمر بقلع الغرس أو قلعه بنفسه و عليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع و يظهر من جماعة أنّ عليه تفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا و لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقّا للقلع و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش

بالانشاء كالملكية في البيع بلا فصل، فانها كالمزارعة بلا فرق، و مثل الجهالة، و هي مرتفعة بما ذكرنا من الشرائط).

جاهلا بالبطلان: أو عالما فان الملاك كون العمل عن امر الغير و لو تبعا للقرار و العقد إلاّ اذا فرض تقيد كل شيء في هذا القرار بالصحة شرعا بحيث ينفي كل استحقاق من الطرفين اذا لم يكن صحيحا شرعا لكنه مجرد فرض ثم يلزم تقيد استحقاق الاجرة بعدم كونها ازيد من الحصة المعلومة على التعارف.

مع جهله به: و كذا مع علمه اذا لم يكن تسليم الارض مجانا إلاّ اذا فرض التقيد المذكور في الفرع السابق.

أو قلعه بنفسه: فليس ذلك مترتبا على عدم ايتمار العامل و امر المالك بل يجوز في غير ذلك ايضا نظير جواز اخراج غنم الغير عن ملكه بلا احتياج الى اعلام صاحب الغنم ثم لا بد من تقييد جواز القلع بالجهل بالبطلان، و يكون الاذن المضمون في العقد مقيدا بصحة العقد و إلاّ فلا يجوز القلع، ثم انه فيما يجوز القلع لا يلاحظ ضرر العامل لعدم جريانه في متعلق حق الغير لكون دليله امتنانيا و فيما لا يجوز القلع لا يلاحظ ضرر المالك، ثم انه في مورد جواز القلع لا يلاحظ وصف البقاء في القيمة لو اريد القلع إلاّ بوصف عدم استحقاقه مجانا بل مع الاجرة و في مورد عدم جواز القلع يلاحظ (خلافا للنجفي (قدّس سرّه) و لا وجه له ظاهرا، و كذا بعض اهل العصر قال: يشكل التصرف في مال الغير، و فيه: انه للافراغ و التخلية عن ملكه، و دليله السيرة و قاعدة السلطنة).

ارش نقصانه: اذا قلعها المالك ابتداء بلا مراجعة العامل و الحاكم، فلو قلعه العامل بنفسه أو المالك بعد امتناع العامل و

رجوعه الی الحاکم لا یضمن الارش.
مستحقا للقلع: فلا وجه للحاظ وصف کونه قائما بعد عدم استحقاق ذلك، نعم فیما لا یجوز القلع یلاحظ ذلك.

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۴۷۷

النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل بأن انكسر مثلا بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر و لكن كلمات الآخرين لا يقبل هذا الحمل بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع حيث قالوا مع ملاحظة أو صافه الحالية من كونه في معرض الابقاء مع الأجرة أو القلع و من الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا فانّ استحقاقه للأرش من أوصافه و حالاته فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم مع أنه مستلزم للدور كما اعترف به ثمّ إنه إن قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الاجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما كأن تكون الاصول مشتركة بينهما إمّا بشرائها بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفا منها مثلا إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه مثلا أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه إلى زمان كذا أو يستأجره للغرس و السقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلا.

مستلزم للدور: ان كان المراد تفاوت قيمته حال البقاء مع الاجرة و استحقاق القلع بالارش ايّ مقدار، و قيمة مقلوعا لم يكن به بأس لرعاية عدم استحقاق البقاء كما انه ليس دورا ايضا فان المراد بالارش المأخوذ في العريف عنوانه لا المقدار المعين بخلاف المعرّف بالفتح فانه المقدار المعين (و لم أر من تعرض من المحشين لدفع الدور فتدبره جيدا).
يمكن تصحيح المعاملة: يريد التصحيح على فرض بطلان المغارسة و لزوم كون المعاملة تحت عنوان احدى المعاملات المعهودة شرعا (فلا وجه لاشكال الحكيم (قدّس سرّه) بأن وجه البطلان ان كان الاجماع و كان على عنوان المساقاة فيصح بلا لحاظ عنوانها بل بعنوان العقد المستقل و لا يلزم ادراجها في الاجارة و نحوها بتكلف و ان كان الاجماع على بطلان واقعها فلا يمكن تصحيحها، و فيه ما ذكرنا من ارادة الادراج في المعهودات).
الی زمان كذا: لا يلزم تحديد الزمان على التعيين في الصلح، فيصح على السقي مادام الغرس موجودا مثلا.
يستأجره: شرط معلومية الاجرة و هي نصف منفعة الارض و لو بالتعارف بحيث لا يكون غررا. (و استشكل فيه الشيرازي (قدّس سرّه) و كأنه لعدم معلومية نصف منفعة الارض، و فيه امكان المعلومية بالتعارف و الزائد متسامح فيه فلا يكون غررا).

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۴۷۸

المسألة ۳۷: إذا صدر من شخصين مغارسة و لم يعلم كيفيتها و أنها على الوجه الصحيح أو الباطل بناء على البطلان يحمل فعلهما على الصحّة إذا ماتا أو اختلفا في الصحّة و الفساد.
تذنيب: في الكافي عن أبي عبد اللّه عليه السّلام من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها و لا يتبعّل بالنخل فيأخذ حيتانا صغارا يابسة فيدقّها بين الدقّين ثمّ يذر في كلّ طلعة منها قليلا و يصرّ الباقي في صرّة نظيفة ثمّ يجعله في قلب النخل ينفع باذن اللّه تعالى، و عن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى ابن جعفر العلويّ عن آبائه عليه السّلام

أنّ النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قال مرّ أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم فقال عليه السّلام دواء هذا معكم و ليس تعلمون أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب و ليس هكذا يجب بل ينبغي أن تصبّوا الماء في اصول الشجر ثمّ تصبوا التراب كي لا يقع فيه الدود فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك و في خبر عن أحدهما عليه السّلام قال تقول إذا غرست أو زرعت: «و مثل كلمة طيّبة كشجرة طيّبة أصلها ثابت و فرعها في السماء تؤتي اكلها كلّ حين بإذن ربّها» و في خبر آخر إذا غرست غرسا أو نبتا فاقرأ على كلّ عود أو حبّة سبحان الباعث الوارث فانه لا يكاد يخطي إن شاء اللّه.

(تم كتاب المساقاة)

المسألة ۳۷: على الصحة: لعدم لزوم العلم بالعنوان فان مصبّ القاعدة نفس العمل لا العنوان (وفاقا للشيرازي و الحكيم و السيد جمال و الآقا ضياء (قدّس سرّهم)، و خلافا للبروجردي و الگلپايگاني و الخوئي و الاستاذ و البهبهاني (قدّس سرّهم)، و بعض اهل العصر كأنه لم يتوجه الى مراد المخالفين و خالف المتن هو ايضا و لكنه وافق في الحقيقة قال: لو علم انهما غارسا و لم يعلم على الصحة أو البطلان فهي باطلة و لو لم يعلم انه مغارسة أو اجارة فهي صحيحة. و كيف كان، فالصحة اقرب نظير ما لو علم الوارث ان مال مورّثه هذا اما من بيع نسيئة صحيحة أو قرض ربوي باطل فهل ترى الحمل على البطلان لعدم العلم بالعنوان؟ ان قلت: فيه وجه البطلان ليس العنوان بل خصوصية فيه كالربا و في المقام عنوان المغارسة باطل. قلت: فاذا لم يلزم العلم بالعنوان فلا فرق و في المثال ايضا اذا علم انه لو كان قرضا كان ربويا لم يكن فرق مع المقام).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۷۹

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب الضمان)

و هو من الضمن لأنه موجب لتضمّن ذمّة الضامن للمال الّذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية كما يشهد له ساير تصرّفاته من الماضي و المستقبل و غيرهما و ما قيل من احتمال كونه من الضمّ فيكون النون زائدة واضح الفساد إذ مع منافاته لساير مشتقّاته لازمه كون الميم مشدّدة و له إطلاقان إطلاق بالمعنى الأعمّ الشامل للحوالة و الكفالة أيضا فيكون بمعنى التعهّد بالمال أو النفس و إطلاق بالمعنى الأخصّ و هو التعهّد بالمال عينا أو منفعة أو عملا و هو المقصود من هذا الفصل و يشترط فيه امور:

كتاب الضمان

و هو من الضمن: (على الأظهر في اشتقاق الكلمة و يحتمل العكس أو كونهما في عرض واحد و تردد الخوئي و قال الحكيم: لعل العكس، لأن في كل ضمن نوع تعهد طبعي، للاشتمال، لكن الظاهر ما في المتن فان القرارات العقلائية تابعة للحقائق الخارجية لتبعية الحقوقي من المسائل للحقيقي منها فالضمان من الضمن الحقيقي).

و ما قيل: (أي العامة بأكثرهم).

التعهد بالمال: اي عن الغير لا الابتدائي و هو المراد من كلام شيخ الطائفة (قدّس سرّه):

اثبات مال في الذمة. (و لا بد من تقييد التعهد بكونه عن الغير لامكان الابتدائي منه بل تصحيحه فانه ليس مجرد وعد اذا كان قرارا مع المتعهد له. ثم ان التعهد غير كونه في الذمة على ما هو المشهور من كونه نقل المال من ذمة الى ذمة لكن المراد معلوم، لكن اعتقد البهبهاني ان الضمان ليس إلاّ التعهد بالمال لا اثباته في الذمة و نقله عن ذمة الى اخرى، و فيه: ان الظاهر من ۳ و ۲ و ۳/۱ ابواب الضمان بل صريحها كون المال بنفسها على الضامن، و المفهوم من حكمة الضمان المتعلق بالمال في سائر الروايات ايضا ذلك و هو الذي فهمه الاصحاب ايضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۰

أحدها: الايجاب و يكفي فيه كلّ لفظ دالّ بل يكفي الفعل الدالّ و لو بضميمة القرائن على التعهّد و الالتزام بما على غيره من المال. و الثاني: القبول من المضمون له و يكفي فيه أيضا كلّ ما دلّ على ذلك من قول أو فعل و على هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الايجاب و القبول كذا ذكروه و لكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حدّ سائر العقود اللاّزمة بل يكفي رضى المضمون له سابقا أو لا حقا كما عن الايضاح و الأردبيليّ حيث قالا يكفي فيه الرضا و لا يعتبر القبول العقديّ بل عن القواعد و في اشتراط قبوله احتمال و يمكن استظهاره من قضيّة الميت المديون الّذي امتنع النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أن يصلّي عليه حتّى ضمنه عليّ عليه السّلام و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب و الموالات و سائر ما يعتبر في قبولها و أمّا رضى المضمون عنه فليس معتبرا فيه إذ يصحّ الضمان التبرّعيّ فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرّعا حيث لا يعتبر رضاه و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضررا عليه أو حرجا من حيث

الفعل الدال: و يمكن ذلك بوضوح كما في الكتابة و بعض الاشارات (فليس مجرد فرض كما في بعض الحواشي مثل الگلپايگاني و البروجردي و ... (قدّس سرّهم) ....)

كذا ذكروه: و هو الاقوى، فلا يكفي الرضا إلاّ اذا ابرز بمبرز فيكون بحكم القبول (وفاقا للأكثر فان انتقال الاموال- و ذكر بعضهم تبديل الاموال مع انه ليس تبديل مال بمال كما ذكره و هو واضح- يحتاج الى العقد بين الناقل و المنقول له عند العقلاء و لا يصدق العقد على صرف رضى الباطن و هو الظاهر من ۲/۱ الضمان صحيحة ابن سنان: «... اذا رضي به الغرماء ... الخ فان الظاهر عرفا الرضى المبرز لا النفساني فقط).

قضية الميت: لكن رواياتها تتضمن قضية شخصية لا يعلم واقعها لاحتمال وجود المضمون له و ابراز رضاه فلا يمكن الاستدلال بها و ان كان اصل القضية مفاد غير واحد من الروايات بعضها صحيح (راجع ۲ و ۳/۳ الضمان و ۲/۲ الضمان.

فلا وجه لردّ الخلاف ذلك بضعف السند).

الضمان التبرعي: (لكون اداء الدين توصليا و عليه الاجماع).

ضررا عليه أو حرجا: نظرا الى ان ذمة المضمون عنه ليس صرف الدعاء كما يرى في الكلمات بل لها تعهد و هو من شؤون الشخص عند العقلاء و التبرع في الضمان أو الأداء تصرف في ذلك الشأن فهو خلاف قانون السلطنة على شؤون النفس لكن ذلك لا يوجب عدم صحة الضمان أو الأداء لكونه توصليا، نعم نفس العمل محرم اذا كان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۱

كون تبرّع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه كما إذا تبرّع وضيع دينا عن شريف غنيّ قادر على وفاء دينه فعلا. الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا فلا يصحّ ضمان الصبيّ و إن كان مراهقا بل و إن أذن له الوليّ على إشكال و لا ضمان المجنون إلاّ إذا كان أدواريا في دور إفاقته و كذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا و أمّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك فيصحّ كونه صغيرا أو مجنونا نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض. الرابع: كونه مختارا فلا يصحّ ضمان المكره. الخامس: عدم كونه محجورا لسفه إلاّ بإذن الوليّ و كذا المضمون له و لا بأس بكون الضامن مفلسا فانّ ضمانه نظير اقتراضه فلا يشارك المضمون له مع الغرماء و أمّا المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا و لا بأس بكون المضمون عنه سفيها أو مفلسا لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه. السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور

اهانة أو غير مرضي عند الشخص من جهة انطباق عنوان التصرف في شؤون الغير (و هذا هو التحقيق وفاقا في حكم المسألة للخوئي و الآقا ضياء (قدّس سرّه) و تردد الاستاذ و قال: دخالته ذلك في الصحة غير معلومة. و اما الضمان عن الميت فنقطع برضاه على فرض ثبوت الدين فلا يدل ما مرّ من ضمان علي عليه السّلام عن الميت زمن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم على عدم خيثيّة للمضمون عنه. لتحقق القطع بذلك).

على اشكال: ان لم يكن بمصلحته و إلاّ فالأظهر الصحة (لعدم سلب عبارته و لذا يصح تصديه لاجراء العقد وكالة بخلاف المجنون فليس إلاّ عدم النفوذ لعدم الاستقلال).

ضمان المكره: ضامنا و مضمونا له (فان الضمان عقد بينهما فلا يحتاج الى اضافة المضمون كما علق البروجردي (قدّس سرّه) و ....)

عدم كونه مفلسا: (لكون الضمان تصرفا في امواله بنقل من ذمة الى اخرى).

اذنه في جواز الرجوع: اي فيما حجر و في زمان الحجر و أما في غير ما حجر أو بعد مضيّ زمان الحجر فيجوز الرجوع، و أما الرجوع في المحجور بقدر نصيب المضمون له في زمان الحجر ففيه اشكال لكون اذنه بمنزلة النقل و الانتقال في المال لا يراد دائن جديد بين الغرماء مكان الدائن السابق. (فتعبير الاستاذ و البهبهاني و بعض آخر صحيح لا البروجردي (قدّس سرّه) و بعض آخر في استثناء مقدار النصيب للمضمون له، و استدل بعض اهل العصر لهم بعدم الفرق في ذلك التبديل لكنك عرفت ما فيه).

من قبل مولاه على المشهور: و هو الاقوى، و الانصراف ممنوع سيما مع التصريح

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۲

لقوله تعالى **لا يقدر على شيء** و لكن لا يبعد صحّة ضمانه و كونه في ذمّته يتبع به بعد العتق كما عن التذكره و المختلف و نفي القدرة منصرف عمّا لا ينافي حقّ المولى و دعوى أنّ المملوك لا ذمّة له كما ترى و لذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته هذا و أمّا إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحّة ضمانه و حينئذ فان عيّن كونه في ذمّة نفسه أو في ذمّة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتّبع و إن أطلق الاذن ففي كونه في ذمّة المولى أو في كسب المملوك أو في ذمّته يتبع به بعد عتقه أو كونه متعلّقا برقبته وجوه و أقوال أوجهها الأوّل لإنفهامه عرفا كما في إذنه للاستدانة لنفقته

أو لأمر آخر و كما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر و النفقة على مولاه و دعوى الفرق بين الضمان و الاستدانة بأنّ الاستدانة موجبة لملكيّته و حيث إنّه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكيّة فيه مدفوعة بمنع عدم قابليّته للملكية

الأكيد في الروايات على عمومية الشيء، و ضمان المتلف ليس من باب القدرة على الشيء بل امر قهري لا يرتبط بالقدرة (وفاقا للبروجردي و الآقا ضياء و الاستاذ و الگلپايگاني (قدّس سرّهم) و خلافا للخوئي (مدّ ظلّه) حيث قال معناه لا يقدر على شيء بفعله بعنوان المملوكية حتى الطلاق لا بعنوان انه انسان، قال: و نفي صحة طلاقه في الحديث لكونه بما هو مملوك لا بما هو انسان، و فيه من التكلف ما لا يخفى حيث فرّق بين الطلاق و الضمان مع ان العكس اولى. و قد سئل الامام عليه السّلام عن الراوي عن الطلاق: افشيء الطلاق؟ و هذا يومي الى عمومية الشيء كما لا يخفى، ثم ان من المعلوم عند الشرع و المتشرعة الفرق بين المملوك و الأجير المطلق عما يسمى في ايران «نوكر و سركار» فهل ترى تعبيرات الشرع في المملوك تشبه احكام الأجير الكذائي؟

هذا الذي يقوله الخوئي (مدّ ظلّه) هو حكم ذلك الأجير، ثم الظاهر عدم العبرة عند العقلاء ايضا بضمان العبد باعتبار بعد العتق).

لانفهامه عرفا: و لا يبعد ذلك نظرا الى كون الضمان باذن السيد ضمان باعتبار كونه عبدا له فالمال في ذمة السيد بحكم فهم العرف و اعتبار العقلاء و لو فرض عدم افهام ذلك فلو انفهم احد الوجوه الاخر و قلنا بصحة ضمانه فهو لكونه بمنزلة امر بنى عليه العقد و الاّ فالعقد باطل لاجمال الذمّة و طرف العقد. (خلافا للبروجردي و الاستاذ و ... (قدّس سرّهم) في الانفهام المزبور، و قال البروجردي (قدّس سرّه): اذا لم ينفهم فالثالث اي كونه في ذمة العبد يتبع بعد عتقه أوجه، و الاصطهباناتي جعله في كسب المملوك اي الوجه الثاني، و لكن الظاهر البطلان اذا لم يفهم شيء و لو من الاطلاق المقامي،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۳

و على فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفيّ. السابع: التنجيز فلو علّق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا أو إن لم يف أصلا بطل على المشهور لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامّة إلاّ دعوى الاجماع في كلّي العقود على أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير أو دعوى منافات التعليق للانشاء و في الثاني ما لا يخفى و في الأوّل منع تحقّقه في المقام و ربّما يقال لا يجوز تعليق الضمان و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا و فيه أنّ تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لا يعقل التفكيك نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال بامكان تحقّق الضمان منجّزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة إذ حقيقته قضية تعليقية إلاّ أن يقال بالفرق بين الضمان العقديّ و الضمان اليديّ. الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتا في ذمّة المضمون عنه سواء كان مستقرّا كالقرض و العوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو

نعم اذا فهم من الاطلاق انه على عهدته أو في كسبه و قلنا بصحته فهو).

التنجيز: الظاهر ان التعليق المبطل تعليق الانشاء او المنشأ على امر مستقبل مشكوك و الأحوط البطلان في المستقبل المعلوم ايضا (و دليله عدم اعتبار ذلك العقد عند العقلاء بعنوان العقدية و أما الاجماع فهو على فرض تحقيق الاتفاق محتمل المدركية مما يذكر. و أما تنافي التعليق للانشاء فلا يجري في المنشأ و الاكثر ذلك اي التعليق يكون في المنشأ لا الانشاء).

و لا يعقل التفكيك: فيه منع فانه كالدين المؤجل في المعنى و يكون الشرط بمنزلة الاسقاط بفعل الغير. و سيشير الى إمكان الانفكاك.

يمكن ان يقال: كأنه يريد من الضمان حينئذ التعهد فانه الذي في الاعيان المضمونة لكنه ليس تعليقيا بل تعهد فعلي لأثر تعليقي أي معلق على التلف مثلا في الضمان اليدي و على عدم وفاء المضمون عنه هنا. و كيف كان، فلا يبعد جريان الضمان بمعنى التعهد كتعهد الاعيان، في الذمم ايضا لكنه ليس بمعنى الضمان المصطلح بل صرف التعهد لانتقال المال الى ذمة اخرى (و بذلك يرتفع اشكال التفكيك بين الضمان و الوفاء مع اعتقاد الماتن (قدّس سرّه) عدم معقولية التفكيك، و كذا اشكال انه من ضم ذمة الى اخرى لا الانتقال. نعم يرد عليه انه ايضا فعلي و التعليق في اثره).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۴

متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخياريّ كما إذا ضمن الثمن الكلّي للبايع أو المبيع الكلّي للمشتري أو المبيع الشخصيّ قبل القبض و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك فلو قال: اقرض فلانا كذا و أنا ضامن أوبعه نسيئة و أنا ضامن لم يصحّ على المشهور بل عن التذكرة الاجماع قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو عليّ لم يصحّ إجماعا و لكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية و يمكن أن يقال بالصحّة إذا حصل المقتضي للثبوت و إن لم يثبت فعلا بل مطلقا لصدق الضمان و شمول العمومات العامّة و إن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا. التاسع: أن لا يكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعمّ حيث قالوا إنه بمعنى التعهّد بمال أو نفس فالثاني الكفالة و الأوّل إن كان ممّن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة و إن لم يكن فضمان بالمعنى الأخصّ لكن لا دليل على هذا الشرط فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا فان كان بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان و إلاّ فيبقى الّذي للمضمون عنه عليه و تفرغ ذمّته ممّا عليه بضمان الضامن تبرّعا و ليس من الحوالة لأنّ المضمون عنه على التقديرين لم يحلّ مديونه على الضامن حتّى تكون حوالة و مع الاغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلا

الثامن: ... المبيع الشخصي: لكن ضمان العين الشخصي بمعنى التعهد لا نقل المال من ذمة الى اخرى كما مرّ.

بل مطلقا: إلاّ فيما لا اعتبار به عند العقلاء و هو ما مرّ من التعليق على امر آخر مشكوك غير مقوّم لا على نفس متعلق الضمان مثل اقرض فلانا و انا ضامن أو مهما عطيت فلانا فهو عليّ (و أما الكريمة **و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم** فالمراد التعهد لا الضمان المصطلح).

بل يمكن منع: إلاّ في العين الشخصية كما مرّ (و ما قاله بعضهم كالنجفي (قدّس سرّه) من ان ضمان ما لم يجب ليس عقدا حتى تشمله العمومات أو ادلة الضمان، ففيه منع ذلك بلا ريب لعدم تقوم القرار و العقد معنى يكون الاثر فعلا. و ما قيل من الاجماع على بطلان ما لم يجب فيه ان المجمعين تمسكوا بوجوه عقلية أو غيرها فلا اعتماد عليه مع كونه

عقلائيا بحيث يقتضي الفرق بين ما يجب و ما لم يجب الى تعبد صريح، نعم لا اعتبار عند العقلاء بالتعليق على امر آخر مشكوك و أما التعليق على ما هو متمم معنى الضمان اي تثبيت متعلق الضمان فلا اشكال و هو واضح عندنا).

التاسع: لم يحل مديونه: يريد دائنه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۵

في كلا العنوانين فيترتّب عليه ما يختصّ بكلّ منهما مضافا إلى ما يكون مشتركا. العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصحّ معه القصد إلى الضمان و يكفي التميّز الواقعيّ و إن لم يعلمه الضامن فالمضرّ هو الابهام و الترديد فلا يصحّ ضمان أحد الدّينين و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد و لو قال: ضمنت الدين الّذي على فلان و لم يعلم أنه لزيد أو لعمرو أو الدين الذي لفلان و لم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صحّ لأنه متعيّن واقعا و كذا لو قال:

ضمنت لك كلّما كان لك على الناس أو قال: ضمنت عنك كلّما كان عليك لكلّ من كان من الناس و من الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب أو العلم باسمهما و نسبهما مع أنه لا دليل عليه أصلا و لم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من ساير العقود.

المسألة ۱: لا يشترط في صحّة الضمان العلم بمقدار الدين و لا بجنسه و يمكن أن يستدلّ عليه مضافا إلى العمومات العامّة و قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم الزعيم غارم، بضمان عليّ بن الحسين عليه السّلام لدين عبد اللّه بن الحسن

في كلا العنوانين: فيه منع بعد كونهما عنوانين مستقلين و الانشاء واحد، و الحق في امتياز العنوانين ان الحوالة معاملة بين المحيل و المحتال و هما المديون و الدائن، و الضمان معاملة بين الضامن و المضمون له اي الشخص الثالث و الدائن.

(و قيل: ان الحوالة بين المديون و الدائن مع ان الحوالة قد لا تكون إلاّ من دائن عن المحال عليه مع متوسط بينهما لأخذ الطلب و قد لا يكون دين على المحال عليه ايضا بل للمحيل عنده اعتبار فقط و سيأتي البحث عنه انشاء اللّه. لكن الحق انه اذا لم يكن دين بين المحيل و المحتال فهو حوالة صوري و في الحقيقة امر بوصول مال من الغير للآمر).

العاشر: ... العقد الى الضمان: بحيث يمكن تحقق العقد بين طرفي الضمان.

و لم يعلم انه لزيد أو لعمرو: يشكل ذلك لعدم تحقق العقد حينئذ لعدم تعين المضمون له إلاّ ان يقبلا معا فيعلم بتحقق القبول ممن له اهلية القبول.

المسألة ۱: الزعيم غارم: لكنه ضعيف سندا و مردود معنى بحسب بعض روايات أهل البيت عليهم السّلام و نظيره في ضعف السند ما بعده من الروايتين، لكن الحق ما في المتن بلا فرق بين التبرعي و الاذني فان في الاذني يرجع الى الآذن فيأخذ ما دفع قليلا أو كثيرا فلا غرر و لا ضرر و في التبرعي هو المقدم على ذلك مجانا. فلا يجري

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۶

و ضمانه لدين محمّد بن اسامة لكنّ الصحّة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين و أما إذا لم يكن كذلك كقولك ضمنت شيئا من دينك فلا يصحّ و لعلّه مراد من قال: إنّ الصحّة إنّما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك فلا يرد عليه ما يقال من عدم الاشكال في الصحّة مع فرض تعيّنه واقعا و إن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم هذا و خالف بعضهم فاشترط العلم به لنفي الغرر و الضرر و ردّ بعدم العموم في الأوّل لإختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات و بالاقدام في الثاني و يمكن الفرق بين الضمان التبرعيّ و الاذنيّ فيعتبر في الثاني دون الأوّل إذ ضمان عليّ بن الحسين عليه السّلام كان تبرّعيا و اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالاذن مع قصد الرجوع على الاذن و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

المسألة ٢: إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّة انتقل الحقّ من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن و تبرء ذمّة المضمون عنه بالاجماع و النصوص خلافا للجمهور حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحّة ما ذكروه حتّى مع التصريح به على هذا النحو و يمكن الحكم بصحّته حينئذ للعمومات.

فيه دليل الضرر كما لا يجري دليل الغرر لعدم شموله إلاّ للمعاوضات و ان كان غير مختص بالبيع. (لما مرّ من عموم الملاك في دليل غرر البيع و كذا عند العقلاء. و قال الخوئي: لا يكون غرر اصلا في المقام لأخذه ما يدفع، و فيه: انه في التبرعي ليس ذلك. ثم ان النبوي لم يثبت من طرقنا بل في ١/ ١ احكام الضمان: «... ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»، و رواية ضمان السجاد عليه السّلام لدين ابن الحسن ١/ ٥ احكام الضمان مرسلة و ضعيفة بيوسف بن سخت و لدين ابن اسامة ١/ ٣ احكام الضمان ضعيفة باشتراك عبيد اللّه الدهقان).

المسألة ٢: الحكم بصحته: لا يبعد ذلك بنحو التبادل كما يصح بمعنى التعهد بالأداء على فرض عدم اداء المديون ايضا (لعدم منع عقلا من تعدد مكان الدين ذمة بكونه في الذمم المتعددة على التبادل لكونه اعتباريا و شيوع ذلك عند العقلاء و العامة ايضا اعتبرتها و لم يعد خلاف العقلاء و لا منع شرعيا ايضا بل العمومات الواردة في صحة كل عقد تشمله، وفاقا للحكيم (قدّس سرّه) في المسألة ٢٥ و لما عن الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) حيث قال في تعاقب الايادي: «الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلاّ في ذمة واحدة و لأجل ذلك يتعين الالتزام بأن اشتغال ذمة كل واحد من الأيدي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۷

المسألة ٣: إذا أبرء المضمون له ذمّة الضامن برئت ذمّته و ذمّة المضمون عنه و إن أبرء ذمّة المضمون عنه لم يؤثّر شيئا فلا تبرء ذمّة الضامن لعدم المحلّ للابراء بعد برائته بالضمان إلاّ إذا استفيد منه الابراء من الدّين الّذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفا إبراء ذمّة الضامن و أمّا في الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة فان أبرء ذمّة المضمون عنه برئت ذمّة الضامن أيضا و إن أبرء ذمّة الضامن فلا تبرء ذمّة المضمون عنه كذا قالوا و يمكن أن يقال ببرائه ذمّتهما على التقديرين.

المتعاقبة على البدل ... و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة، و يمكن التبادل بمعنى سقوط كل بأداء الآخر و ان اشتغلت جميع الايادي، و دعوى ان الواحد لا يقبل الوجود إلاّ في مكان واحد مدفوعة بأنه في الوجود الحقيقي و هنا اعتباري، و كيف كان فالمقام نظير اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد في الكفائيات. و ما قال الخوئي (قدّس سرّه) من عدم كونه عقدا لكونه التزاما من طرف واحد

فقط فانه تعهد ذمي مجانا فيه: ان الضمان بمعنى نقل المال عقد مسلما يحتاج الى قبول فكذا هنا فانه ايضا نوع نقل تبادلي اي توسيع لمحل المال و يحتاج الى قبول المضمون له ايضا. و أما ما قاله آقا ضياء (قدّس سرّه) من ردع ذلك بأدلة الضمان، فيه: ان الأدلة في الضمان بمعنى النقل فانه ايضا شائع عند العقلاء و هذا امر مقصود شائع في البنوك و غيرها، غير ما ذكر فلا يكون دليل ذاك ردعا لهذه.

المسألة ٣: و ذمة المضمون عنه: أي فلا يرجع عليه الضامن و إلاّ فذمته برئت عند الضمان.

و يمكن ان يقال: قد يراد من الضمان بهذا المعنى كون ذمة الضامن و ثيقة، و قد يراد توسعة محل الدين و انه في كلا الذمتين، و عليه قد يراد بنحو التبادل و قد يراد الضم على نعت جعل الشيئين واحدا فعلى الاول ابراء الضامن لا يفيد ابراء ذمته المضمون عنه بخلاف العكس و على الثاني يفيد كعكسه اذا اريد ابراء الذمة من الدين اساسا لا ابرائها من الضمان و الموارد بحسب الظهورات مختلفة و ان كان الأظهر ما قالوا لا ما قاله الماتن و على الثالث لا يفيد كعكسه. و قال البروجردي و الاستاذ و الشيرازي (قدّس سرّهم) بعدم افادة ابراء الضامن ابراء المضمون عنه بلا تفصيل و فيه ما عرفت.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۸

المسألة ٤: الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له فلا يجوز للضامن فسخه حتّى لو كان باذن المضمون عنه و تبيّن إعساره و كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان و كان جاهلا بإعساره ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و يستفاد من بعض الأخبار أيضا و المدار كما أشرنا إليه في الاعسار و اليسار على حال الضمان فلو كان موسرا ثمّ اعسر لا يجوز له الفسخ كما أنه لو كان معسرا ثمّ أيسر يبقى الخيار و الظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا أو لا و هل يلحق بالاعسار تبيّن كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أو لا وجهان.

المسألة ٤: على المشهور: و هو المنصور و ان كان في دلالة بعض الاخبار اشكال (لدليل لا ضرر و اقدام المضمون له لا يرفع الضرر و إلاّ لجرى ذلك في خيار الغبن ايضا و الجواب الجواب، و حلّه انه لم يقدم مطلقا بل بيسار الضامن كالشرط الضمني فالشرط المبني و حديث لا ضرر دليلان، خلافا للخوئي لم يتعرض إلاّ للخبر و ردّه بأنه في التعليل لا الضمان مع انه بلا اطلاع المضمون له ففي الخبر اشكال مع عدم الارتباط بالمقام و هو كذلك راجع ١/ ٤ الضمان و لحديث الضرر و ردّه بالاقدام و قد مرّ ما فيه، لا يقال: الخيار و الفسخ يوجب ضررا على المضمون عنه لاشتغال ذمته بعد خلوها، اذ هو لا يرتبط بالمعاملة بين الضامن و المضمون له و ايضا هو مترتب على اصل الضمان اي الخلو مربوط بأصل الضمان و الكلام ليس في اصل الضمان، و العجب من الگلپايگاني (قدّس سرّه) لم لم يتعرض لذلك هنا مع افتائه بلزوم رضا المضمون عنه في خيار تخلف الشرط في المسألة بعد).

يبقى الخيار: فيما لم يعلم المضمون له باعساره حتى ايسر ثبوت الخيار محل اشكال (وفاقا للبروجردي و البهبهاني (قدّس سرّهما) لعدم جريان الدليل فيه).

وجهان: و الثبوت اقوى اذا كانت المماطلة معتدا بها، و يختلف ذلك باختلاف مقدار المال و غير ذلك (و الوجه جريان

الدليل فيه فان اليسار مقدمة للوصول و إلاّ فقد يكون الاعسار من الصدّيق الفعال في دينه امكن في النفوس منه كما مرّ في حديث ضمان علي بن الحسين عليه السّلام. و قال آقا ضياء و النجفي (قدّس سرّهما) بعدم ثبوت الخيار مطلقا أو مهما امكن الوصول و لو مع امكان التوسل الى الحاكم و اجباره).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۸۹

المسألة ٥: يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن و المضمون له لعموم أدلّة الشروط و الظاهر جواز اشتراط شيء لكلّ منهما كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوبا أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا و مع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط.

المسألة ٦: إذا تبيّن كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه أو باذنه و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

المسألة ٧: يجوز ضمان الدين الحالّ حالا و مؤجّلا و كذا ضمان المؤجّل حالا و مؤجّلا بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص و القول بعدم صحّة الضمان إلاّ مؤجّلا و أنه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف كالقول بعدم صحّة ضمان الدين المؤجّل حالا أو بأنقص و دعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

و فيه: ان ذلك يجري في خيار الغبن ايضا و الحلّ انه اذا كان كالشرط الضمني فالتزام اصل العقد مشروط فلا يلزم العمل بأصل الضمان).

المسألة ٥: يجوز: (وفاقا لغير واحد من الاعلام، و تأمل البهبهاني (قدّس سرّه) نظرا الى الحكم باللزوم في الشرع بحسب القواعد كما مرّ، فلا ينفسخ حتى بالتقايل فشرط الخيار خلاف مقتضى العقد و نظرا الى ان الفسخ يوجب اشتغال ذمة الضامن بعد تخليته فليس كسائر العقود بين اثنين فقط بل يرتبط بثالث ايضا، و فيه:

اما الاول: فحلّه ان اللزوم حكمه بحسب طبعه لا الاقتضائي العليّ بحيث لا يرفعه شيء و لا دليل على ازيد من ذلك. و اما الثاني: فأصل ذمة المضمون عنه مشغول بدينه من الاول و عقد الضمان يجعلها بريئة بهذا الوجه الخياري لا انه يبرئه قطعا ثم يشغله قطعا).

المسألة ٦: لا يبعد: (لما اشرنا اليه من كون الوصول العادي بمنزلة الشرط الضمني و لذا كان بالخيار في مسألة الاعسار و المماطلة خلافا للخوئي (قدّس سرّه) نظرا الى انه يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه بعد البرائة، و فيه: ان البرائة كانت مشروطة).

المسألة ٧: ضعيف: (حكى ذلك عن نهاية الشيخ، و لا وجه له كما لا وجه للزوم المماثلة في الاجل و الحلول و ليس ذلك من ضمن ما لم يجب على ما حكي عن العلامة لتعلق الضمان بأصل الدين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۰

المسألة ٨: إذا ضمن الدين الحالّ مؤجّلا باذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين فلو أسقط الضامن أجله و أدّى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه لأنّ الّذي عليه كان حالا و لم يصر مؤجّلا بتأجيل الضمان و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حلّ ما عليه و أخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، و احتمال صيرورة

أصل الدين مؤجّلا حتّى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

المسألة ۹: إذا كان الدين مؤجّلا فضمنه الضامن كذلك فمات و حلّ ما عليه و أخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدين لأنّ الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه و كذا لو أسقط أجله و أدّى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل.

المسألة ۱۰: إذا ضمن الدين المؤجّل حالا بإذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك و إلّا فلا يجوز إلّا بعد انقضاء الأجل و الاذن في الضمان أعم من كونه حالا.

المسألة ۱۱: إذا ضمن الدين المؤجّل بأقلّ من أجله و أدّاه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله و إذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أدّاه جاز له الرجوع عليه على ما مرّ من أنّ أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجّلا و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه.

ـــــــــــــــــــــ

المسألة ۸: لا للدين: لكن الضمان بدّل الذمة و جعل المضمون عنه برئيا و صار الضامن مديونا فاذا كان اذن المضمون عنه مقيدا بالأجل فالرجوع عليه حالا مشكل بخلاف الفرض بعد (فان الحلول مقتضى الموت في اجل الدين بحسب الشرع و ليس من عمل الضامن و اقدامه و مقتضى ذلك الرجوع الى المضمون عنه اذا كان باذنه، خلافا للخوئي (قدّس سرّه) فعكس الامر، و الظاهر عدم وجه له و لو قبل الفرعين كما في المتن كما قبله الاكثر كان احسن و كذا لو استشكلهما).

المسألة ۹: ليس لوارثه: فيه اشكال بل منع بخلاف اقدام الضامن على الاداء حالا (فان الحلول بالموت مقتضى الدين شرعا، و الظاهر ان الاذن بالأداء و ان كان مؤجلا لكنه على طبق قاعدة الدين كلا و هو كذلك كما مر في المسألة قبل).

المسألة ۱۰: باذن المضمون عنه: اي باذنه في اصل الضمان لا الحلول ايضا و لذا فرّع عليه الفرع.

المسألة ۱۱: إلّا بعد انقضاء اجله: فيه منع إلّا اذا كان الاذن مربوطا بأصل الضمان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۱

المسألة ۱۲: إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمّته و لم يكن له الرجوع عليه و إن كان أداؤه بإذنه أو أمره إلّا أن يأذن له في الأداء عنه تبرّعا منه في وفاء دينه كأن يقول: أدّ ما ضمنت عنّي و ارجع به عليّ على إشكال في هذه الصورة أيضا من حيث إنّ مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به و إذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء و إن لم يكن بإذنه لأنه بمجرّد الاذن في الضمان اشتغلت ذمّته من غير توقّف على شيء نعم لو أذن له في الضمان تبرّعا فضمن ليس له الرجوع عليه لأنّ الاذن على هذا الوجه كلا إذن.

المسألة ۱۳: ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الاذن إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى فليس له المطالبة قبله إمّا لأنّ ذمّة الضامن و إن اشتغلت حين الضمان بمجرّده إلّا أنّ ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد الأداء و بمقداره و إمّا لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه و إمّا لأنها و إن اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء و ظاهرهم هو الوجه الأوّل و على أيّ حال لا خلاف في أصل الحكم و إن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة و اشتغال ذمّته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمّة الضامن سواء أدّى أو لم يؤدّ فالحكم المذكور على

خلاف القاعدة ثبت بالاجماع و خصوص

لا الاجل المذكور فيه و كذا فيما بعده من الفرع، نعم في الموت يصح ما ذكره لما ذكرنا قبلا.

المسألة ١٢: على اشكال: الظاهر عدم توجه الاشكال فانه في الحقيقة تبرع من المضمون عنه قبال تبرع الضامن فيؤدي الضامن ما قبله المضمون عنه، عنه (وفاقا للخوئي و البهبهاني (قدّس سرّهما) و بعض آخر فليس وعدا مجردا بل التصريح بالتضمين معناه تقبّل ما تقبّله الضامن بأمر الضامن بأدائه حتى يدفع اليه المضمون عنه).

المسألة ١٣: هو الوجه الاول: و هو الاقوى اخذا بالمتيقن (توضيحه انه اذا كان الضمان بأمر المضمون عنه فالقاعدة الاولية لا تقتضي سوى اشتغال ذمة المضمون عنه عند الاداء بمقدار الاداء من باب ضمان الاستيفاء و الامر بالاتلاف، و اذا كان باذنه فقط بلا استدعاء و امر، فالقاعدة لا تقتضي شيئا لكن الدليل اثبت الضمان و المتيقن منه ايضا بعد الاداء بقدر الاداء (فان الخبر ١/ ١٣ احكام الضمان دل على انه ليس له إلاّ الذي صالح و هو مطلق يحمل على صورة الامر أو الاذن بالاجماع على النفي في غيرهما و عبائر القوم مختلفة بعضها موضوعه السؤال اي سؤال المضمون عنه كما في عبارة التذكرة و بعضها الاذن، و لا يتعرض الخبر لوقت اشتغال الذمة بل لمقدار الاشتغال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۲

الخبر عن رجل ضمن ضمانا ثمّ صالح عليه قال: ليس له إلاّ الّذي صالح عليه بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلاّ ما خسر و يتفرّع على ما ذكروه أنّ المضمون له لو أبرأ ذمّة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا و إن أبرءه من البعض ليس له الرجوع بمقداره و كذا لو صالح معه بالأقلّ كما هو مورد الخبر و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرّعا فأدّى فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه و إن كان بإذنه و كذا لو وفاه عنه غيره تبرّعا.

المسألة ١٤: لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة فالظاهر أنّ له الرجوع على المضمون عنه و لا يكون ذلك في حكم الابراء و كذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبة و أمّا لو و هبه ما في ذمّته فهل: كالابراء أو لا؟ وجهان و لو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

المسألة ١٥: لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقلّ من الدين أو وفاه الضامن بما يسوى أقلّ منه فقد صرّح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلاّ بمقدار ما يسوى و هو مشكل بعد كون الحكم

اي ما صالح المضمون له عليه فلا يدل على ازيد من وقت الاداء، فالوجه الاول هو الاظهر اخذا بالمتيقن وفاقا للاكثر، و قال البروجردي: القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه من حين الضمان و الخبر لا ينفيه فهو الحق، و فيه السؤال عن القاعدة المقتضية ذلك فحقيقة الامر ما ذكرنا).

المسألة ١٤: فالظاهر ان له الرجوع: (و لا وجه لاشكال النجفي (قدّس سرّه) في ذلك اصلا فانه باستحقاق نفسه).

وجهان: مفهوم الهبة غير الابراء و يصح هبة ما في الذمة ايضا على الاظهر، نعم لو اريد جعلها كناية عن الابراء فلها حكمها و المفهوم يختلف بحسب الموارد.

(و بذلك يرتفع الخلاف بين الاكثر و مثل الخوئي (قدّس سرّه) و صرح آقا ضياء بأنه ابراء بلفظ الهبة و لا تصح الهبة

إلاّ في الاعيان و لو من جهة استفادته من شرطية القبض، و فيه: ان امكان اشتراط القبض في نوع منها فقط و لا نسلم تساويه مع اصل الهبة).

لم يسقط: (و لا وجه للسقوط اصلا فانه اظهر من الاستحقاق بالزكاة و مثلها بخلاف الهبة لاحتمال ارادة الابراء و غيره، فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) بالاعتراض على الفرق في المتن).

المسألة ۱۵: مشكل: اذا كان الصلح بعنوان معاملة جديدة، فالحق عدم شمول

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۳

على خلاف القاعدة و كون القدر المسلم غير هذه الصور و ظاهر خبر الصلح الرضا من الدّين بأقلّ منه لا ما إذا صالحه بما يسوى أقلّ منه و أمّا لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.

المسألة ١٦: إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه فان كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عمّاله عليه فلا إشكال و يكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلاّ بالتعدّي أو التفريط و إن كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمّته حين الضمان و إن لم يجب عليه دفعه إلاّ بعد أداء الضامن أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح و يحتسب وفاء لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني و إن قلنا إنّه لا تشتغل ذمّته إلاّ بالأداء و حينه كما هو ظاهر المشهور فيشكل صحّته وفاء لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد و بعد الأداء ليس له الاحتساب إلاّ بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.

المسألة ١٧: لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنّي إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان فدفع برئت ذمّتهما معا أمّا الضامن فلأنّه قد أدّى دينه و أمّا المضمون عنه فلانّ المفروض أنّ الضامن لم يخسر كذا قد يقال و الأوجه أن يقال إنّ الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمّته بالأداء و المفروض أنّ ذمّة المضمون عنه أيضا مشغولة له حيث إنّه أذن له في الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بأمره و لاشتغال ذمّة المضمون عنه حيث إنّ الضمان بإذنه و قد

الخبر ١/ ١٣ له و جواز الرجوع بالدين و اذا كان النظر الى تقليل الدين فلا يجوز إلاّ بما صالح و يجري الوجهان في البيع ايضا و ان كان في الصلح اظهر (وفاقا لبعض المحشين و خلافا للاكثر فان ظاهر الخبر انه صالح على الدين فالنظر الى قليل الدين لا المعاملة و ان كان الثمن موجودا في الذمة و هو الدين المعين).

المسألة ١٦: فيشكل: ان كان الاذن في الدفع مقيدا بالوفاء من باب وحدة المطلوب و حينئذ يحتاج الى اذن جديد و لو شك في ذلك فيستصحب و لا يحتاج الى العلم أو تجديد الاذن، (فلا يرد اشكال الحكيم (قدّس سرّه) بامكان الاستصحاب و لا كلام الخوئي (قدّس سرّه) بعدم جريان الاستصحاب لتعدد الموضوع، لفرق الموارد على ما ذكرنا).

المسألة ١٧: و الأوجه ان يقال: (وجه الأوجهية ان صرف عدم خسران الضامن لا يكون دليلا على برائة ذمة المضمون عنه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۴

و فى الضامن فيتهاتران أو يتقاصّان و إشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمّة الضامن بالقول المزبور في غير محلّه.

المسألة ١٨: إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برءا معا كما لو دفعه أجنبيّ عنه.
المسألة ١٩: إذا ضمن تبرّعا فضمن عنه ضامن بإذنه و أدّى ليس له الرجوع على المضمون عنه بل على الضامن بل و كذا لو ضمن بالاذن يضمن عنه ضامن بإذنه فانّه بالأداء يرجع على الضامن و يرجع هو على المضمون عنه الأوّل.
المسألة ٢٠: يجوز أن يضمن الدين بأقلّ منه برضى المضمون له و كذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه و في الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلاّ بذلك الأقلّ كما أنّ في الثانية لا يرجع عليه إلاّ بمقدار الدين إلاّ إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

و في الضامن: اي و في الضامن بمؤدى الضمان الاول بأداء المضمون له في الضمان الثاني لكن عن النسخة المصحّحة و في المضمون عنه اي قد وفى بالضمان الثاني، و الحاصل ان الاداء من المضمون عنه يوجب اشتغال ذمة الضامن و المضمون عنه فيتهاتران، و ان شئت قلت: يتقاصان اي قهريا و هو التهاتر لا الاختياري الذي هو من عمل المكلف عند ظلم المديون على الدائن فيقاصه الدائن. (نقل النجفي (قدّس سرّه) ان النسخة المصححة و في المضمون عنه، و قال الخوئي (قدّس سرّه): الضامن من سهو القلم او الناسخ، لكن مرّ امكان المعنى له كما ان التقاص لعل المراد القهري منه كما احتمل الحكيم و النجفي (قدّس سرّهما) فلا يرد عليه اشكال الاستاذ و الخوئي و ... (قدّس سرّهم))
اشكال صاحب الجواهر: اي على المسالك القائل بالتقاص القهري، بأنه لم يكن قرض حتى يكون تقاص و فيه عدم لزوم ذلك فان وقوع الضمان بأمره كاف في اشتغال الذمة.
المسألة ٢٠: بأكثر منه: بأن يكون الزيادة بنحو شرط النتيجة أو شرط الفعل في قبال قبول تبديل مكان الدين من ذمة الى ذمة كما ان الضمان بالأقل يرجع الى الابراء بقدر منه لكن شرط الفعل لا يوجب إلاّ التكليف (فلا يكون من الربا المحرم و لو كان في قبال نفس الدين لم يشمله دليل الضمان لانه نقل الدين و تبديل مكانه و لا معاوضة و ان اشبه المعاوضة و لذلك فيه شبهة الربا بناء على جريانه في مطلق المعاوضات

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۵

المسألة ٢١: يجوز الضمان بغير جنس الدين كما يجوز الوفاء بغير الجنس و ليس له أن يرجع على المضمون عنه إلاّ بالجنس الّذي عليه إلاّ برضاه.
المسألة ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانة فيرهن بعد الضمان بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلانيّ رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان.

و لو كان كذلك لتوجه الاشكال في الضمان بالأقل ايضا فلا وجه لتفكيك الاستاذ و البهبهاني و البروجردي و الخوئي (قدّس سرّه) في الفرق بين القلة و الزيادة. و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) في شرط النتيجة هنا بلا بيع و امثاله و في شرط الفعل بأنه لا يوجب اشتغال الذمة، و فيه: ان التمليك يتحقق عقلائيا بنحو شرط النتيجة ايضا اي الشرط ايضا من عوامله عند العقلاء و اذا قال: بشرط كون كذا ملكا لي مثلا معناه التملك و قبول الطرف معناه التمليك. نعم بنحو شرط الفعل لا يوجب إلاّ التكليف كما مر نظيره).
المسألة ٢١: بغير جنس الدين: أي يشترط الاداء من غير الجنس و إلاّ فهو خارج عن الضمان المصطلح و يكون في

الحقيقة نوع معاوضة إلاّ ان يجري الضمان في المالية لا المال و لا بأس به و ان كان فردا خفيا لدليل الضمان المصطلح. (كما اشار الى اصل الحكم الگلپايگاني (قدّس سرّه) قال: و إلاّ فمشكل، و فيه: امكان تصحيحه عقدا مستقلا).

إلاّ برضاه: و إلاّ ان يكون ذلك الوفاء بأمر من المضمون عنه (للسيرة العقلائية عند امره به).

المسألة ٢٢: بشرط الرهانة: و لو لم يرهن فالظاهر ثبوت الخيار كما مرّ في نظيره (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) نظرا الى ان ثبوت الخيار في الضمان خلاف القاعدة لارتباطه بالشخص الثالث و قد مرّ ما فيه من التضيق من بدء الامر لا ايجاد الاشتغال بعد البرائة القطعية).

شرط النتيجة: و يراعى القبض فانه شرط في صحة الرهن (و قال السيد جمال (قدّس سرّه): و في اشتراط القبض في صحة الرهن حينئذ وجهان، و فيه: انه لا وجه لنفي الاشتراط بصرف كونه شرط النتيجة إلاّ ان يقال: مقتضى شرط النتيجة تحقق الرهن و مقتضى شرطية القبض عدم تحققه و يتنافيان، لكن يمكن الحلّ بنحو الشرط المتأخر على الكشف حقيقة أو حكما. كما ان اشكالي الحكيم (قدّس سرّه) في شرط

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۶

المسألة ٢٣: إذا كان على الدين الّذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا يظهر من المسالك و الجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء لكنّه لا يخلو عن إشكال هذا مع الاطلاق و أمّا مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتّبع.

المسألة ٢٤: يجوز اشتراط الضمان في مال معيّن على وجه التقييد أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام و حينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه و على الأوّل إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان و يرجع المضمون له على المضمون عنه كما أنه إذا نقص

النتيجة للزوم كون النتيجة ملكا لمالكه و ليس لان المربوط به هو العمل المصدري لا حاصل المصدر، و ان صيغة الشرط تجعل تمليك الشرط لا نفس المشروط فلا نتيجة، ثم قبل عدم لزوم الملكية في الشرط و انما هو التزام فقط ثم ردّ لذلك نذر النتيجة، مقدوحان بوجود الملكية بمعناها الاعم اي كونه تحت اختياره و ايضا الشرط يجعل الشروط للمشروط له و يصح نذر النتيجة ايضا لذلك).

المسألة ٢٣: عن اشكال: لكن الفك اقوى (نظرا الى كونه رهنا على الدين الخاص اي في ذمة زيد لا المطلق الشامل لذمة غيره ايضا، قال الخوئي (قدّس سرّه): وجه الفك ان الضمان ليس نقل الدين من ذمة الى اخرى بل اسقاط ثم ايجاد في ذمة اخرى، فيه: عدم كون ذلك عقلائيا بل هو النقل كما هو المشهور لكن الرهن على كونه في ذمة خاصة لا مطلقا نع لو فرض كونه رهنا على مطلقه في أي ذمة كان، كان عدم الفك اقوى كما قال آقا ضياء).

المسألة ٢٤: على وجه التقييد: لا بأن يكون قيدا في الضمان ليكون من التعليق المبطل بل قيدا للمضمون في الذمة كما في الكلي في المعين و يكون المال حينئذ نظير متعلق حق الرهانة (فلا وجه لاشكال الخوئي و الگلپايگاني و البروجردي (قدّس سرّهم) و منع البهبهاني (قدّس سرّه) اصل المسألة و لو بنحو الاشتراط و كأنه لأجل تنافي الذمة و المال المعين، أو لأجل عدم فائدة في هذا الاشتراط لعدم تصور الخيار عنده (قدّس سرّه) في الضمان، و فيه عدم التنافي كما في المعين من الكلي، و الخيار متصور كما مرّ.

و قال الخوئي: لا يتصور الخيار اصلا في الضمان فانه فيما يفرض فيه ذلك بخلاف مثل النكاح مما لا يتصور فيه الخيار مع ان الضمان ليس بين الطرفين فقط لدخالة حق المضمون عنه ايضا و استلزام الخيار ضمانه بعد فراغ ذمته، و فيه ما مرّ، مع ان الضمان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۷

يبقى الناقص في عهدته و على الثاني لا يبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما و مع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ و أمّا جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصحّ.

لا يقاس على النكاح لعدم نص أو اجماع كما في النكاح. فتحصل تصور التقييد و الاشتراط كليهما. ثم ان المال حينئذ على التقييد متعلق حق الرهانة و لا يشبه حق الجناية للفرق بينهما بثبوت الدين في الذمة في الرهانة لا الجناية لعدم ثبوت في الذمة في الجناية أي جناية العبد بل يتعلق بنفس العبد لا ذمة المولى، و بعد جواز التصرف في الرهن دون حق الجنابة فيمكن بيع العبد مع ما يتعلق برقبته.

ثم ان التقييد اما يرجع الى الدين نفسه أو الى الدين المضمون و لا اشكال فيهما كما قلنا أو الى الاداء من مال خاص و الضمان حينئذ معلق على هذا الاداء و هذا مع كونه من التعليق المبطل عند القوم اجماعا، غير معتبر عقلائيا لكون رتبة الاداء بعد الضمان بل يشبه الدور اذ الاداء متقوم بكونه وفاء الضمان فلا يمكن تعليق الضمان عليه.

ثم ان شرط الضمان من مال خاص اذا كان بنحو الاشتراط يمكن ان يكون بنحو شرط النتيجة اي ينعقد الضمان من هذا المال و لا تخلف فيه حينئذ بناء على تحقق الضمان بإنشاء الشرط).

الشرط من الضامن: بمعنى عدم تعهد الزامي من الضامن حينئذ بالأداء من بدل ذلك المال. (و الظاهر عدم اشكال في ذلك فانه نتيجة الخيار، فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض آخر بعدم تصور الخيار).

الدين في عهدة ذلك المال: اي بأن يسقط عن ذمة المضمون عنه و لا يكون في ذمة الضامن ايضا و لا معنى حينئذ لهذا الضمان و لو اريد نقل المال من الذمة الى المال و جعله نظير حق الجناية لاحتاج الى دليل شرعي و لا دليل على ذلك في غير حق الجناية كما ليس الضمان بهذا المعنى عند العقلاء و لو اريد تصحيح ذلك بالعمومات كدليل الوفاء بالعقود فلا بد من التوجه الى جميع لوازم ذلك هل هو كحق الرهانة فذلك لا يمكن بدون تصور دين ذميّ، أو كحق الجناية فذلك يقتضي تبعية طلب الدائن للعين مع جواز بيعه و سائر التصرفات الناقلة و ذلك يحتاج الى اعتبار عقلائي و هو مفقود هنا، بل و كذلك في حق الجناية لكنه اثبته الشارع. و اما اعتبار العهدة للمال على ما هو ظاهر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۸

المسألة ٢٥: إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه فان قلنا إنّ الضامن هو المولى للانفهام العرفي أو لقرائن خارجيّة يكون من اشتراط الضمان في مال معيّن و هو الكسب الذي للمولى و حينئذ فاذا مات العبد تبقى ذمّة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود و يبطل إن كان على وجه التقييد و إن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه و إن قلنا إنّ الضامن هو المملوك و إنّ مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان فاذا مات لا يجب على

المولى شيء و تبقى ذمّة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة و نحوها و إن انعتق يبقى الوجوب عليه.
المسألة ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فإمّا أن يكون على التعاقب أو دفعة فعلى الأوّل الضامن من رضي المضمون له بضمانه و لو أطلق الرضا بها كان الضامن هو السابق و يحتمل قويا كونه كما إذا ضمنا دفعة خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له فانّ الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا و على الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن و إن رضي بهما معا ففي بطلانه كما عن المختلف و جامع المقاصد و اختاره صاحب الجواهر أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة و هكذا أو ضمان كلّ منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي وجوه أقواها الأخير و عليه إذا أبرء المضمون له واحدا منهما برء دون الآخر إلاّ إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمّة ذلك الواحد.

المتن فلا وجه له اصلا و قد مر منه (قدّس سرّه) نظير ذلك في تصوير العهدة للشجر. فلا وجه بعد ذلك لتجويز الحكيم و تبعه بعض اهل العصر من باب العمومات.

المسألة ٢٥: ذمة المولى مشغولة: بل الظاهر انه حينئذ من باب تعذر الاداء لاشتراط الاداء من مال مخصوص فعلى التقييد يبطل و على الشرط للمشروط له الخيار و الانعتاق مثل ذلك (و قال الخوئي (قدّس سرّه): ذمة المولى مشغولة في كليهما و كأنه نظرا الى ما قال من عدم تصور الاشتراط في مال خاص، و فيه ما مرّ).

المسألة ٢٦: ضمنا دفعة: و هو الصحيح لعدم العبرة بالايجاب فقط لكون الضمان عقدا لكن اذا تعقب كل ضمان قبول فان القبول لازم لا يتم العقد بدونه و لو قلنا بكفاية الرضا فليس هو كالرضا في اجازة الفضولي بل كقبول القابل فهو ناقل لا كاشف.

اقويهما الأخير: لو كان المراد من الضمان حينئذ ضم ذمة الى اخرى و إلاّ فالاقوى البطلان لعدم امكان ضمان اكثر من واحد تمام المال، إلاّ ان يراد ضمان مجموع الافراد لمجموع المال فيقسط على السواء بينهم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۴۹۹

المسألة ٢٧: إذا كان له على رجلين مال فضمن كلّ منهما ما على الآخر باذنه فان رضي المضمون له بهما صحّ و حينئذ فان كان الدينان متماثلين جنسا و قدرا تحوّل ما على كلّ منهما إلى ذمّة الآخر و يظهر الثمر في الاعسار و اليسار و في كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناء على افتكاك الرهن بالضمان و إن كانا مختلفين قدرا أو جنسا أو تعجيلا و تاجيلا أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر و إن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه و حينئذ فان أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى حيث إنّ المفروض كونه مأذونا منه و إن أدّى البعض فان قصد كونه ممّا عليه أصلا أو ممّا عليه ضمانا فهو المتبّع و يقبل قوله إن ادعى ذلك و إن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط و يحتمل القرعة و يحتمل كونه مخيّرا في التعيين بعد ذلك و الأظهر الأوّل و كذا الحال في نظائر المسألة كما إذا كان عليه دين عليه رهن و دين و آخر لا رهن عليه فأدّى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن مبيع و هكذا فانّ الظاهر في الجميع التقسيط و كذا الحال إذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدّينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي و يقبل قوله إذا ادّعى التعيين في القصد لأنه لا يعلم إلاّ من قبله.

المسألة ٢٨: لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه كما لا يشترط العلم بمقداره فلو

ادّعى رجل على آخر دينا فقال: عليّ ما عليه صحّ و حينئذ فان ثبت بالبيّنة يجب عليه أداؤه سواء كانت سابقة أو لاحقة و كذا إن ثبت بالاقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك

المسألة ۲۷: التقسيط: الأظهر وقوعه عن دين نفسه اصالة فان اداء دين الغير يحتاج الى قصد زائد و هذا قانون عام في كل ما يحتاج الوقوع عنه الى قصد زائد.

(و أما التقسيط فلا وجه له بعد عدم قصد الغير كما ان القرعة للمشكل و لا مشكل هنا، فلا وجه لقول الاستاذ (قدّس سرّه) بالقرعة كما تأمل هو في التقسيط و جعل القرعة اقرب و اقرب منها ما ذكرنا، و لا وجه للبطلان ايضا على ما ذكره البهبهاني (قدّس سرّه) و هو الاحتمال الذي ذكره الماتن اخيرا اي بقاء حق التعيين بعدا، و هو الظاهر في مثل الصوم لعدم امكان التغيير عما وقع و عدم تصحيح النية الواقعة بعدا العمل الواقع قبلا).

المسألة ۲۸: لا يشترط: (و لا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) و تأمله في المقام نظرا الى الغرر، اذ فيه ما مرّ من عدم كون الضمان من المعاوضات و ان اشبهها، و ان نقبل عموم الغرر لغير البيع نظرا الى عموم الملاك في دليله، و يمكن كون الاشكال من جهة التعليق لعدم ثبوت الدين، و فيه ما مرّ من عدم الاشكال في التعليق المربوط بمقومات العقد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۰

و أمّا إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجّة على الضامن إذا أنكره و يلزم عنه بأدائه في الظاهر و لو اختلف الضامن و المضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقرّ الضامن أو ردّ اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرا و إن كان أصل الضمان بإذنه و لا بدّ في البيّنة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداؤه.

المسألة ۲۹: لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البيّنة وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلّم بهذا الكلام لأنّها طريق إلى الواقع و كاشف عن كون الدين ثابتا حينه فما في الشرايع من الحكم بعدم الصحّة لا وجه له و لا للتعليل الذي ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّة إلاّ أن يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت بعد الضمان و أمّا ما في الجواهر من أنّ مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمّته لتكون البيّنة طريقا بل جعل العنوان ما يثبت بها و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها فهو كما ترى لا وجه له.

بأدائه في الظاهر: عن نفسه أو بنية الاعم من كونه عليه أو على الضامن (و لا وجه لاشكال الآقا ضياء (قدّس سرّه) و تبعه بعض آخر من انه «اذا قبل المضمون ضمان الضامن فقد اقر بعدم ثبوت الدين إلاّ على الضامن لا المضمون عنه فلا وجه للأخذ من المضمون عنه» اذ الاقرار لا يوجب الدين السابق على الضمان فلا يثبت على الضامن و حيث أقر المضمون عنه فيقر بالدين السابق و ان لا يثبته فلا بد ان يؤدي دينه عن نفسه أو بنحو الاعم ممن كونه عليه أو على الضامن، و الاداء حينئذ واجب من جهة عدم اذن المضمون له بالضمان إلاّ لأخذ حصة لا بهذا الضمان غير المتعهد

بالاداء فلا اذن له بهذا الضمان. و قال الخوئي (قدّس سرّه): عن الضامن، و لا وجه له لعدم قصد اداء دين الضامن مسلما، بل لا يصح هذا الضمان لكونه غير مأذون عن المضمون له لما ذكرنا).

اصل الضمان باذنه: اي بوجه كلي في ديونه أو هذا مقيدا بالاثبات عليه لا باقرار الضامن فانه لا يثبت على المضمون منه.

المسألة ۲۹: كما ترى لا وجه له: إلاّ ان يراد ضمان الدين الثابت بالبينة حين التكلم بحيث كان الاثبات حين التكلم على وجه التقييد و لعله مراد المحقق و غيره (و لعله مراد الاستاذ من التقييد قبال المعرّف و أما ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من عدم صحة الموضوعية للبينة فانها طريق، ففيه: ان صرف ذلك لا يكفي للتوجيه بل لا بد ان يكون

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۱

المسألة ۳۰: يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر و يضمن عنه المضمون عنه الأصيل و ما عن المبسوط من عدم صحّته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلا و بالعكس و لعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان، مردود بأنّ الأوّل غير صالح للمانعيّة بل الثاني أيضا كذلك مع أنّ الفائدة يظهر في الاعسار و اليسار و في الحلول و التأجيل و الاذن و عدمه و كذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

المسألة ۳۱: إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه الّتي تنطبق عليه إذا كانت ذمّته مشغولة بها فعلا بل و إن لم تشتغل فعلا على إشكال.

المراد كون الاثبات ايضا حين التكلم، و قال البروجردي (قدّس سرّه): مراد الشيخ و من تبعه لزوم كون الضمان واردا على الدين فلا بد من اخذ عنوان الدين أو ما يشار اليه و ليس من ذلك عنوان ما شهدت به البينة، و فيه: ان ما الموصولة اشارة الى عنوان الدين، و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): الاشكال من جهة عدم ثبوت اصل الدين حين الضمان، و كأنه من التعليق، و فيه ما مرّ).

المسألة ۳۰: لعدم الفائدة: (و فيه عدم دخالة الفائدة في شمول العمومات لعدم لزوم الفائدة في كل مورد مورد لتعلق جعل القانون بكلي الموضوع، فلا وجه لحاشية النجفي هنا).

المسألة ۳۱: من طرف الخمس: بل الاظهر عدم الجواز حتى مع اشتغال ذمته (و ان اراد كون الضامن هو الاموال الشرعية لاستلزام كون الدين و المدين واحدا، و ان اراد كون الضامن هو الشخص الذي عليه الحق الشرعي فلا وجه له اصلا لعدم جواز اداء وجه الضمان الذي هو دين الشخص الموسر من الحق الشرعي، لعدم ولاية المؤدي في الخمس و نحوه على الاقتراض و نحوه، بحسابه بل قيل بعدم ولاية الحاكم ايضا على ذلك بل يتولى صرفه، و لكن الحق جوازها اذا كان بمصلحة المستحقين اذ اصل التصرف ايضا صار جائزا للحاكم بلحاظ مصالحهم لا بلحاظ صرف ايصال مالهم اليهم بما انهم قاصرون بل في ولاية مال الطفل ايضا يجوز ذلك فانه احسان محض، و يفهم ذلك من آية: **لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي احسن**، لإمكان اخذ الاطلاق من المستثنى كالمستثنى منه فان الاحسن ذلك لا الصرف فقط حتى يتم المال مع ان تصرف الحاكم في سهم الامام عليه السّلام اما من باب القطع بالرضا و لعل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۲

المسألة ٣٢: إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعيّ بل و لآحاد الفقراء على إشكال.

المسألة ٣٣: إذا ضمن في مرض موته فان كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل لأنه ليس من التبرّعات بل هو نظير القرض و البيع بثمن المثل نسيئة و إن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجّزات نعم على القول بالثلث يخرج منه.

المسألة ٣٤: إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحّ ضمانه كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة و كما إذا اشترط أداء الدين من مال معيّن للمديون و كذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعين كما إذا باع صاعا من صبرة معيّنة فانه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.

المسألة ٣٥: يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لأنّها دين على الزوج و كذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذ و إن لم تكن مستقرّة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناء

الأقطع تصرف يوجب ازدياد المال كالتجارة و نحوها مما يوجب الثروة و لذا ما تستلزمها التجارة من القرض و الاداء و غير ذلك، فتامل. و اما من باب مقام الولاية بالاصالة، و الولاية تقتضي التصرف الاحسن. و اما في صورة عدم اشتغال الذمة فاشكاله ما مر نظيره من كونه ضمان ما لم يجب و كونه من التعليق و مرّ ما فيه).

المسألة ٣٢: جاز ان يضمن: باذن أوامر من المضمون عنه قاصدا للقربة و لا يصح الضمان التبرعي لكون الدين حينئذ عباديا. (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه)، و غيره منع مطلقا و لا وجه له لعدم لزوم مالكية المضمون له و كفاية الولاية).

على اشكال: بل منع (لعدم ولاية آحادهم على ذلك).

المسألة ٣٣: كسائر المنجزات: على ما يأتي في محله.

المسألة ٣٤: و الاداء من غيرها: و أما الاداء منها فلا يبعد صحته ضمانا اصطلاحيا كما يصح ضمان التعهد و لو على فرض كونه خارجيا (لكونه كليا على التحقيق و كونه في المعين قيد للكلي و لا يجعله عينا خارجيا مع انه لو كان عينا يصح ضمان التعهد فيه على ما مرّ. فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) بعدم الصحة على فرض الاداء منها).

المسألة ٣٥: نفقة اليوم الحاضر: لكن ضمانها مراعى لامكان النشوز.

لا يبعد صحته: (لما مرّ من كفاية المقتضى وفاقا للمتن لعدم منع هذا النوع من التعليق على ما مرّ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۳

على سقوطها بذلك و أمّا النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب و لكن لا يبعد صحّته لكفاية وجود المقتضي و هو الزوجيّة و أمّا نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى لعدم كونها دينا على من كانت عليه إلّا إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه أو أذن له الحاكم في ذلك إذ حينئذ يكون دينا عليه و أما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب مضافا إلى أنّ وجوب الانفاق حكم تكليفيّ و لا تكون النفقة في ذمّته و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

المسألة ٣٦: الأقوى جواز ضمان مال الكتابة سواء كانت مشروطة أو مطلقة لأنّه دين في ذمّة العبد و إن لم يكن مستقرّا لإمكان تعجيز نفسه و القول بعدم الجواز مطلقا أو في خصوص المشروط معلّلا بأنه ليس بلازم و لا يؤل إلى اللزوم

ضعيف كتعليله و ربما يعلّل بأنّ لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم فيكون في الفرع لازما مع أنه في الأصل غير لازم و هو أيضا كما ترى.

فمن ضمان ما لم يجب: إلّا اذا اذن في الاستقراض و حينئذ فالاظهر الصحة (قال غير واحد من المحشين لا اشكال في البطلان، و لعله في غير الاستقراض باذنه و إلّا فلا اشكال في الصحة. نعم، فيما لم يستقرض و لم يأذن فلا يصح لكونه حكما تكليفا لعدم ورود ما ورد في نفقة الزوجة مثل قوله تعالى: **و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف** الظاهر في الملكية لا فعل الانفاق هنا، راجع روايات الباب ١١ نفقات الوسائل الدالة على الاجبار و التكليف فقط لا ملكية النفقة مثل صحيح ١١/ ٢:

لا يجبر الرجل إلّا على نفقة الابوين و الولد. و هل يجب الرزق، بالفعل كالخبز أو يكفي الحنطة مثلا أو ثمنه اذا كان يحصل الرزق و الكسوة بسهولة؟ لا يبعد الاخير لكونه المتعارف بلا نكير، و تحمل الاية على التعارف).

المسألة ٣٦: مال الكتابة: سيما في الضمان بمعنى تعهد الاداء. (و لا وجه للاشكال كما استشكل السيد جمال (قدّس سرّه) و غير واحد لثبوت الدين في الذمة و لو مراعى و صرف عدم لزوم الدين أو كونه لا يؤول الى اللزوم في المشروط، للجواز قبل اداء التمام و بعده ينعتق فلا موضوع حينئذ لا يوجب البطلان لمنع عدم اللزوم من طرف العبد و هو الدائن و ليس له التعجيز مع ان لزوم الدين غير لازم، كما ان زيادة الفرع على الاصل لا تعد اشكالا كما في اعسار الاصل و يسار الفرع، و لا وجه لعدم شمول العمومات حينئذ كما قال النجفي اذا شك في اعتبار اللزوم أو في لزوم دينه، لعدم اعتباره اولا و لشمول العموم على فرض الشك إلّا ان يشك في صدق الضمان عرفا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۴

المسألة ٣٧: اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل و كذا مال السبق و الرماية فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمّة قبل العمل و الأقوى وفاقا لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته في الذمّة من الأوّل و سقوطه إذا لم يعمل و لا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل إذ الظاهر أنّ الثبوت إنما هو بالعمل بل لقوله تعالى «و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم» و لكفاية المقتضي للثبوت في صحّة الضمان و منع اعتبار الثبوت الفعليّ كما أشرنا إليه سابقا.

المسألة ٣٨: اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما على قولين ذهب إلى كلّ منهما جماعة و الأقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردّها عينا و مثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت و ذلك لعموم قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: الزعيم غارم، و العمومات العامّة مثل قوله تعالى «**أوفوا بالعقود**» و دعوى أنه على

و ليس كذلك، نعم لو قيل بعدم ذمة للعبد و لو المكاتب لعدم اعتبار ملكية فلا ذمة له ايضا فلا دين حتى يكون ضمان هناك، لكنه ممنوع اولا و ثانيا مع امكان الضمان بمعنى تعهد الاداء ايضا كما مرّ).

المسألة ٣٧: لقوله تعالى: الكريمة غير مربوطة بالضمان المصطلح (لاتحاد الجاعل و الضامن بحسب ظاهر الكريمة فالاظهر انها في الضمان بمعنى التعهد. و كيف كان، فأصل الحكم صحيح لكفاية المقتضي على ما مرّ، و فرّق الخوئي

(قدّس سرّه) بين الجعالة و بين السبق و الرماية بأن ضمان مال الجعالة بمعنى الأمر بالعمل و هو يقتضي الضمان لكن السبق و الرماية من القمار المشروع و يقدر بقدر الدليل و هو غير المقام، و فيه: ان الضمان في الجعالة حينئذ يختلف انشائه عما فرضه و ان كان هو بذلك المعنى ايضا صحيحا، لكن مرّ صحة المصطلح ايضا و تعليقه لا يضر. و ايضا ضمان مال السبق و الرماية لا يؤثر في شمول دليلهما و لا ربط له بمشروعية اصل السبق و الرماية، اعني انه اذا ثبت المشروعية فما عليه القرار مال كسائر الاموال. و مرّ كفاية وجود المقتضي على نحو ما مرّ).

المسألة ۳۸: الزعيم غارم: لكنه ضعيف مردود كما مرّ (كان العامة اعتقدت أو بعضهم ان استقرار الضمان على الضامن و استندوا الى ذلك الحديث المروي عندهم عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فردّه الائمة عليهم السّلام و قالوا: بل الغرامة على صاحب الدين اي المضمون عنه اي اذا اذن في الضمان، و مع ذلك فالحديث ليس بصدد اطلاق مشروعية الضمان بل بصدد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۵

التقدير الأوّل يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردّها مع أنّ الضمان نقل الحقّ من ذمّة إلى اخرى و أيضا لا إشكال في أنّ الغاصب أيضا مكلّف بالردّ فيكون من ضمّ ذمّة إلى اخرى و ليس من مذهبنا و على الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما أنّه على الأوّل أيضا كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح و كونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضي و لا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ أو إجماع و إن اشتهر في الألسن بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته و في جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع و أمّا ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة و الرهن و الوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدّ أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحّته و الأقوى بمقتضى العمومات صحّته أيضا.

بيان من يستقر عليه الغرامة فيما يصح الضمان.

لكن عموم وفاء العقود يكفي في لزوم الوفاء بما عقدوا اذا اعتبر عقدا عرفا، و ما قيل من احتمال كون ذلك بيد الشارع لا الطرفين- قاله البروجردي (قدّس سرّه)- فيه: انه ان لم يعتبر عقدا عرفا فلا يشمله الدليل و أما اذا اعتبر كونه عقدا فيشمله الكريمة اذا لم يمنع المانع و لا مانع في المقام، إلاّ اذا اريد الضمان الفعلي بمعنى الكون في الذمة مع عدم التلف لكن اذا اريد انشاء الضمان الاستقبالي فعلا فلا اشكال لما مرّ من عدم الدليل على بطلان التنجيز مطلقا إلاّ فيما لم يعتبر عرفا كما مرّ، و ما قيل من عدم معقوليته كما في بعض الحواشي و الشروح انما هو في الضمان الفعلي و لا اجماع ايضا فلا وجه لإصرار الخوئي (قدّس سرّه) على ذلك في كلماته، و العجب انه قبل الضمان بمعنى التعهد بأداء العين اذا بقي و دفع البدل اذا تلف للعمومات مع اشكاله فيما مر على صدق العقد في الضمان لعدم كونه عقدا لعدم كونه معاوضة و قلنا عليه سابقا عدم تقوّم العقد بالمعاوضة لكن اذا لم يكن اشتغال الذمة مع اعتبار قبول المضمون له عقدا فكيف يكون صرف التعهد بلا اشتغال الذمة عقدا، ثم ان الجاري بين الناس هو الاشتغال الذمي لا صرف التعهد بالاداء عينا أو بدلا، و معنى تصحيحه على ما ذكره تبديل مفاده و هو غير ممكن).

أو كان المراد ضمانها: اي انشاء الضمان الاستقبالي الذمي فعلا.

و أما ضمان الاعيان غير المضمونة: و هذا غير عقد التأمين الرائج اليوم لعدم تحقق سبب الضمان في اكثر موارده و انما هو قرار على اشتغال الذمة ابتداء عند تلف مال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۶

المسألة ٣٩: يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقّا للغير أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحّته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيّد به الأكثر أو مطلقا كما أطلق آخر و هو الأقوى قيل و هذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان هذا و أمّا لو كان البيع صحيحا و حصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن و يرجع على البايع لعدم ثبوت الحقّ وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب بل لو صرّح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضى التعليل المذكور نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة و يصحّ الضمان أو لا فالمشهور على العدم و عن بعضهم دخوله و لازمه الصحّة مع التصريح بالاولى و الأقوى في الجميع الدخول مع الاطلاق و الصحّة مع التصريح و دعوى أنه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية وجود السبب هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ و أمّا بالنسبة إلى مطالبة الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها لأنّ الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب و قد عرفت أنّ الأقوى صحّة الأوّل أيضا و أنّ تحقّق السبب حال العقد كاف مع إمكان دعوى أنّ الأرش أيضا لا يثبت إلاّ بعد اختياره و مطالبته فالصحّة فيه أيضا من جهة كفاية تحقّق السبب و ممّا ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبايع.

المستأمن مع الشك في كون صرف القرار موجبا لاشتغال الذمة و سببا له فالعقد انما يثبت وجوب الاداء تكليفا فقط إلاّ اذا اريد المعاملة بين مقدار من المال المدفوع من المستأمن و بين المدفوع من طرف المؤمن من قيمة التالف فيقع المعاوضة بين المدفوع من طرف المستأمن و المالية المدفوعة من طرف المؤمن أو بين ورقي النقد.

المسألة ٣٩: بلا خلاف عندهم: في اشتهار الفتوى بذلك من القدماء تأمل.

و هذا مستثنى: و مرّ جواز ضمان الاعيان ايضا بالضمان المصطلح و بمعنى التعهد (و اشكل الاكثر و قوى بعضهم كالخوئي البطلان و صحّح الاستاذ ذلك اذا كان بعد تلف الثمن عند البائع نظرا الى عدم صحة ضمان ما لم يجب، و فيه ما عرفت من عدم الدليل الواضح عليه).

لم يلزم الضامن: و هو كذلك إلاّ اذا صرّح بتعميم الضمان لذلك.

بعد اختياره: لكن الأظهر ثبوت الارش و المستحق يختاره. (نظرا الى استفادة مقابلة الصحة بمقدار من الثمن، من الادلة الشرعية و ان كانت من الاوصاف و المعروف عدم تجزئة الثمن بحسب الوصف بل بحسب الجزء كما قال الخوئي (قدّس سرّه)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۷

المسألة ٤٠: إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقّا فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض و في البعض الآخر يتخيّر المشتري بين الامضاء و الفسخ لتبعّض الصفقة فيرجع على البايع بما قابله و عن الشيخ جواز

الرجوع على الضامن بالجميع و لا وجه له.

المسألة ٤١: الأقوى وفاقا للشهيدين صحّة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقّة للغير و قلع البناء و الغرس فيضمن الأرش و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البايع خلافا للمشهور لأنه من ضمان ما لم يجب و قد عرفت كفاية السبب هذا و لو ضمنه البايع قيل لا يصحّ أيضا كالأجنبيّ و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحّة عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال الضمان و قيل بالصحّة لأنه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه لما مرّ من كفاية تحقّق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان نفس العقد و الضمان بعقده و يظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد فانه يبقى الضمان العقديّ كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما و قد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه و المقام من هذا القبيل و يمكن أن يقال لا مانع منه مع تعدّد الجهة هذا كلّه إذا كان بعنوان عقد الضمان و أما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به و يكون مؤكّدا لما هو لازم العقد.

و لكن يمكن القول بأن وصف الصحة يمتاز بجهة عند العرف ايضا من بين سائر الاوصاف فان العرف يراه بمنزلة الجزء الاصيل بل الركن. و الشارع امضاه لا انه حكم ذلك تعبدا).

المسألة ٤١: فيضمن الارش: أو كسرا منه و أما التعامل بالزائد على القيمة فليس من الضمان المصطلح و ليس معاملة ايضا و انما هو قرار يشمله دليل الوفاء لكن لا يثبت به إلاّ التعهد التكليفي بالاداء، إلاّ ان يكون من معاملة مال بمال تعليقا و هو باطل بخلاف التعليق في متعلق الضمان على ما مرّ.

مع تعدد الجهة: لا وجه لذلك اصلا مع وحدة الضامن و المضمون عنه.

مؤكدا: الضمان اللازم للعقد ضمان الغرور و عقد الضمان على فرض صحته ينفي ذلك و يثبت الاشتغال بعنوان آخر فانه معنى الضمان بمعنى النقل فلا وجه للتأكيد. (ثم انه استشكل الخوئي (قدّس سرّه) في الغرور بعدم الدليل، و قد مرّ ما فيه، كما انه غير ملازم للعلم فان الغرور يصدق بالفعل بلا علم الفاعل ايضا اذا كان سببا لاتلاف المال).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۰۸

المسألة ٤٢: لو قال عند خوف غرق السفينة الق متاعك في البحر و عليّ ضمانه صحّ بلا خلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه و هو الدليل عندهم و أمّا إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى من خفّة السفينة أو نحوها فلا يصحّ عندهم و مقتضى العمومات صحّته أيضا.

(تتمة)

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدّمة الاتّفاقية أو الخلافيّة أنّ ما ذكروه في أوّل الفصل من تعريف الضمان و أنّه نقل الحقّ الثابت من ذمّة إلى اخرى و أنه لا يصحّ في غير الدين و لا في غير الثابت حين الضمان لا وجه له و أنّه أعمّ من ذلك حسب ما فصّل.

المسألة ٤٢: و هو الدليل عندهم: و ينطبق على قاعدة الضمان بالامر بالاتلاف اذا كان لغرض عقلائي بحيث لم يكن عملا حراما فان الامر بالاتلاف مع التضمين موجب لاستناد الاتلاف الى الآمر عند عرف العقلاء فيوجب الضمان لكن

هذا ايضا كبعض ما مرّ غير مربوط بالضمان المصطلح في هذا الباب من نقل المال من ذمة الى اخرى.

مقتضى العمومات صحته: الظاهر ان مراده عمومات وجوب الوفاء بالعقد، لكن يمكن ان يقال: ان الاتلاف بالامر موجب لاستناد الاتلاف الى الآمر اذا كان لغرض عقلائي، و في كون مجرد خفة السفينة غرضا عقلائيا تأمل و الموارد مختلفة.

تتمه ... لا وجه له: و قد مرّ ان اكثر ما ذكره (قدّس سرّه) ليس من الضمان المصطلح في كتاب الضمان و ان كان صحيحا من باب الضمان بالأمر و غير ذلك. (فانه مرّ عدم اعتبار الثبات بالفعل في حين عقد الضمان و كفاية الاشتغال بعدا، و اما العين فيمكن ذلك أي انشاء الضمان بعد الاشتغال بالاتلاف أو التلف و يمكن الضمان بمعنى التعهد بالاداء اي التكليف، و حينئذ لا يوجب اشتغال الذمة لعدم صراحة ذلك التعهد في اشتغال الذمة بل و مع التصريح ايضا لا يفيد لاحتمال كون اشتغال الذمة مما ليس اعتباره بيد المتعاقدين إلاّ فيما ثبت شرعا و عقلائيا.

هذا في الاعيان المضمونة و نظيره غير المضمونة مما يتوقع فيه الضمان كمال الرهن و الوديعة و المضاربة. و أما ضمان العين غير ذلك كبعض موارد عقد التأمين

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٥٠٩

المسألة ١: لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان فادّعى أنّه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له فالقول قوله و كذا لو ادّعى أنه ضمن تمام ديونه و أنكره المضمون له لأصالة بقاء ما كان عليه و لو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد و يساره فادّعى المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه و كذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه فانّ القول قول المضمون عنه و كذا لو اختلفا

ـــــــــــــــــــــــ

كالتأمين من الحوادث الطبيعية فالضمان فيه ليس إلاّ التعهد بالاداء و لا يوجب اشتغال الذمة إلاّ اذا وقع تحت عنوان المعاملة كمعاملة مقدار من المال المدفوع من المستأمن و المقدار المعين من قيمة التالف من طرف المؤمّن، بناء على صحة معاملة الورق بالورق كالاسكناس كما هو الظاهر أو بين المقدار المدفوع من طرف المستأمن و المالية المدفوعة من طرف المؤمن، و لا بأس بذلك كما لا غرر ايضا اذا كان الجهات معلومة حتى في عقد تأمين النفس لكن دفع المالية في بعض موارده الى الورثة).

المسألة ١: لاصالة بقاء ما كان: بل لأصالة عدم تحقق سبب النقل عن ذمته (فانه اصل موضوعي و لا وجه لكلام بعض اهل العصر: يجري السببي و المسببي في المتوافقين، فانه مع جريان السببي يرفع الشك عن المسبّبي).

اعساره: و كان سابقته المعلومة اليسار أو لم تعلم الحالة السابقة المتصلة بالحال، و أما فيما كان سابقته المعلومة الاعسار فالقول قول المضمون له. (الاول و الثالث معلوم حالهما وفاقا للجميع، و أما الثاني فوفاقا للخوئي و البهبهاني (قدّس سرّه) نظرا الى عدّ المضمون له حينئذ مدعيا في العرف فانه المطالب لا خصوص الموافق قوله للأصل أو الظاهر، ان قلت: ففي صورة العلم بالاعسار السابق ايضا لا بد ان يقال بكون المضمون له مدعيا لكونه المطالب بالخيار و إلاّ فالعقد على الصحة و تحقق الانتقال، قلت: دليل الاستصحاب اثبت موضوع الدليل و هو الاعسار الموضوع للخيار).

قول المضمون عنه: المنكر للخيار (للاستصحاب النافي لاشتراط الخيار، و به يرفع موضوع المؤمنون عند شروطهم، و

لا يحتاج الى التمسك بأن المضمون له حينئذ مدع في العرف لحكم الشارع حينئذ بنفي الخيار فلا الاحتياج الى التمسك بالمفهوم العرفي).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۰

في صحّة الضمان و عدمها.

المسألة ٢: لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان أو في ثبوت الدين و عدمه أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجّلا أو في اشتراط شيء عليه زائدا على أصل الدين فالقول قول الضامن و لو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالا أو زيادة أجله مع كونه مؤجّلا أو وفائه أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معيّن و المفروض تلفه أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقلّ من الدين قدّم قول المضمون له.

المسألة ٣: لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الاذن و عدمه أو في وفاء الضامن حتّى يجوز له الرجوع و عدمه أو في مقدار الدين الّذي ضمن و أنكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شيء على المضمون عنه أو اشتراط الخيار للضامن قدّم قول المضمون عنه و لو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الّذي ضمنه و أنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن.

في صحة الضمان: فالقول قول مدعي الصحة اذا احرز مقتضيها (كما قيد البهبهاني (قدّس سرّه) و الوجه واضح لامكان عدم صدق الضمان احيانا على ما مرّ في بعض الفروع السابقة من التشكيك عن بعضهم في صدق العقد أو الضمان).

المسألة ٢: أو وفائه: (و لم يكن بيّنة و لا تصديق من المضمون له، لكن الامر معلوم لا يحتاج الى التوضيح فان الكلام في الاختلاف لا التصديق، و بقاء الاختلاف لا البينة).

أو تقييده: و كان المدعي له هو الضامن (قيّده بعض المعاصرين و هو كذلك لامكان ادعائه من طرف المضمون له لابطال الضمان و اثبات الرجوع الى المضمون عنه، لكنه قال: و كذا في طرفيه أي الابراء و اشتراط الخيار، و لا وجه له ظاهرا).

المسألة ٣: أو في وفاء الضامن: حتى مع تصديق المضمون له (لعدم ثبوت الوفاء واقعا بذلك و صرف اقرار المضمون له بذلك لا يثبته، فلا وجه لاشكال السيد جمال و نقله الحكيم عن العلامة (قدّس سرّهم)).

شيء على المضمون عنه: اي عند امره بالضمان (لا في عقد آخر كما وجّه غير واحد لابهام انفهام ذلك لعدم تجلي الارتباط).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۱

المسألة ٤: إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحقّ منه بالبيّنة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو الدين لإعترافه بكونه أخذ منه ظلما نعم لو كان مدّعيا مع ذلك للاذن في الأداء بلا ضمان و لم يكن منكرا لأصل الدين و فرض كون المضمون عنه أيضا معترفا بالدين و الاذن في الضمان جاز له الرجوع عليه إذ لا منافات بين إنكار الضمان و ادّعاء الاذن في الأداء فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنه يقول إنّ ذلك للاذن في الأداء و المضمون عنه يقول إنه

للاذن في الضمان فهو كما لو ادّعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضا و المدّعي ينكر القرض و يقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم و لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبيّنة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصّة عمّا اخذ منه و هل يجوز للشاهدين على الاذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الأداء الظاهر ذلك و إن كان

المسألة ٤: المنكر للاذن: لا دخالة لانكار المضمون عنه بعد انكار الضامن الضمان و اقراره بأن المأخوذ منه اخذ ظلما و قهرا.

جاز له الرجوع: ان كان تأدية الضامن بقصد اداء ما اذن له و إلاّ فصرف اذن المضمون عنه في الاداء لا يثبت كون الاداء واقعا عنه. نعم يجوز الرجوع عليه مقاصة مع اعترافه بالدين، و اعترض الگلپايگاني (قدّس سرّه) في التقاص في المقام لعدم حق للضامن على المضمون عنه اذا لم يؤد عنه، و فيه: ان المال اخذ منه بعنوان دين المضمون عنه و هو معترف بالدين.

مقاصة: التقاص لا يتفرع على ثبوت الضمان أو الاذن منه بل الاعتراف بالدين يكفي في ذلك بل ان ثبت الضمان لم يكن وجه للتقاصّ بل يأخذ مطلوبه الثابت شرعا (لكن الگلپايگاني (قدّس سرّه) اعترض على التقاص و لو مع ثبوت الدين لعدم كفاية ما لم يؤد بقصده، و فيه ما مرّ من جواز التقاص لأخذ دينه عن الضامن مع اعترافه بالدين، و اعترض الحكيم على التقاص بعدم شمول دليله للذمّة و ارجع الى روايات بابه ٨٣ ما يكتسب به، و فيه ان فيها ما يستفاد منها التعميم مع ان الملاك واحد و أصله عقلائي بحيث ردعه يحتاج الى نص صريح و قد مرّ في الزكاة بعض ادلة التقاصّ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۲

لا يخلو عن إشكال و كذا في نظائره كما إذا ادّعى شخص على آخر أنه يطلب قرضا و بيّنته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال.

المسألة ٥: إذا ادّعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدّقه في ذلك و إن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه و تقبل شهادته له بالأداء إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها ممّا يمنع من قبول الشهادة.

المسألة ٦: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه و لو ادّعى الوفاء و أنكر الاذن قبل قول المأذون لأنه أمين من قبله و لو قيّد الأداء بالاشهاد و ادّعى الاشهاد و غيبة الشاهدين قبل قوله أيضا و لو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع نعم لو علم أنه وفّاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لأنّ الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحقّقه.

(تم كتاب الضمان)

لا يخلو عن اشكال: ان كان المراد الشهادة على الاذن الجامع كالاذن في الاداء ضمانا أو غير ضمان بحيث يرجع قول الشاهدين الى جهة واحد فلا اشكال فيه و تشملها ادلة البينة و منه الفرع الآتي، و لو كان المراد الشهادة على الاذن بلا

ذكر المتعلق فلا وجه لاعتبارها اصلا و الوجه واضح فلا وجه لردّها مطلقا على ما يظهر من الاستاذ و البروجردي و غيرهما (قدّس سرّهم).

المسألة ٥: و حلف: بل و ان لم يحلف ما لم يثبت شرعا، نعم ان صدقه المضمون عنه كفى في الرجوع عليه اذا كان الضمان باذنه.

تهمة: (قال الخوئي (قدّس سرّه): ليس هذا شيء غير اعتبار العدالة و لا عبرة به و ان ذكرت في النصوص و بعض الفتاوى، و فيه امكان كون الملاك في النصوص احتمال كثرة الخلاف في خطأ لا تعمدا فلا يمكن رفع اليد عن النصوص).

المسألة ٦: في وفاء دينه: عنه لا مجانا.

جواز الرجوع عليه: ان لم يكن على وجه التقييد لاحتمال ذلك في بعض الموارد مثل مورد الخوف عن انكار الدائن.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۳

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب الحوالة)

و هي عندهم تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة و الأولى أن يقال إنّها إحالة المديون دائنه إلى غيره أو إحالة المديون دينه من ذمّته إلى ذمّة غيره و على هذا فلا ينتقض طرده بالضمان فانه و إن كان تحويلا من الضامن للدّين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته إلاّ أنه ليس فيه الاحالة المذكورة خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه و يشترط فيها مضافا إلى البلوغ و العقل و الاختبار و عدم السفه في الثلاثة من المحيل و المحتال و المحال عليه، و عدم الحجر بالسفه في المحتال و المحال عليه بل و المحيل إلاّ إذا كانت الحوالة على

كتاب الحوالة

بالضمان: الفرق بينهما واضح فان الضمان عقد بين الدائن و الاجنبي عن الدين و الحوالة عقد بين الدائن و المديون (و أما الواقع احيانا بين غيرهما فهو ليس بحوالة بل امر بالعمل كما يأمر زيد عمرا بأخذ مال من بكر و قد يكون بين زيد و بكر حينئذ دين و قد لا يكون بل مقدمة لمعاملة اخرى فقط).

في الثلاثة: لا وجه لاعتبارها في المحال عليه إلاّ في البرىء (فان المحال عليه خارج عن العقد و المحيل ينقل بالحوالة ماله في ذمة المحال عليه عن كونه له اي للمحيل الى كونه للمحال، نعم في البرىء حيث لا الزام له بالقبول يعتبر رضاه).

بالسفه: تصحيف فلس، و لا اشكال في اعتبار عدمه في المحتال اما المحال عليه فلا فيمكن الحوالة على المحجور بالفلس المشغول له ذمته أو البريئة ففي الاول يشترك المحتال مع الغرماء ان قلنا بكونه عين الدين السابق و لا يشترك ان قلنا بكونه دينا جديدا و في الثاني يشتغل ذمته مع رضاه بدين لا يشترك مع الغرماء و ليس ذمته غير معتبرة مطلقا بصرف الحجر. (نعم يعتبر في المحيل على المشغول الذمة لان الحوالة نقل و تصرف في امواله).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۴

البرىء فانه لا بأس به فانه نظير الاقتراض منه امور. أحدها: الايجاب و القبول على ما هو مشهور بينهم حيث عدّوها من العقود اللاّزمة فالايجاب من المحيل و القبول من المحتال و أمّا المحال عليه فليس من أركان العقد و إن اعتبرنا رضاه مطلقا أو إذا كان بريئا فانّ مجرّد اشتراط الرضا منه لا يدلّ على كونه طرفا و ركنا للمعاملة و يحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضا فيكون العقد مركبا من الايجاب و القبولين و على ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود اللاّزمة من الموالاة بين الايجاب و القبول و نحوها فلا تصحّ مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة و لكنّ الّذي يقوى عندي كونها من الايقاع

ــــــــــــــــــــــ

فانه لا بأس: كان المحيل مفلسا أو لا، و كذا المحال عليه (لعدم نقل من المحيل و تصرفه في ماله حينئذ بل الحوالة حينئذ بمنزلة استقراض جديد).

قبوله ايضا: فيه منع، و صرف اعتبار رضاه اذا كان بريئا أو كان بغير الجنس على ما استدل به لا يدل على ذلك فانه لا يزيد على اعتبار رضى المالك في العقد الفضولي فانه لا يجعله طرفا للعقد، و في المشتغل ذمته الامر واضح لعدم حق له في منع المالك عن نقل ماله إلاّ اذا اوجب ضررا أو حرجا فلا يجوز تكليفا على الاظهر (لا تأثير للضرر و الحرج حينئذ في الوضع لعدم لسان له يمنع دليل سببية الحوالة عن النقل فيما يكون ذلك كما اذا كان في المحتال شرارة خاصة، و منع بعضهم ذلك و الظاهر عدم وجه لذلك، و قد يقال: لا يرفع حرج الغير حكم عمل المكلف، و الظاهر عدم صحته ذلك في المقام مما هو طرف العقد بل لا نسلم اختصاص دليل نفي الحرج بشخص المكلف فاذا اوجب ارتباط شخص مع الحاكم الجائر حرجا على سائر المسلمين بل اذا اوجب سفر شخص خاص الى الحج مشاكل على سائر المسلمين لا نسلم وجوب الحج فتأمل).

من الايقاع: لكنه ضعيف جدا، و ما استدل به عليل، و كذا الضمان و الوكالة بل الجعالة ايضا و العمل فيها قبول عملي، و الفرق بين الوكالة العقدية و الاذنية ظاهر (فان الحوالة تبديل مكان الدين و في غير الجنس تبديل المال و المعاوضة بين المالين، و في الوكالة اعطاء سلطنة للغير و أما الاذن فهو مجرد ترخيص. و لذلك يتعلق الاذن بالتكوينيات و الاعتباريات بخلاف الوكالة فانها سلطنة اعتبارية بخلاف الوكالة على الاكل و الشرب مثلا إلاّ القبض فانه يصح فيه التوكيل لتمامية المعاملة به بل انطباق الكلي عليه يحتاج الى الاعتبار فهو ايضا اعتباري، و تبطل الوكالة اي تنفسخ بفسخ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۵

غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه و مجرّد هذا لا يصيّره عقدا و ذلك لأنّها نوع من وفاء الدين و إن كانت توجب انتقال الدين من ذمّته إلى ذمّة المحال عليه فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا يكون عقدا و إن احتاج إلى الرضا من الآخر كما في الوفاء بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضى الدائن و مع ذلك إيقاع و من ذلك يظهر أنّ الضمان أيضا من الايقاع فانّه نوع من الوفاء و على هذا فلا يعتبر فيهما شيء ممّا يعتبر في العقود اللاّزمة و يتحقّقان بالكتابة و نحوها بل يمكن دعوى أنّ الوكالة أيضا كذلك كما أنّ الجعالة كذلك و إن كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول: أنت مأذون في بيع داري أو قال: أنت وكيل مع أنّ الأوّل من الايقاع قطعا. الثاني: التنجيز فلا تصحّ مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور لكنّ الأقوى عدم اعتباره كما مال

إليه بعض متأخّري المتأخّرين. الثالث: الرضى من المحيل و المحتال بلا إشكال و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء بأن قال: للمحتال أحلت بالدين الّذي لك على فلان على نفسي و حينئذ فيشترط رضى المحتال و المحال عليه دون المحيل لا وجه له إذا المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان و كذا من المحال عليه إذا كان بريئا أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه و أمّا إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف و لا يبعد التفصيل بين أن يحوّله عليه بماله عليه بأن يقول: أعطه من الحقّ الّذي

الوكيل بخلاف الاذن لعدم قابليته للرفع من طرف الوكيل. و الوكالة قد تلزم باشتراطها في ضمن عقد لازم بخلاف الاذن لكونه امرا تكوينيا قابلا للرفع من قبل الآذن. و ينفذ تصرف الوكيل ما لم يبلغه خبر العزل و ان كان معزولا واقعا للنص بخلاف الاذن).

بالكتابة: ليس هذا من آثار الكون ايقاعا فان العقد ايضا يتحقق بالكتابة على الاظهر و يعتبر الموالاة ايضا لكنها عرفية يختلف بحسب اللفظ و الكتابة و الموارد مختلفة و الملاك اعتبار وجود الايجاب حال القبول بحيث يرتبط به و يختلف بحسب الموارد.

الجعالة كذلك: محل تأمل بل الاظهر كونها عقدا و عمل العامل قبول ثم وفاء.

التنجيز: مرّ الكلام فيه في الضمان. (مع ان اهم ادلة اعتباره الاجماع و لا اجماع هنا و مثلها الوكالة كما صرّح المحقق القمي في جامع شتاته بعدم الاجماع فيها، و قلنا سابقا بل الاهم في ادلة عدم كونه معتبرا عند العقلاء في بعض موارد التعليق بخلاف التعليق على مقوم العقد مثلا).

الثالث: ... ففيه خلاف: عدم الاعتبار اقوى، و التفصيل بلا وجه و تطبيق الحوالة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۶

لي عليك فلا يعتبر رضاه فانّه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه و إن كان بنحو اشتغال ذمّته للمحتال و برائة ذمّة المحيل بمجرّد الحوالة بخلاف ما إذا وكله فانّ ذمّة المحيل مشغولة إلى حين الأداء و بين أن يحوّله عليه من غير نظر إلى الحقّ الّذي له عليه على نحو الحوالة على البرىء فيعتبر رضاه لأنّ شغل ذمّته بغير رضاه على خلاف القاعدة و قد يعلّل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بدّ من رضاه و لا يخفى ضعفه كيف و إلاّ لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه. الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمّة المحيل سواء كان مستقرّا أو متزلزلا فلا تصحّ في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل و مال السبق و الرماية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضا كالحوالة بما يستقرضه هذا ما هو المشهور لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان بل لا يبعد الصحّة فيما إذا قال اقرضني كذا و خذ عوضه من زيد فرضي و رضي زيد أيضا لصدق الحوالة و شمول العمومات فتفرغ ذمّة المحيل و تشتغل ذمّة المحال؟

على ما عليه قهري فلا معنى لكون الحوالة على المشتغل مثلها على البرىء فيما ذكره (قدّس سرّه) كما لا وجه لجعلها بمنزلة الوكالة. (خلافا للاستاذ و الگلپايگاني و آقا ضياء حيث اعتبروا رضى المحال عليه، و قال البروجردي (قدّس سرّه): لو لا ما يحكى عن المشهور من اعتبار رضاه لكان لعدم الاعتبار قوة اذ المال مال المحيل ينقله متى و الى اين

شاء، و فيه: ان الاجماع غير محقق مع احتمال المدركية و لا دليل آخر على اعتباره).

كيف و إلاّ لزم: مع ان اللازم حينئذ قصر الاعتبار على مورد سوء الاقتضاء.

الرابع: ... كفاية حصول السبب: هذا هو الاقوى و قد مرّ نظيره في الضمان (و يكون من التعليق و لا مانع منه في المقوم و ما يرتبط بالعقد كما مرّ).

بل لا يبعد الصحة فيما: و يمكن ادخاله فيما قبله فان الامر بالقرض بمنزلة الاستيجاب و هو جزء السبب لاشتغال الذمة و ان لم يكن تمام السبب (و الظاهر كون هذا و ما قبله عقلائيا فلا وجه لقول بعضهم بأنه غير عقلائي هنا بخلاف الضمان. كما ان قول الخوئي (قدّس سرّه) بأنه اما غير معقول و اما تعليق مبطل فان الحوالة بالفعل مع عدم اشتغال الذمة غير معقولة، و على تقدير تحقق سبب اشتغال الذمة من التعليق المبطل و غير عقلائي و قال بطلانه من القضايا التي قياساتها معها و كذلك عبّر الحكيم (قدّس سرّه). فيه ما مرّ من كونه عقلائيا اذا كان التعليق مربوطا بالعقد و مقوّما له).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۷

بعد العمل و بعد الاقتراض. الخامس: أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال فلا تصحّ الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر و يمكن أن يقال بصحّته إذا كان آئلا على العلم كما إذا كان ثابتا في دفتره على حدّ ما مرّ في الضمان من صحّته مع الجهل بالدين بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن بل و كذا لو قال: كلّما شهدت به البيّنة و ثبت خذه من فلان نعم لو كان مبهما كما إذا قال: أحد الدينين اللّذين لك عليّ خذ من فلان بطل و كذا لو قال: خذ شيئا من دينك من فلان هذا و لو أحال الدينين على نحو الواجب التخييريّ أمكن الحكم بصحّته لعدم الابهام فيه حينئذ.

السادس: تساوي المالين أي المحال به و المحال عليه جنسا و نوعا و وصفا على ما ذكره جماعة خلافا لآخرين و هذا العنوان و إن كان عامّا إلاّ أنّ مرادهم بقرينة التعليل بقولهم تفصّيا من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمّته به إذ لا يجب عليه أن يدفع إلاّ مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمّة بغير ما هو مشغول الذمّة به كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير أو على مشغول الذمّة بالدنانير بأن يدفع الدراهم و لعلّه لأنه وفاء بغير الجنس برضى الدائن فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على

الخامس: ... مع الجهل بالدين: اي بمقداره مع العلم بأصله و إلاّ لا يكون من الحوالة.

بالقدر المتيقن: اي فيما وقعت الحوالة على عنوان المتيقن أو وقعت على عنوان الدين و اريد ما ثبت منه.

بطل: ان كان على عنوان الاحد المردد الواقعي أو كان الدينان مختلفين و اما اذا اريد الاشارة على نحو التخيير و كان الدينان متساويان مقدارا كدين عشرة لشراء شيء و عشرة اخرى لشيء آخر لم يكن به بأس. و الظاهر ان مراد الماتن (قدّس سرّه) من هذه الصورة و الصورة الاخيرة ما ذكرنا لكنه ليس ابهام حينئذ بل تعين كما ذكر في المتن ايضا.

شيئا من دينك: محل تأمل بل منع لعدم كونه عقلائيا و لا يشمله العمومات ايضا بعد انطباق شيء على اليسير غايته.

السادس: مرادهم: (خبره الظرف في قوله فيما كانت، المتعلق به كائن أو مثله المقدر و هذا شائع لا يحتاج الى التوضيح

و ذكر بعض اهل العصر ثلاثة أوجه لتصحيح الكلام كلها زائد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۸

من عليه جنس بغير ذلك الجنس و الوجه في عدم الصحّة ما اشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلاّ مثل ما عليه و أيضا الحكم على خلاف القاعدة و لا إطلاق في خصوص الباب و لا سيرة كاشفة و العمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة و وجه الصحّة أنّ غاية ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس و لا بأس به و هذا هو الأقوى ثمّ لا يخفى أنّ الاشكال إنّما هو فيما إذا قال: أعط ممّا لي عليك من الدنانير دراهم بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير الّتي عليه و أمّا إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير و حينئذ فتفرغ ذمّة المحيل من الدراهم و تشتغل ذمّة المحال عليه بها و تبقى ذمّة المحال عليه مشغولة بالدنانير و تشتغل ذمّة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك و لعلّ الخلاف أيضا مختصّ بالصورة الاولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضا و على هذا فيختصّ الخلاف بصورة واحدة و هي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير الّتي عليه دراهم.

المسألة ۱: لا فرق في المال المحال به أن يكون عينا في الذمّة أو منفعة أو عملا لا يعتبر فيه المباشرة و لو مثل الصلاة و الصوم و الحجّ و الزيارة و القراءة سواء كانت على برىء أو على مشغول الذمّة بمثلها و أيضا لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام أو قيميّا كالعبد و الثوب و القول بعدم الصحّة في القيميّ للجهالة ضعيف و الجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها.

هو الاقوى: لكن يعتبر رضى المحال عليه و بالحوالة مع الرضا يتعامل المحيل و المحال عليه بتبديل ما في ذمته بما في الحوالة و يكون الحوالة حينئذ بالجنس. و الظاهر عدم الحاجة الى ناقل شرعي في ذلك لحصول ذلك بنفس الحوالة بنظر عرف العقلاء و تكون الحوالة حينئذ عاملة عملين، و اما الوفاء بغير الجنس فلا يكون وفاء قهريا بل بنوع من التعامل يصير بالجنس. (و احتاط الاستاذ (قدّس سرّه) بذكر ناقل شرعي للتبديل، و قال السيد جمال (قدّس سرّه) كأن هذا الشرط من ناحية القائلين بعدم جواز الحوالة على البرىء و لا دليل على اعتبار هذا الشرط، و فيه: ان اشتغال الذمة اذا كان بجنس فلا دليل على لزوم الاداء بغيره فلا بد من الرضا و حينئذ اما لا بد ان يكون من الحوالة على البرىء و يقع التحاسب بعدا أو يقع التعامل ابتداء ليكون من الحوالة على الجنس بمثله و هذا اقرب، و اما احتمال كون ذلك على وجه الوفاء بغير الجنس، ففيه: ان ذلك لا يكون قهرا بل تبديلا).

المسألة ۱: أو منفعة أو عملا: (و ان كان غير متعارف لكن العمومات بل ادلة الحوالة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۱۹

المسألة ۲: إذا تحقّقت الحوالة برئت ذمّة المحيل و إن لم يبرءه المحتال و القول بالتوقّف على إبرائه ضعيف و الخبر الدالّ على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتال المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضا و تشتغل ذمّة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمّته و تبرء ذمّة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به و تشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل و يتحاسبان بعد ذلك.

بالغاء الخصوصية و كذا ارتكاز عدم الفرق دليل. ثم ان في عدّ الثوب من القيمي في مثل زماننا مطلقا غير صحيح).

المسألة ٢: برئت ذمة المحيل: لكن في زماننا كثيرا ما تكون الحوالة مقيدة بصورة اداء المحال عليه بحيث ينكشف البطلان بعدم الاداء أو مشترطة بذلك بحيث يكون له الفسخ و قد تراد الوكالة في الاخذ فقط من الحوالة (ثم ان البهبهاني (قدّس سرّه) وافق الشيخ و بعض القدماء في توقف البرائة على الابراء أو اداء المحال عليه، و قال: هذا مقتضى القاعدة. و فيه: انه لو اريد من القاعدة اعم من الاشتراط أو التقييد في صورة ذلك فهو و إلاّ فمفهوم الاحالة المتعلقة بالدين ارجاع الدين نفسه الى الغير فاذا قبل المحال برىء المحيل، و ظاهر صحيح منصور ۳/ ۱۱ المؤكد بكلمة ابدا و اسثناء صورة الافلاس فقط الذي هو بمنزلة التأكيد على الحصر اذ الافلاس خارج عن البحث، ذلك ايضا و لا يمكن الجمع بالاطلاق و التقييد فانه للظهور العرفي و يختلف بالموارد و هنا حمل الابراء على القبول اظهر من التقييد سيما و لم يذكر قبول المحتال في الحديث).

و الخبر الدال: (معتبر زرارة ۲/ ۱۱ ابواب الضمان و يعارضه ۱ و ۳ و ٤/ ۱۱ ابواب الضمان، و الاول و ان كان بمنزلة المقيد للآخر للتقيد بالابراء في بدو النظر لكن النظر الثانوي يعطي كون النسبة بينه و بين صحيح ابي ايوب و منصور بن حازم ۱ و ۳/ ۱۱ هو العموم من وجه لتقيد الاول بالابراء و هما بالافلاس و في مادة الاجتماع يرجع الى القواعد و هي مقتضية للصحة، و اما ٤/ ۱۱ فهو مقيد برضى المحتال و هو عين اعتبار كونه عقدا، هذا مع ان اعتبار الابراء بعد تحقق العقد الصحيح لا وجه له).

و تشتغل ذمة المحيل: اشتغال ذمته بصرف الحوالة على البرىء محل منع بل بأداء المحال عليه.

و يتحاسبان بعد ذلك: لكن مرّ منه (قدّس سرّه) انه من باب الوفاء بغير الجنس (و تأمل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۰

المسألة ۳: لا يجب على المحتال قبول الحوالة و إن كانت على مليء.

المسألة ٤: الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كلّ من الثلاثة نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ و الرجوع على المحيل و المراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائدا على مستثنيات الدين و هو المراد من الفقر في كلام بعضهم و لا يعتبر فيه كونه محجورا و المناط الاعسار و اليسار حال الحوالة و تماميّتها و لا يعتبر الفور في جواز الفسخ و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار للانصراف على إشكال و كذا مع وجود المتبرّع.

المسألة ٥: الأقوى جواز الحوالة على البرىء و لا يكون داخلا في الضمان.

المسألة ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكلّ من الثلاثة.

المسألة ۷: يجوز الدور في الحوالة و كذا يجوز الترامي بتعدّد المحال عليه و اتّحاد المحتال أو بتعدّد المحتال و اتّحاد المحال عليه.

المسألة ۸: لو تبرّع أجنبيّ عن المحال عليه برئت ذمّته و كذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال و كذا لو تبرّع المحيل عنه.

النجفي (قدّس سرّه) في التحاسب، و فيه عدم الدليل على الخلاف فانه اما بالتحاسب و اما بالتعامل كما مرّ. و أما الوفاء

بغير الجنس فقد مرّ انه لا يكون ذلك قهرا بلا سبب، نعم كلام الماتن هنا يناقض كلامه في الامر السادس من كون ذلك وفاء بغير الجنس لا التحاسب، مع ان الحوالة عقد مستقل لا استيفاء).

المسألة ٤: باعساره: تعبير الرواية الافلاس، و المراد هو العجز لكن ارتكاز المتشرعة استثناء المستثنيات المعلومة في الدين.

لا يعتبر الفور: ما لم يكن تأخير غير متعارف (و أصل عدم الفورية لاطلاق دليل الخيار و المقيد لاطلاق دليل اللزوم فلا وجه لاشكال آقا ضياء (قدّس سرّه) نظرا الى اطلاق لزوم العقد المانع للرجوع الى الاستصحاب).

على اشكال: اظهره عدم السقوط و كذا مع المتبرع لصدق الافلاس.

المسألة ٥: في الضمان: (لتفاوت مفهوميهما و تفاوت طرفيهما فلا يبتنى جواز الحوالة على البريء على ما نقل عن الشافعية من ان الحوالة اعتياض أو استيفاء بل هي عقد مستقل برأسها بين الدائن و المديون و الضمان بين الدائن و الاجنبي، و قد مرّ انها ليست وفاء بالجنس أو بغير الجنس، خلافا للبهبهاني (قدّس سرّه) فاعتقد ان الحوالة على

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۱

المسألة ٩: لو أحال عليه فقبل و أدّى ثمّ طالب المحيل بما أدّاه فادّعى أنه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البيّنة فيحلف على برائته و يطالب عوض ما أدّاه لأصالة البرائة من شغل ذمّته للمحيل و دعوى أنّ الأصل أيضا عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء مدفوعة بأنّ الشكّ في حصول اشتغال ذمّته و عدمه مسبّب عن الشكّ في اشتغال ذمّة المحال عليه و عدمه، و بعد جريان أصالة برائة ذمّته يرتفع الشكّ هذا على المختار من صحّة الحوالة على البرىء و أمّا على القول بعدم صحّتها فيقدّم قول المحيل لأنّ مرجع الخلاف إلى صحّة الحوالة و عدمها و مع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدّم قول مدّعي الصحّة و هو المحيل و دعوى أنّ تقديم قول مدّعي الصحّة إنّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين و هما في الحوالة المحيل و المحتال و أمّا المحال عليه فليس طرفا و إن اعتبر رضاه في صحّتها مدفوعة أوّلا بمنع عدم كونه طرفا فانّ الحوالة مركّبة من إيجاب و قبولين و ثانيا يكفي اعتبار رضاه

البريء ضمان، و تأمل النجفي (قدّس سرّه) و فيه: عدم تقوم مفهوم الحوالة عرفا بكون المحال عليه مشغول الذمة للمحيل، فيشملها عمومات الحوالة و العقود).

المسألة ٩: فالقول قوله: (قال بعضهم هذا فيما لم يكن المتعارف اشتغال ذمة المحال عليه و إلاّ فيعمل على ظاهر الحال اي التعارف، و قبله بعض اهل العصر، و فيه:

ان صرف التعارف لا يوجب ذلك لما مرّ غير مرة من كون ملاك الادعاء كون الشخص مطالبا و ينطبق عليه انه لو ترك ترك بناء على ان طلب المحال عليه من المحيل ليس امرا ابتدائيا بل مربوطا بأصل الحوالة، لكن يمكن ان يقال: بعد اداء المحال عليه فطلبه من المحيل ابتداء الامر فلو ترك المحال عليه ترك الدعوى، إلاّ ان يقال:

استصحاب عدم اشتغال ذمة المحال عليه ينقّح الموضوع و لا يحتاج الى اصل البرائة أو الظاهر و الاستصحاب اصل حاكم).

قول المحيل: ان كان شرط الاشتغال شرطا زائدا لا مقوما و إلاّ فلا يجري اصل الصحة، نعم ظاهر اعتراف المحال عليه بالحوالة اعترافه بالحوالة الواقعية و لازم ذلك اشتغال ذمته و لوازم الامارات الاخبارية حجة و لو لم نقل بحجية لوازم

الامارات مطلقا. (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) لكنه لم يفصل بين كون ذلك شرطا زائدا أو مقوما، فلازم خبر البينة حجة و كذا لازم قول الثقة و غير ذلك، و ذلك لان الكلام حجة في دلالته المطابقية و الالتزامية).

و قبولين: مرّ الاشكال في ذلك.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۲

في الصحّة في جعل اعترافه بتحقّق المعاملة حجّة عليه بالحمل على الصحّة نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادّعى أنّه أذن له في أداء دينه يقدّم قوله لأصاله البرائة من شغل ذمّته فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه و لم يتحقق هنا حوالة بالنسبة إليه حتّى تحتمل على الصحّة و إن تحقّق بالنسبة إلى المحيل و المحتال لإعترافهما بها.

المسألة ١٠: قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل و أدّى» فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء أنّ حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلاّ بعد الأداء فقبله و إن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل و المحتال لكن ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلاّ بعد الأداء و الأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرّد قبول المحال عليه إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرّده فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له و حصول شغل ذمّة المحيل له إذا كان بريئا و مقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقّق شغل المضمون عنه للضامن بمجرّد ضمانه إلاّ أنّ الاجماع و خبر الصلح دلاّ على التوقّف على الأداء فيه، و في المقام لا إجماع و لا خبر بل لم يتعرّضوا لهذه المسألة و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأدا بل و كذا لو أبرءه المحتال أو وفّاه بالأقلّ أو صالحه بالأقلّ فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقا إذا كان بريئا.

المسألة ١١: إذا أحال السيّد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحّ سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمّته و القول بعدم صحّته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف إذ غاية ما يكون كونه متزلزلا فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار و احتمال عدم اشتغال ذمّة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفيا كما ترى ثمّ إنّ العبد بقبول الحوالة يتحرّر

المسألة ١٠: إلاّ بعد الاداء: و هو الاقوى و الخبر في الضمان مرّ كونه على القاعدة (لعدم وجه لحصول الضمان هنا إلاّ امر المحيل و الامر بنفسه لا يوجب الضمان ما لم يحصل العمل بعد الامر، هذا مع امكان تنقيح المناط عن الضمان كما قال آقا ضياء (قدّس سرّه) و مساعدة العرف ايضا على ذلك، و بنى بعض اهل العصر المسألة على ذلك فقط اي حكم العرف، و فيه: انه كذلك ان رجع الى الشرط المبني عليه العقد و إلاّ فلا وجه له).

المسألة ١١: لجواز تعجيز نفسه: فيه منع لاقتضاء لزوم العقد الوفاء به.

كما ترى: مع عدم وجه حينئذ للتفصيل بين قبل حلول النجم و بعده.

بقبول الحوالة: اي قبول المحتال الحوالة، و أما العبد فلا يعتبر قبوله كما مرّ.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۳

لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة و لو لم يحصل الأداء منه فاذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه و ما عن المسالك

من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأنّ الحوالة ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل و على هذا إذا أعتقه المولى صحّ و بطلت الكتابة و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لأنّه صار لازما للمحتال و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة فيه نظر من وجوه و كأنّ دعواه أنّ الحوالة ليست في حكم الأداء إنّما هي بالنظر إلى ما مرّ من دعوى توقّف شغل ذمّة المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان فهي و إن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل و المحتال فبمجرّدها يحصل الوفاء و تبرء ذمّة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلك و فيه منع التوقّف المذكور كما عرفت فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقّق بها الوفاء.

المسألة ١٢: لو باع السيّد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صحّ لأنّ حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيّده و غيره و ما عن الشيخ من المنع ضعيف.

المسألة ١٣: لو كان للمكاتب دين على أجنبيّ فأحال سيّده عليه من مال الكتابة صحّ فيجب عليه تسليمه للسيّد و يكون موجبا لانعتاقه سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد أم لا.

المسألة ١٤: لو اختلفا في أنّ الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة فمع عدم البيّنة يقدّم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال و سواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده و ذلك لأصالة بقاء

بالنظر الى ما مرّ: ما مرّ انما هو في البريء و هنا في المشتغل فلعل نظره الى عدم الثبات، و استقرب البهبهاني توقف الحرية على الاداء، و الظاهر عدم وجه وجيه له.

المسألة ١٢: فاحاله بثمنها: اي حال دائنه عليه بثمنها.

من المنع: (عن الشيخ (قدّس سرّه) في المسألة وجهان لا المنع، نعم منع (قدّس سرّه) في مسألة اخرى هي في احالة السيد غريمه على المكاتب بمال المكاتبة، و استدل بعدم ثبوته لجواز اسقاطه بتعجيز نفسه)

المسألة ١٣: موجبا لانعتاقه: و يوجب ذلك تنجز عقد الكتابة (فلا وجه ظاهرا لحاشية الگلپايگاني: على فرض ثبوت مال الكتابة).

المسألة ١٤: قول منكر الحوالة: لا بمعنى اثبات عنوان الوكالة لو كان لها اثر.

ثم ان تقديم منكر الحوالة بناء على كون ملاك الادعاء و الانكار هو الغرض من الدعوى لا المصب و العنوان.

أو بعده: في جريان بعض الاصول بعد القبض اشكال (فان بعد القبض لا معنى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۴

اشتغال ذمّة المحيل للمحتال و بقاء اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل و أصالة عدم ملكيّة المال المحال به للمحتال و دعوى أنّه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيّة المحتال فيكون المحيل المنكر للحوالة مدّعيا فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة مدفوعة بأنّ مثل هذه اليد لا يكون أمارة على ملكيّة ذيها فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص و ادّعى أنّه دفعه أمانة و قال الآخر دفعتني هبة أو قرضا فانه لا يقدّم قول ذي اليد هذا كلّه إذا لم يعلم اللّفظ الصادر منهما و أمّا إذا علم و كان ظاهرا في الحوالة أو في الوكالة فهو المتّبع و لو علم أنّه قال أحلتك على فلان و قال: قبلت ثمّ اختلفا في أنه حوالة أو وكالة فربما يقال إنّه يقدّم قول مدّعي الحوالة لأنّ الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة و استعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة و فيه منع الظهور المذكور نعم لفظ الحوالة ظاهر في

الحوالة المصطلحة و أمّا ما يشتقّ منها كلفظ أحلت فظهوره فيها ممنوع كما أنّ لفظ الوصيّة ظاهر في الوصيّة المصطلحة و أمّا لفظ أوصيت أو اوصيك بكذا فليس كذلك فتقديم قول مدّعي الحوالة في الصورة المفروضة محلّ منع.
المسألة ۱۵: إذا أحال البايع من له عليه دين على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبيّ بريىء أو مديون للمشتري ثمّ بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين لظهور عدم اشتغال ذمّة المشتري للبايع و اللاّزم اشتغال ذمّة المحيل للمحتال هذا في الصورة الثانية و في الصورة الاولى و إن كان المشتري محالا عليه و يجوز الحوالة على البريىء إلاّ أنّ المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمّته فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمّته لا عليه و لا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان

لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل بل و كذا ذمة المحيل للمحتال في بعض الصور).
مثل هذه اليد: مما يعترف ذو اليد بتقدم ملك الغير و يدعي الانتقال اليه (لعدم بناء العقلاء في امثال ذلك بل على خلاف ذلك، و قد يستدل بأن الاصل عدم السبب المدعى بالفتح فهو المدعى بالكسر و لا بد له من اثبات، و فيه كما قال الحكيم (قدّس سرّه) ان الملاك لو كان الغرض لا المصب فالغرض هو الملكية لا الحاصلة بسبب خاص، و نقل آقا ضياء (قدّس سرّه) عن بعضهم اعتبار هذه اليد لكون المدار على ترجيح اليد الحادثة على السابقة و في مقام استناد الشاهد على العكس، و يظهر كلاهما من ۲/ ۲۵ ابواب وجوب الحكم بملكية صاحب اليد ج ۱۸ ط. ق: «لو لا ذلك لما يبقى للمسلمين سوق»).
ممنوع: منعه ممنوع اذا صدر من المديون مخاطبا للدائن.
المسألة ۱۵: بطلت الحوالة: اي انكشف البطلان.
على ما ذمته: لا معنى لذلك و الاحسن التعليل بلزوم الرضا من البرىء و المفروض عدمه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۵

قبل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقيا على ملك المشتري فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الاولى و على البايع في الثانية.
المسألة ۱٦: إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثمّ انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة لوقوعها في حال اشتغال ذمّة المشتري بالثمن فيكون كما لو تصرّف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثمّ حصل الفسخ فانّ التصرّف لا يبطل بفسخ البيع و لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده فهي تبقى بحالها و يرجع البايع على المشتري بالثمن و ما عن الشيخ و بعض آخر من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان في الصورة الثانية و هي ما إذا أحال المشتري البايع بالثمن على أجنبيّ لأنّها تتبع البيع في هذه الصورة حيث إنّها بين المتبايعين بخلاف الصورة الاولى ضعيف و التبعيّة في الفسخ و عدمه ممنوعة نعم هي تبع للبيع حيث إنّها واقعة على الثمن و بهذا المعنى لا فرق بين الصورتين و ربما يقال ببطلانها إن قلنا إنّها استيفاء و تبقى إن قلنا إنها اعتياض و الأقوى البقاء و إن قلنا أنها استيفاء لأنها معاملة مستقلّة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع و ليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة كما إذا اشترى شيئا بدراهم مكسّرة فدفع إلى البايع الصحاح أو دفع بدلها شيئا آخر وفاء حيث إنه إذا انفسخ البيع

على ملك المشتري: أو المأخوذ منه غير المشتري كما في الصورة الثانية و مع التلف يجوز الرجوع على كل من استولى على العين على ما هو المحقق في تعاقب الايدي.

المسألة ١٦: فالحوالة صحيحة لوقوعها: اي و لم يرد عليها ما يوجب بطلانها لكن ذلك فيما لم تكن الحوالة مقيدة ببقاء الدين على المحيل و إلاّ فتبطل الحوالة و لا يبعد ان يكون المقام من ذلك عند العرف في الاغلب. (للزوم الاستدلال على استمرار الصحة كما اشار الحكيم (قدّس سرّه)، ثم ان الشيرازي (قدّس سرّه) استشكل في الصحة سيما في الصورة الثانية أي احالة المشتري البائع على الاجنبي، و لعل وجهه ما ذكرنا من التقييد).

و يرجع البائع: تصحيف اصله يرجع المشتري على البائع.

ممنوعة: إلاّ فيما كانت الحوالة مقيدة كما لعله الاغلب عند العرف سيما في الصورة الثانية.

معاملة مستقلة: فهو اعتياض فانه الظاهر من المعاملة فهو خروج عن الفرض.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۶

يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسّرة فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع في الانفساخ بخلاف ما نحن فيه حيث إنّ الحوالة عقد لازم و إن كان نوعا من الاستيفاء.

المسألة ١٧: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجيّ فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال و المحال عليه وجب عليه الدفع إليه و إن لم يكن من الحوالة المصطلحة و إذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمّته و لو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستندا إليه للغرور.

(تم كتاب الحوالة)

أو الشيء الآخر: بل الظاهر ان الوفاء حينئذ معاملة مستقلة لازمة لعدم امكان كون الشيء الآخر وفاء قهرا بل الامر في الدراهم ايضا مشكل اذا كان الفرق بين الصحيح و المكسور جليّا غير متسامح.

المسألة ١٧: فقبل المحتال: أي قبل المحال عليه ذلك مع عدم وجوب القبول عليه لعدم لزوم الردّ على خصوص الغريم بل مخيرا بين الرد الى المالك أو من قال المالك، ان لم يكن اشق من الرد الى المالك، و ذكر هذا القبول مع عدم اللزوم تمهيد لتحكيم الغرور في آخر الفرع، و كذا قبل قبول المحتال مع عدم لزوم قبول ذلك المال المعين مكان ماله إلاّ ان يكون مصداق دينه و لا يلزم عليه قبول المصداق من غير الدائن.

و ذكر هذا القبول ايضا مع دخالته في اصل المسألة تمهيد لحكم آخر المسألة اي ارتباط المحتال بالمحال عليه.

ضمن الوكيل: هذا يشير بكون الباب بمنزلة الوكالة فلا يعتبر قبول المحال عليه فذكره تمهيد كما ذكرنا.

للغرور: (و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) بمنع ذلك صغرى و كبرى لعدم صدقه فيما كان عازما على الردّ ثم بدا له أو اعتقد ان المالك يدفع الحق الى غريمه، و الكبرى لعدم الدليل، و فيه: اما الكبرى فقد مضى سابقا و اما الصغرى فلعدم دخالة القصد في صدق الغرور فانه بمنزلة التوهين يصدق حتى مع عدم القصد، وفاقا في صدق الغرور هنا للبروجردي (قدّس سرّه) و اكثر المحشين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۷

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب النكاح)

النكاح مستحبّ في حدّ نفسه بالاجماع و الكتاب و السنّة المستفيضة بل المتواترة قال اللّه تعالى: **و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و إمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم اللّه من فضله و اللّه واسع عليم** و في النبويّ المرويّ بين الفريقين «النكاح سنّتي فمن رغب عن سنّتي فليس منّي» و عن الصادق عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام قال: تزوّجوا فان رسول اللّه قال من أحبّ أن يتبع سنتي فانّ من سنّتي التزويج و في النبوي ما بني بناء أحبّ إلى اللّه تعالى من التزويج و عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من تزوّج إحرز نصف دينه فليتّق اللّه في النصف الآخر بل يستفاد من جملة من الأخبار استحباب حبّ النساء ففي الخبر عن الصادق عليه السّلام من أخلاق الأنبياء حبّ النساء و في آخر عنه عليه السّلام ما أظنّ رجلا يزداد في هذا الأمر خيرا

____

كتاب النكاح

احرز نصف دينه: و هو المربوط برعاية شهوته الفرجيّة و بقي عليه ما يرتبط بشهوته البطنية و لم يشر الى ما يرتبط باللسان لكونه كالآلة الواسطة فان الكلام كلا واسطة لا استقلال له، و قد ذكر في حديث اللقلق و القبقب و الذبذب لكون النظر فيه بموانع الطريق الاساسية و لو آلة، و في الحديث بعض احتمالات اخر (مثل ان شهوة الفرج بقدر شهوة البطن و الكلام معا كمّا، و مثل ان النصف هو الشهوة الطبيعية و النصف الآخر هو التحريكية، راجع في الحديث هذا و غيره مما ذكره الماتن الابواب ١ و ٢ و ٣ و ١١ مقدمات نكاح الوسائل).

حب النساء: لعل النظر في الحديث الى غير جهة الشهوة الخاصة كالانس بهنّ من جهة غلبة العاطفة عليهن، كما ان قوة الايمان بالعاطفة و الشوق و ان كان بنيانه على العقل أو من جهة كونهنّ اكثر اهل الجنة كما في الحديث ٤/ ٨٦، و بعض روايات الباب وردت في بيان مقايسة لذّات الدنيا و ان ايّها الذّ عند الناس أو واقعا لا لبيان حبّ التكثير فتدبره جيّدا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۸

إلاّ ازداد حبّا للنساء و المستفاد من الآية و بعض الأخبار أنه موجب لسعة الرزق ففي خبر اسحق ابن عمّار قلت لأبي عبد اللّه عليه السّلام الحديث الّذي يرويه الناس حقّ إنّ رجلا أتى النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فشكى إليه الحاجة فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرّات قال أبو عبد اللّه عليه السّلام نعم هو حقّ ثمّ قال عليه السّلام: الرزق مع النساء و العيال.

المسألة ١: يستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة فعن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم رذال موتاكم العزّاب و لا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه و من لم تشتق لاطلاق الأخبار و لأنّ فائدته لا تحصر في كسر الشهوة بل له فوائد منها زيادة النسل و كثرة قائل لا إله إلاّ اللّه فعن الباقر عليه السّلام قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: ما يمنع المؤمن أن يتّخذ أهلا لعلّ اللّه أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلاّ اللّه.

لسعة الرزق: من جهة احساس المسئولية فيتعب نفسه لتحصيل معاش العيال هذا بحسب الظاهر و يمكن الاشارة الى ان الرجل يجعل نفسه بالتزويج وسطا بينه تعالى و بين العيال لرزقهم و يرزق اللّه تعالى لاجل عمله الوساطي و خيريته بالقياس الى العيال.

المسألة ١: تثقل الارض: (و لعمري هذا امر مهم فارجع البصر ثم ارجع الى عمل العامّة العمياء في بلادنا حيث يوصون اتباعهم بكثرة التوليد لرجاء التوازن في بلادنا مع الشيعة الحقة، و دقق النظر ايضا الى توصية اسرائيل الغاصبة اتباعها بذلك، فالحق و الحق اقول: ان التوصية في بلادنا لتقليل النسل و تحديده ليس إلاّ امرا استعماريا يوصيه الخواصّ ايضا عميانا ثم العجب من بعض فضلاء العصر حيث كان يقول يجب تحديد النسل!! فالحق ان مشاكل ادارة المجتمع المزدحم لا يرجع إلاّ الى سوء التدبير في الرؤساء أو خفة مستوى ثقافة افراد المجتمع و إلاّ فالماء و التراب و الهواء فيها غذاء اكثر من هذا النسل المزدحم بكثير، و قد كنّا من قبل نقول: ان عقيدة «مالتوس» المسيحي ليس إلاّ جهلا أو وصاية استعمارية، و كيف كان فشرع محمد صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مستمر الى يوم القيامة خلافا لما عليه بعض طلبة العصر من احتمال كون كلمات النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم امورا مولوية مربوطة بعصره خاصة، فياللّه و للجهالة و لو كان الامر كما يقولون لم يبق للدين عمود و لا اخضرّ عود، فيمكن القول بأن الصوم ايضا كان لعلة الغذاء في عصره صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الصلاة كانت لضعف عقول الناس عن التوجه العارفة الى الحق تعالى و إلاّ فصرف التوجه عن معرفة يكفي، يقال: و الحكم بتنصيف شهادة المرئة كان لعدم تحصيلهن العلوم في المدارس بخلاف اليوم سيما اذا كانت «ليسانسية»

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۲۹

كما قال بعض طلبة العصر ممن لا دراية له و لا عقل، فهل لم يكن تحصيلات زينب عليها السّلام قدر المرئة الليسانسية اليوم؟! يقال: و الحكم بالعاقلة كانت للحياة و المعيشة القبائلي في السابق، كما كان يقوله ذلك المتصدي للفتوى في بعض مجلات اليوم و لم يدر انه كان كذا على الفرض قبل الاسلام فهل كان في المدينة عند حكومة النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم كذا افرضه، فهل كان زمان الكاظم صلّى اللّه عليه و آله و سلّم في حكومة هارون كذا؟

و يقال لا عدّة على من تقلع رحمها، و قد يقال: و كذا على من يصرف الحبّ لمنع تكون الولد، و لم يفهم ان حكمة العدة لم تكن صرف ذلك بل لعل الشارع لا يرضى باختلاط المرئة بكل رجل في كل دقيقة و ساعة، و أما اليائسة فلا يتحقق ذلك بنفسه نوعا، و يقال: حرمة الربا مربوطة بذلك العصر المستثمر فيه الاغنياء للفقراء و الآن البنوك ملّية على طريق سوسياليزم!! و لم يفهم ان الشخص المراجع الى البنك بالاخرة ينهدم بالربا و يسجن لتأدّيه الربا. و كم و كم و كم يقال من هذه الاراجيف الهادمة للدين الحنيف نعوذ باللّه تعالى و الشكوى اليه تعالى و أسواء من ذلك كله ما يقال من جواز قتل الاولاد الناقص خلقتهم عقلا و يقولون ليس لهم رشد انساني بل نباتي فقط و لم يفهم ان ملاك الحياة و القتل هو الجهة الحيوانية لا الشعور العقلاني سيما الكامل منه، فهل ترى ذلك الطفل لا يتوجّع اذا ضرب؟!

اعاذنا اللّه تعالى من كل ذلك، و حينئذ فما معنى قوله عليه السّلام: شرع محمد صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مستمر الى يوم القيامة؟!

و الاصل في ذلك كله حبّ الشهرة و يريدون بذلك الاشتهار بالعلم و الشجاعة مع انه لا علم لهم و لا شجاعة، الشجاعة قبال الحكومات الاستبدادية- كما كنا في السجون و مبعدين و معذّبين- أو قبال الاحكام الدينيّة، هداهم اللّه تعالى ان امكن فكم ضاق صدري من هذه الاقاويل الفاسدة، نشكو الى ولي امرنا، و يلزم ان اوصي الطلاب الكرام بأن الفقه ليس علما عقليا محضا حتى يحصل بصرف الاحتمال و يذهب كل الى توهمه بل هو علم نقلي أو نقلي و عقلائي حفظنا اللّه تعالى عن السقوط الى الاوهام.

و الاسوء من الاسوء ما صرّح به بعض الطلبة، و لعله صار استاذا في بعض

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۰

المسألة ٢: الاستحباب لا يزول بالواحدة بل التعدّد مستحب أيضا قال تعالى «**فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع**» و الظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع بل المستحب أعمّ منهما و من التسريّ بالاماء.

المسألة ٣: المستحبّ هو الطبيعة أعمّ من أن يقصد به القربة أو لا نعم عباديّته و ترتّب الثواب عليه موقوفة على قصد القربة.

المسألة ٤: استحباب النكاح إنما هو بالنظر إلى نفسه و طبيعته و أما بالنظر إلى الطواري فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة فقد يجب بالنذر أو العهد أو الحلف و فيما إذا كان مقدّمة لواجب مطلق أو كان في

الجامعات الحديثة من ان كون النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم خاتم المرسلين معناه عدم حاجة الناس الى النبي و الرسول اصلا لبلوغ عقلهم!! فهل هو مسلم مع عدم رسول له عندئذ؟! ألم يعلم ان خاتم الاوصياء اذا ظهر يكمل عقول الناس كما صرّح في الحديث، و حينئذ فالمهدي عجّل اللّه تعالى فرجه لا يروّج دين الخاتم صلّى اللّه عليه و آله و سلّم!؟!).

المسألة ٢: التعدد مستحب: في استحباب التعدد مطلقا اشكال (و في الاستدلال بالآية اشكال فانها في مقام التجويز لتسهيل رعاية اليتامى فراجع تفسير الآية. نعم، روى العيّاشي في التفسير استدلال ابي عبد اللّه عليه السّلام بالآية على عدم الاسراف في النساء، لكنها مرسلة، و هناك روايات تدل على ان كثرة الطروقة من علائم المؤمن و من سنن المرسلين كما ورد ان من جمع من النساء ما لا ينكحها فزنت احديهن فالاثم عليه، و لا يبعد ان يستفاد من مجموع الادلة ان استحباب كثرة الطروقة و ان تعدد اتخاذ النساء انما هما لمن يرى نفسه محتاجة الى ذلك و لو كان تكثير طروقه المرئة الواحدة يكفيه فلا يستحب له التعدد، و ان كان عنوان الوسائل استحباب كثرة الزوجات و المنكوحات، لكن روايات ذيل العنوان لا تدل على المطلوب و عمل النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الائمة عليهم السّلام لعله كل لجهة عارضة و كذا في الاماء، نعم في المنقطعة لعل الاستحباب ثابت دائما سيما لردّ نظر الثاني الطريد).

المسألة ٣: عباديته: أي وقوعه اطاعة له تعالى فاطلاق العبادة عليه بالمعنى الاعم لا الخاص كالصلاة و الطواف.

المسألة ٤: بالنذر: (و الاستاذ (قدّس سرّه) يكرّر هنا مذهبه في ذلك و يقول: المنذور لا يصير واجبا بل الوفاء بالنذر واجب و الخارج ليس ظرف تعلق الوجوب، و فيه ما مرّ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۱

تركه مظنّة الضرر أو الوقوع في الزناء أو محرّم آخر و قد يحرم كما إذا أفضى إلى الاخلال بواجب من تحصيل علم واجب أو ترك حقّ من الحقوق الواجبة و كالزيادة على الأربع و قد يكره كما إذا كان فعله موجبا للوقوع في مكروه و قد يكون مباحا كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعله مساوية لها و بالنسبة إلى المنكوحة أيضا ينقسم إلى الأقسام الخمسة فالواجب كمن يقع في الضرر لو لم يتزوّجها أو يبتلي بالزناء معها لو لا تزويجها و المحرّم نكاح المحرّمات عينا أو جمعا و المستحبّ المستجمع للصفات المحمودة في النساء و المكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء و نكاح القابلة المربّية و نحوها و المباح ما عدا ذلك.

المسألة ۵: يستحبّ عند إرادة التزويج امور منها الخطبة و منها صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرئة و خطبتها و الدعاء بعدها بالمأثور و هو «اللّهمّ إنّي أريد أن أتزوّج فقدّر لي من النساء أعفّهنّ

كرارا من ان النذر حيثية تعليليّة لا تقييديّة و المنذور يجب بالنذر و الوفاء ليس إلاّ اتيانه، و قوله الخارج ليس ظرف الوجوب لا يرتبط بالمقام فلا نقول بوجوب الواقع خارجا بل نقول بوجوب ايجاده كسائر الطبائع المتعلقة للاحكام).

أو الوقوع في الزنا: صرف مظنة ذلك لا يوجب ذلك ما لم يطمئن به، نعم في الضرر الموضوع هو الخوف الحاصل من الظن ايضا.

الاخلال بواجب: و لم يكن النكاح واجبا عليه و إلاّ فيلاحظ الاهم.

كالزيادة على الاربع: هي محرمة وضعا لا تكليفا و كذا نكاح المحرمات عينا أو جمعا.

مباحا: مراده الاعم من الاباحة الاصطلاحية و التهاترية.

المسألة ۵: يستحب: لا بأس برعاية ما ذكره (قدّس سرّه) في هذه المسائل من المستحبات و المكروهات رجاء (للاشكال في مستند غير واحد منها، و الظاهر ان اكثرها امور ارشادية رعايتها نافعة للمتزوج لا أحكام مولوية، نعم بعضها مستحب قطعا متفق بين الشيعة و السنة كالوليمة، و في الباب امور اخر لم يذكرها الماتن (قدّس سرّه) فليراجع الوسائل و المستدرك ابواب مقدمات النكاح و آدابه، و في بعضها الروايات المتخالفات مثل تزويج الاقارب ففي رواية الجعفريات ۱/ ۱۷ المستدرك: «لا خيل كالدهم و لا امرأة كبنت العمّ». و روى العلامة في التذكرة عن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «لا تنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخرج ضاويا اي نحيفا»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۲

فرجا و أحفظهنّ لي في نفسها و مالي و أوسعهنّ رزقا و أعظمهنّ بركة و قدّر لي ولدا طيّبا تجعله خلفا صالحا في حياتي و بعد موتي» و يستحبّ أيضا أن يقول: أقررت بالّذي أخذ اللّه إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان «و منها» الوليمة يوما أو يومين لا أزيد فانه مكروه و دعاء المؤمنين و الأولى كونهم فقراء و لا بأس بالأغنياء خصوصا عشيرته و جيرانه و أهل حرفته و يستحبّ إجابتهم و أكلهم و وقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلا أو نهارا و عن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لا وليمة إلاّ في خمس: عرس أو خرس أو عذار أو وكار أو ركاز، العرس التزويج و الخرس النفاس و العذار الختان و الوكار شراء الدار و الركاز العود من مكّة «و منها» الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد و الشهادتين و الصلاة على النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الأئمّة عليهم السّلام و الوصيّة بالتقوى و الدعاء للزوجين

و الظاهر كفاية اشتمالها على الحمد و الصلاة على النبيّ و آله و لا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضا «و منها» الاشهاد في الدائم و الاعلان به و لا يشترط في صحّة العقد عندنا «و منها» إيقاع العقد ليلا.

المسألة ٦: يكره عند التزويج امور «منها» إيقاع العقد و القمر في العقرب أي في برجها لا المنازل المنسوبة إليها و هي القلب و الاكليل و الزبانا و الشولة «و منها» إيقاع يوم الأربعاء «و منها» إيقاعه في أحد الأيّام المنحوسة في الشهر و هي الثالث و الخامس و الثالث عشر و السادس عشر و الحادي و العشرون و الرابع و العشرون و الخامس و العشرون «و منها» إيقاعه في محاق الشهر و هو اللّيلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

المسألة ٧: يستحبّ اختيار امرأة تجمع صفات: بأن تكون بكرا، ولودا، ودودا، عفيفة، كريمة الأصل بأن لا تكون من زناء أو حيض أو شبهة أو ممّن تنال الألسن آباءها أو أمّهاتها أو مسّهم رقّ أو كفر أو فسق معروف و أن تكون سمراء عيناء عجزاء مربوعة طيّبة الريح و رمة الكعب جميلة ذات شعر صالحة تعين زوجها على الدنيا و الآخرة عزيزة في أهلها ذليلة مع بعلها متبرّجة مع زوجها حصانا مع غيره

ايقاع العقد ليلا: ظاهر الدليل استحباب كون الزفاف ليلا لا العقد (فراجع فلعله الظاهر من روايات الباب ٦٢ مقدمات النكاح).

المسألة ٦: و القمر في العقرب: يستفاد من ذيل رواية العيون ٣/ ٥٤ و ١/ ٦٣ ان اثر السوء في ذلك و كذا في المحاق في الدخول لا العقد، و الاحتياط حسن.

و ايقاع يوم الاربعاء: ظاهر رواية الكافي ١/ ٣٩ مقدمات النكاح كراهة الدخول ليلة الاربعاء.

المنحوسة: لم يثبت دليلها لكن الرعاية في هذا المهم حسن.

المسألة ٧: يستحب: لعل الروايات ارشادية لبقاء الوداد في البيت.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۳

فعن النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم إنّ خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلها المتبرّجة مع زوجها الحصان على غيره الّتي تسمع قوله و تطيع أمره و إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها و لم تبذل كتبذّل الرجل ثمّ قال: ألا اخبركم بشرار نسائكم الذليلة في أهلها العزيزة مع بعلها العقيم الحقود الّتي لا تدرع من قبيح المتبرّجة إذا غاب عنها بعلها الحصان معه إذا حضر لا تسمع قوله و لا تطيع أمره و إذا خلا بها بعلها تمنّعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها لا تقبل منه عذرا و لا تغفر له ذنبا، و يكره اختيار العقيم و من تضمّنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة الّتي يجمعها عدم كونها نجيبة و يكره الاقتصار على الجمال و الثروة و يكره تزويج جملة اخرى «منها» القابلة و ابنتها للمولود «و منها» تزويج ضرّة كانت لامّه مع غير أبيه «و منها» أن يتزوّج اخت أخيه «و منها» المتولّدة من الزناء «و منها» الزانية «و منها» المجنونة «و منها» المرأة الحمقاء أو العجوزة و بالنسبة إلى الرجال يكره تزويج سيّىء الخلق و المخنّث و الزنج و الأكراد و الخزر و الأعرابيّ و الفاسق و شارب الخمر.

المسألة ٨: مستحبّات الدخول على الزوجة امور «منها» الوليمة قبله أو بعده «و منها» أن يكون ليلا لأنه أوفق بالستر و الحياء و لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم زفّوا عرائسكم ليلا و أطعموا ضحى بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضا «و منها» أن يكون على وضوء «و منها» أن يصلّي ركعتين و الدعاء بعد الصلاة بعد الحمد و الصلاة على محمّد و آله

بالالفة و حسن الاجتماع بينهما و الأولى المأثور و هو «اللّهمّ ارزقني الفتها و ودّها و رضاها بي و ارضني بها و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و أنفس ائتلاف فانّك تحبّ الحلال و تكره الحرام» «و منها» أمرها بالوضوء و الصلاة أو أمر من يأمرها بهما «و منها» أمر من كان معها بالتأمين على دعائه و دعائها «و منها» أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة و يقول «اللّهمّ بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحللتها فان قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقيّا من شيعة آل محمّد صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و لا تجعل للشيطان فيه شركا و لا نصيبا» أو يقول: «اللّهمّ على كتابك تزوّجتها و في أمانتك أخذتها و بكلماتك استحلك فرجها فان قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويّا و لا تجعله شرك شيطان» و يكره الدخول ليلة الأربعاء.

الزنج: روايات كراهة التزويج مع هؤلاء الاقوام لعلها قضايا خارجية مربوطة بالموجودين في تلك الازمنة لا كل منتسب اليهم في كل زمان مع ان بعض اسنادها ضعيفة كالوارد في الاكراد و الخوز، و حيث ان الامر استحبابي أو ارشادي فلا يهمّنا البحث و لعل في هذه الاقوام بعض خصوصيات استعدادا دائما و ان امكن الاصلاح بالتعليم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۴

المسألة ۹: يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الاذن و لو بشاهد الحال إن كان عامّا فللعموم و إن كان خاصّا فللمخصوصين و كذا يجوز تملّكه مع الاذن فيه أو بعد الاعراض عنه فيملك و ليس لمالكه الرجوع فيه و إن كان عينه موجودا و لكن الأحوط لهما مراعاة الاحتياط.

المسألة ۱۰: يستحبّ عند الجماع الوضوء و الاستعاذة و التسمية و طلب الولد الصالح السويّ و الدعاء بالمأثور و هو أن يقول «بسم اللّه و باللّه اللهم جنّبني الشيطان ما رزقتني» أو يقول: «اللهم بأمانتك أخذتها» الى آخر الدعاء السابق أو يقول: «بسم اللّه و باللّه الرحمن الرحيم الّذي لا إله إلاّ هو بديع السموات و الأرض اللّهمّ إن قضيت منّي في هذه اللّيلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركا و لا نصيبا و لا حظّا و اجعله مؤمنا مخلصا مصفّى من الشيطان و رجزه جلّ ثناؤك» و أن يكون في مكان مستور.

المسألة ۱۱: يكره الجماع ليلة خسوف القمر و يوم كسوف الشمس و في الليلة و اليوم الّذين يكون فيهما الريح السوداء و الصفراء و الحمراء و اليوم الذّي فيه الزلزلة بل في كلّ يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة و كذا يكره عند الزوال و عند غروب الشمس حتّى يذهب الشفق و في المحاق و بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس و في السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال و بين الأذان و الاقامة و في ليلة الأضحى و يكره في السفينة و مستقبل القبلة و مستدبرها و على ظهر الطريق و الجماع و هو عريان و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء و الجماع و هو مختضب أو هي مختضبة و على الامتلاء و الجماع قائما و تحت الشجرة المثمرة و على سقوف البنيان و في وجه الشمس إلاّ مع الستر و يكره أن يجامع و عنده من ينظر إليه و لو الصبيّ الغير المميز و أن ينظر إلى فرج الامرأة حال الجماع و الكلام عند الجماع إلاّ بذكر اللّه تعالى و أن يكون معه خاتم فيه ذكر اللّه أو شيء من القرآن و يستحبّ الجماع ليلة الاثنين و الثلاثاء و الخميس و الجمعة و يوم الخميس عند الزوال و يوم الجمعة بعد العصر و يستحبّ عند ميل الزوجة إليه.

المسألة ۱۲: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا حتّى يصبح.

المسألة ۱۳: يستحبّ السعي في التزويج و الشفاعة فيه بارضاء الطرفين.

المسألة ١٤: يستحبّ تعجيل تزويج البنت و تحصينها بالزوج عند بلوغها فعن أبي عبد اللّه عليه السّلام من

ـــــــــــــــــ

المسألة ٩: بعد الاعراض: (وفاقا للاكثر خلافا للخوئي (قدّس سرّه) و قد مرّ انه مخرج عن الملك عند العقلاء و لم يردع عنه فلو اخذه آخذ ثم رجع المالك فليس له، و في بعض روايات في ٣٦ ابواب ما يكتسب ما يدل على النهي عن الاكل و أخذ ما ينثر لكن الظاهر منه الكراهة و لحاظ الشرف و عزّ المؤمن).

المسألة ١٤: تعجيل: إلاّ ان يعارضه مصلحة اخرى و لو بحسب الزمان.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۵

سعادة المرء أن لا تطمث ابنته في بيته.

المسألة ١٥: يستحبّ حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلاّ لضرورة و لا يدخل عليها أحد من الرجال.

المسألة ١٦: يكره تزويج الصغار قبل البلوغ.

المسألة ١٧: يستحبّ تخفيف مؤنة التزويج و تقليل المهر.

المسألة ١٨: يستحبّ ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

المسألة ١٩: يجوز للرجل تقبيل أيّ جزء من جسد زوجته و مسّ أيّ جزء من بدنه ببدنها.

المسألة ٢٠: يستحبّ اللبث و ترك التعجيل عند الجماع.

المسألة ٢١: يكره المجامعة تحت السماء.

المسألة ٢٢: يستحبّ إكثار الصوم و توفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله و عدم طوله.

المسألة ٢٣: يستحبّ خلع خفّ العروس إذا دخلت البيت و غسل رجليها و صبّ الماء من باب الدار إلى آخرها.

المسألة ٢٤: يستحبّ منع العروس في اسبوع العرس من الألبان و الخلّ و الكزبرة و التفّاح الحامض.

المسألة ٢٥: يكره اتّحاد خرقة الزوج و الزوجة عند الفراغ من الجماع.

المسألة ٢٦: يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر إلى وجهها و كفّيها و شعرها و محاسنها بل لا يبعد جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها و إن كان الأحوط خلافه و لا يشترط أن يكون ذلك بإذنها

ـــــــــــــــــ

المسألة ١٥: حبس المرئة: إلاّ ان يعارضه جهات اخر فانه حينئذ قد يحرم كما اذا لم يمكن لها معرفة الاحكام الشرعية حينئذ، و كذا بعض العلوم الواجبة بالكفاية على الجميع قبل قيام من يكتفى به و كذلك اذا اوجب ذلك ضررا على سلامة المرئة جسما أو نفسا أو ضيقا عليها بحيث يوجب انصرافها عن اساس الدين كما قد يتفق ذلك.

المسألة ١٦: يكره تزويج الصغار: و قد يحرم بالعوارض و الموارد مختلفة.

المسألة ٢٤: الكزبرة: (اي: كشنيز كما في بعض كتب اللغة، و يقال: جلجلان ايضا).

المسألة ٢٦: و محاسنها: لا يبعد ان يكون المراد من المحاسن في معتبرة غياث ٣٦/ ٨ هو الوجه و الكفان و مثل ذلك كالرقبة و الساق و المعصم و الشعر و لا دليل على اكثر من ذلك. فالأحوط لو لم يكن اقوى الاقتصار على هذه المذكورات (وفاقا للخوئي و البروجردي و غير واحد و خلافا للنجفي و البهبهاني و الاستاذ، و أما رواية مسعدة ٣٦/ ١٢ فضعيفة مع ان المذكور فيها هو المحاسن فقط كما في رواية غياث و لا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۶

و رضاها نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذّذ و إن علم أنه يحصل بنظرها قهرا و يجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض و هو الاطّلاع على حالها بالنظر الأوّل و يشترط أيضا أن لا يكون مسبوقا بحالها و أن يحتمل

دليل على ارادة العموم اللغوي اي كل مظهر الجمال في البدن حتى البطن و حواليه.

و في رواية عبد اللّه بن الفضل: «شعرها و محاسنها» لكنها ضعيفة ايضا مع ان المستفاد منها الأوسعية من الشعر لا الشمول المذكور.

و أما الساق فلا بأس فانه من المحاسن و يعلم به حسن البدن مع التصريح به في شراء الامة و هنا اولى لشرائها بأغلى الثمن لتعلق المهر كيف كان مع ثبوت الخيار في الامة الى ثلاث ايام و هو بنفسه يوجب الارتياح، و كذا المعاصم مع ذكرها في صحيح هشام ۳۶/ ۲ و كذا الشعر مع ذكرها في صحيح هيثم ۳۶/ ۷ و أما عموم البدن كما قال به الماتن تبعا للجواهر نظرا الى اطلاق ۳۶/ ۱: «... اينظر اليها؟ قال: نعم، انما يشتريها بأغلى الثمن» ففيه ما لا يخفى فان المراد من التعليل فيها دفع الغبن لا تعبد شرعي بالجواز و الغبن يندفع بالمذكورات مع امكان ادعاء ان النظر الى جميع البدن امر مستنكر عرفا و خلاف المرتكز و لو كان جائزا لزم التصريح ليفهم. و لو فرض الاطلاق في بعض الروايات فيكفي في تقييده امثال صحيح هشام: «لا بأس ان ينظر الى وجهها و معاصمها» فان القيد ظاهر في دخالته في الحكم، و موثق يونس ۳۶/ ۱:

«... تحتجز ثم لتقعد ... تقوم ...» الخ. و أما النظر الى الخلف ۳۶/ ۳ فالمراد هو الحجم، بل و كذا المراد من ترقيق الثياب ۳۶/ ۱۱ و لذا لم يقل ترقيق الثوب فالمراد تخفيف الثياب ليعلم الحجم.

و كيف كان فالأحوط لو لم يكن اقوى هو الاقتصار على المذكورات بل من الظاهر ان الفتوى بالجواز يحتاج الى جرئة توجد فقط في بعض متفقي العصر من الشجعان الذين لا خوف لهم عن سخط مبادي الوحي و ان كان هذه شجاعة فليست لنا هذه).

بقصد التلذذ: (و هو واضح بعد ان الجواز على خلاف الادلة العامة تخصيصا و التخصيص ورد لقصد التزويج، منحصرا بحسب ظاهر الادلة فلا يجوز حتى مع اشتراك القصد).

مسبوقا بحالها: بحيث لا يحتاج الى اختبار جديد يدفع به الغبن.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۷

اختيارها و إلاّ فلا يجوز و لا فرق بين أن يكون قاصدا لتزويجها بالخصوص أو كان قاصدا لمطلق التزويج و كان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار و إن كان الأحوط الاقتصار على الأوّل و أيضا لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها و تخبره أو لا و إن كان الأحوط الاقتصار على الثاني و لا يبعد جواز نظر المرأة أيضا إلى الرجل الّذي يريد تزويجها و لكن لا يترك الاحتياط بالترك و كذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءه و إن كان بغير إذن سيّدها و الظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل الوكيل و الوليّ و الفضوليّ و أما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

لمطلق التزويج: اذا احتمل اختيارها بالخصوص (و هذا القيد احسن من ردّ ذلك كما فعل الخوئي (قدّس سرّه) لعدم الفرق بين قصد الاطلاق و احتمال انطباق المطلق على هذه أو قصدها خاصّة. نعم، ظاهر الروايات المورد الخاص لكن الدقة تعطي جواز الاعم اذ المراد من: «... يريد تزويجها ...» في الروايات ليس الارادة الحتمية و إلاّ لما احتاج الى النظر بل الارادة على فرض الرضا بالجمال و هذا بعينه يجري في المطلق اذا اراد التزويج ان رضى بجمالها، نعم لا ريب ان ذلك و ان جاز، لكنه من موارد الفتنة و مصيد الشيطان لا بد ان يدقق النظر لئلاّ يتجاوز قصده عن الجائز المحدود أي قصد التزويج واقعا).

نظر المرئة ايضا: فيه اشكال قوي إلاّ بالمتعارف من الرأس و الوجه و الكفين و هو جائز في غير المقام ايضا. (لعدم اقتضاء الدليل بل عدم التعرض في هذه الأدلة الكثيرة مع كون ذلك متوقعا بمعنى انه لو كان جائزا مع انه خلاف الارتكاز لزم تذكاره. بل تقييد الحكم بالرجل في الجواز ظاهر في عدم جريانه في المرئة، مع الفرق ايضا بثبوت المهر على الرجل كيف كان بعد العقد. و أما البضع فيقابل بالمال لا الرجل، مع ان خصوصيات الرجل على قدر ما يجوز من المرئة تقريبا غير الساق من الوجه و الكفين و الرأس تعلم بالمتعارف و هذه كافية في استكشاف ما يراد من الرجل.

نعم، في زماننا ظهرت فرقة عمياء عن مباني الفقه تطمئن بأدنى شيء بالغاء الخصوصية، نقول لهم: صرّح الصادق عليه السّلام بارجاع الدعاوى الى رجل كذا و كذا، يقولون: تلغى خصوصية الرجل كما تلغى في: اذا شك الرجل بين الثلاث و الاربع، و لم تتنبه بأن ذلك مقطوع عند الكل و هنا مشكوك بل مقطوع عدم الالغاء عند الكل أو الجلّ فكيف يقطع بالغاء الخصوصية. عصمنا اللّه تعالى من الزلل؟!).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۸

المسألة ۲۷: يجوز النظر إلى نساء أهل الذمّة بل مطلق الكفّار مع عدم التلذّذ و الريبة أي خوف

المسألة ۲۷: مطلق الكفار: (لاستفادة التعميم من تعليل: «لا حرمة لنساء اهل الذمة ...» الخ. و نفي الحرمة لغيرهن بالاولوية. و لو بنى على عموم التعليل في صحيح عباد: «لأنهم اذا نهوا لا ينتهون» شملهم ايضا، فالدليل اما الغاء الخصوصية عرفا عن حكم اهل الذمة و قد اجاز الشارع كما في معتبر السكوني ۱/ ۱۱۲ مقدمات النكاح مؤيدا برواية ۲/ ۱۱۲ مقدمات النكاح و أما عموم التعليل في ۱/ ۱۱۳: «... لأنهم اذا نهوا لا ينتهون» و لا يبعد اعتبار الحديث باعتبار قائد عباد بن صهيب و ان كان هو غير موثق عند الجواهر و الحكيم و ... بل الظاهر انه ثقة لتوثيق النجاشي و تبعه العلامة فيه، هذا و أما الاستدلال للجواز بأنهن مماليك الامام أو المسلمين كما قد يظهر من الشرائع و غيره نظرا الى صحيح ۲/ ۲ ما يحرم باستيفاء العدد: ... «انّ اهل الكتاب مماليك للامام» مؤيدا برواية زرارة ۱/ ۴۵ العدد و صحيح ابي ولاد ۱/ ۱ العاقلة. ففيه ان من الظاهر عدم العمل بمضمونه و إلاّ لعارض ادلة الجزية و احترامهم مالا و عرضا بأداء الجزية و دليل ثبوت الدية في قتلهم لا اداء القيمة الى مولاهم اي الامام).

مشكل: لا اشكال فيه بعد صحة سند الحديث و عدم ثبوت الاعراض (فالدليل يخصّص آية الغضّ كالفرع السابق، لكن يبقى في النفس شيء و هو أن المذكورين في صحيح ۱۱۳/ ۱ اهل تهامة و الاعراب و اهل السواد و العلوج، و الظاهر انهم اما ضعفاء العقول لبعدهم عن تربية الاسلام أو ضعف الاستعداد أو كونهم حديثي العهد بالاسلام، و العلوج لعلّهم

الكفار، و شمول الحديث لأهل الثقافة الحديثة الذي لا يعتنون بالحجاب لعدم اعتناهم بالاحكام عمدا بعيد سيما و ان المذكور في ذيل الحديث المجنون و نحوه فالاحتياط حسن و ان كان عموم التعليل حجّة.

مع عدم التلذذ و الريبة: (الريب هو الزيغ و الاضطراب اي التزلزل و الفتور، فهو غير خوف الافتتان، فلعل الريب اقرب الى السقوط و دليل التقيد به، و كذا خوف الفتنة، آية حفظ الفروج كما استدل الخوئي (قدّس سرّه) و هو واضح، و أما التلذذ فيمكن الاستدلال عليه بأن المتيقن من الاستثناء من عموم ما تحرمة النظر اصل النظر لا التلذذ فيه- إلاّ ان يستشكل في العموم بعدم الدليل و يأتي في مسألة ٣١- و ليس المستثنى منه النظر مع اللذة حتى يؤخذ بذلك في المستثنى ايضا بل اصل النظر، و هذا وجيه لم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۳۹

ار من تعرض له، و يؤيده ذيل صحيح عباد بن صهيب ١/ ١١٣ ... ما لم يتعمد ذلك، و كذا صحيح يونس ١/ ١٢٤ و الظاهر من التعمد هو التلذذ لا العمد قبال الغفلة و إلاّ لم يرتبط بصدر الحديث: «لا بأس بالنظر الى ... غير متعمد» فان النظر غير العمدي لا وجه للعقاب فيه حتى يقول لا بأس ... الخ. سيما و مختصا بالشعر و أمثاله، بل عام لجميع البدن. و هو و ان ورد في المجنون و المغلوب على عقلها لكن اشتراط ذلك فيه يدل على المقام بالاولوية فان عدم التلذذ لو اشترط في المجنونة- و الظاهر انه المراد من عدم تعمد النظر- مع عدم توقع التلذذ منه بحسب العادة فاشتراط ذلك في غيرها بالاولوية، إلاّ ان يقال: المجنونة لها حرمة الاسلام بخلاف اهل الذمة و اذا لم يكن له حرمة فيجوز الالتذاذ لعدم دليل على الحرمة و لا دليل على حرمة مطلق الالتذاذ.

لكن المفهوم ارتكازا سيما مع التوجه الى امثال قيد صحيح صهيب فهم تقيد الجواز بصرف النظر فقط. و استدل الخوئي (قدّس سرّه) بآية غضّ البصر، بتقريب: «ان المراد ليس صرف النظر عن غير الزوجة و المملوكة بل حصة خاصة منها و هي خصوص الاستمتاعات الجنسية الغريزية و شؤون ذلك دون ما يرتبط بالمعاملات مثلا اذ ليس المراد اطباق الجفون بل اشارة الى ما ذكر، و ليس المراد كون اطباق الجفن مقدمة لترك النظر لكون غض البصر و النظر امران وجوديان متضادان لا معنى لكون احدهما مقدمة لترك الآخر لتساويهما في الرتبة بل ليس المراد الاطباق بل كناية عن صرف النظر في الاستمتاعات الجنسية و شؤون ذلك عن غير الزوجة و المملوكة ...» و لكن يمكن ان يقال: الغض هو الكسر و التخفيف على ما يستفاد من موارد الاستعمالات، فراجع لسان العرب، و الغض من الابصار هو تحديدها و كسرها فيحرم توسعة النظر، و النظر بلا قيد و هو عبارة اخرى عن «لا تكونوا غير مبالين» و حينئذ فهو اشارة الى المبالاة بأحكام الشرع، و لا يستفاد منه حكم جديد. نعم، لو ثبت شأن النزول في قصة الشاب الناظر الى امرأة اعجبته حتى ضرب جبهته مسمار الجدار غفلة عن نفسه. امكن ان يقال: المراد حرمة التلذذ بالنظر، لكن يمكن ان يكون المراد على شأن النزول ايضا عدم الاستدامة اي اكسروا و خففوا و لا تداوموا. لا اصل حرمة النظر تلذذا، و كيف كان فالاجماعات المحكية ايضا على اشتراط عدم التلذذ كثيرة، و مع ذلك كله لا وجه

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۰

الوقوع في الحرام و الأحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهنّ على عدم ستره و قد يلحق بهم نساء أهل

البوادي و القرى من الأعراب و غيرهم و هو مشكل نعم الظاهر عدم حرمة التردّد في الأسواق و نحوها مع العلم بوقوع النظر عليهنّ و لا يجب غضّ البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان.
المسألة ٢٨: يجوز لكلّ من الرجل و المرأة النظر إلى ما عدى العورة من مماثله شيخا أو شابّا حسن الصورة أو قبيحها ما لم يكن بتلذّذ أو ريبة نعم يكره كشف المسلمة بين يدي اليهودية و النصرانية

لاشكال الحكيم (قدّس سرّه) في ذلك و سيأتي تتمة الكلام في المسألة ٣١).
جرت عادتهنّ: لا يلزم مراعاة ذلك في الشعور و الأيدي و لو كان الاظهار على خلاف عادتهن و لا يترك الاحتياط في غير ذلك بل لا يخلو عن قوة (لذكر الشعور و الايدي في الحديث ١/ ١١٢ مع التعليل بعدم الاحترام، نعم في غير الشعور و الايدي اذا كانت العادة على الستر لا يترك الاحتياط و ان كان مقتضى نفي الحرمة الجواز كما قال الخوئي (قدّس سرّه). إلّا ان يقال: الحديث قد نفى الحرمة في خصوص الشعور و الايدي و هذا اظهر).
و هو مشكل: الظاهر هو الجواز في اللّاتي لا يفقهن لقلة قوة ادراكهنّ و الجواز مخصوص بالرؤوس و لو في الزائد عن العادة (لصحة رواية صهيب ١/ ١١٣، و الظاهر وثاقة صهيب لكن استفادة عموم الجواز لكل من لا ينتهي و لو عنادا مشكل و ان كان لفظ العلة عاما).
في الاسواق: التردد في الاسواق لا يوجب في العادة النظر الى نساء اهل البوادي و أمثالهن خاصة، و كيف كان فحكمه الجواز مع توطين النفس على عدم تعمد النظر (و أما مع عدم التوطين المذكور فالنظر الواقع بلا اختيار يعدّ اختياريا بالمقدمة الاختيارية- وفاقا للگلپايگاني (قدّس سرّه)، و منع البروجردي (قدّس سرّه) جواز التردد حينئذ لكنه خلاف السيرة و خلاف الشريعة السمحة).
المسألة ٢٨: يجوز: (للسيرة و الاجماع و روايات الحمّام حيث منعت من الدخول بلا مئزر لوقوع النظر على العورة فيعلم الجواز في غيرها).
بتلذذ أو ريبة: أو خوف الفتنة (في الريبة يمكن الاستفادة من آية الحفظ سورة النور كما مرّ، فان مفهوم الحفظ يوجب الحزم في موارد الريب و كذا خوف الفتنة، و أما التلذذ مع القطع بعدم خوف الفتنة و التزلزل أي الريب لو فرض الانفكاك

المعلقات على العروة الوثقى، ج‌۴، ص ۵۴۱

بل مطلق الكافرة فإنهنّ يصفن ذلك لأزواجهنّ و القول بالحرمة للآية حيث قال تعالى **أَوْ نِسٰائِهِنَّ** فخصّ بالمسلمات ضعيف لإحتمال كون المراد من نسائهنّ الجواري و الخدم لهنّ من الحرائر.
المسألة ٢٩: يجوز لكلّ من الزوج و الزوجة النظر إلى جسد الآخر حتّى العورة مع التلذّذ و بدونه بل يجوز لكلّ منهما مسّ الآخر بكلّ عضو منه كلّ عضو من الآخر مع التلذّذ و بدونه.
المسألة ٣٠: الخنثى مع الانثى كالذكر و مع الذكر كالانثى.

أي وجود التلذذ الجنسي الغريزي بلا احتمال الابتلاء بالانزال أو الادخال أو القبلة المحرّمة فالظاهر وجود الاجماع ايضا مع ما مرّ من التأييدات لكن هنا ليس عموم أو اطلاق يشمل حرمة النظر الى الرجال. فهل المحرم النظر بالتلذذ

مطلقا أو التلذذ الغريزي الجنسي أو هو مع خوف الافتنان أو الريب؟ وجوه).
نعم يكره: (لظهور لا ينبغي في ۱/ ۹۸ مقدمات النكاح، و اعتقد الخوئي (قدّس سرّه) انه ظاهر في الحرمة لكن التعليل في ذيلها- يصفن لأزواجهن- يعطي الارشاد فقط الى امر اخلاقي لعدم حرمة معرفة الكافر بحال المرئة المسلمة، و فيه ما مرّ سابقا من عدم تسلم الحرمة فان «ينبغي» ليس ظاهرا في الجواز و الامكان على ما قال، بل في الحسن، و نفيه نفي الحسن لا نفي الجواز، و الظاهر هو الحكم الشرعي فايجاد امر يوجب معرفة الكافر بحال المرئة المسلمة لعله امر مرغوب عنه لامكان تحقق اثر التشبيب مثلا، و يؤيد الحكم ۱/ ۱۲۳ مقدمات النكاح رواية الخصال).
الجواري: أو الحرائر بقرينة ذكر ما ملكت أو خصوص الارحام بل احتمال الجواري بعيد لتلك القرينة.
المسألة ۲۹: حتى العورة: (و لا وجه لقول ابن حمزة بالحرمة في نظر الزوج الى عورتها حين الجماع نظرا الى رواية الخدري عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم ۵/ ۵۹ مقدمات النكاح لضعف السند و لاستفادة ارادة امر وضعي فقط فتأمل، و لتعارضه مع ۳/ ۵۹ مقدمات النكاح).
المسألة ۳۰: الخنثى ... كالانثى: فيه تأمل و لو لا دعوى الاتفاق امكن العمل بالقرعة استيناسا بما ورد في الارث و غيره و مما ورد في نفي الحرج و في ذكر الشريعة السهلة إلاّ فيما علم قطعا لزوم الاحتياط كالجماع مثلا في غير الضرر بل و الحرج ايضا على وجه.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۲

المسألة ۳۱: لا يجوز النظر إلى الأجنبيّة و لا للمرأة النظر إلى الأجنبيّ من غير ضرورة و استثنى جماعة الوجه و الكفّين فقالوا بالجواز فيهما مع عدم الريبة و التلذّذ و قيل بالجواز فيهما مرّة و لا يجوز تكرار النظر و الأحوط المنع مطلقا.

المسألة ۳۱: لا يجوز النظر الى الاجنبية: (لظهور الآية الكريمة في حرمة ابداء الزينة و معلوم انها لحرمة النظر بل لعل المتيقن من وجوب الغض ذلك فتأمل، و روايات حرمة النظر الى الوجه و اليدين مثل صحيح فضيل ۱/ ۱۰۹ مقدمات النكاح و دليل جواز النظر الى شعر المرئة و ساقها لمن يريد التزويج خاصّا و دليل اختصاص الجواز بأهل الذمة).
النظر الى الاجنبي: الى غير الوجه و الكفين و ما قامت السيرة عليه كالرأس و الرقبة، و أما فيها فالاقرب الجواز (لعدم ثبوت الاجماع و للسيرة عملا على النظر حين التكلم و السؤال عن العلماء و غيرهم مع ان النظر ليس معلوم الحرمة و إلاّ لبانت و ليس بمشتبه و الاّ لسئل في الروايات فيبقى ان يكون واضح الجواز. و أما آية الغض فالمراد صرف النظر و عدم الطمع، قال الخوئي: و يشهد له عموم الآية لجميع المؤمنات مع ان بعضهن اعمى، و فيه: ان الخطاب عند القدرة أو عام و العجز عذر و إلاّ لورد الاشكال في سائر الآيات مثل المؤمنون ... يأمرون بالمعروف ... الخ. مع العجز. و أما رواية حفصة و عائشة في ورود ابن ام مكتوم ٤/ ۱۰٤ فضعيفة سندا بارسال البرقي و رواية الطبري عن فاطمة عليها السّلام: «خير النساء ان لا يرين الرجال ...» الخ ۳/ ۱۲۹ مرسلة و كذا ٤/ ۱۲۹.
ثم المراد من استثناء ما ظهر ليس تجويز ابدائها بمعناه الحدوثي حتى يقال ما ظهر لا ابداء له بل الاستدامي و ايضا المراد ما ظهر بحسب الطبع، و الابداء انما هو للغير.
لا يقال: الاستثناء يوجب ورود ما قبل الاداة عليه كيف كان حتى في المنقطع فان المجيء شامل للحمار ايضا في ما جائني إلاّ الحمار اذ نقول فحينئذ فقوله تعالى:

لا تاكلوا اموالكم بينكم ... إلاّ ان تكون تجارة يعني فحينئذ كلوا بالباطل؟!! إلاّ ان يقال: نسلّم ذلك اذ التجارة ليست امرا توليديا عام المنفعة للناس بل وساطة معاملية فقط و لكن فيه ان ذلك ليس شعارا احساسيا محضا، فان الملاك العقلائي في عدم العدّ باطلا حاجة الناس و لا ريب في ذلك لتوزيع ما يحتاج اليه في المعيشة).

و الاحوط المنع مطلقا: بل لا يخلو من وجه، إلاّ اذا كان حرجيا أو لامر اهم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۳

(وفاقا في عدم التجويز للأكثر غير البهبهاني و غير الاستاذ في الحاشية و احتاط في التحرير، فان آية النور ۳۱ تتعرض لحكمين حكم التستر و الظهور في نفسه و هذا اول الآية و حكم الابداء للغير و لا يكون فيه استثناء و ليس الحكم الثاني تأكيدا للاول حتى يجري فيه الاستثناء الاول و يكون في الثاني حينئذ استثناءان أو يكون المستثنى منه ابداء الزينة المخفيّة. و يظهر الحكمان من بعض الروايات ايضا فرواية زرارة ٤/ ۱۰۹ مقدمات النكاح في الحكم الاول و استثنى الخاتم و المسكة أي القلب أي السوار، و صحيح الفضيل ۱/ ۱۰۹ ذكر الذراعين من الزينة التي يحرم ابدائها إلاّ لبعولتهن ... الخ. إلاّ ان يقال: هذا كله في تسترها لا في عدم جواز نظر الرجل اليها، لكن الانصاف عدم وجه للتستر حينئذ اذا جاز النظر. و يظهر ذلك من بعض روايات المريد للتزويج المجوزة للنظر الى الوجه و اليدين فانه لو كان جائزا مطلقا لم يكن وجه للتقييد بارادة التزويج، و كذا روايات النظر الى الذمية معللا بعدم الحرمة لهنّ و صحيحة الصفار تهذيب ٦: ٢٥٥ و الوسائل. ط طهران سنة ۱۲۸۸ في مورد الاشهاد: «تنقّبت و تظهر للشهود» فقد الزم التنقب الساتر للانف فما دونه في مقام الاضطرار للشهادة و صحيح الفضيل ۱/ ۱۰۹ الوسائل.

و اما رواية علي بن جعفر ص ۱۰۲ قرب الاسناد: عن الرجل ما يصلح ... قال:

«الوجه و الكف و موضع السوار» فضعيفة بعبد اللّه بن حسن. مع انها في المحرم. و أما رواية عمرو بن شمر الحاكي لنظر جابر الى وجه فاطمة ۳/ ۱۲۰ فضعيفة بعمرو بن شمر و كذا رواية ابي الجارود ۳/ ٨٤ المستدرك، المفسرة للذمية الظاهرة للناس بالخاتم و السوار و الكحل فانها مرسلة. و أما صحيح علي بن سويد ۳/ ۱ الوسائل: «... اني مبتلى بالنظر الى المرئة الجميلة ... لا بأس اذا عرف اللّه من نيتك الصدق ...» و هي عمدة مستند الشيخ الاعظم في القول بالجواز، فالظاهر ان النظر اتفاقي لا عمدي لجلالة شأن ابن سويد، و أما رواية مروك ۲/ ۱۰۹ فضعيفة سندا، و أما استدلال الحكيم (قدّس سرّه) للجواز بمفهوم «**و ليضربن بخمورهن على جيوبهن**» لخروج الوجه حينئذ، ففيه: ان المراد احتمالا الاصرار على عدم بدوّ الجيب لا الاختصاص مع ان ستر الوجه يفرق عن ستر الرأس في جنس الثوب في المتعارف مع ان عدم وجوب ستر الوجه اعم من جواز النظر.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۴

المسألة ۳۲: يجوز النظر إلى المحارم الّتي يحرم عليه نكاحهنّ نسبا أو رضاعا أو مصاهرة

و لا اجماع في المسألة، و أما الآية الكريمة فقد مرّ ان الابداء للغير لا استثناء فيه و السيرة من المبالين و الارتكاز منهم على المنع ايضا و مطلقات حرمة النظر الى النساء دليل المنع مثل ٥ و ۱/ ۱۰٤: «النظر سهم من سهام ابليس». و لا وجه

لحملها على خصوص قصد التلذذ، نعم بعد التقييد بمثل ٨/ ١٠٤ في النظرة الثانية لا منع للاولى اي عدم التعمد و إلاّ فاذا تعمد بالنظر الاول و استمر قدر ساعة هل يمكن القول بالجواز؟ و ما الفارق بين النظر الاول و الثاني، و كيف كان فالنظر التعمدي حرام بحسب الاطلاق و لو بلا تلذذ. و الاستثناء غير ثابت، و ايضا رواية العلل و العيون:

و حرم النظر الى شعور النساء المحجوبات بالازواج و غيرهن من النساء لما فيه من تهيج الرجال ... و كذا ما اشبه الشعور. و لا ريب ان الوجه لا يقلّ عن الشعر في التهيج.

و قد مرّ تفصيل ازيد من المقام في مقدمات الصلاة في اول ج ٢ من هذه المعلقات ثم ان عدم الجواز محكوم الحرج او لامر أهم كمقام الاشهاد أو احتمال الفتنة من الفئة المعارضة لحكومة الاسلام ان لم يمكن حلّ المشكل بواسطة مرئة اخرى، و قد يكون من الحرج ترك معاملة النساء للرجل الحافظ للنظر جدا بحيث يصعب تكلم النساء معه فيذهبن الى المعاملة مع رجال غير مبالين فيكون الفساد اكثر بكثير فيجوز بقدر الضرورة، و بالجملة ما اظن الجواز في غير الضرورات العرفية.

المسألة ٣٢: نسبا: (للآية في جواز ابداء الزينة لهم و لا تأمل بالاختصاص بالمذكورات فيها و كذا الكلام في معتبرة السكوني ٧/ ١٠٤ مقدمات النكاح: لا بأس ان ينظر الى شعر امه أو اخته أو ابنته.

و يستفاد ذلك من الروايات المتظافرة في جواز تغسيل المحارم بلا ثياب بل و كذا من وراء الثياب على ما في بعضها على ما مرّ في بحث الطهارة).

رضاها: لظهور التعليل في النص بأن ولدها صارت بمنزلة ولده في ذلك (١/ ١٦ ما يحرم بالرضاع).

مصاهرة: حرمة مؤبدّة ناشئة من العلقة الزوجية (بخلاف الحرمة الموقتة كاخت الزوجة كما في رواية البزنطي ١/ ١٠٧: «انها و الغريبة سواء» و كذا الحرمة المؤبدة اذا كانت ناشئة من غير العلقة الزوجية كالزنا بذات البعل و اللعان و الطلاق تسعا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۵

ما عدا العورة مع عدم تلذّذ و ريبة و كذا نظرهنّ إليه.

المسألة ٣٣: المملوكة كالزوجة بالنسبة إلى السيّد إذا لم تكن مشركة أو وثنيّة أو مزوّجة أو

و كذا الحرمة التكليفية المحضة كاليمين).

ما عدا العورة: لكن العورة في هذه المسألة ما بين السرة و الركبة كما في بعض النصوص (٧/ ٤٤) نكاح العبيد و الاماء، معتبرة حسين بن علوان و وثقه النجاشي، و أما رواية ابي الجارود المخصصة بموضع القلادة فما فوقها و الدملج فما دونه و الخلخال و ما سفل فهي ضعيفة سندا و كذا رواية علي بن جعفر ص ١٠٢ قرب الاسناد. المخصصة بالوجه و الكف و موضع السوار).

المسألة ٣٣: مشركة: لعل الصحيح مشتركة و عدم جواز النظر اليها لوقوع النظر الى ملك الغير (فان الشرك داخل في الوثنية بالمعنى الاعم و أما المشتركة فعدم جواز النظر اليها لعدم كونه داخلا في المستثنى اي الزوجية و ملك اليمين. و ظاهر البروجردي (قدّس سرّه) و الاصطهباناتي و البهبهاني (قدّس سرّهم) و بعض آخر الجواز في المشتركة لكن الظاهر انها مشمولة للكريمة في الغض لظهورها في قصر الاستمتاعات في الزوجة و ملك اليمين. و معلوم ان هذه

الامة بعضها في الملك لا كلّها).

و ثنية: الاظهر جواز النظر الى المشركة و الوثنية و المرتدة بل حرمة و طيها ايضا محل اشكال (وفاقا للخوئي و صاحب الوسائل ٦٩ نكاح العبيد و الاماء. و لم يتعرض القدماء للمسألة و لذلك في دعوى الاجماع من قواعد العلامة على الحرمة مالا يخفى و كذا في دعوى المحقق الثاني الحرمة في غير الكتابي أو ما فيه شبهة الكتاب. و أما آية: **و لا تمسكوا بعصم الكوافر** آية ١٠ الممتحنة، فالمراد التزويج لا مطلق الوطىء و إلاّ فلا بد في الشمول له من اطلاق الامساك و لو فرض ذلك لشمل التمليك ايضا مع ان صدر الآية ايضا مربوط بالنكاح، و حينئذ فلا مقيد للكريمة المطلقة: **أو ما ملكت ايمانكم**).

مزوجة: و كذا المعتدة بعدة الغير سيما الرجعية (لمعتبر حسين بن علوان ٧/ ٤٤ نكاح العبيد و الاماء: «اذا زوج الرجل امته فلا ينظر الى عورتها ...». و صحيح عبد الرحمن بن حجاج ١/ ٤٤ نكاح العبيد، و الكراهة فيه لغوي هو البغض المطلق و يستفاد من اطلاقها عدم الترخيص، و اما المعتدة عدة الغير فهي كالمزوجة كما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۶

مكاتبة أو مرتدّة.

المسألة ٣٤: يجوز النظر إلى الزوجة المعتدّة بوطي الشبهة و إن حرم وطيها و كذا الأمة كذلك و كذا إلى المطلّقة الرجعيّة ما دامت في العدّة و لو لم يكن بقصد الرجوع.

المسألة ٣٥: يستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبيّ و الأجنبيّة مواضع «منها» مقام المعالجة و ما

في ١ و ٢/ ١٩ نكاح العبيد و الاماء).

مكاتبة: بعد انعتاق شيء منها و إلاّ فالأظهر الجواز، و كذا المحللة للغير قبل وطىء المحلل له اذا اريد الرجوع وطيا و نظرا (وفاقا للگلپايگاني و افتى الخوئي (قدّس سرّه) بحرمة النظر الى المكاتبة مطلقا و الظاهر عدم اطلاق يشملها).

المسألة ٣٤: يجوز النظر: بلا التذاذ و كذا الامة. (لظهور ٥ و ٢/ ٣٧ ابواب العدد في لزوم الابتعاد عنها و مفهومه العرفي ترك الاستمتاعات، و ان الرجوع الى الزوج الاول بعد العدة. استدلّ الماتن في تتمة العروة بعدم اختلاط المياه فيه، و فيه انه حكمة لا علة كما ان العدة لا تنحصر بذلك. و الامة ايضا كذلك لصحيح مسمع ٢/ ١٩ فانه مطلق يشمل الوطىء بشبهة ايضا كما ان المراد ليس حرمة خصوص الوطىء بل مطلق الاستمتاعات كما في بعض المذكورات غير الامة، و كذا صحيحة مسعدة ١/ ١٩ نكاح العبيد و الاماء).

و لو لم يكن بقصد الرجوع: لكن اذا كان بشهوة و تلذذ يقع الرجوع قهرا على الاظهر (لصراحة صحيح علي بن رئاب ١/ ٤ ابواب الخيار و كذا صحيحه الآخر و هما في البيع لكن يظهر منه حكم المقام لعموم التعليل و هو كونه عملا يحرم عليه لو لا الرجوع. و استشكل بعض اهل العصر في اطلاق كون المطلّقة الرجعية بحكم الزوجة، يريد عدم دليل على جواز النظر بلا قصد الرجوع، و فيه: ان اطلاق دليل تجويز التزين بمرئى الزوج ينافي عدم جواز النظر و لو ان جواز التزين لمصلحة احتمال الرجوع لكنه يستلزم عرفا تجويز النظر).

المسألة ٣٥: المعالجة: اذا صدق الاضطرار العرفي للمتعالج (لصحيح ابي حمزة ١/ ١٣٠ مقدمات النكاح، و أما عمومات الحلّ عند الاضطرار مثل ١ و ٢/ ١ قيام الصلاة فلا تفيد في المقام لعدم افادة حكم المعالج كما ان الحكم في مشابه

الضرورة كالاكراه ايضا كذلك كما اذا اكرهت المرئة للإسفار لا يجوز للأجنبي النظر اليه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۷

يتوقّف عليه من معرفة نبض العروق و الكسر و الجرح و الفصد و الحجامة و نحو ذلك إذا لم يمكن بالمماثل بل يجوز المسّ و اللمس حينئذ «و منها» مقام الضرورة كما إذا توقّف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه أو على المسّ «و منها» معارضة كلّ ما هو أهمّ في نظر الشارع مراعاته من مراعات حرمة النظر أو اللمس «و منها» مقام الشهادة تحمّلا أو أداء مع دعاء الضرورة و ليس منها ما عن العلاّمة من جواز النظر إلى الزانيين لتحمّل الشهادة فالأقوى عدم الجواز و كذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة أو الثدي للشهادة على الرضاع و إن لم يمكن إثباتها بالنساء و إن استجوده الشهيد الثاني «و منها» القواعد من النساء اللاّتي لا يرجون نكاحا بالنسبة إلى ما هو المعتاد له من كشف بعض الشعر و الذراع و نحو ذلك لا مثل الثدي و البطن و نحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له «و منها» غير المميز من الصبيّ و الصبية

نبض العروق: اذا كان يحتاج الى النظر أو المسّ (و استشكل بعضهم بعدم حاجة إلاّ الى المسّ لكنه قد يتحقق ذلك).

معارضة: (يريد التزاحم بالأهم كما هو واضح لا تعارض الادلة).

مع دعاء الضرورة: لا يحتاج الى هذا القيد اذا استفيد الحكم من الادلة الخاصة فيجوز في ذلك المقام مطلقا لكنه فيما يظهر بعد التنقّب (مثل صحيح علي بن يقطين و صحيح الصفار، ذكر بعضها في ٤٣/ شهادات الوسائل و كلاهما مع حديث آخر من علي بن يقطين- و كأنه الاول بتفاوت النسخة- في الوسائل المطبوع سنة ١٢٨٨ و ١٣١٣. لكن الجواز بعد الجمع بين النصوص الخاصة مخصوص بالظاهر بعد التنقب).

و ليس منها: و لكن اذا بنى على استدعاء الضرورة كما في المتن فلا فرق بين الموارد فالملاك هو الضرورة، نعم لا ضرورة في العادة في هذه الموارد.

كشف بعض الشعر و الذراع: بل كل ما يكون مستورا بالجلباب و الخمار من الشعر كله و الوجه و قدر من الرقبة و حواليها من الصدر، و أما الذراع فهو منصوص بخصوصه و لو ان بعضه فقط مستور بالجلباب (فيعلم ان الكريمة: ... **يضعن ثيابهن** ... الخ، ليس المراد جميع الثياب، ففي صحيح حريز ٤/ ١١٠ في تفسير الآية: الجلباب و الخمار، و في صحيح البزنطي ١/ ١٠٧: «شعرها و ذراعها». بلا تفصيل بين الحرة و الامة، بل و الغالب الحرّة فلا يلتفت الى تفصيل خبر الكناني بين الحرّة فالجلباب و الامة فالخمار لضعف سنده).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۸

فانه يجوز النظر إليهما بل اللمس و لا يجب التستّر منهما بل الظاهر جواز النظر إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا مبلغا يترتّب على النظر منهما أو إليهما ثوران الشهوة.

اليهما قبل البلوغ: الى غير العورة منهما و أما العورة فلا يجوز النظر اليها اذا كان الطفل فاهما لوجود اللّه تعالى و الرسالة. و يجوز نظرهما الى عورة الغير لعدم التكليف و يجب على البالغ ردعهما عن النظر بشهوة على الأحوط سيما

على الوليّ (النظر الى عورة المميز حرام لاطلاق دليل «عورة المؤمن على المؤمن حرام» ٤/ ٩ آداب الحمام بخلاف غير المميز لعدم صدق المؤمن عليه، و لا بأس بنظر غير البالغ الى عورة الغير بلا شهوة لعدم التكليف و ما قاله النراقي (قدّس سرّه) من استفادة تخصيص رفع القلم، من كريمة آية ٥٨ النور: **ليستأذنكم ...** الخ، فيجب الاستيذان اي فيحرم النظر، و تبعه الشيخ محمد رضا الاصفهاني استاذ الاستاذ (قدّس سرّهما) و فيه: ان الخطاب الى المكلفين و لا يستفاد الوجوب لغيرهم من نفس الصيغة بل بمعاونة حكم العقل بلزوم اطاعة المولى و ليس في المقام بعد لحاظ رفع القلم و الآية مربوطة بورود المميز على البالغين في اوقات و حالات غير مناسبة للتطلع لامكان ما يستقبح التطلع عليه.

و أما الى غير العورة فلا ريب في جواز نظرهما لعدم التكليف، و أما من المكلفين اليهما فيجوز ايضا لعدم استفادة ذلك من «لا يبدين زينتهن ...» المستلزمة لحرمة النظر لاختصاصها بالبالغات و صريح صحيح عبد الرحمن بن حجاج ٢/ ١٢٦ مقدمات نكاح: «... لا تغطي رأسها حتى تحرم عليها الصلاة» (أي تبلغ) و بالملازمة العرفية يظهر جواز النظر و يجوز للمرئة ابداء الزينة لغير المميز لصراحة صحيح البزنطي ٣ و ٤/ ١٢٦، و لو ان الكريمة في النور يختص بغير المميز.

و أما اذا كان النظر اليهما بشهوة فلا يجوز لاقتضاء **يغضوا من ابصارهم و يحفظوا فروجهم** ذلك على ما مرّ، و يجب المنع من نظرهما الى البالغ و غير البالغ بشهوة لما مرّ في محله من حكم ما علم من الشرع مبغوضيته مطلقا كاللواط و الزنا و مقدماتهما و شرب الخمر و نحو ذلك. و ظاهر صحيح البزنطي استثناء نفس النظر لا النظر بشهوة سيما و ان المنع من مقتضيات الولاية، إلاّ ان يقال: في الوليّ نسلم ذلك و أما غيره فلا لعدم دليل على المبغوضيّة المطلقة سيما و ان المقام من الصغاير في القياس الى الكبائر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۴۹

المسألة ٣٦: لا بأس بتقبيل الرجل الصبية الّتي ليست له بمحرم و وضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوة.

ــــــــــــــــــــــــــ

المسألة ٣٦: قبل ان: و لا يترك الاحتياط بالنسبة الى المراهقة (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) بعض اهل العصر. فان رواية ابي احمد الكاهلي: «اذا اتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك» ١/ ١٢٧ مقدمات النكاح ضعيفة بأبي احمد، و ما في الوسائل من نقلها الصدوق عن عبد اللّه بن يحيى الكاهلي ليس عينه فان السؤال في الاولى عن الحمل و التقبيل، و الجواب بعدم الوضع في الحجر يدل بالاولوية على حكم التقبيل بخلاف الثانية لعدم تعين السؤال فيها، و اجاب بعدم الوضع في الحجر، و الظاهر ان هذا الحكم اي الوضع في الحجر اخلاقي بشهادة السيرة و عدم الذكر في سائر الروايات مع كثرة الابتلاء.

و أما مرفوعة زكريا المؤمن عن الصادق عليه السّلام: «اذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبلها الغلام و الغلام لا يقبل المرئة اذا جاز سبع سنين» فهي بصدد حكم غير البالغ، إلاّ ان يقال: يستفاد بالاولوية اذا كان حكم البالغ ردع غير البالغ عن هذا التقبيل فعدم جواز تقبيله بنفسه يفهم بالاولوية و لا يبعد ذلك و ان كان الخوئي ردّه بذلك لكن لا يروي زكريا عن الصادق عليه السّلام غالبا و لم يرو غير هذه الرواية مع ان المسألة شائعة و محل الابتلاء، نعم الأحوط الترك لامكان رواية زكريا عن الصادق عليه السّلام مع استفادة ملاكية السنّ المزبور من روايات الصوم و الصلاة لكن الذي

يهون الخطب ان السيرة و الارتكاز لا تقبلان التحديد بهذا السنّ دقيقا بل هو تقريبي، بل و يمكن ان يقال: لا دليل على تعدي الحكم من الغلام الى الرجل لامكان ثوران الشهوة في الاتراب أكثر، ثم يلزم هنا التنبيه لأمرين:

١- تعبير مثل مرفوع زكريا: «... الغلام لا يقبّل المرئة اذا بلغ سبع سنين» لا يدل على مذهب الشيخ محمد رضا الاصفهاني تبعا للنراقي في تكليف غير البالغ، اذ المفهوم عرفا ان الحكم متوجه الى منع البالغ غير البالغ من ذلك سيما مع التوجه الى دليل رفع القلم و ارتكاز المتشرعة.

٢- هذه المرفوعة و سائر ما ذكرنا و نذكر في هذه المسائل يدل على امكان ثوران الشهوة في غير البالغين صبيا و صبيّة فما المانع من تحديد الشارع المقدس الجارية البالغة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۰

المسألة ٣٧: لا يجوز للمملوك النظر إلى مالكته و لا للخصيّ النظر إلى مالكته أو غيرها كما لا يجوز

تسع سنين لان من منابع الفساد العظيمة احساس حريّة الجارية مع انجذاب الرجال اليها فالقول بعدم بلوغهن بذلك و عدم تكليفهّن لا يفيد سوى شيوع الفساد هذا مع ان مقتضى الولاية ايضا منعها الولي عن هذه الامور و لو فرض عدم البلوغ بالتسع).

المسألة ٣٧: للمملوك: على الأحوط و ان كان الجواز أوجه (الجواز لصحيح اسحق ٦/ ١٢٤ مقدمات النكاح و صحيح معاوية ٢/ ١٢٤ و الاعراض غير ثابت كما يظهر من الشهيد و الشيخ. و أما صحيح يونس ١/ ١٢٤: «لا يحل للمرئة ان ينظر عبدها الى شيء من جسدها إلاّ الى شعرها غير متعمد لذلك» فيقيد بالنسبة الى الساق ايضا بدليل ما سبق مثل ٢ و ٦/ ١٢٤ و المراد بغير متعمد هو التلذذ على الظاهر لا الاتفاق بلا قصد و إلاّ لم يكن له معنى في الاستثناء بالنسبة الى الشعر، و ليس كما قال الخوئي (قدّس سرّه) من انّ كثرة وقوع النظر اتفاقا الى الشعر في المنزل وجه الاستثناء اي لا بأس بهذا النظر غير العمدي الى الشعر، اذ الاستثناء ظاهر في المتصل لا المنقطع، و المستثنى منه النظر الاختياري، و لا نريد حمل «لا يحل» على الكراهة حتى يقول الخوئي (قدّس سرّه) بعدم امكان الجمع بين لا يحل و لا بأس بل نقيّد هذا الحديث بباقي الروايات بالنسبة الى الساق، مع ان الحرج ايضا موجود نوعا، و أما شمول آية النور على ما قال بعض اهل العصر ففيه اشكال لاحتمال كون المراد من: «ما ملكت ايمانهنّ»، خصوص الاماء لا ما يشمل العبيد بالنسبة مولاتها ايضا و المراد من «نسائهن» الحرائر قويا).

للخصيّ: على الأحوط (نظرا الى قرائن تدل على ان تجويز الامام عليه السّلام في صحيح بن بزيع ٣/ ١٢٥ على وجه التقية فان ابن بزيع كان مبتلى بالحكومة و قد اعرض الامام عن الجواب في ٨/ ١٢٥ و العامة موافقة للجواز، و لاعراض المشهور، و استبعاد دخول الخصيان على بنات ابي الحسن عليه السّلام و لا يتقنعنّ على ما في ٣/ ١٢٥ و اما الكريمة:

التابعين غير اولي الاربة فلا ينطبق على الخصيّ لعدم صدق التابع إلاّ في المجنون أو غير البالغ لاحتمال كون المراد التابع واقعا لا من جهة امتثال الامر كما في المملوك و الخصيّ الخادم مثلا مع ان الروايات فسرها بالاحمق المولّى عليه فلا عبرة بقول بعض اهل العصر: «الاحمق لا خصوصية فيه» و ايضا ٢/ ١٢٥ يصرح بعدم الجواز).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۱

للعنّين و المجبوب بلا إشكال بل و لا لكبير السنّ الّذي هو شبه القواعد من النساء على الأحوط.

المسألة ٣٨: الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه.

المسألة ٣٩: لا بأس بسماع صوت الأجنبيّة ما لم يكن تلذّذ و لا ريبة من غير فرق بين الأعمى و البصير و إن كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة و يحرم عليها إسماع الصوت الّذي فيه تهييج للسامع بتحسينه و ترقيقه قال تعالى **«و لا يخضعن بالقول فيطمع الّذي في قلبه مرض»**.

المسألة ٤٠: لا يجوز مصافحة الأجنبيّة نعم لا بأس بها من وراء الثوب كما لا بأس بلمس المحارم.

على الأحوط: بل الاقوى (لعدم دليل على الجواز فيه و نقل الفاضل المقداد عن الكاظم عليه السّلام ان المراد من غير اولي الاربة الشيوخ الذين سقطت شهوتهم، مرسل و معارض بسائر الروايات).

المسألة ٣٨: نظر المرئة اليه: لكن مرّ جواز نظرها الى وجه الرجل و ما قامت السيرة عليه من اليدين و الرقبة بل و القدمين. (و مرّ ضعف سند ١ و ٤/ ١٢٩ في عائشة و حفصة و ابن ام مكتوم).

المسألة ٣٩: الأحوط الترك: (لنسبة القول بالحرمة الى المشهور نظرا الى كون صوتها كنفسها عورة و فيه عدم الدليل على ذلك بعنوانه، و الى الروايات الناهية عن الابتداء بالسلام عليهن ١/ ١٣١ مقدمات نكاح، و فيه ظهور تلك الروايات في كون المانع اظهار المحبة لا نفس الكلام و قد ورد ٣/ ١٣٧ ان عليا عليه السّلام كان (مستمرا) يسلم على النساء و يكره على الشابة منهن ...، اي حذرا من وقوع المحبة هذا مع الروايات الواردة في كيفية السلام و الجواب كما في ٤/ ١٣١، المفيدة لجواز التسليم و ايضا ظاهر الآية كون المنهي الخضوع لا اصل القول).

بالقول: (فالآية و ان كانت واردة في مقام فضيلة نساء النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لكنها ترشد الى طريق التقوى و ان من طرقها عدم الخضوع بالقول فلا وجه لاشكال النجفي (قدّس سرّه) و بعض آخر في ذلك).

المسألة ٤٠: من وراء الثوب: مع عدم قصد اللذة و الريبة و خوف الفتنة و كذا في المحارم و لا يغمز كف الاجنبية حتى من وراء الثوب (اما الجواز في المحرم فلصحيح سماعة ٢/ ١١٥ مقدمات النكاح. و عدم الجواز في غيره إلاّ من وراء الثوب مع عدم غمز الكف مذكور في الحديث نفسه ايضا، و أما استثناء قصد اللذة و خوف الفتنة و الريبة فلما مرّ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۲

المسألة ٤١: يكره للرجل ابتداء النساء بالسلام و دعائهنّ إلى الطعام و تتأكّد الكراهة في الشابّة.

المسألة ٤٢: يكره الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلاّ بعد برده.

المسألة ٤٣: لا يدخل الولد على أبيه إذا كانت عنده زوجته إلاّ بعد الاستيذان و لا بأس بدخول الوالد على ابنه بغير إذنه.

المسألة ٤١: يكره: (لصحيح غياث ٢/ ١٣١ و صحيح مسعدة ١/ ١٣١ و الظاهر ان تناسب الحكم اي النهي عن ابتدائهن بالسلام مع التعليل في الذيل بأنهنّ عيّ اي العجز عن التكلم اشارة الى الجهة العاطفية فيهنّ فلا يقدرون لو خلّين و أنفسهن على التكلم مع الرجال حياء و لذلك يجتنبن عن السلام أو كل كلام مع الرجال اذا بقين على حيائهن فلا تبدؤهن بالسلام فيهتك حيائهن فلا وجه لاشكال الخوئي (قدّس سرّه) بعدم تناسب التعليل مع صدر الحديث. و

ظاهر الروايتين هو الحرمة لكن الارتكاز و الاجماع على عدم الحرمة و أما استمرار سلام الرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عليهن فلعله مختص به لمقام الابوّة، بل و كذا علي عليه السّلام لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: انا و علي عليه السّلام ابوا هذه الامة، نعم ظاهر التعليل بالنسبة الى الشابة ان الارتباط ارتباط الاجنبي و الاجنبية بلا خصوصيّة لكن هذا لا يصادم ظهور الروايتين في النهي. و أما ظهور قول علي عليه السّلام في ذلك الحديث ۳/ ۱۳۱ في ثبوت الاجر في السلام على النساء حتى في الشابة لكنه عليه السّلام يخاف الاعجاب من صوتها فلعله ايضا مختص به فلا يدل على الاستحباب عامة خلافا للخوئي و الحكيم (قدّس سرّهما) و تبعهما بعض اهل العصر نظرا الى استمرار سلام النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الولي عليه السّلام).

المسألة ٤٢: يكره: (لرواية جابر ۱/ ۱۲۳ لكنها ضعيفة السند، و لمعتبر السكوني ۱/ ۱٤٥ و ظاهره الحرمة لكن السيرة على الجواز بلا اختصاص بالمحارم).

المسألة ٤٣: لا يدخل الولد: و كذا الاجنبي كما لا اختصاص بوجود الزوجة بل الملاك كون الشخص في ساعات الخلوة و احتمال كونه في حالات مخصوصة يحترز عن اشراف الغير في العادة. و أما في غير هذه الساعات فيستحب استيذان الابن على الاب لمقام الابوة كما هو ظاهر صحيح ابي أيوب بل يجب اذا كان الدخول بلا استيذان مؤذيا له دون العكس. (اذ الدليل هو الآية الكريمة النورية، و الظاهر انها لا تختص بالولد و الوالد و حضور الزوجة، نعم ظاهرها الاختصاص بالعبيد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۳

المسألة ٤٤: يفرق بين الأطفال في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين و في رواية إذا بلغوا ستّ سنين.

المسألة ٤٥: لا يجوز النظر إلى العضو المبان من الأجنبيّ مثل اليد و الأنف و اللّسان و نحوها لا مثل السنّ و الظفر و الشعر و نحوها.

و الاطفال لكن الدقة العرفية تعطي ان ذكرهما لتوهم عدم ضيق بالنسبة اليهما و إلاّ فالتعليل بكون الساعات عورات ظاهر في العموم بل في غيرهما بالأولوية فالمسألة جارية حتى في دخول الوالد على الولد، و أما رواية الحلبي ۲/ ۱۱۹ في لزوم استيذان الولد على الاب اذا كان عنده زوجته فهي ضعيفة سندا بأبي جميلة، و أما صحيح ابي ايوب ۱/ ۱۱۹ فهو غير مربوط بساعة الخلوة بل مطلقا و الظاهر انه اخلاقي مربوط بكرامة الابوة، و استشكل آقا ضياء (قدّس سرّه) في اصل الحكم في غير مورد تأذي الوالد نظرا الى عدم دليل باطلاقه و فيه ما مرّ.

و لا بأس: في غير مظان حالات الخلوة بل من جهة الكرامة فقط (و صحيح الخزاز ۱/ ۱۱۹ لم يذكر فيه ساعات العورات بل هو في بيان اصل لزوم كرامة الاب على الابن دون العكس فيقيد بما ذكر من استفادة العموم مما سبق في اول المسألة).

المسألة ٤٤: يفرق: ظاهره الوجوب، لكن الظاهر عدم التزام الفقهاء بالوجوب و لا يترك الاحتياط في العاريين بل لا يخلو عن قوة (فان ظاهر صحيح عبد اللّه بن ميمون ۱/ ۱۲۰ وجوب التفريق و لم يقيد بالعريان لكن الظاهر اتحاد ذلك ملاكا مع ما في حكم الرجلين أو المرئتين أو الملتحفين تحت لحاف واحد، و الأظهر في تلك المسألة التقييد بالتعري، و فيه الحدّ فيجب التفريق حينئذ كما عليه الارتكاز ايضا. و أما مع اللباس فلا دليل عليه حرمة و لا كراهة لما

ذكر و لو فرض ارادة الاطلاق في صحيح ابن ميمون فالحكم تنزيهي للسيرة على الجواز خلافا لبعض الاعلام حيث يحرّم في تلك المسألة و يوجب الحدّ، لكن لا يمكن الالتزام به فان نوم غير واحد تحت لحاف كبير سيما في المزدحمات من الضيافة مما عليه السيرة حديثا و قديما سيما و ان ذلك الاطلاق يشمل نوم الافراد تحت لحاف كراسيّ الشتائية و ايضا يلزم على ذلك تخصيص ما ذكر بروايات حديث الكساء المعروف، إلاّ أن يقال: ذلك من مختصات النبوة و الولاية فتأمل).

المسألة ٤٥: لا يجوز: على الاحوط في مثل اليد و الرجل و كذا في الشعر اذا كان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۴

المسألة ٤٦: يجوز وصل شعر الغير بشعرها و يجوز لزوجها النظر إليه على كراهة بل الأحوط الترك.

متظافرا مجموعا لا الشعرة و كذا الاصبع الواحد و الانف و اللسان من الاجزاء الصغار (لعدم تيقن دخالة الاتصال و ان كان محتملا قويا فان دليل لا يجوز النظر الى وجه المرئة و بدنها يحتمل قويا دخالة الاتصال في صدق وجه المرئة و لكن لا يقين بذلك لاحتمال كفاية الاتصال السابق في الصدق الفعلي و حينئذ فيجري الاستصحاب اذ الموضوع يؤخذ من العرف فيقال هذا كان محرّم النظر اليه و الآن كما كان، فلا وجه لاشكال الخوئي (قدّس سرّه) تبعا للشيخ الاعظم (قدّس سرّه) بتغاير الموضوع و تبعه بعض اهل العصر كما استشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأنه من الاستصحاب في الاحكام الكلية و هو لا يجريه فيها و مرّ ما في ذلك.

نعم، في مثل السن و نحوه استظهار دخالة الاتصال قويّ بحسب ارتكاز العرف و كذا الصغار من الاعضاء بخلاف الشعر المتظافر، و أما جواز النظر الى الشعر الموصول فبدليل و سيأتي في المسألة بعد، و لعله نظير الاتصال بالعمل الجراحي يوجب كونه جزء لبدن الموصول بها وفاقا للاستاذ (قدّس سرّه) في الشعر لكنه لم يفصّل بين التظافر و غيره و الجزء العظيم و الصغير كما ان الخوئي (قدّس سرّه) قال بعدم الفرق بين اليد و الشعر).

المسألة ٤٦: و يجوز لزوجها: إلاّ فيما لم يعدّ جزء من شعر المرئة الموصول بها فلا يترك الاحتياط بترك النظر اليه اذا علم كونه شعر المرئة الاجنبية المحترمة (لصيرورته حينئذ جزء بدن الزوجة حينئذ كالاتصالات في الاعمال الجراحية، نعم فيما كان منفصلا بحيث لم يعد جزء لبدن الثانية لا يترك الاحتياط لامكان الاستصحاب كما مرّ. و أما رواية سعد الاسكاف ٢/ ١٠١ فلا يدل على جواز العمل و النظر لعدم تيقن كون القرامل من شعر امرئة غيرها لاحتمال كونها من الصوف أو شعر الحيوان أو شعر نفسها و قد جزّتها قبلا و قول الخوئي (قدّس سرّه) بأن لعن الواصلة و الموصولة حينئذ لا ينطبق لعدم معنى للعن الحيوان المأخوذ منه الصوف، فيه ان اللعن ورد على الموصولة و هي المرئة هذه لا الحيوان. و يؤيد ذلك اي احتمال كون القرامل من غير المرئة الاخرى روايتا ثابت و سليمان ٣ و ٢/ ١٠١ الدالتان على كراهة وصل شعر امرئة غيرها بشعرها فيعلم امكان غير ذلك بل لعل المؤمنين التابعين للائمة عليهم السّلام لا يفعلون ذلك ان كان غيره ممكنا. و احتاط الاستاذ و البروجردي (قدّس سرّهما)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۵

المسألة ٤٧: لا تلازم بين جواز النظر و جواز المسّ فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه و الكفّين من الأجنبيّة لا يجوز مسّها

إلاّ من وراء الثوب.
المسألة ٤٨: إذا توقّف العلاج على النظر دون اللّمس أو اللّمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطرّ إليه فلا يجوز الآخر بجوازه.
المسألة ٤٩: يكره اختلاط النساء بالرجال إلاّ للعجايز و لهنّ حضور الجمعة و الجماعات.
المسألة ٥٠: إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع و كذا بالنسبة إلى من يجب التستّر عنه و من لا يجب و إن كانت الشبهة غير محصورة أو بدويّة فان شكّ في كونه مماثلا أو لا أو شكّ في كونه من المحارم النسبيّة أو لا فالظاهر وجوب الاجتناب لأنّ الظاهر من آية وجوب الغضّ أنّ جواز النظر مشروط بأمر وجوديّ و هو كونه مماثلا أو من المحارم فمع الشكّ

مطلقا و الحق لزومه فيما لم يعد جزء من شعرها نفسها. و لا وجه لاشكال النجفي (قدّس سرّه) على الماتن (قدّس سرّه) بأنه افتى في المسألة السابقة بجواز النظر الى الشعر المبان لتفاوت المسألتين من جهة).
المسألة ٤٧: لا تلازم: اي كليا و أما في مثل الشعر الموصول فالمسّ ايضا جائز (لبداهة اتفاق ذلك شائعا مع عدم التعرض لذلك في دليله مع ما ذكر من صيرورته جزء لبدن الثانية).
المسألة ٤٩: يكره اختلاط: (و لا وجه لاستثناء الحج لعدم ضرورة الاختلاط كما ورد عدم استحباب استلامهنّ الحجر عند المزدحم ثم ان قوله: لهنّ، اي للعجائز).
المسألة ٥٠: وجوب الاجتناب: لا يجب الاجتناب في غير المحصورة مطلقا نظرا و تسترا بل و نكاحا بمقدار لم يخرج الشبهة عن غير المحصورة و أما البدوية فلا ينبغي ترك الاحتياط عند الشك في المماثلة و المحرمية و ان كان الجواز اوجه، كما ان الظاهر هو الجواز في الشك في كون الشيء انسانا أو غيره و في موارد جريان الاستصحاب مما للموضوع بعد وجوده حالة سابقة بالنسبة الى العارض المشكوك يعمل على طبق الاستصحاب ففي الشك في حصول الرضاع و الزوجية المجوزين للنظر يبني على الحرمة و في الشك في البلوغ على الجواز ان قلنا بجواز النظر الى غير البالغ مطلقا حتى المميز و في الشك في التمييز يبني على الجواز مع عدم الدليل من رأس على الحرمة في غير المميز لانصراف الدليل. (خلافا للاستاذ و الخوئي (قدّس سرّهما) في بعض ما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۶

يعمل بمقتضى العموم لا من باب التمسّك بالعموم في الشبهة المصداقيّة بل لاستفادة شرطيّة الجواز بالمماثلة أو المحرميّة أو نحو ذلك فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع حتّى يكون من موارد أصل البراءة بل من قبيل المقتضي و المانع و إذا شكّ في كونه زوجة أو لا فيجري مضافا إلى ما ذكر من رجوعه إلى الشكّ في الشرط أصالة عدم حدوث الزوجية و كذا لو شكّ في المحرميّة من باب الرضاع نعم لو شكّ في كون المنظور إليه أو الناظر حيوانا أو إنسانا فالظاهر عدم وجوب الاحتياط لإنصراف عموم وجوب الغضّ إلى خصوص الانسان و إن كان الشكّ في كونه بالغا أو صبيا أو طفلا مميزا أو غير مميّز ففي وجوب الاحتياط وجهان من العموم على الوجه الّذي ذكرنا و من إمكان دعوى الانصراف و الأظهر الأوّل.

ذكرنا اما غير المحصورة فلعدم توجه الزام من الدليل بحسب عرف العقلاء و أما في البدوية عند شبهة المماثلة و المحرمية فلحصول التنويع بالتقييد في دليل وجوب الغضّ بناء على كون المراد عدم النظر كما لعله الظاهر على خلاف ما مرّ هنا سابقا تبعا للخوئي (قدّس سرّه) من كون المراد قصر النظر الجنسي و الطمع الغريزي على الزوج و ملك اليمين، لا نظر البصر.

لكن الاظهر حفظ الظاهر، و جهة ترجيح الغض على الغمض كون المراد قصر نظر البصر و عدم توسعة النظر لكون النظر مقدمة للفساد، و المراد من القصر معلوم لبا أي ترك النظر الى غير المحرم و المماثل- و اذا حصل التنويع فلا يمكن التمسك به لمورد الشك كما لا وجه لاستفادة عدم الجواز من قوله تعالى: **لا يبدين زينتهن** الخ. نظرا الى كون وجوب التستر لحرمة النظر، بخلاف حرمة النظر حيث لا يدل على وجوب التستر، خلافا لما قاله البهبهاني (قدّس سرّه) من عدم الملازمة في الاولى ايضا، لحصول التنويع ايضا كما في آية الغض. كما لا وجه لقاعدة المقتضي و المانع المذكور في المتن لعدم دليل عليها اصلا، كما ان الظاهر ان ما قاله السيد جمال (قدّس سرّه) تبعا للنائيني (قدّس سرّه) من فهم لزوم الاحراز من نفس تعليق الجواز على المماثلة أو المحرمية، عرفا لكون ذلك من الالتزاميات العرفية من الدليل ممنوع جدا لعدم تعرض ادلة الاحكام إلاّ للواقعيّات لا موارد الشك وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) كما ان ما قاله بعض اهل العصر من لزوم احراز المجوز فيما يكون طبعه الاولي على الحرمة و قال هذا حكم العقلاء، و لم يتوجه انه عين قاعدة المقتضي و المانع ففيه ما ذكرنا. و كيف كان فالظاهر الجواز و قال الاستاذ (قدّس سرّه) بعدم الجواز في البدوية احتياطا بل فتوى في بعض

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۷

المسألة ۵۱: يجب على النساء التستّر كما يحرم على الرجال النظر و لا يجب على الرجال التستّر و إن كان يحرم على النساء النظر نعم حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء و يجب عليهم التستّر مع العلم بتعمّد النساء في النظر من باب حرمة الاعانة على الاثم.

المسألة ۵۲: هل المحرّم من النظر ما يكون على وجه يتمكّن من التميز بين الرجل و المرأة و أنّه العضو الفلانيّ أو غيره أو مطلقه فلو رأى الأجنبيّة من بعيد بحيث لا يمكنه تمييزها و تمييز أعضائها أو لا يمكنه تمييز كونها رجلا أو امرأة بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنسانا أو حيوانا أو جمادا هل هو حرام أو لا وجهان الأحوط الحرمة.

الصور عند الشك في المماثلة و المحرمية و قال لا لما في المتن فانه ضعيف و لم يبين وجه نظره (قدّس سرّه)، و أما في الشك في كون الشيء انسانا و كذا في التمييز فالظاهر الجواز لعدم الدليل على العموم بنحو يشمل غير المميز مع وجود الاستصحاب).

المسألة ۵۱: على النساء النظر: الى غير ما جرت السيرة من الوجه و الكفين و قدر من الرقبة بلا قصد الالتذاذ و مع عدم الريبة و خوف الفتنة.

حال النساء: في وجوب التستر مع احتمال وجود الناظر احتمالا عقلائيا (كما يجب على النساء و مرّ انه مفاد «لا يبدين زينتهن إلاّ ما ظهر» لا للناظر و في قباله بل مع احتمال الناظر).

مع العلم بتعمد النساء: في غير ما يجوز أو بقصد الالتذاذ و نحوه و فيما يعدّ تعاونا و هو في غير ما قصد الاعانة ممنوع

سيما اذا كان على طبق عادته الحيوي (و خلافا للبروجردي و النجفي (قدّس سرّهما) حيث اعتقدا الحرمة حتى مع عدم العلم بتعمد النساء في النظر بل لوقوع النظر منهن بل كونه في معرض ذلك يكفي، و فيه عدم صدق الاعانة بصرف ذلك مع عدم القصد سيما اذا كان في مسير حياته مع عدم دليل على حرمة الاعانة مطلقا إلاّ في اعانة الظالمين في ظلمهم بل المحرّم هو التعاون و إلاّ لحرم بيع الخبز من الخباز للعصاة).

المسألة ٥٢: الأحوط الحرمة: فيما تميز كونه امرئة و ان النظر واقع على البشرة و ان لم يتميز العضو (لانصراف الادلة عن غير ذلك و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) في جميع الموارد إلاّ فيما يرى سواء مردد و استقوى فيما ترى البشرة و فيه اظهرية الوسط من ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۸

(۱- فصل) [في احكام الدخول]

(فيما يتعلق بأحكام الدخول على الزوجة و فيه مسائل) المسألة ١: الأقوى وفاقا للمشهور جواز وطي الزوجة و المملوكة دبرا على كراهة شديدة بل الأحوط تركه خصوصا مع عدم رضاها بذلك.

المسألة ٢: قد مرّ في باب الحيض الاشكال في وطي الحائض دبرا و إن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

المسألة ٣: ذكر بعض الفقهاء ممّن قال بالجواز أنه يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطيها دبرا و هو مشكل لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كلّ ما هو جايز من أنواع الاستمتاعات حتّى يكون تركه نشوزا.

في احكام الدخول

المسألة ١: خصوصا مع عدم رضاها: لا يترك الاحتياط في هذه الصورة بل عدم الجواز حينئذ أوجه (للتقييد بالرضا في معتبرة ابن ابي يعفور ٢/ ٧٣ نكاح، كما يدل على الجواز روايات اخر منها ٨/ ٧٣ الدال على عدم الاشكال و لو نذر الرجل ان لا يفعل كذا، و لا يرد اشكال الخوئي (قدّس سرّه) بكون الحديث على خلاف الاجماع اذ مع فرض النذر كيف لا يكون عليه شيء، اذ المراد ليس عليك شيء في اصل العمل و ذلك لك أي اتيان الدبر لك. و على الكراهة ١/ ٧٣ و ١/ ٧٢ و على الحرمة بعضها الاخر مثل ٩ و ١٠ و ١١ و ٥/ ٧٢.

و يدل على التقييد ايضا عدم كون ذلك من حقوقه عليها فيكون ايذاء محرما، و اما الكريمة: **... انّى شئتم** فهي بنفسها لا تدل على المطلوب لظهور كلمة «انّى» في الزمان و ان كان يحتمل التعميم كما ان التعميم متعارف مفاهيم القرآن على ما يستفاد من الروايات و ذكرنا اقسام تعميمه في كتابنا «علوم القرآن» و في «شناخت قرآن» بالفارسية، لكن الاطمينان في موارد الاحكام مشكل إلاّ ان يصرّح في الروايات)

المسألة ٢: الاشكال: تقدم الجواز على كراهة (و لا يصدق القرب المنهي عنه فان المراد القرب من محل الحيض اي القبل).

المسألة ٣: و هو مشكل: بل الاقوى عدم تحقق النشوز بذلك (لما مرّ من حكم ذلك عند عدم رضاها).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۵۹

المسألة ٤: الوطي في دبر المرئة كالوطي في قبلها في وجوب الغسل و العدّة و استقرار المهر و بطلان الصوم و ثبوت

حدّ الزناء إذا كانت أجنبيّة و ثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهة و كون المناط فيه دخول الحشفة أو مقدارها و في حرمة البنت و الامّ و غير ذلك من أحكام المصاهرة المعلّقة على الدخول نعم في كفايته في حصول تحليل المطلّقة ثلاثا إشكال كما أنّ في كفاية الوطي في القبل فيه بدون الانزال أيضا كذلك لما ورد في الأخبار من اعتبار ذوق عسيلته و عسيلتها فيه و كذا في كفايته في الوطي الواجب في أربعة أشهر و كذا في كفايته في حصول الفئة و الرجوع في الايلاء أيضا.

المسألة ۵: إذا حلف على ترك وطي امرئته في زمان أو مكان يتحقّق الحنث بوطيها دبرا إلاّ أن يكون هناك انصراف إلى الوطي في القبل من حيث كون غرضه عدم انعقاد النطفة.

المسألة ٤: كالوطيء في قبلها: على المشهور و هو الأحوط و في بعضها على الاقوى (لصدق العناوين الواقعة في اكثر تلك الاحكام كالجماع و الوطيء و ان كان للشك في بعض الاحكام مجال).

أو مقدارها: مرّ كفاية صدق الوطيء و امثاله في مقطوع الحشفة.

و الام: فيما كان للوطيء دخالة كحرمة الام بزنا البنت لو قيل بها، و أما المعقودة فيكفي في حرمة الام وقوع العقد على البنت.

اشكال: بل الاظهر عدم الكفاية.

بدون الانزال: الظاهر الكفاية فان الوارد في اخبارنا اعتبار ذوق الرجل عسيلتها لا العكس فانه المروي عن طرق العامة، و الظاهر ان ذوقه عسيلتها كناية عن اصل لذة الجماع لا احساس مائها.

في اربعة اشهر: بل عدم الكفاية اوجه و كذا في الرجوع في الايلاء إلاّ أن يكون رضاها الغريزي بذلك (لظهور الاخبار في كون ذلك للارفاق بها على العادة فلا يضرّ انحراف مزاجها و لذتها بخلاف ذلك. و كذا في الايلاء لكون الحلف فيه على ترك الوطيء ايذاء و هو على العادة لا احتمال الانحراف. لكن الاظهر كون الملاك حالها في الغريزة فاذا رضيت بذلك كفى).

المسألة ۵: انصراف: المعتبر قصد الناذر، نعم لو قصد ما يقع تحت المفهوم فللتمسك بالانصراف وجه، و للانصراف عوامل من اختلاف حال الناذرين اعتيادا أو تكررا بلا اعتياد أو اكثرية العمل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۰

المسألة ٦: يجوز العزل بمعنى إخراج الآلة عند الانزال و إفراغ المني خارج الفرج في الأمة و إن كانت منكوحة بعقد الدوام و الحرّة المتمتّع بها و مع إذنها و إن كانت دائمة و مع اشتراط ذلك عليها في العقد و في الدبر و في حال الاضطرار من ضرر أو نحوه و في جوازه في الحرّة المنكوحة بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان الأقوى ما هو المشهور من الجواز مع الكراهة بل يمكن أن يقال بعدمها أو أخفيّتها في العجوزة و العقيمة و السليطة و البذيّة و الّتي لا ترضع ولدها و الأقوى عدم وجوب دية النطفة عليه و إن قلنا بالحرمة و قيل بوجوبها عليه للزوجة و هي عشرة دنانير للخبر الوارد فيمن أفزع رجلا عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف الخمس المأة عشرة دنانير عليه لكنّه في غير ما نحن فيه و لا وجه للقياس عليه مع أنّه مع الفارق و أمّا عزل المرءة بمعنى منعها من الانزال في فرجها فالظاهر حرمته بدون رضى الزوج فإنّه مناف للتمكين الواجب عليها بل يمكن وجوب دية النطفة عليها هذا و لا فرق في جواز العزل

بين الجماع الواجب و غيره حتّى فيما يجب في كلّ أربعة أشهر.

المسألة ٦: الجواز مع الكراهة: (للروايات المعتبرة ٧٥ مقدمات النكاح الدالة على ان امر ذلك بيد الرجل، و الكراهة لمثل ١/ ٧٦: «... فأما الحرة فاني اكره ذلك» و لا وجه لاحتياط النجفي (قدّس سرّه) لزوما في استرضاء الزوجة لاباء روايات الجواز عن التقييد بالاسترضاء فانظر لسانها).

أو اخفيتها: (لمعتبرة يعقوب الجعفري ٤/ ٧٦ و ذكره الوسائل الجعفي و هو مجهول، و الاصح الجعفري كما يشهد به سائقه اي حسن بن راشد و عبارة الخصال و العيون. و يشهد الاعتبار ايضا للاخفيّة فدقق النظر في مفاد الحديث).

مع انه مع الفارق: (فان حديث ظريف عن علي عليه السّلام ١/ ١٩ ديات الاعضاء مربوط بافزاع الاجنبي البعل فيحصل العزل و الافراغ من البعل، فهو في غير المورد كما يكون مع الفارق فان الرجل هناك مالك مائة و ليست المرئة هنا مالكة ماء الرجل ما لم تستقر الماء في رحمها).

بل يمكن: على الاحوط لا ينبغي تركه (لامكان الالحاق بحديث ظريف كما استظهر الجواهر و غيره لكن الفرق موجود و هو كون الجنابة هناك من الاجنبي و هنا من الام، و كيف كان لا يمكن الغاء الخصوصية عرفا و إن امكن تنقيح المناط عقلا).

حتى فيما يجب: سيصرّح في المسألة بعد بلزوم الانزال في زمان الوجوب إلاّ ان يعتقد بكفاية الانزال و لو خارج الرحم و لا يبعد للفرق عند النساء بينه و بين صرف

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۱

المسألة ٧: لا يجوز ترك وطي الزوجة أكثر من أربعة أشهر من غير فرق بين الدائمة و المتمتّع بها و لا الشابّة و لا الشائبة على الأظهر و الأمة و الحرّة لإطلاق الخبر كما أنّ مقتضاه عدم الفرق بين الحاضر و المسافر في غير السفر الواجب و في كفاية الوطي في الدبر إشكال كما مرّ و كذا في الادخال بدون الانزال لإنصراف الخبر إلى الوطي المتعارف و هو مع الانزال و الظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها ذلك و يجوز

الادخال و الاخراج فورا.

المسألة ٧: و المتمتع بها: (فان الدليل هو صحيحة صفوان ١/ ٧١ مقدمات النكاح و موضوعه: «عنده المرئة الشابّة» و هو يشمل المتمتع بها ايضا. كما ان الدليل في اصل المسألة هذه الصحيحة لا الاجماع المحكي لاحتمال المدركية جدا و لا دفع الضرر و الحرج عن المرئة لاختلاف الموارد. و المقام من الموارد التي تمسك الاصحاب لاثبات حكم لاجل حرج الغير فتدبره جيدا. و أما مرسل ٢/ ٧١ مقدمات النكاح الدال على كون اثم زنا الزوجة على الزوج اذا لم ينكحها فزنت، فمرسل).

و الشائبة: لا دليل على ذلك بحدود الاربعة اشهر لكن لا يجوز تركها كالمعلقة و الامساك على وجه الاضرار (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) لعدم شمول موضوع الدليل دليل المسألة و هو صحيح صفوان له كما ان دليل نفي الحرج لا يعم بل يختص بموارد الحرج، لو فرض شموله لحرج الغير، نعم امساكها كذلك اذا كان اضرارا بها لا يجوز الامساك الكذائي لدليل نفي الضرر و الضرار، و لعل آية المعلّقة ايضا تشير الى ذلك).

و المسافر: اذا كان عنده المرئة (كما هو موضوع الدليل فلا يضر عدم وجود عنوان الحاضر خلافا لبعض المحشين).
في غير السفر الواجب: يريد لحاظ الاهم و المهم في السفر الواجب، لكن الظاهر جواز الترك في السفر الضروري العرفي و لو للتجارة. (لانصراف صحيح صفوان).
اشكال كما مرّ: إلاّ ان يحصل رضاها الغريزي بذلك كما مرّ.
بدون الانزال: و الاظهر الكفاية كما مرّ منه (قدّس سرّه) (لشمول الدليل و لو فرض دلالته على لزوم التحفظ على العادة لزمت المقدمات ايضا مع ان المنصرف هنا لو كان انصراف هو رعاية حال المرئة اي حصول رضاها الغريزي و هو بمائها، و الحقيقة ان الشارع في هذه الموارد يكتفي بأصل العمل و يحوّل ذلك الى العادة من حصول الغرض معمولا و لا يشق على المكلفين ليحسّوا الكلفة فينتج الخلاف).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۲

تركه مع رضاها أو اشتراط ذلك حين العقد عليها و مع عدم التمكّن منه لعدم انتشار العضو و مع خوف الضرر عليه أو عليها و مع غيبتها باختيارها و مع نشوزها و لا يجب أزيد من الادخال و الانزال فلا بأس بترك سائر المقدّمات من الاستمتاعات و لا يجري الحكم في المملوكة الغير المزوّجة فيجوز ترك وطيها مطلقا.
المسألة ۸: إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالأحوط المبادرة إلى مواقعتها قبل تمام الأربعة أو طلاقها و تخلية سبيلها.
المسألة ۹: إذا ترك مواقعتها عند تمام الأربعة الأشهر لمانع من حيض أو نحوه أو عصيانا لا يجب عليه القضاء نعم الأحوط إرضاؤها بوجه من الوجوه لأنّ الظاهر أنّ ذلك حقّ لها عليه و قد فوّته عليها ثمّ اللازم عدم التأخير من وطي إلى وطي أزيد من الأربعة فمبدء اعتبار الأربعة اللاحقة إنّما هو الوطي المتقدّم لا حين انقضاء الأربعة المتقدّمة.

ـــــــــــــــــــــــــ

اشتراط ذلك: لا يبعد كون الامر في المقام حكما اشفاقيا لا حقّا و لاجل الاشفاق يسقط بالرضا بالترك في كل مرحلة و أما السقوط كلا بالاشتراط في ضمن العقد فلا يبعد ايضا و ان كان عدم السقوط احوط (لاحتمال اشفاق الشارع في ذلك لمصلحة يراها لا تراها المرئة بحسب جميع العمر مستمرا).
خوف الضرر: اذا كان معتدا به و له منشأ عقلائي (فان الحكم اشفاقي يرتفع بالضرر المعتد به القطعي أو الاحتمال العقلائي، و أما اذا فرضناه حقّا فلا يرتفع إلاّ باسقاط ذي الحق و لا اعتبار بخوف المديون).
و الانزال: مرّ عدم لزوم ذلك.
المملوكة: الاحوط مراعاة حال الامة الشابة بل لا يخلو من وجه (لاطلاق «عنده المرئة الشابة» و ان كان منصرفه البدوي الزوجة كما ان منصرفه البدوي الزوجة الدائمة).
المسألة ۸: فالأحوط: بل لا يخلو من وجه (للآية: **قوا انفسكم و أهليكم** الخ. و الرواية المفسرة في ذيلها الظاهرة في كفاية النّصح فقط لا تدل على انحصار الآية بذلك و ليس إلاّ اشعار فقط مع ان امساكها حينئذ اضرار بها و ينفيه ادلة الاضرار، و يؤيده المرسلة ۷۱/ ۲).
المسألة ۹: لا يجب عليه القضاء: اي وطيء على حدة لما مضى من المدة لا عنوان القضاء لعدم التوقيت لكن المراد لزوم الوطيء فورا ففورا بعد مضي الاربعة، و عدم وجوب التكرار لكونه حكما اشفاقيا لا حقا كسائر الحقوق الثابتة

نظير الدين فلا يحتاج الى الاحتياط بارضائها، و ان كان آثما.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۳

(۳- فصل)

المسألة ۱: لا يجوز وطي الزوجة قبل إكمال تسع سنين حرّة كانت أو أمة دواما كان النكاح أو متعة بل لا يجوز وطي المملوكة و المحلّلة كذلك و أما الاستمتاع بما عدى الوطي من النظر و اللمس بشهوة و الضمّ و التفخيذ فجائز في الجميع و لو في الرضيعة.

المسألة ۲: إذا تزوّج صغيرة دواما أو متعة و دخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها حرمت عليه أبدا

فصل ۲

المسألة ۱: تسع سنين: كما ان بعد الاكمال ايضا لا بد من رعاية حالها بما لا يوجب الافضاء و الاضرار بها و يختلف الامزجة في ذلك.

بل لا يجوز: (وفاقا للمشهور و أكثر المحشين خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) حيث احتاط. لاطلاق الادلة ٤٥ مقدمات النكاح، و أما روايات ٣ نكاح العبيد و الاماء- و ظاهر صاحب الوسائل الفتوى بالجواز تمسكا بها- فالظاهر انها في مقام بيان مطلب آخر و هو تحقيق موارد وجوب الاستبراء. نعم، رواية ابن بزيع ٣/ ١ ظاهرة في الجواز لكنها ضعيفة سندا).

و لو في الرضيعة: لا ينبغي ترك الاحتياط فيها و أمثالها في غير المتعارف من الاستمتاع. (و بعض اهل العصر احتاط لزوما لانصراف ادلة الجواز، و فيه بعد التوجه الى كثرة الزواج بالصغيرة في تلك الازمان كما يشعر بها الروايات لا وجه للانصراف ظاهرا لكن الاحتياط حسن سيما اذا كان غير عقلائي. نعم، الاطلاق ضعيف و ان تمسك به الاعلام، و الاحتياط حسن لمكان العادة على خلاف ذلك و عدم خطور ذلك ببال العرف من الاطلاق معمولا).

المسألة ۲: حرمت عليه ابدا: على الأحوط و ان كان الأوجه عدم الحرمة المؤبدّة كما ان الاقوى بقاء الزوجية فليس إلاّ الاثم و الدية (فان مرسلة يعقوب ٢/ ٣٤ ضعيفة سندا بالارسال و سهل بن زياد- لو قيل بضعفه- مع دلالتها على التحريم بصرف الدخول و لم يقل به احد بل يمكن دلالته على بطلان الزوجية ايضا استظهارا من قوله عليه السّلام: «فرّق بينهما» و ترتب ذلك على صرف الدخول خلاف الاجماع و لم يمكن تقييده سائر الادلة لعدم رواية دالة على الحرية المؤبدّة بالافضاء و ما في ٢/ ٣٤:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۴

على المشهور و هو الأحوط و إن لم تخرج عن زوجيّته و قيل بخروجها عن الزوجيّة أيضا بل الأحوط حرمتها عليه بمجرّد الدخول و إن لم يفضها و لكن الأقوى بقاؤها على الزوجيّة و إن كانت مفضاة و عدم حرمتها عليه أيضا خصوصا إذا كان جاهلا بالموضوع أو الحكم أو كان صغيرا أو مجنونا أو كان بعد اندمال جرحها أو طلّقها ثمّ عقد عليها جديدا نعم يجب عليه دية الافضاء و هي دية النفس ففي الحرّة نصف دية الرجل و في الأمة أقلّ الأمرين من قيمتها و دية الحرّة و ظاهر المشهور ثبوت الدية مطلقا و إن أمسكها و لم يطلّقها إلاّ إنّ مقتضى حسنة حمران و خبر

بريد المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلّقها و الأحوط ما ذكره المشهور و يجب عليه أيضا نفقتها ما دامت حيّة و إن طلّقها بل و إن تزوّجت بعد الطلاق على الأحوط.

ـــــــــــــــــ

«... قد افسدها و عطلها على الازواج» يعني به تكوينا لا تشريعا مع دلالته على بقاء الزوجية بالافضاء فضلا عن الدخول كغيره من الروايات مثل ٣/ ٣٤ المصاهرة، بل دلت معتبرة السكوني ٣/ ٤٤ موجبات الضمان، على اجبار الزوج على امساكها، و من البعيد جدا اجباره على امساك الاجنبية مع وجود تضييقات كثيرة حينئذ على الزوجة نفسها فضلا عن الزوج. و لا يساعد الاعتبار ايضا الحرمة المؤبدّة أو بطلان الزوجيّة فان الاضرار و منها الافضاء لو اوجب الحرمة المؤبّدة أو مع بطلان الزوجية و لا يتزوّجها غيره ايضا يكون اضرارا آخر اشد على المرئة، خلافا للاستاذ و البروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهم)).

دية النفس: (كما في ١/ ٣٦ ديات الاعضاء و ١/ ٩ ديات المنافع، و أما ٣/ ٤٤ موجبات الضمان، الدالة على الغرامة بتفاوت قيمة الامة الصحيحة و المفضاة فهي معرض عنها و يحتمل التقية لموافقتها لمذهب اكثر العامة على ما في الاستبصار).

و الأحوط ما ذكره المشهور: و ان كان الاقوى اختصاص الدية بصورة الطلاق (كما هو مقتضى صحيح حمران ١/ ٣٤ المصاهرة و رواية بريد ٣/ ٣٤).

بل و ان تزوجت: لكن الأوجه حينئذ عدم وجوب الانفاق اذا كان الزوج الجديد ينفق عليها (لانصراف صحيح الحلبي ٤/ ٣٤ عن ذلك فان مراد الشارع عدم بقائها معطلة و قد حصل ذلك الفرض بالزواج الجديد مع ان ذلك نوع حزازة على الزوج الجديد عرفا كما لا يخفى فلا يكون مفيدا لها بل خفة لها عند زوجها الجديد فلا يساعده الاعتبار فلا بد من دليل قوى على ذلك لا اطلاق ضعيف كما في الصحيح.

نعم، اذا لم ينفق الزوج الجديد ايضا فيجب عليه و لو لم ينفق فهما آثمان).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۵

المسألة ٣: لا فرق في الدخول الموجب للافضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر و الافضاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مسلكي البول و الحيض أو مسلكي الحيض و الغائط أو اتّحاد الجميع و إن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأوّل.

المسألة ٤: لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبديّة على القول بها و وجوب النفقة المملوكة و المحلّلة و الموطوءة بشبهة أو زناء و لا الزوجة الكبيرة نعم تثبت الدية في الجميع عدا الزوجة الكبيرة إذا أفضاها بالدخول بها حتّى في الزنا و إن كانت عالمة مطاوعة و كانت كبيرة و كذا لا يلحق بالدخول الافضاء بالأصبع و نحوه فلا تحرم عليه مؤبّدا نعم تثبت فيه الدية.

المسألة ٥: إذا دخل بزوجته بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه و لا تثبت الدية كما مرّ و لكن الأحوط الانفاق عليها ما دامت حيّة.

المسألة ٦: إذا كان المفضي صغيرا أو مجنونا ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال و إن كان الوجه الثاني لا يخلو عن قوّة.

ـــــــــــــــــ

المسألة ٣: الاختصاص بالاول: قبال الثاني، لكن المعنى اوسع منه فينطبق على كل توسعة بين المجاري تخرج المرئة عن حيّز الانتفاع كان باتحاد مسلك البول و الحيض كما هو الغالب أو الحيض و الغائط أو جميعا أو غير ذلك لو فرض.

المسألة ٤: عدى الزوجة: و المملوكة اذا افضاها مالكها، نعم لو قلنا بالحاق ما يوجب الدية الكاملة بالقتل لزمت الكفارة و لكنه محل اشكال (و الاصل عدم ثبوت الدية على المالك لعدم دائن و مديون حينئذ).

عالمة مطاوعة: اي مطاوعة بأصل الدخول لا الافضاء و أما اذا كانت مطاوعة في الافضاء فثبوت الدية مشكل و ان كان العمل حراما من حيث الاضرار. (وفاقا في الذيل للبروجردي و الاستاذ لانصراف الدليل عنه و كذا نظائر المقام مما كان العمل باذن من المجني عليه).

المسألة ٥: لكن الاحوط: استحبابا كما مرّ الفتوى بعدم الوجوب. (لاطلاق نفي الشيء عليه في صحيح حمران، و هو اظهر من اطلاق صحيح الحلبي في اثبات النفقة على الجارية بلا فرق بين الصغيرة و الكبيرة، و الاجماع ايضا).

المسألة ٦: لا يخلو عن قوة: الظاهر انه يجب على العاقلة تكليفا اداء ذلك بعنوان تفريغ ذمة الجاني و لو لم يؤد العاقلة كان الجاني ضامنا ملزما بدفعها. (لتصور

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۶

المسألة ٧: إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الافضاء ضمن أرشه و كذا إذا حصل مع الافضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية ضمنه مع دية الافضاء.

المسألة ٨: إذا شكّ في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطيها لاستصحاب الحرمة السابقة فان وطئها مع ذلك فأفضاها و لم يعلم بعد ذلك أيضا كونها حال الوطي بالغة أو لا لم تحرم أبدا و لو على القول بها لعدم إحراز كونه قبل التسع و الأصل لا يثبت ذلك نعم يجب عليه الدية و النفقة عليها ما دامت حيّة.

المسألة ٩: يجري عليها بعد الافضاء جميع أحكام الزوجة من حرمة الخامسة و حرمة الاخت و اعتبار الاذن في نكاح بنت الأخ و الأخت و سائر الأحكام و لو على القول بالحرمة الأبدية بل يلحق به الولد و إن قلنا بالحرمة لأنه على القول بها يكون كالحرمة حال الحيض.

المسألة ١٠: في سقوط وجوب الانفاق عليها ما دامت حيّة بالنشوز إشكال لإحتمال كون هذه

الخطأ في اصل الافضاء كمن يريد التفخيذ فدخل فافضى أو حرك اصبعه لحكّ الجسد مثلا فدخل و بغير ذلك كالرمي بسهم فدخل و افضى و هذا التصور العام يكفي في تحقق القسمين فيشمله ادلة عمد الصبي و المجنون خطأ و دية الخطأ على العاقلة، لكن الظاهر من بعض الادلة ان دية الخطأ ايضا على الجاني وضعا و يجب على العاقلة تكليفا ذلك و لا ينفي الوضع عن الجاني فلو لم يؤد العاقلة لزمت الجاني).

المسألة ٨: لاستصحاب الحرمة: بل لاستصحاب عدم بلوغها تسعا بنحو السلب التحصيلي- لا المعدولة- و يترتب عليه جميع الاحكام حتى الحرمة المؤبّدة (و عنوان القبلية في الحديث- مثل ما في صحيح الحلبي ۵/ ۴۵ مقدمات النكاح: «من وطأ امرئته قبل تسع سنين ...»- لا يراد بنفسها بل المراد زمان عدم البلوغ، و معلوم ان موضوع الحرمة المؤبدة بعينه موضوع حرمة الوطيء. و كيف كان فاستصحاب الموضوع مقدم على الحكم، ان قلت: استصحاب عدم

البلوغ تسعا فرع حلّ تاريخ الولادة و اذا شك في تاريخ الولادة فليس شكا في البقاء ليجري دليل الاستصحاب، قلت: اولا، هو شك في البقاء اي بقاء عدم التولد، و ثانيا الاثر على الاصل المسبّبي هنا لا السببي اي الاثر على عدم البلوغ تسعا مثلا لا على عنوان التولد في أيّ تاريخ.

المسألة ۱۰: اشكال: و الاقوى عدم السقوط و ان كان الأوجه عدم الوجوب بعد الزواج على ما مرّ. و أما التقديم على نفقة الاقارب فممنوع لعدم الدليل، و المسلم تقديم نفقة الزوجية الفائتة (و صرف كون نفقة الافضاء دينا و نفقة الاقارب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۷

النفقة لا من باب إنفاق الزوجة و لذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج بالغير و كذا في تقدّمها على نفقة الأقارب و ظاهر المشهور أنها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج أيضا لكن يحتمل بعيدا عدم سقوطها بموته و الظاهر عدم سقوطها بعدم تمكنه و تصير دينا عليه و يحتمل بعيدا سقوطها و كذا تصير دينا إذا امتنع من دفعها مع تمكّنه إذ كونها حكما تكليفيا صرفا بعيد هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق و إلاّ فما دامت في حبالته الظاهر أنّ حكمها حكم الزوجة.

(۳- فصل)

لا يجوز في العقد الدائم الزيادة على الأربع حرّا كان أو عبدا و الزوجة حرّة أو أمة و أما في الملك و التحليل فيجوز و لو إلى ألف و كذا في العقد الانقطاعيّ و لا يجوز للحرّ أن يجمع بين أزيد من أمتين

ـــــــــــــــــــ

تكليفا لا يكون دليلا كما ان النفقة الفائتة للزوجة مع كونها دينا لا تقدم على نفقة الاقارب الحاضرة مع كونها تكليفا بل التخيير ثابت عند الضيق).

تصير دينا: (لظهور كلمة الاجراء في صحيح الحلبي ٤/ ٣٤ ما يحرم بالمصاهرة في استمرار ما ثبت، و ما ثبت اي نفقة الزوجية كان وضعا على الزوج فهو دين فكذلك المقام).

ما بعد الطلاق: إلاّ اذا تزوجت على ما مرّ.

فصل ۳

ازيد من امتين: بأن يجمع بين ثلاث اماء أو اكثر. و هذا بخلاف جمع العبد بين ازيد من حرتين فلا يجوز الزائد و لو من الاماء (منع الزيادة على الاربع دواما لظهور كريمة آية ۳ النساء في التحديد بذلك و صراحة الروايات في الابواب ٤ و ٦ و ٢ ما يحرم باستيفاء العدد، و أما عدم حدّ في الملك و التحليل فلعدم الدليل على المنع بل اطلاق ادلة شراء المملوكة بل و صراحة مثل ٨/ ٤ المتعة: «... هي بمنزلة الاماء يتزوج منهنّ كم شاء ...». و أما المتعة فهذا الحديث نفسه و صراحة روايات الباب ٤ من المتعة، و أما حديث عمار ١٠/ ٤ من المتعة الدال على لزوم عدها من الاربعة، فهو حديث عمار و كم له من خلل في احاديثه و منها بلوغ الجارية كما مرّ، و لعل محمله التقية في الفتوى أو في عمل الشيعة في مرأى السنة. و أما عدم جواز تزويج امة ثالثة لمن يكون له زوجتان امتان فلصحيح ٢/ ٣ ما يحرم باستيفاء العدد، و أما عدم جواز

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۸

و لا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرّتين و على هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين أربع حرائر أو ثلاث و أمة أو حرّتين و أمتين و للعبد أن يجمع بين أربع إماء أو حرّة و أمتين أو حرّتين و لا يجوز له أن يجمع بين أمتين و حرّتين أو ثلاث حرائر أو أربع حرائر أو ثلاث إماء و حرّة كما لا يجوز للحرّ أيضا أن يجمع بين ثلاث إماء و حرّة.

المسألة ۱: إذا كان العبد مبعّضا أو الأمة مبعّضة ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ إشكال و مقتضى الاحتياط أن يكون العبد المبعّض كالحرّ بالنسبة إلى الاماء فلا يجوز له الزيادة على أمتين و كالعبد القنّ بالنسبة إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حرّتين و أن تكون الأمة المبعضّة كالحرّة بالنسبة إلى العبد و كالأمة بالنسبة إلى الحرّ بل يمكن أن يقال إنه بمقتضى القاعدة بدعوى أنّ المبعّض حرّ و عبد فمن حيث حرّيته لا يجوز له أزيد من أمتين و من حيث عبديّته لا يجوز له أزيد من حرّتين و كذا بالنسبة إلى الأمة المبعضّة إلاّ أن يقال إنّ الأخبار الدالّة على أنّ الحرّ لا يزيد على أمتين و العبد لا يزيد على حرّتين منصرفة إلى الحرّ و العبد الخالصين و كذا في الأمة فالمبعّض قسم ثالث خارج عن الأخبار فالمرجع عمومات الأدلّة على جواز التزويج غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء لكنّه بعيد من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص و حينئذ فلا يبعد أن يقال أنّ المرجع الاستصحاب و مقتضاه إجراء حكم العبد و الأمة عليهما و دعوى تغيّر الموضوع كما ترى فتحصّل أنّ الأولى الاحتياط الّذي ذكرنا أوّلا و الأقوى العمل بالاستصحاب و إجراء حكم العبيد و الاماء عليهما.

تزويج العبد ازيد من حرتين حرة أو امة فلمثل صحاح ۱ و ۲ و ٨/٤ المتعة.

امتين و حرتين: و لا امة و حرتين كما مرّ.

بين ثلاث اماء و حرة: ذكر الحرة حينئذ لغو (لما مرّ من منع ثلاث اماء له).

المسألة ۱: الاحتياط الذي ذكرنا: لا ينبغي تركه (و ان كان الاستصحاب اقوى نظرا الى كون الموضوع هو الشخص و ما ذكره الخوئي (قدّس سرّه) من عدم كونه الشخص بل لوصف العبدية و هو مشكوك البقاء فيه ان الموضوع يؤخذ من العرف و لا دليل على لزوم كونه مأخوذا من الدليل، و العنوان المأخوذ من الدليل منطبق على الموضوع العرفي الخارجي، فان الملاك صدق وحدة القضيتين و اذا صدق عرفا كفى. و قد يقال: هذا الاستصحاب تعليقي لعدم تحقق الزواج خارجا قبلا، و فيه: ان الحكم الشرعي ثابت على الموضوع و لا ربط له بالعمل و ان كان ترتب الآثار متوقفا على العمل).

الكافر عن ازيد: (كما صرّح به في مثل ٦/١ ما يحرم باستيفاء العدد، و كذا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۶۹

المسألة ۲: لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتق و صار حرا لم يجز إبقاء الجميع لأنّ الاستدامة كالابتداء فلا بدّ من إطلاق الواحدة أو الاثنتين و الظاهر كونه مخيّرا بينهما كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع و يحتمل القرعة و الأحوط أن يختار هو القرعة بينهنّ و لو اعتقت أمة أو أمتان فان اختارت الفسخ حيث إنّ العتق موجب لخيارها بين الفسخ و البقاء فهو و إن اختارت البقاء يكون الزوج مخيرا و الأحوط اختياره القرعة كما في الصورة الأولى.

المسألة ۳: إذا كان عنده أربع و شكّ في أنّ الجميع بالعقد الدائم أو البعض المعين أو غير المعين منهنّ بعقد الانقطاع

ففي جواز نكاح الخامسة دواما إشكال.

ثبت التخيير في اطلاق الزائد في المتزوج خمسا بعقد واحد أو الاختين بعقد واحد كما صرح به في ۱/ ۲۵ ما يحرم بالمصاهرة. و يمكن استفادة تعميم حكم التخيير بحسب فهم العرف اذ المانع نفس الزيادة و عمل الزواج كان من الزوج فله الخيار في ذلك لكن اثبات الفهم العرفي العام من صرف ذلك مشكل بل هو بتنقيح المناط العقلي اشبه).
المسألة ۲: القرعة: لا يترك و احوط منه طلاق الجميع ثم العقد على المقدار الجائز (لعدم الدليل على التخيير إلاّ في موارد بالتعبد مثل ما ذكره في المتن ۱/ ٦ ما يحرم باستيفاء العدد، و في تزويج الخمس أو الاختين بعقد واحد ۱/ ۲۵ ما يحرم بالمصاهرة، و القاعدة هو البطلان لعدم الترجيح إلاّ ان يكون مرجح شرعي، و الظاهر ان القرعة مرجح شرعي و لا تختص بما كان له واقع معلوم كما ورد فيمن قال: اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة ۲/ ۱۳ كيفية الحكم و احكام الدعاوى و ظاهر الآية الكريمة في قصة يونس ايضا ذلك لعدم واقع له عند اهل السفينة لعدم علمهم بأن الحوت يطلب يونس بخصوصه و هذا هو الاصل في القرعة بحسب القرآن الكريم كما ورد في ۱۷/ ۱۳ كيفية الحكم).
مخيرا: الحكم هو القرعة على الأحوط كما مرّ، لكن في بعض صور المسألة لا اشكال في البين ليحتاج الى التخيير أو القرعة و هو فيما كان عنده ثلاث اماء فاعتقت واحدة لعدم المنع من الجمع بين امتين و حرة للعبد.
المسألة ۳: اشكال: و الجواز اظهر (لاستصحاب عدم تحقق الاربع و أما استصحاب بقاء الزوجية في مشكوك البقاء فهو معلول كيفية الزوجية و الاصل عدم جعل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۰

المسألة ٤: إذا كان عنده أربع فطلّق واحدة منهنّ و أراد نكاح الخامسة فان كان الطلاق رجعيًا لا يجوز له ذلك إلاّ بعد خروجها عن العدّة و إن كان بائنا ففي الجواز قبل الخروج عن العدّة قولان المشهور على الجواز لإنقطاع العصمة بينه و بينها و ربما قيل بوجوب الصبر إلى انقضاء عدّتها عملا بإطلاق جملة من الأخبار و الأقوى المشهور و الأخبار محمولة على الكراهة هذا و لو كانت الخامسة اخت المطلّقة

الزوجية الدائمة، و أما التمسك بأخبار كون النكاح دائما اذا لم يذكر الاجل، و الحكم حينئذ بكون الاربع دائما، ففيه ان تلك الاخبار اما في مقام بيان الفرق بين الدائم و المنقطع فرقا واقعيا و أما في مقام الترافع و إلاّ فمن البعيد الحمل على الدوام بصرف عدم ذكر الاجل و لو نسيانا حتى في عمل نفسه.
و أما القول بأن الدوام و الانقطاع من خصوصيات حقيقة واحدة و الدوام بحسب طبع تلك الحقيقة اذا لم يمنعه مانع فاذا شككنا في ان الواقع ما هو كان مقتضى اصالة عدم جعل المانع هو بقاء الطبيعة، ففيه: ان الزوجية امر اعتباري و كيفيتها تابعة لانشائها و ليس احد الانشائين موافقا للأصل و الآخر مخالفا فلا اصل في السبب و أما المسبب اي الاثر الخارجي فالأصل عدم انشاء الزائد عن المتيقن المحدود، و أما التمسك بالاحتياط من باب ما ورد في مثل ۵/ ٤ ما يكتسب به من المستدرك:
«ما اجتمع الحلال و الحرام إلاّ و غلب الحرام الحلال» فالمراد مجهول، هل هو الاختلاط و الامتزاج كالخل و الخمر أو ما يشمل المقام ايضا و لا نسلم الظهور في العموم).

المسألة ٤: و الاقوى المشهور: لا قوة فيه و لا يترك الاحتياط بالصبر لاطلاق الادلة و للتعليل بعدم امكان جريان ماء الرجل في اكثر من اربعة (و المراد من الجريان ليس حال الوطىء لعدم امكان الجمع بذلك المعنى بل المراد الوجود في الرحم، و لا فرق حينئذ بين الرجعي و البائن بل يمكن دعوى اطلاق نصوص الباب مثل صحيح ١/ ٣ و كذا ١/ ٢ ما يحرم باستيفاء العدد ففي الثاني: «اذا جمع الرجل اربعا و طلق احديهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرئة التي طلقها، و قال: لا يجمع مائة في خمس».

و لا دليل على تقييد ذلك و اختصاصه بالرجعي و الاجماع المدعى على ذلك غير ثابت، راجع الحدائق. كما ان حديث الحلبي ١/ ٤٨ ما يحرم باستيفاء العدد في كفاية عدم جواز الرجوع في نكاح الاخت وارد في موضوع آخر و لا ظهور في كون قوله عليه السّلام فيه: اذا برئت عصمتها و لم يكن عليها رجعة، تمام العلة بحيث تعمّم لغير المورد.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۱

فلا إشكال في جواز نكاحها قبل الخروج عن العدّة البائنة لورود النصّ فيه معلّلا بإنقطاع العصمة كما أنه لا ينبغي الاشكال إذا كانت العدّة لغير الطلاق كالفسخ بعيب أو نحوه و كذا إذا ماتت الرابعة فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهر و عشر و النصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره و محمول على الكراهة و أمّا إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدّة حتّى يجب الصبر أو لا يجب.

(٤- فصل)

لا يجوز التزويج في عدّة الغير دواما أو متعة سواء كانت عدّة الطلاق بائنة أو رجعيّة أو عدّة الوفاة أو عدّة وطي الشبهة حرّة كانت المعتدّة أو أمة و لو تزوّجها حرمت عليه أبدا إذا كانا عالمين بالحكم و الموضوع أو كان أحدهما عالما بهما مطلقا سواء دخل بها أو لا و كذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها و لا فرق

و بما ذكرنا ظهر ضعف قول الماتن: «و الاخبار محمولة على الكراهة» لعدم الدليل على هذا الحمل، خلافا للاستاذ و ... (قدّس سرّهم)).

فلا اشكال: بل محل اشكال و لا يترك الاحتياط بالصبر (و النص ١/ ٤٨ ابواب العدد، انما ورد في نكاح الاخت في عدة اختها البائنة لا من حيث الخامسة فالتعليل و الاطلاق محكّمان كما مرّ من البابين ٢ و ٣ ما يحرم باستيفاء العدد. و قال الاستاذ يعني يستفاد من النص، و فيه عدم الاستفادة كما اشرنا).

لغير الطلاق: محل اشكال للتعليل في صحيح زرارة و ابن مسلم (لا يجمع مائة في خمس خلافا للمحشين.

نعم، في الموت لا يجري التعليل كما انه ليس من موضوع حكم الحديث كما ان الحكم قبل الدخول ايضا كذلك).

فصل ٤

في عدة الغير: كما لا يجوز التصريح بالخطبة و يجوز التعريض في غير الرجعيّة و يجوز للزوج في عدة زوجته البائنة التزويج لنفسه فضلا عن التصريح بالخطبة، فضلا عن التعريض إلّا اذا كان مانع اخر من تزويجها كما بعد التسعة، و أما في الرجعية فهي زوجة له تعبدا (لما يستفاد من مفهوم العدة و الاجل و التربص في الآيات الكريمة مثل ٢٢٨ و ٢٣٢ و ٢٣٤ من البقرة و ١ من الطلاق، و الروايات ٢١ و ١٧/ ٢٢ ما يحرم بالمصاهرة و تصريح مثل ١٠ و ١٧/ ٥ ما يحرم بالمصاهرة بالتفصيل بين العلم

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۲

في التزويج بين الدوام و المتعة كما لا فرق في الدخول بين القبل و الدبر و لا يلحق بالعدّة أيام استبراء الأمة فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبدية و لو مع العلم و الدخول بل لا يبعد جواز تزويجها فيها و إن حرم الوطي قبل انقضائها فانّ المحرّم فيها هو الوطي دون سائر الاستمتاعات و كذا لا يلحق بالتزويج الوطي بالملك

ـــــــــــــــــــــــــ

و الجهل و تصريح ۳/ ۱۷ ما يحرم بالمصاهرة بدخالة الدخول في الحكم و ان الموجب للحرمة احد امرين الدخول أو العلم، و الجهل عذر موضوعا أو حكما كما صرح بذلك في ٤/ ١٧ ما يحرم بالمصاهرة. و أما اذا كان احدهما عالما و الآخر جاهلا فلذيل هذا الحديث ٤/ ١٧ المصرّح بتاثير علم احدهما فقط، حيث صرّح الامام عليه السّلام في تلك الصحيحة فقال: الذي تعمّد لا يحلّ له ان يرجع الى صاحبه ابدا و نظيره ۳/ ۱۷ و أما تخصيص التأثير بالعالم فقط في الحديث فالمراد من حيث التكليف و إلاّ فالزواج قائم بالطرفين، و الزواج في الادلة اعم من الانقطاع و الدوام لعدم التقيد بشيء).

بين القبل و الدبر: (لاطلاق الدخول في الادلة و التصريح في بعض الروايات بأن الدبر أحد المائيتين فلا وجه للقول بالانصراف الى القبل كما قاله بعض اهل العصر، و لاحتمال كون الوجه الاحترام بالعدة لا اختلاط المياه و نحو ذلك حتى يختص بالقبل، بل الفقيه يطمئن بأن الشارع لا يريد من العدة صرف منع اختلاط المياه و إلاّ لم يكن فرق بين الدوام و المتعة و ثبوت العدة في الدخول بلا انزال و عدمها في الانزال بلا دخول مع احتمال الانجذاب و غير ذلك، بل لعل احترام البيئة و الزواج لعله الاصل في احكام ذلك أو من اصول ذلك فليس الامر كما يقول بعض طلبة العصر من ان الحكمة اختلاط المياه فلا عدة على من تصرف الحبوب المانعة من الانعقاد فيجوز ان تكون المرئة و لو شابّة تحت رجل في كل دقيقة فلا اعلم ايّ فرق بين ذلك و الفحشاء المرسوم في ارجاء العالم؟!

فهل الفرق صرف استفادة الحبوب؟ فهم ايضا يستعملون الحبوب؟ و هنا بعض ابحاث لا يسعها المجال. و اكرّر ايضا ما ذكرنا سابقا من ان الفقه ليس علما عقليا محضا حتى يذهب كل ذهن الى محتمله. و نرجو منه تعالى حسن العاقبة).

استبراء الامة: (لعدم انفهامه من العدّة، و احتمال كون الملاك الاحترام بالعدة لا اختلاط المياه كما مرّ فلا دليل على التوسعة، كما ان احكام الاستبراء تفرق عن احكام العدة لجواز غير الوطيء في الاستبراء مع عدم الجواز حتى العقد في العدة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۳

أو التحليل فلو كانت مزوّجة فمات زوجها أو طلّقها و إن كان لا يجوز لمالكها وطيها و لا الاستمتاع بها في أيام عدّتها و لا تحليلها للغير لكن لو وطئها أو حلّلها للغير فوطئها لم تحرم أبدا عليه أو على ذلك الغير و لو مع العلم بالحكم و الموضوع.

المسألة ۱: لا يلحق بالتزويج في العدّة وطي المعتدّة شبهة من غير عقد بل و لا زناء إلاّ إذا كانت العدّة رجعيّة كما سيأتي و كذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تماميّة أركانه و أما إذا كان بعقد تامّ الأركان و كان فساده لتعبّد شرعيّ كما إذا تزوّج اخت زوجته في عدّتها أو أمّها أو بنتها أو نحو ذلك ممّا يصدق عليه التزويج و إن كان فاسدا شرعا ففي كونه

كالتزويج الصحيح إلاّ من جهة كونه في العدّة و عدمه لأنّ المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العدّة إشكال و الأحوط الالحاق في التحريم الأبدي فيوجب الحرمة مع العلم مطلقا و مع الدخول في صورة الجهل.

المسألة ٢: إذا زوّجه الوليّ في عدّة الغير مع علمه بالحكم و الموضوع أو زوّجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجة كذلك لا يوجب الحرمة الأبديّة لأنّ المناط علم الزوج لا وليّه أو وكيله نعم لو كان وكيلا في تزويج امرأة معيّنة و هي في العدّة فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه لكنّ المدار علم الموكّل لا الوكيل.

لم تحرم ابدا: لكن اذا كانت معتدة رجعة يكون الوطىء حينئذ من الزنا بذات البعل و هو موجب للحرمة المؤبدة كما يشير اليه في المسألة الآتية.

المسألة ١: لعدم تمامية اركانه: يعني بحيث لا يعد عقد الزواج.

أو امها: فيكون لتحريمها المؤبد حينئذ سببان، و كذا البنت اذا كانت امها مدخولة (فلا وجه لاشكال الخوئي و الگلپايگاني و ... (قدّس سرّهم) بأن التحريم المؤبد مربوط بكونها ام الزوجة لا العقد في العدة. و فيه ما ذكرنا، فهو نظير العقد في الاحرام في العدة و قد اعترف بامكان دخوله في المسألة بل ادرجه فيها).

و الأحوط: يريد الاحتياط بعدم تزويجها بعدا، و أما لو فرض عقدها بعدا و لو للجهل بالمسألة فالاحتياط بالطلاق و الاحتياط حسن، لكن الاظهر عدم دخوله في المسألة (لعدم عدّه تزويجا شرعا أو للانصراف و الشك كاف، لعدم كون الادلة في مقام بيان اطلاق كلمة التزويج).

المسألة ٢: الوليّ: لكن لا ولاية له على الحرام فلا يرتبط عمله بالمولى عليه و لا اثر لعقده حينئذ و كذا الوكيل لعدم الوكالة.

امرئة معينة: او غير معينة و لكن مقيدة بكونها في العدة، و الوكالة و ان كانت

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۴

المسألة ٣: لا إشكال في جواز تزويج من في العدّة لنفسه سواء كانت عدّة الطلاق أو الوطي شبهة أو عدّة المتعة أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوّزات له و العقد صحيح إلاّ في العدّة الرجعيّة فانّ التزويج فيها باطل لكونها بمنزلة الزوجة و إلاّ في الطلاق الثالث الّذي يحتاج إلى المحلّل فإنه أيضا باطل بل حرام و لكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية و إلاّ في عدّة الطلاق التاسع في الصورة الّتي تحرم أبدا و إلاّ في العدّة لوطئه زوجة الغير شبهة لكن لا من حيث كونها في العدّة بل لكونها ذات بعل و كذا في العدّة لوطيه في العدّة شبهة إذا حملت منه بناء على عدم تداخل العدّتين فانّ عدّة وطي الشبهة حينئذ مقدمة على العدّة السابقة الّتي هي عدّة الطلاق أو نحوه لمكان الحمل و بعد وضعه تأتي بتتمّة العدّة السابقة فلا يجوز له تزويجها في هذه العدّة أعني عدّة وطي الشبهة و إن كانت لنفسه فلو تزوّجها فيها عالما أو جاهلا بطل و لكن في إيجابه التحريم الأبدي إشكال.

باطلة حينئذ لكن تكفي في استناد التزويج الى الموكل فيصدق العنوان الموضوع للحرمة المؤبدة عليه و لا دليل على تقييده بالمباشرة، و ملاك الحرمة حينئذ علم الموكل أو دخوله (خلافا للخوئي و الگلپايگاني حيث اعتقد الاول بطلان

الوكالة فلا يرتبط التزويج بالموكل و تردد الثاني من حيث الظهور في المباشرة و من صحة الاستناد، و فيه ما اشرنا من ان الوكالة الباطلة تكفي في الاستناد كالأمر المجرد بذلك، و لا دليل على التقيد بالمباشرة).

المسألة ۳: بأحد الموجبات: مع جواز التزويج من غير هذه الحرمة لا كالرضاع و كاخراج الكافر ما زاد عن الاربع بعد اسلامه.

باطل: فلا تزويج حينئذ اصلا بل رجوع. و نظيره عدة الكفر بناء على بقاء الزوجية مادامت في العدة. (خلافا لما اختاره بعضهم من انقطاع الزوجية تصرف الارتداد).

بل حرام: (بناء على استفادة التكليف و الوضع كليهما من الكريمة: **فلا تحل له من بعد** الآية ۲۳ البقرة و هو غير بعيد، فانه لو كان التعبير لا يصح، لاختص بالوضع لكن تعبير لا تحل يشير الى جهة التكليف ايضا فهو نظير: **حرمت عليكم امهاتكم**).

اشكال: و التحريم اظهر (لكون الموضوع في غير واحد من الادلة عدم انقضاء عدتها كما في ۵/ ۱۷ و غيرها من باب ما يحرم بالمصاهرة، و ظاهر آيات العدة في البقرة و الطلاق ايضا كون الجواز منوطا ببلوغ الاجل و هو عبارة عن الانقضاء فليس الموضوع التزويج في العدة حتى يقال هذا ليس في العدة بل عدم انقضاء العدة كاف في الحكم خلافا للاستاذ (قدّس سرّه)).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۵

المسألة ٤: هل يعتبر في الدخول الّذي هو شرط في الحرمة الأبدية في صورة الجهل أن يكون في العدّة أو يكفي كون التزويج في العدّة مع الدخول بعد انقضائها قولان الأحوط الثاني بل لا يخلو عن قوّة لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدّة.

المسألة ٥: لو شكّ في أنها في العدّة أم لا مع عدم العلم سابقا جاز التزويج خصوصا إذا أخبرت بالعدم و كذا إذا علم كونها في العدّة سابقا و شكّ في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء و أما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها و هل تحرم أبدا إذا تزوّجها مع ذلك الظاهر ذلك و إذا تزوّجها بإعتقاد خروجها عن العدّة أو من غير التفات إليها ثمّ أخبرت بأنّها كانت في العدّة فالظاهر قبول قولها و إجراء حكم التزويج في العدّة فمع الدخول بها تحرم أبدا.

المسألة ٤: لاطلاق الاخبار: (مع ان المهر علق في صحيح سليمان ۷/ ۱۷ ما يحرم بالمصاهرة على الدخول، و معلوم عدم تقيده بالعدّة، و ايضا لو فرض وقوع التزويج في آخر لحظة من العدة كان موضوع الحرمة اما مع العلم أو مع الدخول، و الدخول حينئذ بعد العدة، فالحق مع المتن وفاقا للخوئي و الاستاذ و خلافا للگلپايگاني حيث احتاط و السيد جمال افتى بالخلاف و تبعه بعض اهل العصر للانصراف، و فيه انه بدوي ينحل بأدنى تأمل).

المسألة ٥: الظاهر ذلك: في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف (و اصل الحكم لكون العلم المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقية و لذلك يقبل قولها ايضا فالظاهر انه لا وجه لاشكال الاستاد و البروجردي (قدّس سرّهما) فيما لم يدخل و كان العلم تمام الموضوع للحرمة، فان العلم محقق و لو كان طريقا محضا فاذا لم ينكشف الخلاف يحكم بالحرمة بلا اشكال).

قبول قولها: فيه اشكال بل عدم القبول اوجه (فان ادلة قبول قولها لا تشمل الحالة السابقة سيما مع التعارض بأصالة صحة النكاح و بفعلها الظاهر في الالتفات، فراجع ۱/ ٤٧ حيض و ۲/ ۲۵ اولياء عقد النكاح و ۳/ ۲۳ اولياء عقد النكاح و قد حكم في صحيح ابي بصير ۱/ ۱۸ بعدم قبول قولها ان كان دخل بها و واقعها، و لزوم الاختبار ان كان قبل الدخول اي فالتزويج صحيح حتى قبل الدخول و إلاّ لم يكن وجه للاختبار و نظير المسألة عدم قبول قولها اذا ادعت وقوع الطلاق حال الحيض مثلا، بعد وقوع الطلاق. ثم هذا كله اذا احتمل صدقها و إلاّ فمعلوم عدم قبول قولها).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۶

المسألة ٦: إذا علم أنّ التزويج كان في العدّة مع الجهل بها حكما أو موضوعا و لكن شكّ في أنه دخل بها حتّى تحرم أبدا أو لا يبني على عدم الدخول و كذا إذا علم بعدم الدخول بها و شكّ في أنها كانت عالمة أو جاهلة فانه يبني على عدم علمها فلا يحكم بالحرمة الأبدية.

المسألة ۷: إذا علم إجمالا بكون إحدى الامرأتين المعيّنتين في العدّة و لم يعلمها بعينها وجب عليه ترك تزويجهما و لو تزوّج إحداهما بطل و لكن لا يوجب الحرمة الأبدية لعدم إحراز كون هذا التزويج في العدّة نعم لو تزوّجهما معا حرمتا عليه في الظاهر عملا بالعلم الاجمالي.

المسألة ۸: إذا علم أنّ هذه الامرأة المعيّنة في العدّة لكن لا يدري أنها في عدّة نفسه أو في عدّة لغيره جاز له تزويجها لأصالة عدم كونها في عدّة الغير فحاله حال الشكّ البدويّ.

المسألة ۹: يلحق بالتزويج في العدّة في إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل فلو تزوّجها

المسألة ٦: بالحرمة الابدية: إلاّ فيما كان قبلا عالما بالعدة فيستصحب عالميّته و هو موضوع الحرمة المؤبدة.

المسألة ۷: بطل: في الظاهر ما لم ينكشف الحال و الأحوط الطلاق.

لا يوجب الحرمة: إلاّ اذا كان الشك في بقاء العدة (فيستصحب و لا يمنعه العلم الاجمالي لعدم مخالفة قطعية له نظير ملاقي احد النجسين الذين علمنا بعروض الطهارة لاحدهما).

حرمتا عليه في الظاهر: و مقتضى العلم الاجمالي ترتيب سائر الاحكام من حرمة الوطىء و وجوب الانفاق و غير ذلك إلاّ ان يعارضه علم آخر كوجوب وطىء احديهما في الاربعة اشهر و حق المضاجعة، و لا يمكن الاحتياط حينئذ للدوران بين المحذورين حرمة الوطىء و وجوبه فلا بد حينئذ من طلاقهما ثم تجديد عقد على البريئة منهما أو القرعة لو كان الطلاق متعسّرا عليه (فان موضوع القرعة كونه مشكلا و اذا كان الحلّ بالطلاق غير حرجي لم يكن مشكلا).

المسألة ۸: عدم كونها في عدة الغير: إلاّ ان يعارضه اصالة عدم كونها في عدة نفسه اذا فرض اثر مترتب عليها.

المسألة ۹: يلحق: اي حكمهما واحد و إلاّ فكل واحد منهما موضوع مستقل لا ان احدهما الاصل و الآخر ملحق، ثم بين المسألتين فرق و هو عدم العبرة بجهل الزوجة في المقام دون المعتدة كما مرّ. (نعم عبّر العلامة في القواعد و الشهيد في الروضة و الفخر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۷

مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبدا مطلقا سواء دخل بها أم لا و لو تزوّجها مع الجهل لم تحرم إلاّ مع الدخول بها من غير فرق بين كونها حرّة أو أمة مزوّجة و بين الدوام و المتعة في العقد السابق و اللاّحق و أما تزويج أمة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجة فلا يوجب الحرمة الأبدية و إن كان مع الدخول و العلم.

المسألة ١٠: إذا تزوّج امرأة عليها عدّة و لم تشرع فيها كما إذا مات زوجها و لم يبلغها الخبر فانّ

في الايضاح بالالحاق غفلة عن النصوص الواردة في المسألة على الاستقلال).

مع العلم ...: موضوعا و حكما (فان ١٦/١ يدل على الحرمة مطلقا و ١٦/٣ ما يحرم بالمصاهرة يدل على عدم الحرمة مع الجهل و ٢ و ١٦/٦ تدلال على الحرمة بالدخول مطلقا و لو مع الجهل فان موضوعهما الدخول و لذا ذكر لزوم الاعتداد و المهر. فهما اما في مورد الجهل فالنسبة بينهما مع ١٦/٣ عموم مطلق و الاّ فالنسبة عموم من وجه و التعارض في الدخول مع الجهل، و المرجع اطلاق ١٦/١ الدال على الحرمة مطلقا و أما ١٦/٤ فليس المراد جواز تزويجها بعدا مع الدخول و الجهل لاستعمال «ما احب» في الحرمة ايضا و المراد من غاية: حتى تنكح زوجا غيره، ليس الغاية للحرمة حتى يجوز التزويج بعد تزوجها برجل آخر اي حتى بدون طلاق منه! بل المراد حرمة تزويجها بل اطلاقها و تسريحها ليتزوجها غيره).

مع الجهل لم تحرم: اي جهل الزوج و أما الزوجة فلا دخالة لعلمها و جهلها في المسألة (فان مقتضى اطلاق ١٦/٣ و بعض آخر كون المدار علم الزوج بلا دخالة للزوجة في المسألة و هذا هو الفرق بين المسألة و مسألة المعتدة، و لا يمكن الاستدلال بالاولوية لكون المعتدة كالزوجة و هذه زوجة، لعدم العلم بالملاك فلعل توهم التسريح المطلق اوجب تهجم الناس في المعتدة دون ذات البعل فأوجب التشديد في المعتدة. مع ثبوت الحرمة في غير مورد علقة الزوجية كمورد عدة وطىء الشبهة و الطلاق التاسع و الفسخ للرّضاع مع العلم. و المراد من العلم في الباب موضوعا و حكما و ان لم يذكر الحكم في الروايات لوضوح المسألة و عدم تصور الجهل بالحكم في المقام من المسلم بل كل انسان و إلاّ فالجهل بالحكم اقوى عذرا كما ورد في صحيح ١٧/٤).

المسألة ١٠: لا يخلو عن قوة: (خلافا للسيد جمال و الاستاذ و بعض اهل العصر حيث افتوا بالجواز و للبروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهم) حيث احتاطوا، و الحق

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۸

عدّتها من حين بلوغ الخبر فهل يوجب الحرمة الأبدية أم لا قولان أحوطهما الأوّل بل لا يخلو عن قوّة.

المسألة ١١: إذا تزوّج امرأة في عدّتها و دخل بها مع الجهل فحملت مع كونها مدخولة للزوج الأوّل فجائت بولد فان مضى من وطي الثاني أقلّ من ستّة أشهر و لم يمض من وطي الزوج الأوّل أقصى مدّة الحمل لحق الولد بالأوّل و إن مضى من وطي الأوّل أقصى المدّة و من وطي الثاني ستّة أشهر أو أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني و إن مضى من الأوّل أقصى المدّة و من الثاني أقلّ من ستّة أشهر فليس ملحقا بواحد منهما و إن مضى من الأوّل ستّة فما فوق و كذا من الثاني فهل يلحق بالأوّل أو الثاني أو يقرع وجوه أو أقوال و الأقوى لحوقه بالثاني لجملة من الأخبار

مع المتن لان موضوع الحرمة على ما مرّ ليس خصوص المعتدة بل من لم تنقض عدتها كما في ١٧/٥ ما يحرم

بالمصاهرة).

ملحقا بواحد منهما: (لخروجه عن حدّ كليهما فالولد منتف عنهما شرعا و لا يمكن العلم بالخلاف نوعا فلو فرض العلم بعدم الدخول من احد غيرهما و عدم انجذاب الرحم ايضا بغير ذلك فيعلم بمخالفة احد الدليلين للواقع فهل يقرع أو يعمل بالتحديد الشرعي و لو مع العلم بالخلاف نظير الحيض اذا علم انه حيض و لم يتوال ثلاثة ايام).

المسألة ١١: لحوقه بالثاني: بل يقرع ان لم يعيّن بطريق آخر و لو من التجربيات المستحدثة (خلافا لأكثر المحشين، لعدم الدليل على الالحاق بالثاني فان دليل المسألة و هو رواية جميل اي ابن دراج على الاظهر كما نقله الصدوق مرسلة ١٤/ ١٧ ما يحرم بالمصاهرة و لا يجبره الاجماع و لا الشهرة اذ الشيخ نفسه الذي اختار هذا القول في النهاية لم يفت به في المبسوط بل اختار القرعة و قال: عندنا، الظاهر في الاجماع و من البعيد انه افتى بخلاف الاجماع المسلم. هذا مع انه من البعيد شرعا الالحاق بالثاني بلا دليل و بلا مرجح مع امكان الاول و الثاني بلا تفاوت بعد بطلان الزواج الثاني و عدم السراح من الاول فيحمل كون الحديث متخذا من سائر الادلة الواردة في المعتدة بعد تمام العدة. و أما صحيحة ١/ ١٧ احكام الاولاد فهو في المعتدة بعد تمام العدة و زوال فراش الاول و صحة فراش الثاني و كذا مرسلة البزنطي ١١/ ١٧. و أما ١٢/ ١٧ فلا يعلم موردها هل المعتدة بعد تمام العدة أو لا، و عن وفاة أو طلاق أو شبهة أو كانت امة معتقة. و أما ٢/ ٥٨ نكاح العبيد، الحاكم بكون الولد للفراش الظاهر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۷۹

و كذا إذا تزوّجها الثاني بعد تمام العدّة للأوّل و اشتبه حال الولد.

المسألة ١٢: إذا اجتمعت عدّة وطي الشبهة مع التزويج أو لا معه و عدّة الطلاق أو الوفاة أو نحوهما فهل تتداخل العدّتان أو يجب التعدّد قولان المشهور على الثاني و هو الأحوط و إن كان الأوّل لا

في الاخير فهو في الجارية المبيعة الزائل فراش الاول و الثاني و صحة فراش الثالث بخلاف المقام، إلاّ ان يقال: هو ايضا كان قبل الاستبراء نظير العدة، و فيه عدم الدليل على كون الاستبراء بحكم العدة. فالفراش صحيح للثالث و لو كان بحكم العدة لكن الفراش صحيح للثالث بحكم صحة البيع فهو نظير ٤/ ٥٨ الوارد في وقاع رجلين جارية في طهر واحد قال: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» من هذا الجهة اي جهة صحة الفراش للذي عنده، و نظير ٧/ ٥٨ في وطيء الجارية بعد الشراء قبل الاستبراء، و اشار الگلپايگاني (قدّس سرّه) الى روايات في التزويج بذات البعل الدالة على كون الولد للثاني لكني لم اجدها. و قال: في المسألة قولان فقط لا ثلاثة اقوال كما قال الماتن، و لكن الماتن ردّد بين الوجوه و الاقوال فلا اشكال و الالحاق بالاول ظاهر ٥/ ٥٨ نكاح العبيد بالغاء الخصوصية كما ان ظاهر ٦/ ٥٨ الالحاق بكليهما في ترتيب الارث، و بازاء ما ذكرنا روايات الباب ٥٧ نكاح العبيد الدالة على القرعة، و الظاهر انها اقدم سندا و اعتبارا و ان كانت في غير المعتدة، لكن الظاهر ان القرعة ايضا فيما اشكل الامر، و الظاهر كشف الواقع بحسب الغالب من التجربيات الحديثة).

و كذا اذا تزوجها: (لصحيح الحلبي ١/ ١٧ احكام الاولاد و لبطلان فراش الاول).

المسألة ١٢: المشهور على الثاني: و هو الاقوى في خصوص وقوع وطيء شبهة في عدة الوفاة لكن لا يترك الاحتياط في جميع الموارد. (لا ريب ان مقتضى القاعدة في المقام هو التداخل لعدم قابلية الزمان الواحد للتعدد، اذ ظاهر الادلة

ان مبدء العدة من حين وقوع السبب فاذا تعدد السببان في زمان واحد فالاصل في المقام هو التداخل و ان كان الاصل الكلي في الاسباب عدم التداخل إلاّ في عدة الوفاة فان المبدء من حين بلوغ الخبر. و أما الادلة فصحيح ۱۱/ ۱۷ ما يحرم بالمصاهرة يدل على التداخل و المورد مورد تداخل عدة الطلاق و الوطىء مع التزويج شبهة و نظيره ۱۲/ ۱۷ و صحيح ۹/ ۱۷ يدل على عدم التداخل و كذا ۱۸/ ۱۷، و صحيح ٦/ ۱۷ يدل على عدم التداخل في خصوص الوطىء بالشبهة في عدة الوفاة و كذلك، و النسبة بين الاول و الثالث

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۰

يخلو عن قوّة حملا للأخبار الدالّة على التعدّد على التقيّة بشهادة خبر زرارة و خبر يونس و على التعدّد يقدّم ما تقدّم سببه إلاّ إذا كان إحدى العدّتين بوضع الحمل فتقدّم و إن كان سببها متأخّرا لعدم إمكان التأخير حينئذ و لو كان المتقدّمة عدة وطي الشبهة و المتأخّرة عدّة الطلاق الرجعيّ فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدّته و هل ترث الزوج إذا مات قبله في زمان عدّة وطي الشبهة وجهان بل قولان لا يخلو الأوّل منهما من قوّة و لو كانت المتأخّرة عدّة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلّق لها في زمان عدّة الوطي قبل مجيء زمان عدّة الطلاق وجهان لا يبعد الجواز بناء على أنّ الممنوع في عدّة وطي الشبهة وطي

ـــــــــــــــــــــــــ

هي الاطلاق و التقييد و ينتج عدم التداخل في الوطىء بالشبهة في عدة الوفاة و التداخل في غيرها، و النسبة حينئذ بعينها بين الاول و الثاني و ينتج عدم التداخل فيما كان في عدة الوفاة، و ان ابيت عن انقلاب النسبة فيسقط الاول و الثاني بالتعارض، و القاعدة الاولية في المقام كما عرفت هي التداخل في غير مورد الدليل و هو في عدة الوفاة فقط. و اما حمل اخبار التعدد على التقيّة فلا شاهد عليه كما ان خبر زرارة و يونس المشار اليهما في المتن انما هو في الوطىء شبهة لذات البعل لا المعتدة، كما ان ما ذكرنا انما هو في ورود عدة وطىء الشبهة على عدة الطلاق أو الوفاة و أما العكس ففي الطلاق القاعدة هي التداخل، كما ان مقتضى خبر زرارة المشار اليه في المتن ۷/ ۱٦ ما يحرم بالمصاهرة ايضا هو التداخل.

و أما الوفاة فمقتضى ۲/ ٤۹ ما يحرم بالمصاهرة عدم التداخل لكنه مرسل و القاعدة هو التداخل، فعدم التداخل انما هو في صورة واحدة و هي ورود عدة وطىء الشبهة على عدة الوفاة. و أما طرد روايات التداخل باعراض المشهور فلا وجه له بعد امكان الجمع الدلالي لكن مع ذلك كله فلا يترك الاحتياط بعدم التداخل كلا لأهمية المقام، خلافا لأكثر المحشين فانهم بين الفتوى كالمشهور كالاستاذ و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) و بين الاحتياط كالقمي و ...).

لا يخلو الاول منهما من قوة: (فان موضوع جواز الرجوع هو عدم انقضاء العدة و كذا موضوع الارث بحسب غير واحد من النصوص و هي المفسرة لبعض الروايات الدالة بظاهرها على كون الموضوع كونها في العدة).

لا يبعد الجواز: بل هو بعيد و الحكم غير بان على ما بناه، و الظاهر كونه حينئذ من التزويج في العدة الموجب للحرمة المؤبّدة. (لا وجه لانصراف ادلة التزويج في عدة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۱

الزوج لها لا سائر الاستمتاعات بها كما هو الأظهر و لو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق فيحتمل كونه موجبا

للحرمة الأبدية أيضا لصدق التزويج في عدّة الغير لكنّه بعيد لإنصراف أخبار التحريم المؤبّد عن هذه الصورة هذا و لو كانت العدّتان لشخص واحد كما إذا طلّق زوجته بائنا ثمّ وطئها شبهة في أثناء العدّة فلا ينبغي الاشكال في التداخل و إن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدّد في هذه الصورة أيضا.

المسألة ١٣: لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطي بالشبهة المجرّدة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة و إن كان الواطي عالما و أمّا إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمّى أو مهر المثل قولان أقواهما الثاني و إذا كان التزويج مجرّدا عن الوطي فلا مهر أصلا.

المسألة ١٤: مبدء العدّة في وطي الشبهة المجرّدة عن التزويج حين الفراغ من الوطي و أمّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك أو من حين تبين الحال وجهان و الأحوط الثاني بل لعلّه الظاهر من الأخبار.

الغير عن هذا المورد، كما ان مبناه ليس معتبرا في المسألة لعدم دخالته في المسألة و ان كان صحيحا لكونها حين تكون في عدة وطىء الشبهة من الغير زوجة حقيقة فالمقصود استبرائها اي ترك وطئها لكن لا دخالة لذلك في المسألة).

الاشكال في التداخل: قد عرفت حال التداخل بالنسبة الى الغير و أما بالنسبة الى الزوج نفسه فلا عدة لها اصلا فيجوز للزوج عقدها متى توافقا.

المسألة ١٣: مهر المثل: و المراد من مهر المثل مهر مثل هذه المرئة شرفا وضعة و سائر خصوصياتها جسما و مكانة و روحية بمثل هذا العقد دواما أو انقطاعا بمثل مدّته، المنكشف بطلانه، المستفادة بهذه المدة، و الاحوط المصالحة. (كما يشهد لاصل الحكم ٤/ ٦ الجنابة، و الملاك في الحديث صرف الوطىء و التقاء الختانين بلا دخالة للعقد في ذلك. نعم، يشترط اشتباه المرئة و إلاّ فهي بغيّة و لا مهر لها كما يستفاد من ٦/ ١٤ ما يكتسب به و روايات ٥ ما يكتسب به و ٢/ ٢٨ المتعة و ١/ ٩ ابواب العيوب و التدليس).

اقويهما الثاني: (لفساد العقد فلا اثر له و لظهور الاخبار في كون علّة المهر استحلاله لفرجها لا العقد).

فلا مهر لها اصلا: (لعدم الوطىء و فساد العقد و أما ٢١/ ١٧ ما يحرم بالمصاهرة الدال على نصف المهر عند عدم الدخول فهو معارض بأصح و اكثر منها مثل ٧ و ١٣ و ٨/ ١٧).

المسألة ١٤: الظاهر من الاخبار: فيه اشكال لكنه احوط مع كونه مقتضى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۲

المسألة ١٥: إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمة بأن كان الاشتباه من طرف الواطي فقطّ فلا مهر لها إذا كانت حرّة إذ لا مهر لبغيّ و لو كانت أمة ففي كون الحكم كذلك أو يثبت المهر لأنّه حقّ السيّد وجهان لا يخلو الأوّل منهما من قوّة.

الاستصحاب (و احتاط بعض اهل العصر حتى في المجردة عن التزويج نظرا الى ظهور قوله عليه السّلام: «ثم تعتد» في ٨/ ١٦ المصاهرة و كذا ١١ و ١٢ و ١٤/ ١٧ في كون المبدء تبيّن الحال و موردها الاقتران مع التزويج لكن تأثير العقد الفاسد مظنون العدم بل الملاك اتخاذها فراشا، و فيه: ان قوله عليه السّلام في صحيحة زرارة ٧/ ١٦ المصاهرة: ثلاثة قروء و انما يستبري رحمها بثلاثة قروء ... الخ. ظاهر بوضوح في كون الملاك استبراء الرحم و اذا كان التبين بعد ثلاثة قروء مثلا لا معنى للاستبراء حينئذ اصلا، لكن الأحوط ما في المتن مع كونه مقتضى الاستصحاب كما قال آقا

ضیاء (قدّس سرّه). و لو وافقني احد لصرحّت بعدم لزوم الاحتياط هنا).

المسألة ١٥: لا مهر لبغيّ: (المستفاد من ١/ ٩ ابواب العيوب و التدليس و ٢/ ٢٨ متعة و روايات الباب ٥ و ٦/ ١٦ ما يكتسب به).

لا يخلو الاول: (فان ظاهر ما اشير اليه من الروايات عدم ترتب مال على الزنا و البغي و ان المأخوذ به سحت و من البعيد جدا امر الشارع أو امضائه اخذ مال بازاء الزنا أو اللواط بل المترتب عليه التعذيب فقط، و أما الروايات فقد استدل الاستاذ و بعض آخر بمثل ١/ ٦٧ نكاح العبيد و الاماء و ١/ ٣٥ نكاح العبيد لاثبات عشر قيمة الامة ان كانت بكرا، و نصف العشر ان كانت ثيبة، لكنهما واردتان في مورد استحقاق الوطىء كما في الاول أو عدم كونه زنا كما صرّح الامام عليه السّلام بعدم كونه زنا.

و قال الگلپايگاني تبعا للبروجردي و السيد جمال (قدّس سرّهم) ثبوت المهر إلاّ اذا اذن لها في المعصية، و فيه: ان المقام عند عدم امر السيد بالمعصية نظير وطيء غلام المولى فهل بازائه مال شرعا؟

و تمسك آقا ضياء (قدّس سرّه) باطلاق مثل ١/ ٦٧ بعد التشكيك في شمول لا مهر لبغي للمقام، و فيه ما مرّ، و لا وجه للتشكيك في شمول ذلك بعد قطعية البغاء.

و الحاصل ان الاسلام و الحكومة المبتنية عليه لا يرضى بأيّ مال و لو احتاجت الحكومة هذا مع قبح اخذ المال قبال الفحشاء عند المتشرعة جدا و قد قلنا في محله ان اخذ القيمة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۳

المسألة ١٦: لا يتعدّد المهر بتعدّد الوطي مع استمرار الاشتباه نعم لو كان مع تعدّد الاشتباه تعدّد.

المسألة ١٧: لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البغل للزاني و غيره و الأحوط الأولى أن يكون

عن واطيء البهيمة ايضا ليس قيمة الوطيء المحرم بل قيمة الحيوان المحروق و لو لم يحرق لا دليل على اخذ القيمة حتى يستلزم تكسب صاحب الحيوان من هذا الطريق في كل يوم مرّات اذا لم تقو الحكومة الاسلامية على الاحراق).

المسألة ١٦: لا يتعدد: (لعدم التذكر حتى في رواية واحدة مع ان المشهور من لسان الشرع ان الملاك في الزواج دواما و انقطاعا بالزمان لا العمل فانه ملاك الفحشاء عند اهله، مع ان ظاهر مثل ٧/ ١٦ المصاهرة و ٢/ ٣٨ العدد، المهر الواحد مع ظهوره في الفصل بزمان، و مع بعد وقوع عمل واحد في الزمان الطويل، و لا ارى لاشكال الخوئي في الحاشية وجها و لم يذكر هو في الشرح. نعم، في مورد تعدد الاشتباه و تعدد السبب لا يبعد ذلك كما قال في المتن فانه بمنزلة حلّ السابق و ايجاد امر جديد بحسب عمود الزمان لا العمل بما هو هو).

المسألة ١٧: لا بأس: الأحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا و كذا عدم رضى المؤمنة العفيفة بالتزويج من الزاني المشهور بذلك (مقتضى الجمع بين روايات المانعة المطلقة مثل ٢ و ٥ و ٧/ ١١ ما يحرم بالمصاهرة و ٣/ ١٤، و كذا ٤/ ١١ ما يحرم بالمصاهرة على رواية الكليني مع ما فيها من الارسال، و بين روايات المجوزة المطلقة مثل ١ و ٣/ ١١ ما يحرم بالمصاهرة القابلة للحمل على ما بعد التوبة، و مثل ٢ و ٣ و ٦/ ١٢ ما يحرم بالمصاهرة و ٣/ ٩ المتعة، و بين المفصلّة بين المشهورة بالزنا و غيرها مثل ١/ ١٣ ما يحرم بالمصاهرة و بعد حمل المجوزة على غير المشهورة لاجل هذه المفصلة، المنع في المشهورة و الجواز في غيرها و أما ما في ذيل ٣/ ٩ المتعة من التصريح بالجواز في المعروفة ايضا

فهو غير ثابت سندا و لا يبعد كون الآية الكريمة آية ٣ النور ايضا في هذا المقام بلحاظ ظهور الوصف في الاستمرار و الاتخاذ شغلا و تلزمه الشهرة. و الظاهر من قوله تعالى: ... و حرّم هو التشريع فلا يمكن حمل الكريمة على الاخبار فقط كما قال الخوئي تبعا للحكيم، لقوله تعالى: حرّم، و لو حمل «حرّم» ايضا على الاخبار فهو اخبار عن انشاء التحريم قبلا. و للروايات المفسّرة الدالة على انها مربوطة بالمشهورات فلا يجوز تزويجهن.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۴

بعد استبراء رحمها بحيضة من مائه أو ماء غيره إن لم تكن حاملا و أمّا الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء بل يجوز تزويجها و وطيها بلا فصل نعم الأحوط ترك تزويج المشهورة بالزنا إلاّ بعد ظهور توبتها بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني بها و أحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقا إلاّ بعد توبتها و يظهر ذلك بدعائها إلى الفجور فان أبت ظهر توبتها.

نعم، ظاهر صدر الكريمة هو الاخبار بلحاظ الاستثناء فلا يجوز تزويج المسلم للمشركة و لا المسلمة للمشرك، إلاّ ان يقال: ليس المراد التجويز في الاستثناء بل المراد تشديد النهي في المستثنى منه اي يتأكد النهي و طرد الزاني و الزانية عن العفيف و العفيفة، إلاّ ان يريد مثل نفسه أو المشرك فهو و ما يريد إلاّ انه جائز له. و حينئذ فهو حكم، كما ان الاخبار المحض يبعد عن القرآن الكريم بل اخباره ايضا بداعي الحكم التشريعي لكونه هدى للمتقين. و أما منع الزاني من تزويج العفيفة مع عدم قول فقيه به ففيه: انه غير بعيد لكون عمل العفيفة حينئذ مع العلم بذلك سيما الشهرة خلاف النهي عن المنكر و تعريض لنفسها معرض الفحشاء ايضا و هتك لها ايضا.

و هل المراد من النهي في المقام الوضعي أو التكليفي؟ ظاهر تعبير الروايات هما معا نظير تزويج ذات البعل و ام الزوجة، فان قوله عليه السّلام في المقام: «هي عليه حرام» أو «لا تحل» او «اذا اجتنبها ... له ان يتزوجها» ظاهر في الوضع حتما و التكليف ايضا بحسب الظاهر، و يمكن القول بعدم عدّ مثل ذلك زواجا عند العقلاء فان الزواج حقيقته صيرورة الشخصين بمنزلة شخص واحد. و أما تزويج مرئة تراود كل احد فلا يعد ازدواجا، إلاّ ان يقال: لا نسلّم ذلك لاختلاف جهة القرار فانه امر موقت زائل لا يزاحم ما بنائه على الدوام فتأمل.

و كيف كان، فالأحوط اذا تزوج المشهورة بالزنا تركها بالطلاق، و أما المشهور بالزنا فالروايات ساكتة و لم يقل به فقيه ايضا فلا يبطل و لا يجري احتياط الطلاق هناك فان الامر بيد الزوج و هو الزاني المشهور لا يعتني بالشرع).

و الاحوط الاولى: لا يترك سيما من مائه (اما منه نفسه فلموثق ٤/ ١١ ما يحرم بالمصاهرة و أما من غيره فلظهور ٢/ ٤٤ العدد المنقول عن تحف العقول، و عدم وجوب الاستبراء على الزوج فيما اذا زنت زوجته لا يدل على عدمه هنا خلافا للخوئي حيث استشهد بذلك، قال: لم يقل بالاستبراء احد، و استظهره من رواية

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۵

المسألة ١٨: لا تحرم الزوجة على زوجها بزناها و إن كانت مصرّة على ذلك و لا يجب عليه أن يطلّقها.

المسألة ١٩: إذا زنا بذات بعل دواما أو متعة حرمت عليه أبدا فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها

عباد بن صهيب ١/ ١٢ ما يحرم بالمصاهرة، و فيه عدم تعرض الحديث لذلك بل لعدم لزوم التفرقة بصرف زنا الزوجة فراجع. و بأن ماء الزاني لا حرمة له لكون الولد للفراش و للعاهر الحجر، و فيه: ان الولد للفراش اي المرئة و لم تكن عندئذ فراشا للرجل فلا يعلم ان الولد للرجل و لا بد ان يعلم ذلك حذرا من اختلاط الانساب، و الظاهر ان لزوم العدة بالنسبة الى مائه يدل على ذلك لماء غيره بالاولوية، و لذا استدل به في ٢/ ٤٤ العدد، و كذا يظهر من موثق ٤/ ١١ المصاهرة ايضا لقوله عليه السّلام:

«باستبراء رحمها من ماء الفجور» لا خصوص فجوره، و أما الاكتفاء بحيضة واحدة فلصدق استبراء الرحم بذلك).

المسألة ١٨: و ان كانت مصرّة: لكن اذا اشتهرت فالأحوط الطلاق أو الاعتزال ثم تجديد العقد أو الرجوع بعد التوبة (لعدم الفرق عرفا بين الابتداء و الاستدامة فهي كالسابقة كما مرّ في المسألة السابقة، و يجمع بذلك بين ١/ ١٢ ما يحرم بالمصاهرة و ما ورد من ان الحرام لا يحرّم الحلال و ١ و ٤/ ٦ و بين مثل ٢ و ٣/ ٦ ابواب العيوب و التدليس و كذا ١/ ٣٨ المتعة.

لكن هذا الجمع بعيد جدا لظهور: «زنت» في ٢ و ٣/ ٦ المتعة في المرة الواحدة فالجمع امّا بالاعراض عن المانعة أو بالتساقط و المرجع عمومات الحل مثل و احل لكم ما وراء ذلكم، و بعض هذه الروايات في الزنا السابق على العقد لا زنا الزوجة، قال الخوئي: الدفع اولى من الرفع فتأمل. و كيف كان، فالأحوط ما ذكرنا لما ذكر).

المسألة ١٩: حرمت عليه ابدا: على الأحوط (و لا دليل عليه سوى الاجماع المنقول من غير واحد و توقف المحقق و بعض آخر في المسألة. و استدلال المسالك بالاولوية من العقد على ذات البعل لأشدّية العمل من مجرد الانشاء، فيه عدم العلم بالملاك مع امكان ان يقال: لعل العكس اولى اذ عمل واحد مع الاقرار بعدم وجه قانوني له كيف يكون بمنزلة طرح حياة و معيشة دائمة، و الاستدلال بعبارة الفقه الرضوي فيه عدم ثبوت كونه من المعصوم بل الخلاف اظهر فان الظاهر انه كتاب فتاوى ابن بابويه و ان كان بعض الاحتمالات الاخر ايضا مورد انظار المحققين و قد مرّ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۶

أو طلاقه لها أو انقضاء مدّتها إذا كانت متعة و لا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالما بأنها ذات بعل أو لا كما لا فرق بين كونها حرّة أو أمة و زوجها حرّا أو عبدا كبيرا أو صغيرا و لا بين كونها مدخولا بها من زوجها أو لا، و لا بين أن يكون ذلك باجراء العقد عليها و عدمه بعد فرض العلم بعدم صحّة العقد و لا بين أن تكون الزوجة مشتبهة أو زانية أو مكرهة نعم لو كانت هي الزانية و كان الواطي مشتبها فالأقوى عدم الحرمة الأبدية و لا يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة و لا المحلّلة نعم لو كانت الأمة مزوّجة فوطئها سيّدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه و إن كان لا يخلو عن إشكال و لو كان الواطي مكرها على الزنا فالظاهر لحوق الحكم و إن كان لا يخلو عن إشكال أيضا.

المسألة ٢٠: إذا زنا بإمرأة في العدّة الرجعيّة حرمت عليه أبدا دون البائنة و عدّة الوفاة و عدّة المتعة و الوطي بالشبهة و الفسخ و لو شكّ في كونها في العدّة أو لا أو في العدّة الرجعيّة أو البائنة فلا حرمة ما دام باقيا على الشكّ نعم لو علم كونها في عدّة رجعيّة و شكّ في انقضائها و عدمه فالظاهر الحرمة خصوصا إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء و لا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر و كذا في المسألة السابقة.

البحث في ذلك و الاجماع لعل اصله السيد المرتضى في الانتصار، و فيه ما تعرف من كثرة الخطأ في اجماعاته. و

ظاهر الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح عدم الاعتناء بالحكم.

لكن المحشين جميعا افتوا بالحكم ما عدا القمي حيث احتاط).

أو صغيرا: و الظاهر خلاف ذلك بعد لحاظ رفع القلم عنه.

باجراء العقد: اي لا فرق من جهة حكم هذه المسألة و اما اذا عقد فهو قد مر حكمه.

لم يتعبد الحرمة: (نظرا الى ترتب حكم الزنا عليه في الادلة من ثبوت حدّ الزنا كما يظهر من صحيح ۹/ ۲۲ حدّ الزنا و ۸/ ٤٤ نكاح العبيد و الاماء).

لحوق الحكم: بل الظاهر خلافه (بعد رفع حكم الاكراه فيشك في شمول معقد الاجماع له كما في الصغير).

المسألة ۲۰: حرمت: على الأحوط.

دون البائنة: (لعدم صدق الزنا، بذات البعل، و به يعلم ان الدليل هو الاجماع على معقده لا الاولوية المدّعاة و إلّا لأمكن ان يقال: وطىء البائنة حراما اولى بالتأثير في الحرمة من العقد المجرد. فلا وجه لاحتياط بعض اهل العصر).

أو الدبر: (لصدق الزنا فانه الوطىء بلا استحقاق اصالي لا كالوطىء في الحيض، كما عليه الاكثر فلا فرق).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۷

المسألة ۲۱: من لاط بغلام فأوقب و لو بعض الحشفة حرمت عليه امّه أبدا و إن علت و بنته و إن نزلت و اخته من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين و لا تحرم على الموطوء أمّ الواطي و بنته و اخته على الأقوى و لو كان الموطوء خنثى حرمت امّها و بنتها على الواطي لأنّه إمّا لواط أو زنا و هو محرّم إذا كان سابقا كما مرّ و الأحوط حرمة المذكورات على الواطي و إن كان ذلك بعد التزويج خصوصا إذا طلّقها و أراد تزويجها جديدا و الامّ الرضاعية كالنسبية و كذلك الاخت و البنت و الظاهر

المسألة ۲۱: بعض الحشفة: على الأحوط (فان الايقاب يشمله على الظاهر فانه مطلق الادخال و الاخفاء لكنه لم يذكر إلّا في المرسلات و لو ان المرسل هو ابن ابي عمير في بعضها لكن لم يعلم الاعتماد عليها و ان كان الاظهر الاعتماد في الموارد المختلفة من ابواب الفقه فكأنهم تسالموا على صحة قول الشيخ و الكشي (قدّس سرّهما) لكن في شمول الايقاب لأدنى مراحل الادخال و اخفاء الآلة تأمل. و كيف كان فالأحوط ذلك).

و بنته: (لم تذكر إلّا في المراسيل، راجع روايات الباب ۱۵ ما يحرم بالمصاهرة، نعم المرسل في ۱/ ۱۵ ابن ابي عمير و الاعتماد اظهر و أيضا هي اقرب من الاخت و هي مذكورة في المعتبرات مثل ٤/ ۱۵ ما يحرم بالمصاهرة و كذا من الام و هي ايضا ذكر في مثل ۷/ ۱۵. و قيل: ان الملاك هو الاقربيّة، و فيه عدم ثبوت الملاك فلعل ارتباط الملاحة و الصباحة الظاهرية مع الام و الاخت اقوى و الشارع يريد تعذيب الشخص عاجلا بمنعه عن المناسب الجميل فان الرجل لعله يطلب الصباحة و الملاحة، لكن هذه المراسيل معتمد عليها عند الاصحاب على الاظهر سيما مثل ۱/ ۱۵).

صغيرين: في الواطىء الصغير اشكال بل الأوجه عدم ثبوت الحكم. (لعدم صدق عنوان الرجل و لا يوجد ملاك الحكم ايضا. بل في الموطوء الكبير ايضا يمكن الاشكال لكن الملاك موجود).

كما مرّ: بل يأتي.

خصوصا اذا طلقها: لا يلزم الاحتياط في غير هذه الصورة و فيها الأوجه ذلك (لشمول الاطلاق ذلك و عدم شمول

المخصص له لظهور المخصص و هو ان الحرام لا يفسد الحلال ٦ و ١٠/ ١٦ ما يحرم بالمصاهرة في الحلال بالفعل و هو الزوجة بالفعل.
و أما غير هذه الصورة فلا وجه للاحتياط بعد ورود هذا المخصص مع ان في ذلك حرجا و فزعا لا يتحمل عند العقلاء حتى بعد التزويج و قبل الوطىء مع إباء قولهم عليهم السّلام:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۸

عدم الفرق في الوطي بين أن يكون عن علم و عمد و اختيار أو مع الاشتباه كما إذا تخيّله امرأته أو كان مكرها أو كان المباشر للفعل هو المفعول و لو كان الموطوء ميّتا ففي التحريم إشكال و لو شكّ في تحقّق الايقاب و عدمه بنى على العدم و لا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة فلا بأس بنكاح ولد الواطي ابنة الموطوء أو اخته أو امّه و إن كان الأولى الترك في ابنته.

(٥- فصل)

من المحرّمات الأبدية التزويج حال الاحرام: لا يجوز للمحرم أن يتزوّج امرأة محرمة سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الاحرام سواء كان الوكيل محرما أو محلا و كانت الوكالة قبل الاحرام أو حاله و كذا لو كان بإجازة عقد الفضوليّ الواقع حال الاحرام أو قبله مع كونها حاله بناء على النقل بل على الكشف الحكميّ بل الأحوط مطلقا و لا إشكال في بطلان النكاح في الصور

«الحرام لا يفسد الحلال» عن التخصيص.
و تمسك في الجواهر لاثبات الجواز في الصورة الاولى ايضا بالاستصحاب اي التعليقي، لكنه ممنوع على ما حققناه في محله إلّا فيما كان التعليق في نفس الدليل الشرعي).
عدم الفرق في الوطىء: في غير العمد اشكال بل منع، و كذا الاكراه و ما اذا كان المباشر للفعل هو المفعول و كذا في الميت (لظهور الروايات في القصد الى وطىء الغلام، مع ان حديث: «ايما رجل ركب امرا بجهالة فلا شيء عليه» ٣/ ٨ بقية كفارات الاحرام، و كذا حديث رفع الاكراه دليل في المقام).
و ان كان الاولى: (لاحتمال منعه في ٣/ ١٥ ما يحرم بالمصاهرة، لكن الاستدلال به ضعيف بجهات عديدة من ضعف السند، و احتمال رجوع الضمير الى الواطىء، و احتمال كون السؤال عن تزويج ابن الموطوء ابنة الواطىء).

فصل ٥

كانت الوكالة قبل الاحرام: في الحكم منع اذا كانت الوكالة قبل الاحرام فعقد الوكيل حال احرام موكّله بلا دخالة من الموكل في ذلك، و سيما اذا كان بلا اطلاع منه، و سيما اذا كان الوكيل جاهلا أو غافلا عن كون موكله محرما، و الوجه عدم صدق التسبيب فلا يصدق كونه متزوجا.
بل الأحوط مطلقا: (على جميع احتمالات الكشف و النقل و الانقلاب لاستناد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۸۹

المذكورة و إن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبدا سواء دخل بها أو لا و إن كان مع الجهل بها لم تحرم

عليه على الأقوى دخل بها أو لم يدخل لكن العقد باطل على أيّ حال بل لو كان المباشر للعقد محرما بطل و إن كان من له العقد محلا و لو كان الزوج محلا و كانت الزوجة محرمة فلا إشكال في بطلان العقد لكن هل يوجب الحرمة الأبدية فيه قولان الأحوط الحرمة بل لا يخلو عن قوّة و لا فرق في البطلان و التحريم الأبدي بين أن يكون الاحرام لحجّ واجب أو مندوب أو لعمرة واجبة أو مندوبة و لا في النكاح بين الدوام و المتعة.

العقل اليه حتى على الكشف الحقيقي فانه بامضائه).

على الاقوى دخل بها أو لم يدخل: (لتقيد ادلة التحريم مطلقا مثل ۱ و ۲/ ۱۵ تروك الاحرام بما دل على التفصيل بين العلم و الجهل مثل ۱/ ۳۱ ما يحرم بالمصاهرة حديث اديم بن حرّ، مع ان مثل صحيح عبد الصمد ۳/ ۸ بقيّة كفارات الاحرام يدل على انه لا شيء على من ارتكب امرا بجهالة. و بذلك يقيد ما دل على عدم التحريم مطلقا مثل ۳/ ۱۵ تروك الاحرام. و لم يقيد الحكم في شيء من هذه الادلة بالدخول).

باطل على ايّ حال: (لاطلاق مثل ۲/ ۳۱ ما يحرم بالمصاهرة «عن المحرم يتزوج؟ قال: لا، و لا يزوج المحرم المحل»).

بل لا يخلو عن قوة: (فان الموضوع هو المحرم اي الجنس الصادق على الذكر و الانثى و حكمه التفريق و عدم التعاود بلا فرق بين الرجل و المرئة و كذلك سوّوا في الحكم بالبطلان ايضا بين الرجل و المرئة، و يؤيده قاعدة الاشتراك ايضا، فالمقام نظير عنوان المسافر و الحاضر، فلا وجه لنفي القوة من بعضهم كالبروجردي و الشيرازي (قدّس سرّهما).

ان قلت: التزويج ليس من المرئة بل من الرجل و موضوع الادلة ذلك: «المحرم اذا تزوج» قلنا: لا فرق فيه بين البطلان و التحريم، مع منع ذلك فان التزويج من الطرفين، هذا مع الغاء الخصوصيّة كما في: «اذا شك الرجل بين الثلاث و الاربع ...» الخ. بخلاف مثل: «انظروا الى رجل منكم قد روى حديثنا ...» الخ، و لذلك لم يفت احد من الفقهاء المحققين بتولي المرئة القضاء سيما للنزاع بين الرجال، اللهم إلاّ بعض طلبة العصر ممن يعدّون كل احتمال جديد يقع في ذهنهم كرامة لهم و اظهاره شجاعة تعمية من الشيطان عليهم تحت عنوان الدفاع عن الاسلام!)

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۰

المسألة ۱: لو تزوّج في حال الاحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلا عن كونه محرما أو ناسيا له فلا إشكال في بطلانه لكن في كونه محرما أبدا إشكال و الأحوط ذلك.

المسألة ۲: لا يلحق وطي زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الاحرام بالتزويج في التحريم الأبدي فلا يوجبه و إن كان مع العلم بالحرمة و العقد.

المسألة ۳: لو تزوّج في حال الاحرام و لكن كان باطلا من غير جهة الاحرام كتزويج اخت الزوجة أو الخامسة هل يوجب التحريم أو لا الظاهر ذلك لصدق التزويج فيشمله الأخبار نعم لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

المسألة ٤: لو شكّ في أنّ تزويجه هل كان في الاحرام أو قبله بنى على عدم كونه فيه بل و كذا لو شكّ في أنه كان في حال الاحرام أو بعده على إشكال و حينئذ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال

المسألة ۱: و الأحوط ذلك: و الاقوى خلافه (فان موضوع الدليل التزوج مع العلم بالحرمة عليه كما في ۱/ ۳۱ ما يحرم بالمصاهرة و ظاهره العلم كبرى و صغرى).

المسألة ۲: لا يلحق: (و لا وجه له اصلا لعدم الدليل، و القياس ممنوع).

المسألة ۳: الظاهر ذلك: فيه منع (فان الظاهر من الادلة كون الموضوع التزوج الصحيح من غير سنخ هذه الجهة فلا يضرّ ورود مفسد آخر موجب للحرمة الابدية كالتزوج في العدّة كما في حديث الحكم بن عيينة عن الباقر عليه السّلام من الحكم بالبطلان و التحريم الابدي في تزويج المحرم مرئة في عدتها، بخلاف مثل تزوج الاختين لا لكون الالفاظ للصحيح فانه للتام عرفا لا الصحيح شرعا مع ان المقام الصحيح النسبي، بل للانصراف).

المسألة ٤: بنى على عدم كونه فيه: (لقاعدة التجاوز المذكورة في مثل ۳/ ۲۳ خلل الصلاة، و لأصالة الصحة و عليها السيرة العقلائية و المتشرعية في فعل الغير و النفس، و لاستصحاب عدم وقوع الاحرام في امد الزمان الى حين العقد بناء على جريانه في مجهول التاريخ ايضا كما عليه جمع منهم الخوئي (قدّس سرّه) و له وجه.

و أما استصحاب عدم وقوع العقد قبل الاحرام فلا اثر له بنفسه إلّا ان يثبت وقوع العقد بعد الاحرام و الأصل غير مثبت له، و يمكن استصحاب عدم وقوع العقد في امد الزمان حتى بعد تمامية الاحرام و وقوع الحل لكنه الفرع البعد).

على اشكال: (وجه الاشكال جريان استصحاب بقائه محرما الى حين العقد و لا يعارض باستصحاب عدم وقوع العقد الى بعد الاحرام لعدم اثباته وقوع العقد في غير الاحرام على ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) لكن و فيه عدم احتياج اثبات وقوع العقد في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۱

الاحلال سابقا أو لا حقا قدّم قول من يدّعي الصحة من غير فرق بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما نعم لو كان محرما و شكّ في أنه أحلّ من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويج فان تزوّج مع ذلك بطل و حرمت عليه أبدا كما هو مقتضى استصحاب بقاء الاحرام.

المسألة ٥: إذا تزوّج حال الاحرام عالما بالحكم و الموضوع ثمّ انكشف فساد إحرامه صحّ العقد و لم يوجب الحرمة نعم لو كان إحرامه صحيحا فأفسده ثمّ تزوج ففيه وجهان من أنه قد فسد و من معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

المسألة ٦: يجوز للمحرم الرجوع في الطلاق في العدّة الرجعية و كذا تملّك الاماء.

المسألة ٧: يجوز للمحرم أن يوكل محلا في أن يزوّجه بعد إحلاله و كذا يجوز له أن يوكل محرما في أن يزوّجه بعد إحلالهما.

المسألة ٨: لو زوّجه فضوليّ في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه و هل له ذلك بعد إحلاله الأحوط العدم و لو على القول بالنقل هذا إذا كان الفضولي محلا و إلّا فعقده باطل لا يقبل الاجازة و لو كان المعقود له محلا.

____

غير حال الاحرام بل عدم وقوع العقد الى بعد الاحرام بنفسه موضوع اثر اذ الاثر على العقد حال الاحرام و هذا يرفعه فالتعارض ثابت، لكن كيف كان فأصالة الصحة مقدمة على الاستصحاب و لو لم يكن له معارض).

مقتضى استصحاب: و لا يجري اصالة الصحة هنا و الحكم بالتحريم هنا ظاهري ما لم ينكشف الخلاف. (لعدم جريانه

في عمل الشخص نفسه إلاّ بعد المضي كما نبه غير واحد).
المسألة ٥: وجهان: الاحرام لا يفسد بفساد الحج على فرض القول بفساده فالأظهر الوجه الثاني إلاّ في ترك الاركان كالطواف و السعي على تأمل (و قد جزم الخوئي (قدّس سرّه) فيما استثناه، و فيه تأمل لامكان القول ببقاء الاحرام ما لم ينصرف بالتقصير اخذا باطلاق دليل المحلّ اي التقصير أو الحلق).
المسألة ٨: الأحوط العدم: و الجواز اظهر حتى على الكشف (لعدم صدق التزويج في الاحرام فان حصول التزويج انما هو بالاجازة حتى على الكشف و هي في حال الاحلال).
فعقده باطل: حتى على النقل لصدق التزويج تسبيبا (فلا وجه لتأمل بعضهم نظرا الى عدم شيء للفضولي إلاّ الانشاء و العمدة الاجازة، و فيها محلّ، و فيه ما لا يخفى).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۲

(٦- فصل في المحرمات بالمصاهرة)

و هي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجيّة أو الملك عينا أو انتفاعا بالتحليل أو الوطي شبهة أو زناء أو النظر و اللمس في صورة مخصوصة.
المسألة ١: تحرم زوجة كلّ من الأب و الابن على الآخر فصاعدا في الأوّل و نازلا في الثاني نسبا أو رضاعا دواما أو متعة بمجرّد العقد و إن لم يكن دخل و لا فرق في الزوجين و الأب و الابن بين الحرّ و المملوك.
المسألة ٢: لا تحرم مملوكة الأب على الأبن و بالعكس مع عدم الدخول و عدم اللمس و النظر و تحرم

في المحرمات بالمصاهرة

المصاهرة: المراد بها اصطلاحا معنى اعم من اللغوي يشمل مثل امّ المزني بها، ذكره الاصحاب في هذا الباب و تبعهم المصنف.
أو الملك: بناء على دخالة الملك و بعض ما بعده في الحكم بالتحريم و سيأتي (لاحتمال اعتبار الدخول في الملك و احتمال عدم دخالة مطلق النظر في ذلك كما يأتي).
المسألة ١: تحرم زوجه: (اجماعا، و يدل عليه الكريمة ٢٣ و ٢٢ نساء، و صحيح ١ و ٢ و ٨/ ٢ ما يحرم بالمصاهرة و لا فرق بحسب اطلاق الادلة بين الحالات المذكورة في المتن).
المسألة ٢: اذا كان بشهوة: في اللمس لا تعتبر الشهوة على الأحوط و ان كان الاوجه الاعتبار، كما ان نظر الشهوة لا يكفي على الاظهر اذا لم يكن الى ما يحرم النظر من غير المالك اليه مطلقا كالوجه و الكفين على القول بالجواز فيها على ما مرّ (الحرمة مع الدخول لصحيح زرارة ٥/ ٣ المصاهرة و مع احد الامرين لصحيح ١/ ٣ المصاهرة في التقبيل بشهوة و النظر بشهوة، و في تقييد النظر بكونه الى ما يحرم على غيره لصحيح ٦/ ٣ المصاهرة، و في احتمال اطلاق اللمس اطلاق مثل صحيح ٤/ ٣:
«... وضع يده عليها» و صحيح ١/ ٧٧ نكاح العبيد و الاماء: «... اذا مسّها أو جردّها».
لكن الاوجه اعتبار الشهوة لتقييد وضع اليد بها في معتبر ٢/ ٣ بل لعل الظاهر من وضع اليد هو الاستيلاء الشهوي، و لتقييد التقبيل بها في صحيح ١/ ٣ مع تمحضه في الشهوة ففي المسّ بغير التقبيل اولى. و أما معتبر ٣/ ٧٧ نكاح العبيد

و الاماء، الدال على عدم البأس بالتقبيل بلا جماع فالظاهر انه مطلق يقيد بما سبق بالتقبيل بالشهوة،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۳

مع الدخول أو أحد الأمرين إذا كان بشهوة و كذا لا تحرم المحلّلة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخولة.

المسألة ٣: تحرم على الزوج أمّ الزوجة و إن علت نسبا أو رضاعا مطلقا و كذا بنتها و إن نزلت بشرط الدخول بالامّ سواء كانت في حجره أو لا و إن كان تولّدها بعد خروج الامّ عن زوجيّته و كذا تحرم أمّ المملوكة الموطوئة على الواطي و إن علت مطلقا و بنتها.

و لا دليل على كون المراد خصوص ما عن الشهوة كما قال الخوئي (قدّس سرّه) و يمكن اطلاقه من جهة كون الجارية مملوكة و غيرها فيقيد بما سبق).

و لا تحرم المحللة: (فان ٤/ ٣ المصاهرة مطلق من حيث الملك و غيره و يكون معارضا لمعتبر ٣/ ٧٧ المقيد بغير الملك، و بالنتيجة يكون حاصل ٤/ ٣ ايضا المنع في مورد الملك، ففي التحليل المحرّم هو الدخول فقط. و الظاهر عدم الحرمة بالوطىء شبهة و تمسك الخوئي (قدّس سرّه) للحرمة بصحيح زرارة ١/ ٤ المصاهرة: «... اذا اتى الجارية و هي حلال فلا تحل ...» الخ، و فيه ان الجارية حينئذ حرام لكن الواطىء معذور لا انه حلال).

المسألة ٣: مطلقا: (خلافا لابن ابي عقيل الشارط للدخول على البنت، و الدليل عليه الكريمة ٢٣ نساء، و لا يحمل رجوع قيد: دخلتم بهن، الى امهات نسائكم علاوة من رجوعه الى الربائب لخلل العبارة بذلك و النصوص كثيرة ١٨ ما يحرم بالمصاهرة، و أما ٣/ ٢٠ الدال على حلية الام اذا لم يدخل بالبنت و كذا ٥/ ٢٠ فهي معرض عنها فلا اعتبار بها، و لا يمكن الحمل على التقية لشهرة الحرمة بين العامة ايضا، نعم يمكن الجمع بارادة الانكار في بعضها).

و ان نزلت: (لوحدة السياق مع سائر جمل الآيات من الامهات و البنات و بنات الاخ و غير ذلك. مع الاجماع و التسالم).

في حجره ام لا: (كما هو مصرح به في الروايات، و حينئذ فالتقييد بالحجر في الكريمة للاشارة الى ملاك الحكم و انها حينئذ بمنزلة البنت للزوج، التي تحت كفالته).

و ان كان ...: (للصحيح ٢/ ١٨ ما يحرم بالمصاهرة و ما دل على ان تزوج المرئة و دخولها يوجب حرمة بنتها لعدم التقيد فيها بكون البنت حال الزواج موجودة، كما ان عكس المسألة ايضا كذلك فاذا تزوج رضيعة ثم ارتضعت من امرئة تحرم المرئة على الزوج لصيرورتها ام الزوجة له. و تكون من امهات النساء كما ان الربيبة اعم من

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۴

المسألة ٤: لا فرق في الدخول بين القبل و الدبر و يكفي الحشفة أو مقدارها و لا يكفي الانزال على فرجها من غير دخول و إن حبلت به و كذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم اختيارا أو جبرا منه أو منها.

كونها للزوجة الفعلية و السابقة).

و كذا تحرم: (كما في صحيح ٦/ ٢١ ما يحرم بالمصاهرة و معتبر ٧/ ٢١، و أما ١٥/ ٢١ الدال على جواز اصابة ام

الموطوئة: «عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم اصاب بعد امها، قال: لا بأس أليست بمنزلة الحرّة». فيحتمل ارادة الاستخدام و الملكية من الاصابة لا الوطىء كما ان الشيخ في التهذيب ردّه بذلك و قال (قدّس سرّه) المراد من قوله عليه السّلام: «ليست بمنزلة الحرة»، ان الحرّة يحرم وطيها و عقدها الذي سبب الوطىء بخلاف الامة فان الوطىء حينئذ حرام دون سببه اي الملك. و أجابه الخوئي (قدّس سرّه) بأن الجمع في الملكية لا منع منها حتى في زمان واحد فلا وجه لذكر موت الموطوئة فكان في ذهن الراوي ارتفاع محذور الجمع بالموت، قال: فنرد الرواية بضعف محمد بن سنان، و فيه ان الاحكام صارت معلومة بالسؤال عنهم عليهم السلام فلعل الراوي توهم عدم امكان الملك ايضا، كما ان ضعف محمد بن سنان لا يلائم كثرة رواياته و متانتها و ضبطها و ان اشتهر الضعف. و أما ١٦/ ١١ المصاهرة الدال على جواز وطىء بنت الموطوئة فضعيف سندا لعدم ثبوت وثاقة رزين، و معارضته لغيره لعدم رواية ذلك عن غيره).

المسألة ٤: و الدبر: (لعدم تقييد في الادلة مع تصريح بعض الروايات بأن الدبر احد المائيّتين فالظاهر الاطلاق و ان كان خلاف المتعارف).

أو مقدارها: الملاك صدق الدخول و مع الشك لا يجري الحكم و لا يبعد عدم الصدق بأقل من مقدار الحشفة.

المسألة ٤: أو جبرا: (لعدم دخالة العمد في صدق الدخول فان المذكور في معتبر ١٨/ ٣ تحقق الدخول بصيغة المجهول و معلوم ان المدخل هو الزوج لكن صيغة المجهول تفيد عدم دخالة التعمد و القصد، و به يظهر ان المراد من الكريمة: **دخلتم بهنّ** ذلك لا دخالة القصد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۵

المسألة ٥: لا يجوز لكلّ من الأب و الابن وطي مملوكة الآخر من غير عقد و لا تحليل و إن لم تكن مدخولة له و إلاّ كان زانيا.

المسألة ٦: يجوز للأب أن يقوّم مملوكة ابنه الصغير على نفسه و وطيها و الظاهر إلحاق الجدّ بالأب و البنت بالابن و إن كان الأحوط خلافه و لا يعتبر إجراء صيغة البيع أو نحوه و إن كان أحوط و كذا لا يعتبر

المسألة ٥: لا يجوز: (للنصوص و لمعلومية حرمة التصرف في مال الغير، و أما ١/ ٧٨ ما يكتسب به: «... انت و مالك لابيك» المصرّح بجواز وطىء جارية الابن، و كذا ١٠/ ٧٨ ما يكتسب به فأمثال ذلك ترشد الى حكم اخلاقي كما يصرح بذلك حديث ٨/ ٧٨ ما يكتسب به، و النصوص في التحريم إلاّ مع التقويم على نفسه اي تحصيل ملكيتها، كثيرة فراجع ١ و ٢/ ٤٠ نكاح العبيد و الاماء و ١ و ٢/ ٧٩ ما يكتسب به و لا بد ان يكون موردها رضى الابن بذلك التقويم اذا كان كبيرا. و أما ٨/ ٤٠ نكاح العبيد المفصّل بين الابن و الابنة و الجواز في مملوكة الابنة فلا يصلح لمعارضة ما سبق و اعراض المشهور).

المسألة ٦: ان يقوم: (كما صرح بذلك في ٣ و ٦/ ٤٠ نكاح العبيد و هما كبعض ما روى غيرهما مطلقتان من حيث اشتراط الصغر، لكن في صحيح ابن سنان ٣/ ٧٨ ما يكتسب به قيد الحكم بالصغر و كذا ٥/ ٤٠ نكاح العبيد، و الظاهر دخالة الصغر في الحكم و إلاّ كان ذكره لغوا، و احتمال كون فائدة القيد بالصغر عدم طريق آخر لاستفادة الاب لكون العقد و التحليل لنفسه ولاية يوجب عدم امكان استفادة الولد بعدا لكونها موطوئة الاب ففيه المفسدة، مدفوع بعدم

کلیة ذلك لاحتمال عدم حسن و کمال في المملوك نعلم بعدم توجه الولد الیها بعدا مع عدم جریانه في مملوکة البنت فالحق ما في المتن وفاقا لأكثر المحشین).

الجد بالاب: (لذکر: «للرجل ولد صغار» في الادلة و اطلاق ذلك للجد، و ذکر الاب في بعض الادلة لا یقید ذلك الاطلاق لعدم مفهوم له مع ان مالکیة الولد الصغار للجواري تکون غالبا بالارث لا الکسب أو الهدیة و نحو ذلك فالرجل هو الجد حینئذ بحسب الاغلب).

اجراء صیغة: بل الأحوط اجراء العقد و لو معاطاة. (لاحتمال کون التقویم کنایة عن البیع أو التملك المطلق بلا قصد الی الغاء العقد فلا ینفي اعتبار الصیغة او التعاطي).

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۵۹۶

کونه مصلحة للصبيّ نعم یعتبر عدم المفسدة و کذا لا یعتبر الملائة في الأب و إن کان أحوط.

المسألة ۷: إذا زنی الابن بمملوکة الأب حدّ و أمّا إذا زنی الأب بمملوکة الابن فالمشهور عدم الحدّ علیه و فیه إشکال.

المسألة ۸: إذا وطي أحدهما مملوکة الآخر شبهة لم یحدّ و لکن علیه مهر المثل و لو حبلت فان کان

عدم المفسدة: (لإشعار ادلة التقویم في الباب و ذکر الاشهاد في بعضها علی ذلك فان المراد تحکیم الامر لئلّا تقع مفسدة علی الولد مع دلالة صحیح ۲/ ۷۸ علی ذلك لذکر: «ان اللّه لا یحب الفساد» بعد قوله علیه السّلام: «ما احب ان یأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج الیه مما لا بد منه» هذا مع انه لو اعتبرت المصلحة فما الخصوصیة للاب حینئذ لجواز رعایة مصلحة الولد في تصرفات کل الاولیاء حتی الحاکم. و بناء علی ما ذکر فلا وجه لحاشیة آقا ضیاء (قدّس سرّه)).

في غیر الجد و البنت ...: (اذ مرّ کون الجدّ ایضا کالأب و البنت کالابن، و لم افهم وجه حاشیة بعض المعاصرین باعتبار عدم المفسدة المحرمة، و اما المفسدة غیر المحرمة فالحکم علی الاحتیاط، لو کان المراد من المحرمة الملزمة لا وجه له اذ افساد مال الطفل کله ملزم للاجتناب).

لا یعتبر الملائة: (لاطلاق الأدلة، و فائدة الاشهاد في الأدلة ذلك یعني لیس له الملائة فعلا علی خلاف ما ذکره الخوئي (قدّس سرّه) من دلالة ذلك علی لزوم الملائة اذ لو کان فقیرا فما الفائدة في الاشهاد، و فیه: انه فقیر بالفعل لا مطلقا و لو مستقبلا).

المسألة ۷: و فیه اشکال: و الأظهر ثبوت الحدّ (لعدم دلیل علی الخروج عن الادلّة العامة، و أما جملة: «انت و مالك لابیك» فقد مرّ کون المراد امرا اخلاقیا اي اصلك منه فراع جهته اخلاقیا و إلّا فالحرّ لا یملك فلا معنی لکون الولد ملکا لأبیه و لو کان المراد انه مملوکه، فلا زنا اصلا لا انه یسقط حد الزنا. و لو ارید استفادته مما دل علی ان الوالد لا یقاد بولده و الاب لا یحد یقذف ابنه و لا یقتص الولد اباه اذا قتل امه و ما فرّع علیه من عدم قطع ید الوالد بسرقة مال الولد، ففیه ان هذه کلها حقوق الناس و یمکن التفریع فیها علی تلك الجملة المحکیة عن النبي صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، و اما تفریع حق اللّه تعالی کحدّ الزنا علی ذلك فلا یستفاد ذلك).

المسألة ۸: الواطیء هو الابن: اي الوطیء عن زنا، و أما الوطیء شبهة فالولد یلحق

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۵۹۷

الواطي هو الابن عتق الولد قهرا مطلقا و إن كان الأب لم ينعتق إلاّ إذا كان انثى نعم يجب على الأب فكّه إن كان ذكرا.
المسألة ۹: لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الاخت على العمّة و الخالة إلاّ باذنهما من غير فرق بين الدوام و الانقطاع و لا بين علم العمّة و الخالة و جهلهما و يجوز العكس و إن كانت العمّة و الخالة جاهلتين بالحال على الأقوى.

بالواطىء مطلقا.
عتق الولد: لان الولد حينئذ حفيد المالك و الشخص لا يملك ولده و لو بالواسطة و لو عن زنا.
لم ينعتق: هذا يرشد الى كون مراده الوطىء عن زنا، و أما الشبهة فهو ملحق بأشرف ابويه، و هنا الاب فينعتق قهرا (و الحكم معلوم كما في صحيح جميل ۸/ ۳۰ نكاح العبيد).
انثى: لأن الولد حينئذ اخت الابن الذي هو المالك، و لا يملك الشخص محارمه بخلاف الذكر لعدم منع من مالكية الاخ للاخ.
فكه: في الزنا لا يجب فك الذكر و في الشبهة الولد حرّ مطلقا و يقوّم على الواطىء بلا تفصيل بين الذكر و الانثى ثم التقويم فيما يجب انما هو بقيمة يوم الولادة حيا (و التقويم فيما يجب انما هو بقيمته يوم ولد حيا فانه يوم ضمان العين اذ قبله لم يتم ارتباطه بالام. و أما استفادة ذلك من موثق ٦٧/ ٥ بارادة ذلك من قوله عليه السّلام:
«بقيمته يوم يصير اليه» ففيه غموض لاحتمال ارادة يوم الدفع الى المولى).
المسألة ۹: إلاّ باذنهما: (كما ورد في صحيح ۱/ ۳۰ نكاح العبيد و هو الجامع بين المجوز المطلق مثل ۳/ ۳۰ ما يحرم بالمصاهرة و المانع المطلق مثل ۸/ ۳۰، و قد عمل العماني بالمجوز و الصدوق بالمنع).
و يجوز العكس: (لصراحة بعض الروايات مثل ۱۲/ ۳۰ ما يحرم بالمصاهرة، و أما المانع من الجمع بينهما و هو الصدوق فكأنه استند الى ۷/ ۳۰ لكنه ضعيف سندا و معارض بما مرّ).
جاهلتين: (وفاقا للأكثر و احتاط البروجردي (قدّس سرّه) تبعا للمسالك نظرا الى فهم لزوم احترامهما و هذا خلاف ذلك و لخبر ۷/ ۳۰ المانع من الجمع الذي مرّ ضعفه،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۸

المسألة ۱۰: الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين و الكبيرتين و المختلفتين و لا بين اطّلاع العمّة و الخالة على ذلك و عدم اطّلاعهما أبدا و لا بين كون مدّة الانقطاع قصيرة و لو ساعة أو طويلة على إشكال في بعض هذا الصورة لإمكان دعوى انصراف الأخبار.
المسألة ۱۱: الظاهر أنّ حكم اقتران العقدين حكم سبق العمّة و الخالة.
المسألة ۱۲: لا فرق بين المسلمتين و الكافرتين و المختلفتين.
المسألة ۱۳: لا فرق في العمّة و الخالة بين الدنيا منهما و العليا.
المسألة ١٤: في كفاية الرضى الباطني منهما من دون إظهاره و عدمها و كون اللازم إظهاره بالاذن قولا أو فعلا وجهان.

و لصحيح ۵/ ۳۰ ما يحرم بالمصاهرة على نقل المسالك: «لا تزوج الخالة و العمة ...» بغير اذنهما، و النقل اشتباه بلا ريب بل الثابت هو الاثبات اي تزوج الخالة و العمّة ... الخ. و يحتمل ورود ۷/ ۳۰ مجرى التقية لذهاب العامة الى

حرمة الجمع بين كل امرئتين لو فرض احديهما رجلا حرم التزويج بينهما كالمقام. و على ما ذكر فلا وجه لاحتياط البروجردي (قدّس سرّه)).

المسألة ١٠: الصغيرتين: لكن في كفاية اجازة الولي اشكال إلاّ ان يكون مصلحة الصغيرة توجب ذلك.

الانصراف: لكنه ممنوع للاطلاق.

المسألة ١١: حكم سبق: فيه منع و ان كان احوط (لخروج ادخال بنت الاخ و الاخت على العمّة و الخالة عن ادلة الحل العامة، و أما التقارن فلا دليل على الاخراج، و اما الاحترام فحكمة، و أما القياس بالحرّة مع الامة فممنوع، و أما حديث منع الجمع لا الادخال مثل ٧/ ٣٠ فقد مر ضعفه).

المسألة ١٢: و المختلفتين: (و ليس الحكم منوطا بالاحترام و الاجلال حتى ينفي في غير المسلم فانه حكمة لا علّة مع ان الاجلال بالنسبة حاصل هناك ايضا، و لاطلاق الدليل).

المسألة ١٤: وجهان: الاحوط الثاني (لعدم كون العمة و كذا الخالة طرفا لعقد حتى يلزم الابراز و الانشاء فيكفي صرف الرضا مع ذكر الرضا في معتبر علي بن جعفر ٣/ ٣٠ المصاهرة فلا دليل واضح على الاظهار كما افتى الخوئي (قدّس سرّه) بذلك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۵۹۹

المسألة ١٥: إذا أذنت ثمّ رجعت و لم يبلغه الخبر فتزوّج لم يكفه الاذن السابق.

المسألة ١٦: إذا رجعت عن الاذن بعد العقد لم يؤثّر في البطلان.

المسألة ١٧: الظاهر كفاية إذنهما و إن كان عن غرور بأن وعدها أن يعطيها شيئا فرضيت ثمّ لم يف بوعده سواء كان بانيا على الوفاء حين العقد أم لا نعم لو قيّدت الاذن بإعطاء شيء فتزوّج ثمّ لم يعط كشف عن بطلان الاذن و العقد و إن كان حين العقد بانيا على العمل به.

المسألة ١٨: الظاهر أنّ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي لا أن يكون لحقّ منهما فلا يسقط بالاسقاط.

المسألة ١٩: إذا اشترط في عقد العمّة أو الخالة إذنهما في تزويج بنت الأخ أو الاخت ثمّ لم تأذنا عصيانا منهما في العمل بالشرط لم يصحّ العقد على إحدى البنتين و هل له إجبارهما في الاذن وجهان

و الگلپايگاني (قدّس سرّه) لكن لا يترك الاحتياط لذكر الاذن في اكثر الادلة مع احتمال ارادة الرضا المظهر من ٣/ ٣٠ لا المستكشف بطريق غير متعارف مع تصريح بعض روايات الباب ٣٠ بكون الحكمة الاجلال و هو يحصل بالاستيذان و الاذن لا العلم بالرضا القلبي، و أما ما قال الخوئي (قدّس سرّه) من عدم اعتبار الاذن فيما ليس طرفا للعقد كالمقام و اذن اب الباكرة فهو ليس دليلا واضحا لعدم انحصار وجه الاذن بذلك).

المسألة ١٥: لم يكفه: (و قياسه بباب الوكالة مع الفارق للنص هناك).

المسألة ١٦: لم يؤثر: (لاحتياج رافع العقد الى دليل و هو مفقود).

المسألة ١٧: كفاية: (لعدم تقيد الاذن به بل هو داع فقط كقصد الشبع بشراء الخبز لا يبطل الشراء اذا لم يحصل الشبع).

ام لا: في هذه الصورة اشكال (وفاقا للبروجردي و بعض آخر لتقيد الاذن عرفا بعدم الكذب في وعده).

بطلان الاذن: بل عن عدم وجوده.

المسألة ۱۸: لحق منهما: (أي لم يفوض الشارع امر هذا الحكم اليهما و ذلك لاطلاق الدليل و هذا التوضيح يجري في كل موارد الحق بحسب اصطلاح الفقه فالمراد بالحق الحكم الذي جعل الشارع رفعه تحت اختيار المكلف، و ان شئت قلت:

جعل نطاق الحكم ضيقا محدودا اي ما لم يسقطه المكلف).

المسألة ۱۹: وجهان: الاذن الحاكي عن الرضا لا يتحقق مع الاجبار.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۰

نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو الاخت فالظاهر الصحّة و إن أظهرتا الكراهة بعد هذا.

المسألة ۲۰: إذا تزوّجهما من غير إذن ثمّ أجازتا صحّ على الأقوى.

المسألة ۲۱: إذا تزوّج العمّة و ابنة الأخ و شكّ في سبق عقد العمّة أو سبق عقد الابنة حكم بالصحّة و كذا إذا شكّ في السبق و الاقتران بناء على البطلان مع الاقتران.

الصحة: اذا كان المراد من الشرط الوكالة في الاذن و لم تكن الكراهة عزلا له بعد ذلك، و أما لو كان المراد من الشرط سقوط اعتبار الاذن فهو خلاف الشرع و باطل كما اذا كان اظهار الكراهة بعدا بعنوان عزله عن تلك الوكالة بطل العقد فان العزل حينئذ خلاف الشرط و حرام لكنه مؤثر كما مرّ نظيره في هذا الشرح (و بذلك يظهر الاشكال في كلام الخوئي بالصحة هنا لعدم جواز العزل).

المسألة ۲۰: صح على الاقوى: (لظهور مثل ۱/ ۲٤ نكاح العبيد في الملاك العام و انه في كل مورد كان العمل حلالا بحسب طبعه و انما الاشكال من جهة اعتبار اذن شخص يصح العقد اذا حصل الاذن. و بذلك يمكن القول بصحة عقد البكر اذا اجاز الولي بناء على اعتبار اجازته، و ان كان مقتضى القاعدة الاولية هو البطلان اذا لم يكن العقد حين الاستناد الى من له العقد جامعا للشرائط فيصير نظير الجهل بالعوضين حين العقد ثم تحقق العلم بعدا. لا مثل اذن المالك في الفضولي، هذا و يمكن ان يقال: الاذن في امثال المقام و مسألة عقد البكر ايضا ملحق بمن له العقد بمعنى ان العقد لم يتم امره حينئذ).

المسألة ۲۱: حكم بالصحة: (لأصالة عدم سبق عقد العمّة و أما اصالة عدم سبق عقد الابنة فلا تجري لعدم الاثر و لا يثبت به تأخر عقد الابنة حتى يلزم الاذن، فلا وجه لحاشية بعض اهل العصر بأن ذلك في غير مورد الغفلة لعدم جريان اصل الصحة حينئذ نظير الشك في صحة الوضوء مع العلم بالغفلة عندئذ و احتمال جريان الماء تحت الخاتم اتفاقا ...، فان الكلام ليس في اصل الصحة العقلائي بل الاستصحاب).

قدم قولهما: (لأصالة عدم الاذن، و لا يجري اصالة الصحة فانها فيما ثبت سلطة العاقد فانها كالركن لعدم السيرة القطعية عليها عندئذ و نظير المقام ما لو ادعى الراهن اذن المرتهن في بيع العين المرهونة و انكر المرتهن. و لأنه لو لم يكن هذا لما قام

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۱

المسألة ٢٢: إذا ادّعت العمّة أو الخالة عدم الاذن و ادّعى هو الاذن منهما قدّم قولهما و إذا كانت الدعوى بين العمّة و ابنة الأخ مثلا في الاذن و عدمه فكذلك قدّم قول العمّة.

المسألة ٢٣: إذا تزوّج ابنة الأخ أو الاخت و شكّ في أنه هل كان عن إذن من العمّة و الخالة أو لا حمل فعله على الصحّة.

المسألة ٢٤: إذا حصل بنتيّة الأخ أو الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل و كذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثمّ أسلم على وجه.

المسألة ٢٥: إذا طلّق العمّة أو الخالة طلاقا رجعيّا لم يجز تزويج أحد البنتين إلاّ بعد خروجهما عن العدّة و لو كان الطلاق بائنا جاز من حينه.

ـــــــــــــــــــــــــ

حجر على حجر اي يجري في بيع مال الغير مدعيا الاذن).

المسألة ٢٣: على الصحة: فيما لم يعلم غفلتهما عن الشرط حين العقد (لعدم ادعاء على الخلاف في غير ذلك فيجري اصالة الصحة لتحقق سلطنة العاقد، و أما في مورد العلم بالغفلة ففيه اشكال لعدم الدليل).

المسألة ٢٤: لم يبطل: (لعدم تحقق دخول بنت الاخ على العمة مثلا لتحقق الزوجية قبل صيرورتها بنتا. و قول الجواهر باعتبار الاذن بقاء و لعله نظرا الى خبر أبي الصباح الماضي الدال على حرمة الجمع فيه ضعف الخبر سندا كما مرّ بمحمد بن الفضيل. قال في الجواهر بعد البطلان بتخير الزوج بين احديهما: و ليس ذلك في خبر أبي الصباح، و لا وجه له اصلا اذا لاشكال من ناحية ورود احديهما على الاخرى لا الجمع مطلقا كالاختين).

على وجه: وجيه (لاستفادة امضاء نكاحهم من الأدلة الكثيرة مثل حكم الفقهاء بتخيير الكافر اذا اسلم عن اختين أو اكثر من الأربع مع ان مقتضى الحكم طبعا فساد المتأخر و لم ينقل عن النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الولي عليه السّلام و أحد الائمة عليهم السّلام الحكم بفساد نكاحهم مع معلومية تفاوتهم في خصوصيات العقد و الاذن من الاولياء و غير ذلك.

و لو قلنا بعدم تكليف الكفار بالفروع فالامر واضح لعدم تكليف عليهم حال الكفر و اذا أسلموا لم يكن ادخال بنت الاخ مثلا على العمة، فلا وجه لاشكال بعض المحشين.

و تخيل بعض اهل العصر ان الدليل استصحاب الصحة فقال: «لا يجري في الشبهات الحكمية و لاحتمال تبدل الموضوع، قال: و للشك في الاطلاق الشامل للمقام ...»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۲

المسألة ٢٦: إذا طلق أحدهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت لأنّ طلاق الخلع بائن و إن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

المسألة ٢٧: هل يجري الحكم في المملوكتين و المختلفتين وجهان أقواهما العدم.

المسألة ٢٨: الزنا الطاري على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطي بل قبله أيضا على الأقوى فلو تزوّج امرأة ثمّ زنى بامّها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته و كذا لو زنى الأب بامرأة الابن لم تحرم على الابن و كذا لو زنا الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه و كذا الحال في اللّواط الطاري على التزويج فلو تزوّج امرأة و لاط بأخيها أو أبيها أو ابنها لم

تحرم عليه امرأته إلاّ أنّ الاحتياط فيه أن لا يترك و أمّا إذا

المسألة ٢٦: جاز له العقد: حتى بعد الرجوع في البذل (فانه حينئذ يوجب الحق للزوج في تجديد الزوجية لا ان الزوجية السابقة باقية، و أما الرجوع في البذل بعد العقد فلا اشكال اصلا لتحقق عقد البنت قبل حصول الزوجية).

المسألة ٢٧: في المملوكتين: اي وطىء العمة و بنت الاخ مثلا بالملك و المراد من المختلفتين وطىء احديهما بالملك و الاخرى بالتزويج و حينئذ فما في المتن اقوى (نظرا الى كون الأدلة واردة في التزويج مثل ١/ ٣٠ نكاح العبيد و هو المراد من النكاح في ٨/ ٣٠ المصاهرة لا الدخول و الوطىء بشهادة ذكر الرضاع، و أما ما في ٧/ ٣٠ المصاهرة الدال على حرمة الجمع فهي ضعيفة السند. و اما لو كان المراد تزويج المملوكتين فاطلاق الأدلة يشمله فهو ممنوع، و كذا تزويج المختلفتين اي الامة و الحرّة مع انه من جهة جمع الحرة و الامة ايضا يحتاج الى اذن الحرّة).

المسألة ٢٨: بل قبله ايضا: (كما هو المشهور، و يدل عليه عدم الدليل على الحرمة بل الدليل على عدم الحرمة و هو قولهم عليهم السّلام في الروايات: «الحرام لا يفسد الحلال» و اما ٣/ ٤ و ٨/ ٨ المصاهرة الشارطتان للوطىء في عدم نشر الحرمة، لكن في طريق الاولى سهل بن زياد و في الثانية محمد بن الفضيل ففي حكميهما ضعف و الشهرة ايضا على الخلاف، فلا وجه لفتوى الحدائق و بعض مشايخه. و لو قبلنا امر سهل فالشهرة معارضة مع ان تعبير «لا ارى» في ٢/ ٤ و لعله ٤/ ٤ بعينه، المصرح بالجواز، ظاهر في عدم الحرمة. مع ان التقييد بما بعد الوطىء لا يلائم التعليل بعدم تحريم الحرام للحلال فلا يلزم احتياط في المسألة القائل به آقا ضياء و الگلپايگاني (قدّس سرّهما)).

الاحتياط فيه لا يترك: فيما اراد تزويجها ثانيا بعد الطلاق و إلاّ فلا يلزم حتى فيما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۳

كان الزنا سابقا على التزويج فان كان بالعمّة أو الخالة يوجب حرمة بنتيهما و إن كان بغيرهما ففيه خلاف و الأحوط التحريم بل لعلّه لا يخلو عن قوّة و كذا الكلام في الوطي بالشبهة فانه إن كان طاريا لا يوجب الحرمة و إن كان سابقا على التزويج أوجبها.

كان اللواط بعد التزويج قبل الوطىء. (لعدم الدليل و مرسل ابن ابي عمير ٢/ ١٥ المصاهرة اعرض عنه المشهور سيما و هو معارض بتعليل: «الحرام لا يفسد الحلال» و قد مر في المسألة ٢١ من بعض الفصول السابقة).

حرمة بنتهما: الحكم في بنت العمّة مبني على الاحتياط (في بنت الخالة لصحيح ١/ ١٠ المصاهرة و خبر ٢/ ١٠ لكن في طريقه ضعف، و المشهور على ذلك و ألحقوا ببنت العمة ايضا و لا وجه له إلاّ من باب حرمة مطلق بنت المزني بها لو قيل بذلك).

و الأحوط التحريم ...: لا قوة فيه، و لا يلزم الاحتياط و ان كان لا ينبغي تركه (لتعارض الروايات و الجمع بحمل المانعة الكراهة أو بالتساقط و الرجوع الى عمومات الحلّ أو تجعل مرجحة لأدلة الجواز. و قال الخوئي (قدّس سرّه): «لا يمكن الجمع بالكراهة لعدم امكان جمع لا و نعم فانّ ذلك الحمل فيما امكن جمع التعابير في جمله واحدة». و فيه منع عدم الامكان. كما أن ردّ الجواهر ادلة الرخصة بكونها قاصرة عن ادلة المنع سندا و عددا و عاملا و دلالة ممنوع جدا في جميع ذلك و من العجيب ذلك منه (قدّس سرّه) سيما في قصور دلالة ادلته المرخصة).

ان كان طارئا لا يوجب: (لعدم الدليل على فساد العقد الممضى شرعا).

أوجبها: على الأحوط و ان كان نشر الحرمة أوجه (لعدم الدليل الصحيح ما عدا الشهرة و ليس باجماع لمخالفة ابن ادريس و المحقق و العلامة في بعض كتبه، كما ان الاستدلال بأولوية الوطىء بالشبهة عن الزنا المحرم فيه منع الاولوية و منع ثبوت الحكم في الزنا و كالاستدلال باستقراء الحاق وطىء الشبهة بالنكاح الصحيح فاذا كان الوطىء الصحيح يوجب حرمة البنت فالوطىء شبهة ايضا كذلك، لمنع ذلك و صرف ثبوت العدة و المهر و لحوق الولد لا يثبت جميع الآثار. و كالاستدلال بمفهوم «الحرام لا يحرم الحلال» اي فالحلال يحرم الحلال و هذا حلال، لمنع ذلك المفهوم و على فرضه لا كلية له. و أما صحيح ١/ ٤ المصاهرة: «... انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية و هي له حلال فلا يدل على الحكم هنا اذ الوطىء حلال في الشبهة لا المرئة. بل الوطىء ايضا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۴

المسألة ٢٩: إذا زنى بمملوكة أبيه فان كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب و إن كان بعد وطئه لها لم تحرم و كذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه.

المسألة ٣٠: لا فرق في الحكم بين الزنى في القبل أو الدبر.

المسألة ٣١: إذا شكّ في تحقّق الزنا و عدمه بنى على العدم و إذا شكّ في كونه سابقا أو لا بنى على كونه لا حقا.

حرام لكنه معذور لا انه حلال. و لو كان ذلك الصحيح دليلا لم يكن فرق بين قبل الدخول و بعده.

ثم الظاهر عدم حرمة المزني بها بواسطة الاب على الابن و كذا العكس لعدم الدليل بل يدل قولهم عليهم السّلام: «الحرام لا يحرّم الحلال» على عدم نشر الحرمة، و أما ١ و ٢/ ٩ المصاهرة الدالتان على نشر الحرمة بذلك في الزنا قبل العقد فهما معارضان بصحيح ١/ ٤: «... انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية و هي له حلال ...» و المرجح أو المرجع عمومات الكتاب الدالة على الحل، و أما كريمة: **لا تنكحوا ما نكح آباءكم** فالظاهر من النكاح هو العقد أو مجمل فلا يدل. و الظاهر هو العقد كما في سائر موارد النكاح في الكتاب مثل آية ٣٢ النور و آية ٣ النساء و آية ٢٢١ البقرة و آية ١٠ الممتحنة و .... و كذا لو كان ذلك شبهة لا زنا لعدم الدليل كما مرّ في مثله).

المسألة ٢٩: حرمت: فيه منع (فان دليل المسألة و هو معتبر ٢/ ٤ المصاهرة:

«... لا ارى للاب ...» الخ معارض بصحيح ٤/ ٤ و الحصر المستفاد من صحيح زرارة ١/ ٤. و بعد التعارض يرجع الى عمومات الحل أو تكون هي المرجّحة. و يمكن حمل ٢/ ٤ على الكراهة خلافا لأكثر المحشين).

بمملوكة ابنه: لكن لا دليل عليه اصلا (لورود ما مرّ من الدليل عكس المسألة كما ان كريمة: **لا تنكحوا ما نكح آباءكم**. مرّ ان المراد العقد لا الوطىء).

المسألة ٣٠: لا فرق: (كما يثبت حد الزنا في الوطىء جدا ايضا مع ان الموضوع في غير واحد من الأدلة عنوان الفجور و الافضاء).

المسألة ٣١: لا حقا: اي عدم كونه سابقا (و دليل المسألة الاستصحاب في بعض الصور و أصالة الصحة في بعضها و التحقيق يحتاج الى تفصيل بين الحرة و الامة و معلوم التاريخ و مجهوله و لعل الاستصحاب يجري في جميع الصور بل الأوجه ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۵

المسألة ۳۲: إذا علم أنه زنى بأحد الامرأتين و لم يدر أيّتهما هي؟ وجب عليه الاحتياط إذا كان لكلّ منهما أمّ بنت و أما إذا لم يكن لإحداهما أمّ و لا بنت فالظاهر جواز نكاح الامّ أو البنت من الاخرى.

المسألة ۳۳: لا فرق في الزنا بين كونه اختياريّا أو إجباريّا أو اضطراريّا و لا بين كونه في حال النوم أو اليقظة و لا بين كون الزاني بالغا أو غير بالغ و كذا المزنيّ بها بل لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال بل لو زنى بالميتة فكذلك على إشكال أيضا و أشكل من ذلك لو أدخلت

المسألة ۳۲: وجب عليه الاحتياط: اذا كان كلاهما محل الابتلاء و لم يكن احدهما محرما قطعا من غير هذه الجهة.

ام: هذه ايضا كالبنت و قد مرّ حكمها و أن الأوجه الجواز (لتعارض ۷/۱ مع ۶/۷ و الجمع بالكراهة، و ان قلت: لا يمكن الجمع بين تعبيري: لا و نعم. قلنا لو صح ذلك فيرجع الى المرجح و هو الكتاب الدال على الجواز بعمومات الحل أو يتساقطان و تكون هي المرجع).

المسألة ۳۳: لا فرق: بل الظاهر عدم جريان الحكم في غير المختار و ان كان لا ينبغي ترك الاحتياط نعم لا يبعد جريان الاحكام المربوطة بغير الفاعل كالاب و الابن.

(فان ادلة رفع حكم الاضطرار و الاكراه تنفي الاحكام المذكورة، نعم تجري الاحكام بالنسبة الى غيره كالاب و الابن و ان كان فيه ايضا اشكال لأن موضوع تلك الاحكام ايضا زنا الفاعل و أدلة الرفع تنفي كونه زنا، إلاّ ان يقال: تنفي العقوبة فقط أو تنفي الآثار لا العنوان فانه زنا معذور، و الآثار المنفية انما هي آثار تخص المكره لا الكل و لو غيره و لا يبعد ذلك).

حال النوم: و الأظهر خلاف ذلك إلاّ اذا اتصف الفعل بالقصد كالنوم بعد التفكر الشديد في ذلك (لتقوّم مفهوم الزنا و الفجور بل و حتى الافضاء بالقصد و الاختيار. سيما مع التوجه الى ما يستفاد من الأدلة من كون ذلك عقوبة للفاعل).

أو غير بالغ: على الأحوط (و ان كان فيه ايضا اشكال اذ الموضوع في النصوص الرجل أو الشاب إلاّ في زنا الابن بجارية أبيه على ما مرّ، لكن مرّ عدم نشر الحرمة. لكن الفرق بينه و ما سبق تحقق القصد و الاختيار و قوة احتمال عدم الفرق بين البالغ و غيره مع تحقق الشهوة).

على اشكال: و الأظهر عدم نشر الحرمة، و كذا لو ادخلت ذكر الميت في فرجها

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۶

ذكر الميّت المتّصل و أمّا لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

المسألة ۳٤: إذا كان الزنا لا حقا فطلّقت الزوجة رجعيّا ثمّ رجع الزوج في أثناء العدّة لم يعدّ سابقا حتّى ينشر الحرمة لأنّ الرجوع إعادة الزوجيّة الأولى و أمّا إذا نكحها بعد الخروج عن العدّة أو طلّقت بائنا فنكحها بعقد جديد ففي صحّة النكاح و عدمها وجهان من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة لكونه لا حقا فلا أثر له بعد هذا أيضا و من أنّه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد و الأحوط النشر.

المسألة ۳۵: إذا زوّجه رجل امرأة فضولا فزنى بأمّها أو بنتها ثمّ أجاز العقد فان قلنا بالكشف الحقيقيّ كان الزنا لا حقا و

إن قلنا بالكشف الحكميّ أو النقل كان سابقا.

المسألة ٣٦: إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت على ابنه و كذا العكس على

(لعدم نسبة الفعل الى الرضيع مع ان الموضوع في الأدلة عمل الزاني، فلا بد من الانتساب اليه. و كذا ما بعده لعدم انتساب الفعل الى الميت لكن الزنا بالخالة الميتة ناشر للحرمة على الأظهر لصدق الخالة و العمة من على ميتهما عرفا سيما و حرمة الميت كالحيّ).

المسألة ٣٤: اعادة الزوجية الاولى: (فلا اشكال سواء قلنا ببقاء الزوجية السابقة أو قلنا بالاعادة لا، يقال: اعادة المعدوم محال فهي جديدة كما قال الخوئي (قدّس سرّه) على هذا المبنى لأن المقام مقام الاعتبار و لا اشكال في امكان اعتبار اعادة المعدوم في الاعتباريات).

و الأحوط النشر: بل لا يخلو عن وجه، خلافا لبعض المعاصرين، و من العجب استدلال بعضهم بأن ظاهر الأدلة اتصال الحرمة بالوطىء لا بعد سنين و بعد الطلاق!!

المسألة ٣٥: الحقيقي: لا يبعد المنع عليه (اذ الاجازة دخيلة في تمامية العقد و لو كشفا خلافا للأكثر).

كان سابقا: لما ذكر في الحقيقي (و إلاّ فالحكم بسبق الزنا لا يلائم الكشف و لو حكما اذ الكشف الحكمي يراد به كونه في حكم الكشف الحقيقي لكن مرّ المنع حتى في الحقيقي).

المسألة ٣٦: بشهوة: (كما تقدم للنصوص، و مرّ أن المعارض مربوط بلمس الاب مملوكة الاب لا مملوكة نفسه أو مطلق فيقيد بأدلة الباب الواردة في المقام اي لمس جارية نفسه. و الظاهر عدم الفرق بين كون نظره اليها حلالا أو حراما كصورة التزويج من غيره. لاطلاق الدليل كما صرح بالاطلاق تقريعا في قوله عليه السّلام:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۷

الأقوى فيهما بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتّفاقيّا بل و إن أوجب شهوة أيضا نعم لو لمسها لإثارة الشهوة كما إذا مسّ فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوة فالظاهر النشر.

المسألة ٣٧: لا تحرم امّ المملوكة الملموسة و المنظورة على اللامس و الناظر على الأقوى و إن كان الأحوط الاجتناب كما أنّ الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أمّها و إن كان الأقوى عدمه بل قد يقال إنّ اللمس و النظر يقومان مقام الوطي في كلّ مورد يكون الوطي ناشرا للحرمة فتحرم الأجنبيّة الملموسة أو المنظورة شبهة أو حراما على الأب و الابن و تحرم امّها و بنتها حرّة كانت أو أمة و هو و إن كان أحوط إلاّ أنّ الأقوى خلافه و على ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كلّ من الأب و الابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة.

المسألة ٣٨: في إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه و الكفّين إذا كان بشهوة نظر و الأقوى العدم و إن كان هو الأحوط.

«ما ترك شيئا» في مورد التقبيل بشهوة. و يقيد بذلك اطلاق ان الحرام لا يحرّم الحلال).

بغير شهوة: (لعدم الدليل، و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) فيما اذا نظر الى الفرج و لو للاختبار، و كأنه لصدق نظر الشهوة حينئذ، لكنه ممنوع).

المسألة ٣٧: على الاقوى: (لعدم الدليل و ضعف سند المروي عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «من كشف قناع امرئة

حرمت عليه امها و بنتها» المروي في الخلاف و غير ذلك، و عن كاشف اللثام الاستدلال برواية البيهقي عنه صلى الله عليه و آله و سلّم ص ۱۷۰ ج ۷: «لا ينظر اللّه الى رجل نظر الى فرج امرئة و بنتها» و المروي عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «من كشف ...» الخ، و لا سند للأخير و الاول ضعيف، نعم في صحيح ۱/ ۱۹ ما يحرم بالمصاهرة: «... اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها» و نظيره ۲/ ۱۹ لكنه في الزوجة و المقام في الامة).

الاقوى عدمه: (لتصريح صحيح ۳/ ۱۹ مصاهرة: ... ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس، و كما في صحيح ۳/ ۷۷ نكاح العبيد: «... يقبل الجارية ... قال لا بأس».

المسألة ۳۸: الاقوى العدم: في اللمس الايجاب اقوى (لصحيح ۱/ ۳ المصاهرة وفاقا لغير واحد. و أما صحيح ٤/ ۳ المصاهرة: «... اذا جرّد ... و وضع يده عليها ...» الخ، حيث ضم اليد بالتجريد فليس في خصوص المملوكة مع احتمال كون التجريد مقدمة لوضع اليد و غير متعرض لمورد غير التجريد كالنظر الى الوجه فقط).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۸

المسألة ۳۹: لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح دواما أو متعة سواء كانتا نسبيّتين أو رضاعيّتين أو **مختلفتين** و كذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطيهما و أمّا الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطي فلا مانع منه و هل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطي بأن لم يطأهما أو وطيء إحداهما و استمتع بالاخرى بما دون الوطي فيه نظر مقتضى بعض النصوص الجواز و هو الأقوى لكن الأحوط العدم.

المسألة ٤٠: لو تزوّج بإحدى الأختين و تملّك الاخرى لا يجوز له وطي المملوكة إلّا بعد طلاق المزوّجة و خروجها عن العدّة إن كانت رجعيّة فلو وطئها قبل ذلك فعل حراما لكن لا تحرم عليه الزوجة

المسألة ۳۹: مختلفتين: يريد به حصول الاختية من ارتضاع احديهما فقط و كانت الاخرى بنتا نسبيا لصاحب اللبن و ان كان الواقع كون منشأ الاختية حينئذ الرضاعة (فان الاختية نسبة من طرفين و لا وجه للتفكيك من هذه الجهة. و قد ضرب على هذه الكلمة في بعض النسخ).

فلا مانع منه: (لمقطوعية تملك الاماء و حصول الاولاد منهن ابنا و بنتا. مع ان الآية الكريمة المانعة ايضا ظاهرة في الجمع في الاستمتاعات الجنسية مع الزواج أو الملك لا مطلق الجمع).

الأحوط العدم: لا يترك (لظهور الآية في الاستمتاعات الجنسية فتأمل، و لحديث مسعدة ۸/ ۲۹ المصاهرة: «يحرم من الاماء عشرة ... و لا بين الاختين» و معلوم ان المراد ليس الجمع في ملك و لا التزويج لحصول الملك، و حيث نسبت الحرمة الى ذات الامة فلا يختص بالوطيء فقط. و أما سند الجواز فهو خبر عيسى ۱۱/ ۲۹ المصاهرة و هو ضعيف السند، و قد قوى الخوئي (قدّس سرّه) الحرمة لكنها قابلة للخدشة لمنع ظهور حديث مسعدة في حرمة الذات).

المسألة ٤٠: لا يجوز وطيء المملوكة: ان وطيء الزوجة قبلا بل مطلقا على الأحوط. (فان جوازه ينافي الكريمة الدالة على حرمة الجمع بين الاختين غير المقيدة بالتزويج أو الوطيء بالملك فتشمل المختلفتين ايضا و لا يمكن تحريم وطيء الزوجة مع حفظ الزوجية مع ان وطيها حصل قبلا، و لا يمكن ابطالها ايضا بلا طلاق و الموت أو الفسخ في محله، فرفع الجمع يكون بترك الوطي و لا وجه لحاشية القمي في عدم الجواز بأنه على الاحتياط الشديد لا الفتوى. ثم انه فيما وطيء

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۰۹

بذلك و لا يحدّ حدّ الزنا بوطي المملوكة بل يعزّر فيكون حرمة وطيها كحرمة وطي الحائض.

المسألة ٤١: لو وطيء إحدى الاختين بالملك ثمّ تزوّج الاخرى فالأظهر بطلان التزويج و قد يقال بصحّته و حرمة وطي الأولى إلاّ بعد طلاق الثانية.

المسألة ٤٢: لو تزوّج بإحدى الأختين ثمّ تزوّج بالاخرى بطل عقد الثانية سواء كان بعد وطي الاولى أو قبله و لا يحرم بذلك وطي الاولى و إن كان قد دخل بالثانية نعم لو دخل بها مع الجهل بأنّها اخت الأولى يكره له وطي الاولى قبل خروج الثانية عن العدّة بل قيل يحرم للنصّ الصحيح و هو الأحوط.

ـــــــــــــــــــــــــــ

الزوجة قبلا و إلاّ فوطيء احديهما حرام لا خصوص المملوكة. إلاّ أن يقال: بقاء الزوجية مع حرمة الوطيء غير ممكن شرعا و يؤيده ظاهر الكريمة على حسب تعبير الروايات فان الجمع بين الاختين يتحقق بالجمع بينهما في الزوجية لا في خصوص الوطيء فيعلم عدم الانفكاك).

بل يعزّر: (علله مقرر الخوئي (قدّس سرّه) بأنه من المعاصي الكبيرة، لكن السؤال باق عن وجه كونه كبيرة كما انه لا دليل ظاهرا على اختصاص التعزير بالكبيرة بل ظاهر قوله عليه السّلام: «ان اللّه قد جعل لكل شيء حدا و جعل على من تجاوز ذلك الحد حدا» التعميم أو الاطلاق، و أما الكريمة: **... نكفّر عنكم سيئاتكم**. فهو مربوط بمن ترك كل الكبائر لا ان الصغيرة مطلقا معفوة أو لا تعزير فيه، نعم الكريمة لا تختص بالمعاد خلافا لما اعتقده بعض الاعلام).

المسألة ٤١: بطلان التزويج: و ان كان الأحوط الطلاق (لظهور الكريمة حسب تطبيق الروايات، في كون التزويج بحكم الوطيء، و كذا للأصل لو شك في ذلك.

نعم لو كان التزويج قبل وطيء الاولى فالتزويج صحيح و يحرم وطيء المملوكة. فقول القائل صحيح في هذا الفرض).

و قد يقال: و هو صحيح لو كان التزويج قبل وطيء الاولى.

المسألة ٤٢: و هو الأحوط: بل هو الأوجه (للنص ٨/٦ و ٢٦/١ المصاهرة، و لا يعارضهما ٢٦/٢ لعدم التصريح بالزواج فيحمل على الملك و الوطيء به ثم العلم بذلك، و عدم ثبوت الاعراض لعمل الشيخ و جمع. ثم الظاهر ان الحكم كذلك اذا دخل بها مع العلم بكونها اختا للاولى و الجهل بحكم ذلك).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۰

المسألة ٤٣: لو تزوّج بالاختين و لم يعلم السابق و اللاّحق فان علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحّته دون المجهول و إن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما و كذا وطي إحداهما إلاّ بعد طلاقهما أو طلاق الزوجة الواقعيّة منهما ثمّ تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الاخرى عن العدّة إن كان دخل بها أو بهما و هل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى **فامساك بمعروف**

ـــــــــــــــــــــــــــ

المسألة ٤٣: حكم بصحته: بناء على عدم بيان الأصل في معلوم التأريخ كما لا يبعد ذلك و مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط (خلافا للخوئي (قدّس سرّه) لعدم جريان الأصل بحسب الانتزاعيات مع معلومية الوقائع، و الكلام في محله،

قال الخوئي (قدّس سرّه) يجري الأصل لأن كون تأريخ الوقوع معلوما لا يستلزم معلومية كل الخصوصيات و منها السبق و اللحوق مع شيء آخر، و فيه عدم فهم الانتزاعيات الذهنية من الدليل في الاستصحاب).

دفعا لضرر الصبر: و لإمكان العمل بواجبه من الوطىء مرة في الاربعة اشهر و حق الاضطجاع لو قيل به.

لا يبعد ذلك: الآية و ما شابهها تدل بالغاء الخصوصيّة على عدم جواز تعطيل امرها و لزوم الامساك بمعروف أو التسريح باحسان، لكن لا تدل على طريق تحصيل ذلك من انه بالطلاق أو بالقرعة و الظاهر عدم وجوب الطلاق و ان كان الأحوط ذلك، فانه يخاف تفويت زوجته الواقعيّة عليه و لعله لم يتمكن من تزويجها ثانيا بعد ذلك كما يتفق كثيرا و لا دليل على جواز اضراره بذلك، و الأمر حينئذ من مصاديق المشكل و هو موضوع القرعة (و أما قول بعضهم بامكان الاحتياط فلا اشكال ففيه سؤال دليل لزوم الاحتياط عليه مع احتمال انه تفويت الزوجة عليه. كما ان قول الخوئي (قدّس سرّه) بعدم ارتباط الآية بالمقام و ورودها في مقام آخر اي بعد التطليقتين، فيه ان المراد يحصل بالغاء الخصوصية. و قال الخوئي: اذا كان الانفاق حاصلا فلا دليل على لزوم رعايتها حينئذ في سائر الامور اي الامور الجنسية الغريزية لمعتبرة الحلبي ٤/ ٢٣ اقسام الطلاق و كذا ٥/ ٢٣. و فيه كونه خلاف المرتكز الفطري للعقلاء فهل المرئة لا شيء لها إلاّ النفقات؟ و أصل الحياة المعيشي انما هو في العواطف الانسانية مع امكان دعوى مخالفة الحديث للآية، و على فرض التعبد الخاص فهو في مورده اي المفقود. وفاقا للاستاذ في الرجوع الى القرعة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۱

أو تسريح بإحسان و ربّما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه و عدم إجباره و أنّه يعيّن بالقرعة و قد يقال إنّ الحاكم يفسخ نكاحهما ثمّ مقتضى العلم الاجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الانفاق عليهما ما لم يطلّق و مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما و إن كان بعد الدخول فتمامه لكن ذكر بعضهم أنّه لا يجب عليه إلاّ نصف المهر لهما فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول و تمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول و المسألة محلّ إشكال كنظائرها من العلم الاجمالي في الماليّات.

يفسخ: اي الطلاق، و أما الفسخ فهو في موارد خاصة.

ما لم يطلّق: و لم يقرع.

ذكر بعضهم نصف المهر: و هو الصحيح في صورة عدم الدخول، و أما مع الدخول فالمهر بتمامه ثابت اي المسمى و لو دخل بهما فعليه المسمى و مهر المثل و يتعين المستحق بالقرعة لو لم يقرع في اول الامر (لثبوت المهر بتمامه مع الوطىء و لو بشبهة.

نعم مع عدم الدخول لا اشكال في نصف المهر لهما فانه الواجب عليه للزوجة الواقعية و هي واحدة).

الربع: بل النصف للزوجة الواقعية و يقرع بينهما لو لم يقرع اولا في تعيين الزوجة. ثم لو فرض التقسيم فلا بد ان يكون بالنسبة، بحسب مهرهما المسمى.

(يمكن بدوا ان يقال: القرعة محرز فيتقدم على قاعدة العدل و الانصاف كما مرّ نظيره فان البناء على عدم العمل بتلك القاعدة إلاّ في موارد منصوصة فتأمل و لذلك لم يعمل بها الاصحاب في غير المنصوصات معمولا مثل ميراث الغرقى و المهدوم عليهم، إلاّ ان يقال: ذلك بالدليل كما لم يعملوا بالقرعة فيها ايضا. و كيف كان فاستفادة العموم لتلك القاعدة

مشكلة و ان افتى بها العلامة في نفس المسألة.

و أما الاستدلال بالعقل لعدم المرجح و العلم بمستحق اجمالا فالقرعة مرجّحة، قال الحكيم: المرجح كما يمكن بالتقسيم فكذا بالموافقة الاحتمالية اي تسليمه الى احدهما. لكن يمكن ان يقال: التقسيم اولى مرجحا بنظر العقلاء لعدم منع ذي الحق كلا هذا، و لكن لا يبعد ان يقال: التعبد في موارد خاصة بالعدل و الانصاف بعيد لعدم كونها ميدان التعبد لكن موردها المسائل المالية المحضة بخلاف المقام مما يكون تابعا للزواج فيجري في الماليات المحضة و لو في غير موارد النصّ و حينئذ فلا مشكلة فلا موضوع للعدل و الانصاف لكن اذا لم يرض الطرفان أو احدهما و أصرّا بحيث ينجر الأمر

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۲

المسألة ٤٤: لو اقترن عقد الأختين بأن تزوّجهما بصيغة واحدة أو عقد على إحداهما و وكيله على الاخرى في زمان واحد بطلا معا و ربّما يقال بكونه مخيّرا في اختيار أيّهما شاء لرواية محمولة على التخيير بعقد جديد و لو تزوّجهما و شكّ في السبق و الاقتران حكم ببطلانهما أيضا.

المسألة ٤٥: لو كان عنده اختان مملوكتان فوطي إحداهما حرمت عليه الاخرى حتّى تموت الاولى

الى السجن و سوط الحكومة فالقرعة حلاّل المشكل فتأمل. و هذا اظهر كما مرّ في هذه التعاليق لظهور عدم التعبد و للجمع بين تلك الادلة و أدلة القرعة و لظهور بناء العقلاء على الحل اولا بالعدل و الانصاف اي الموافقة و المخالفة الاحتماليتين ثم لو لم يمكن فبالقطعتين).

المسألة ٤٤: بطلا معا: بل الظاهر تخييره في انتخاب ايهما شاء بلا عقد جديد فيما عقد عليهما بنفسه و أما الصورة الثانية فالأظهر صحة عقد نفسه و بطلان الوكالة (لصحيح جميل ١/ ٢٥ المصاهرة: «... يمسك ايتهما شاء و يخلى سبيل الآخر»، و هو صحيح على رواية الصدوق و لا يدل نقل الكليني بسند مرسل أو ضعيف على ضعف سند الصدوق اذ الصدوق ينقل عن ابراهيم بن هاشم و عن غيره و سند الكليني منحصر بطريق ابراهيم بن هاشم. و احتمال ارادة العقد الجديد من الحديث مردود بظهور «يمسك» في الامساك بلا عقد سيما مع لحاظ ذيل الحديث في التزويج بالخمس فقال: «يخلي سبيل ايتهنّ شاء» و لا يثبت اعراض الاصحاب عنه بل عمل به جمع، و أما الصورة الثانية فالظاهر ابطال الوكالة لانصراف دليلها عن شمول ما لا يمضى شرعا).

و شك في السبق: بأن احتمل الاقتران و سبق كل واحد على الآخر مع الجهل بتاريخهما و أما مع العلم بتاريخ احدهما فالمعلوم تاريخه صحيح و الآخر باطل كما انه لو علم عدم سبق احدهما و شك في الآخر فالمعلوم عدم سبقه باطل و الآخر صحيح.

و لو قلنا بالتخيير في المتقارنين كما مرّ فالظاهر القرعة لتعيّن السبق و الاقتران.

المسألة ٤٥: حرمت عليه الاخرى: (فانه مقتضى اطلاق الكريمة بناء على ما مر و للنصوص مثل ١ و ٦/ ٢٩ المصاهرة فيلزم الاخراج عن الملك في جواز وطيء الاخرى، و لا يبعد ان يكون ظاهر ٢/ ٢٩ ايضا ذلك بناء على رجوع الاشارة (هذه) الى الاخرى اي الثانية فلا يدل على كفاية صرف الاعتزال و لا اقل من الاجمال).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۳

أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما و لو بأن يهبها من ولده و الظاهر كفاية التمليك الّذي له فيه الخيار و إن كان الأحوط اعتبار لزومه و لا يكفي على الأقوى ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكيّة كالتزويج للغير و الرهن و الكتابة و نذر عدم المقاربة و نحوها و لو وطئها من غير إخراج للاولى لم يكن زناء فلا يحدّ و يلحق به الولد نعم يعزّر.

المسألة ٤٦: إذا وطىء الثانية بعد وطي الأولى حرمتا عليه مع علمه بالموضوع و الحكم و حينئذ فان أخرج الأولى عن ملكه حلّت الثانية مطلقا و إن كان ذلك بقصد الرجوع إليها و إن أخرج الثانية عن ملكه يشترط في حلّية الاولى أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى و إلاّ لم تحلّ و أمّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعا أو حكما فلا يبعد بقاء الأولى على حلّيتها و الثانية على حرمتها و إن كان الأحوط عدم حلّية الأولى إلاّ بإخراج الثانية و لو كان بقصد الرجوع إلى الأولى و أحوط من ذلك كونها كصورة العلم.

فيه الخيار: (خلافا للبروجردي و البهبهاني (قدّس سرّهما) حيث تأمّلا نظرا الى امكان الرجوع و لكنه في قبال النص. و ايضا امكان الرجوع نظير امكان الشراء).

و الرهن: لا يبعد جواز وطىء الراهن فليس من مصاديق المانع.

لم يكن زنا: فيه اشكال و ان كان الأوجه ذلك (نظرا الى ان طيها حرام فيكون نظير وطىء ام المملوكة، لكن الأوجه ذلك فان الام ممنوع وطيها بالذات بخلاف الاخت فانه للجمع لا الذات).

يغرر: (و لو لم يكن كبيرة لما مرّ من عموم التغرير).

المسألة ٤٦: حرمتا: (لاطلاق حرمة الجمع الصادقة عند وطئهما مع صحيح ٥ و ٧/ ٢٩: «... ان وطىء الاخيرة و هو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه جميعا»).

مطلقا: (لظهور صحيح عبد اللّه بن سنان ١/ ٢٩ المصاهرة. و كذا ٢/ ٢٩ على احتمال).

يشترط: (لصحيح ابي بصير ٧/ ٢٩ و صحيح ابن مسلم ٩/ ٢٩ و ...).

فلا يبعد: (كما هو ظاهر صحيح الحلبي ٥/ ٢٩ و أما معتبر عبد الغفار ٦/ ٢٩ الذي استند اليه في الجواهر لعدم حلية الاولى إلاّ باخراج الثانية فالظاهر ان الجمل المذكور فيه مربوط بوجود المحلل أي الاخراج عن الملك لا بأصل الحكم فالحديث مطلق فيقيد بمثل صحيح الحلبي و مطلقات رفع الحكم بالجهالة مثل ١/ ٣٠ خلل الصلاة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۴

المسألة ٤٧: لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح و الوطي إذا كانتا مملوكتين.

المسألة ٤٨: إذا تزوّج بإحدى الاختين ثمّ طلّقها طلاقا رجعيّا لا يجوز له نكاح الاخرى إلاّ بعد خروج الاولى عن العدّة و أمّا إذا كان بائنا بأن كان قبل الدخول أو ثالثا أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب أو بالخلع أو المباراة جاز له نكاح الاخرى و الظاهر عدم صحّة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أختها كما سيأتي في باب الخلع إن شاء اللّه نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع و انقضت المدّة لا يجوز له على الأحوط نكاح أختها في عدّتها و إن كانت

بائنة للنصّ الصحيح و الظاهر أنّه كذلك إذا وهب مدّتها و إن كان مورد النصّ انقضاء المدّة.

المسألة ٤٩: إذا زنى بإحدي الأختين جاز له نكاح الاخرى في مدّة استبراء الأولى و كذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح اختها في عدّتها لأنّها بائنة نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العدّة خصوصا في

المسألة ٤٧: فالأحوط: بل الأقوى (لعدم دليل على نفي الاختية عنهما لعدم نفي النسب عن الزنا بل المذكور في الادلة نفي الارث فقط، و اما قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» فهو ناظر الى مورد الشك و التنازع بين صاحب الفراش و الزاني، و أما اذا علم كونه ولد الزاني فهو ولده عرفا و لا دليل على نفيه شرعا في غير الارث. و لذلك يثبت سائر الاحكام كحرمة وطي بنته المولودة من زناه).

المسألة ٤٨: عن العدة: (لإطلاق صحيح ٢/ ٢٨ المصاهرة و خصوص ١/ ٢٨).

نكاح الاخرى: (لصراحة صحيحي ١ و ٢/ ٤٨ ابواب العدد).

عدم صحة: (فان البذل عوض الطلاق فالرجوع في البذل معناه حق رجوع الزوج فيصير بحكم الرجعة و قد حكم بعدم الجواز فيما للزوج رجعة كما صرح به في ١/ ٤٨ العدد. و لا يبعد كون ظهور الادلة التلازم بينهما و اثبات حق الرجعة شرعا وفاقا للاكثر).

على الأحوط: لا ينبغي تركه و ان كان الأوجه الجواز، و كذا في هبة مدتها (فان معتبر يونس ١/ ٢٧ المصاهرة خلاف تعليل ١ و ٢/ ٤٨ العدد، مع اعراض المشهور، و يحتمل الحمل على الكراهة و ان كان خلاف ظهور جملة: لا يحلّ، جدّا).

المسألة ٤٩: الأحوط: لا بأس بتركه، نعم لا يترك الاحتياط بترك وطيء الزوجة ما لم ينقض عدة الموطوئة بشبهة أو تدليس من جانبها (لصحيح ١/ ٩ ابواب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۵

صورة كون الشبهة من طرفه و الزنا من طرفها من جهة الخبر الوارد في تدليس الاخت الّتي نامت في فراش اختها بعد لبسها لباسها.

المسألة ٥٠: الأقوى جواز الجمع بين فاطميّتين على كراهة و ذهب جماعة من الأخباريّة إلى الحرمة و البطلان بالنسبة إلى الثانية و منهم من قال بالحرمة دون البطلان فالأحوط الترك و لو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الأولى و تجديد العقد على الثانية بعد خروج الأولى عن العدّة و إن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان لأنّها تكليفيّة فلا تدلّ على الفساد ثمّ الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطميّا أو لا كما أنّ الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطميّة من طرف الأبوين أو الأب فلا تجري في المنتسب إليها صلوات اللّه عليها من طرف الأمّ خصوصا إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات و كيف كان فالأقوى عدم الحرمة و إن كان النصّ الوارد في المنع صحيحا على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حمّاد قال: سمعت أبا عبد اللّه عليه السّلام يقول: لا يحلّ لأحد أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة عليها السّلام إنّ ذلك يبلغها فيشقّ عليها قلت: يبلغها؟ قال عليه السّلام أي و اللّه» و ذلك لإعراض المشهور عنه مع أنّ تعليله ظاهر في الكراهة إذ لا نسلّم أنّ مطلق كون ذلك شاقّا عليها إيذاء لها حتّى يدخل في قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من آذاها فقد آذاني.

العيوب و صحيح ١/ ٢٦ المصاهرة لكنهما في الوطىء كما ذكرنا لا التزويج الذي هو مورد البحث. لكن لا نرى عاملا بهما بين الأصحاب).

خصوصا: صحيح بريد مورده ذلك، لكن صحيح زراره الوارد في المتزوج امرأة بالعراق ثم بالشام فاذا هي اخت العراقية ليس مورده ذلك بل اعم أو غيره، و قد مرّ حكم المسألة.

المسألة ٥٠: فالأحوط طلاق: لعل الطلاق اشق عليها فلا يكون احتياطا.

على الفساد: (بل لو كان فاسدا لم يشق عليها لعدم تحقق التزويج حينئذ).

من طرف الام: محل تأمل، اذ موضوع الدليل من ولد فاطمة عليها السّلام لا الفاطمي.

ظاهر في الكراهة: لكن ذلك لا يردع ظهور لا يحل عن الحرمة، نعم ظاهر القوم الاعراض و هو يوجب و هن الحديث. مع شيوع العمل ظاهرا من قديم اذا التفت الى عموم ولد فاطمة عليها السّلام للمنتسب من طريق الام ايضا. (و استشكل الخوئي في صحة السند بأن في طريق الصدوق شيخه ما جيلويه و لم يرد فيه توثيق، و صرف كونه مشيخة لا يدل على الوثاقة كما ان الضبيّ الناصبي الذي كان يقول: اللهم صلّ على محمد فردا ايضا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۶

المسألة ٥١: الأحوط ترك تزويج الأمة دواما مع عدم الشرطين من عدم التمكّن من المهر للحرّة و خوف العنت بمعنى المشقّة أو الوقوع في الزنابل الأحوط تركه متعة أيضا و إن كان القول بالجواز فيها غير بعيد و أمّا مع الشرطين فلا إشكال في الجواز لقوله تعالى «**و من لم يستطع**» إلى آخر الآية و مع ذلك الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا كما لا إشكال في جواز وطيها بالملك بل و كذا بالتحليل و لا فرق بين القنّ و غيره نعم الظاهر جوازه في المبعّضة لعدم صدق الأمة عليها و إن لم يصدق الحرّة أيضا.

المسألة ٥٢: لو تزوّجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها و لو حصلا بعد التزويج جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط.

شيخه في الحديث، و فيه: ان النصب غير الوثاقة، فلعله ايضا لم يكن كاذبا في النقل. و ايضا لو بنى على العمل بالقرائن العقلائية فصرف كون الرجل شيخ مثل الصدوق (قدّس سرّه). و كذا سائر العلماء- يدل على علم الشيخ و على عدم كذبه في النقل و إلاّ لم يمكن الاعتماد بدرسه و منقولاته).

المسألة ٥١: الأحوط: بل الأظهر (لظهور النهي في روايات بابي ٤٤ و ٤٥).

أو الوقوع في الزنا: العنت المشقة، و يكفي في الجواز خوفها، و أما خوف الوقوع في الزنا فذكره من باب بيان مرتبة شديدة من مراتب خوف المشقة، كما ان عدم التمكن من مهر الحرة ايضا مصداق غير منحصر لعدم استطاعة الطول فان في عدم القدرة على نكاح الحرة و لو من جهة مكانته ضعة في المجتمع.

(لا اشكال في ان العنت في اللغة: المشقة، و يشهد له ذيل الكريمة: **و ان تصبروا خير لكم** فان الصبر انما هو في المشقة).

غير بعيد: بل الظاهر عدم الفرق (فان كلا منهما نكاح و تزويج و يشملهما الكريمة و الروايات مثل: صحيح ١/ ٤٤ المصاهرة و ٢ و ٣/ ٤٥ المصاهرة).

الصبر أفضل: أي تحمل المشقة الحاصلة من ترك تزويج الحرّة لا ان ترك التزويج مستحب.
بالتحليل: (كان من باب ملك اليمين أو له عنوان مستقل على القولين فيه، فانه لو استطاعه لم يكن في عنت).
في المبعّضة: محل اشكال بل منع (نظرا الى بعضها المملوكة).
المسألة ٥٢: فالاحوط الطلاق: و ان كان الأظهر عدم الحاجة اليه كالحاجة الى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۷

المسألة ٥٣: لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا أو زال أحدهما لم يبطل و لا يجب الطلاق.
المسألة ٥٤: لو لم يجد الطول أو خاف العنت و لكن أمكنه الوطي بالتحليل أو بملك اليمين يشكل جواز التزويج.
المسألة ٥٥: إذا تمكّن من تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها لمرض أو رتق أو قرن أو صغر أو نحو ذلك فكما لم يتمكّن و كذا لو كانت عنده واحدة من هذه أو كانت زوجته الحرّة غائبة.
المسألة ٥٦: إذا لم تكفه في صورة تحقّق الشرطين أمة واحدة يجوز الاثنتين أما الأزيد فلا يجوز كما سيأتي.
المسألة ٥٧: إذا كان قادرا على مهر الحرّة لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضررا عليه فكصورة عدم القدرة لقاعدة نفي الضرر نظير سائر المقامات كمسألة وجوب الحجّ إذا كان مستطيعا و لكن يتوقّف تحصيل الزاد و الراحلة على بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل

تجديد النكاح في الفرع بعده (لظهور الدليل في الفساد فلا حاجة الى الطلاق و يحتاج الى النكاح الجديد اذا حصل الشرطان بعد التزويج).
المسألة ٥٣: لم يبطل: (لدليل نفوذ العقد الجامع للشرائط فلا يبطل و لا يرتفع إلاّ بدليل و لا يحتاج الى الاستصحاب ايضا لاقتضاء نفس دليل العقد ذلك. و يشير اليه روايات جواز نكاح الحرة على الامة و روايات القسمة اي قسمة للأمة و قسمتان للحرة. و خصوص صحيح ٢/٨ ابواب القسم و النشوز، فانّها جميعه في زوال الشرط).
المسألة ٥٤: يشكل: بل الاقوى عدم الجواز.
المسألة ٥٥: فكما لم يتمكن: إلاّ اذا أمكنه دفع الشهوة بمثل التفخيذ و نحوه ان ارتفع عنته بذلك. (لصدق عدم الاستطاعة اذ المراد عدم استطاعة دفع الشهوة).
المسألة ٥٧: لقاعدة نفي الضرر: و ان كان الأحوط رعاية كونه حرجا عليه بحيث يصدق الاضطرار الى نكاح الامة (لكن ليس بلازم لامكان جريان نفي الضرر في دليل حرمة نكاح الامة إلاّ مع الاضطرار فان الحرمة حكم الزامي ترتفع بقاعدة الضرر و لا زيد جريانها في وجوب نكاح الحرة حتى يقال يرتفع الوجوب و لكن لا يثبت جواز نكاح الامة كما قال الگلپايگاني و بعض آخر، و يظهر من الخوئي في الشرح ايضا، إلاّ ان يقال: قاعدة نفي الضرر غير ناظرة الى الاحكام الاولية اصلا بل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۸

فإنّ الظاهر سقوط الوجوب و إن كان قادرا على ذلك و الأحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة ممّا يضرّ بحاله لا مطلقا.
(٧- فصل)

الأقوى جواز نكاح الأمة على الحرّة مع إذنها و الأحوط اعتبار الشرطين من عدم الطول و خوف العنت و أما مع عدم إذنها فلا يجوز و إن قلنا في المسألة المتقدّمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين بل هو

حكم مستقل مولوي حكومي مربوط بمعاملات الناس بعضهم مع بعض فمعناه في المقام حرمة اضرار الحرة بالرجل و لا ربط لها بحكم الحرمة أو الوجوب في المقام.

كما يعتقده الاستاذ (قدّس سرّه) و لذا تأمل هنا في الحاشية، لكن يمكن ان يقال: هل يمكن ان يقال: لا يضرّ احد أحدا و لكن انا اضرّ- اي الشارع-؟ فاذا لا يضرّ الناس بعضهم ببعض فالشارع لا يضرّ فالحكم الضرري يرتفع. و ان شئت قلت: ارتفاع اضرار الحرة هنا بالرجل اذا لم يجبرها الحكومة على القيمة العادلة لا يمكن رفعه إلاّ برفع تحريم الشارع.

و لا يرد اشكال الحكيم (قدّس سرّه) ايضا بأن تلك القاعدة يرفع لا انه يثبت الحكم، اذ اثبات الحكم يكفيه الادلة الاولية و احتاط جمع منهم الشيرازي و الاستاذ).

فان الظاهر سقوط الوجوب: و ان افتى هو نفسه بخلاف ذلك في المسألة الثامنة من مسائل استطاعة الحج. (و كان نظره هناك الى ان طبع الحج ضرري و مرّ انه ضرر زائد على الطبع).

فصل ۷

مع اذنها: (كما يدل على الجواز حينئذ ۱/ ۱٦ المتعة، و أما ۱/ ٤٦ المصاهرة.

و مثله مما يدل على عدم الجواز مطلقا فتقيد بما ذكر من دليل الجواز كما انها معارضة بأدلة الجواز مع خشية العنت و النسبة عموم من وجه لعموم دليل المنع من صورة الاضطرار و عموم ادلة الجواز مع خوف العنت لما اذا كان عنده الحرة ام لا و في مورد التعارض يرجع الى عمومات الحل. و حينئذ فيحتاج لاعتبار اذن الحرة الى صحيح ۱/ ١٦ المتعة).

و الأحوط: بل الاقوى (لتعدد جهات المسألة فان اصل تزويج الامة مشروط بالشرطين و خصوص كونها على حرّة مشروط باذنها).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۱۹

باطل نعم لو أجازت بعد العقد صحّ على الأقوى بشرط تحقّق الشرطين على الأحوط و لا فرق في المنع بين كون العقدين داميّين أو انقطاعيّين أو مختلفين بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطي الحرّة و عدمه لمرض أو قرن أو رتق إلاّ مع عدم الشرطين نعم لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّة قابلة للإذن لصغر أو جنون خصوصا إذا كان عقدها انقطاعيّا و لكن الأحوط مع ذلك المنع و أما العكس و هو نكاح الحرّة على الأمة فهو جائز و لازم إذا كانت الحرّة عالمة بالحال و أما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع

باطل: (لصحيح ۱/ ٤٦ المصاهرة و الاستفادة من شرطية ۱/ ١٦ المتعة).

صح على الاقوى: (لاستفادة الصحة مثل صحيح زرارة ۱/ ٢٤ نكاح العبيد:

«... لم يعص اللّه و انما عصى سيده فاذا اجاز فهو له جائز» فيستفاد صحة العقد في كل مورد يكون الاشكال من جهة حق الناس اذا اجاز و لو لم يكن احد طرفي العقد.

بل يمكن ان يقال: ان القاعدة ايضا تقتضي الصحة فان ادلة الفضولي تثبت اعتبار كل عقد مجاز من ذي الحق فيه و لو غير الركن و لا يختص ذلك بالركن. و أما حكم الشيخ و من تبعه من المتأخرين و حتى من المحشين كالقمي بتخيير الحرة بين فسخ عقد الأمة و عقدها مستدلا بموثق سماعة ٣/ ٤٧ المصاهرة فالحق ان الحديث مربوط بما يأتي من تزويج الحرة على الأمة مع عدم علم الحرّة بالحال لنقل الكليني ذلك و هو اضبط من الشيخ (قدّس سرّه) و الظاهر ان الحديث واحد).

إلّا مع عدم الشرطين: الظاهر ان الاستثناء مربوط بالصحة مع الاذن اي يصح مع الاذن إلّا ان لا يتحقق الشرطان (و استشكل الخوئي و الگلپايگاني (قدّس سرّهما) في اداة الاستثناء، و قال النجفي (قدّس سرّه): لم يوجد في النسخة المصححة).

نعم لا يبعد: فيه اشكال، و الأحوط اعتبار الاذن و المصلحة من الولي (وفاقا للبروجردي و الگلپايگاني و آقا ضياء و ... (قدّس سرّهم) لعدم تسلم انصراف صحيح ١/ ١٦ المتعة عن مورد غير قابل للاذن، بل يمكن ان يقال: اعتبار الاذن ظاهر في استحقاق الحرّة مطلقا غاية الأمر ان الاسقاط يتحقق من الولي ان كان بمصلحة المولى عليها).

خصوصا: لا خصوصية له اصلا.

عالمة بالحال: (لصحيح يحيى الازرق ١/ ٤٧ المصاهرة و كذا موثق ٣/ ٤٧ المصاهرة بناء على نسخة الكليني كما مرّ، و يظهر منه ان الذّهاب الى اهلها طلاق لا فسخ).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۰

الأمة و فسخها و رجوعها إلى أهلها و الأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبدا لم يفعل محرّما.

المسألة ١: لو نكح الحرّة و الأمة في عقد واحد مع علم الحرّة صحّ و مع جهلها صحّ بالنسبة إليها و بطل بالنسبة إلى الأمة إلّا مع إجازتها و كذا الحال لو تزوّجهما بعقدين في زمان واحد على الأقوى.

المسألة ٢: لا إشكال في جواز نكاح المبعّضة على المبعّضة و أما على الحرّة ففيه إشكال و إن كان لا يبعد جوازه لأنّ الممنوع نكاح الأمة على الحرّة و لا يصدق الأمة على المبعّضة و إن كان لا يصدق أنّها حرّة أيضا.

المسألة ٣: إذا تزوّج الأمة على الحرّة فماتت الحرّة أو طلّقها أو وهب مدّتها في المتعة أو انقضت لم يثمر في الصحّة بل لا بد من العقد على الأمة جديدا إذا أراد.

المسألة ٤: إذا كان تحته حرّة فطلّقها طلاقا بائنا يجوز له نكاح الأمة في عدّتها و أما إذا كان الطلاق رجعيًا ففيه إشكال و إن كان لا يبعد الجواز لإنصراف الأخبار عن هذه الصورة.

عدم وجوب اعلامها: (لعدم الدليل، لعدم لزوم اعلام كل ما هو واقع، غاية الأمر الخيار اذا انكشف الواقع المجهول. و استدل الخوئي (قدّس سرّه) ايضا بسكوت الامام عليه السّلام في الروايتين مع كونه في مقام بيان الوظيفة، و فيه انه عليه السّلام ليس بصدد بيان كل الوظيفة بل في خصوص خيارها).

المسألة ١: بطل: (لصحيح ابي عبيدة ١/ ٤٨ المصاهرة).

مع اجازتها: (لليقين بتقيد الصحيح المذكور بصورة عدم الاذن فانه اذا جاز ادخالها عليها برضاها فالاقتران اولى أو بلا

فرق أي يفهم الجواز عرفا. و ايضا اطلاق الصحيح المذكور مخالف للآية الدالة على الجواز مع خوف العنت و نصوص الجواز عند الضرورة، و النسبة عموم من وجه و في مورد التعارض- لو فرض- يرجع الى عموم الحل، و لو قيل بتقدم الآية فهو. و اعتبار رضى الحرة حينئذ للعلم بوجود حق لها. و بناء على ما ذكرنا فلا وجه لاشكال الگلپايگاني (قدّس سرّه) و بعض آخر).

المسألة ٢: اشكال: بل منع (لجهة مملوكيتها و لا نسلم عدم شمول دليل المنع لها).

المسألة ٣: لم يثمر: (فانه حين الاعتصام بالحرة يلزم اذن الحرة و بعد انقطاعها لم يكن عقد).

المسألة ٤: لانصراف الاخبار: (و كون الرجعية زوجة أو بحكمها انما هو من جهة حق الزوج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۱

المسألة ٥: إذا زوّجه فضوليّ حرّة فتزوّج أمة ثمّ أجاز عقد الفضوليّ فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمة على الحرّة فلا مانع منه و على الكشف مشكل.

المسألة ٦: إذا عقد على حرّة و عقد وكيله له على أمة و شكّ في السابق منهما لا يبعد صحّتهما و إن لم تجز الحرّة و الأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرّة.

المسألة ٧: لو شرط في عقد الحرّة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صحّ و لكن إذا لم تأذن لم يصحّ بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمة.

(٨- فصل في نكاح العبيد و الاماء)

المسألة ١: أمر تزويج العبد و الأمة بيد السيّد فيجوز له تزويجهما و لو من غير رضاهما أو إجبارهما

المسألة ٥: مشكل: حتى على الكشف الحكمي لكونه بحكم الكشف (فلا وجه ظاهرا لتفصيل الخوئي (قدّس سرّه) بين الكشفين).

المسألة ٦: لا يبعد صحتهما: ان لا تفسخ الحرة كما لا ترضى بعقد الامة أو اذنت عقد الأمة و تفسخ عقد نفسها بخلاف ما اذا فسخت عقد نفسها و لم تأذن عقد الامة ايضا للعلم الاجمالي فلا بد من طلاق الزوجة الواقعية أو الرجوع الى القرعة لتشخيص الزوجة الواقعية. (لاستصحاب عدم التزوج بالحرة الى حين تزويج الأمة فلا يشمله نصوص المنع عن ادخال الأمة على الحرة في الاول و استصحاب عدم تزويج الأمة الى حين تزويج الحرّة في الثاني أو للعلم الاجمالي في الثالث ببطلان احد العقدين اذ لو كان عقد الأمة متأخرا كان باطلا لعدم اذن الحرة و لو كان متقدما كان عقد الحرة باطلا لفسخها عقد نفسها).

المسألة ٧: بخلاف ما اذا: (لما مرّ مرارا من الفرق بين شرط النتيجة و الفعل في هذه الجهة).

فصل ٨- نكاح العبيد و الاماء

المسألة ١: أو اجبارهما: لا يستفاد من ادلة الباب اكثر من عدم استقلال العبد في التزويج و أما جواز الاجبار على التزويج فيشكل استفادته و ان كان الأوجه ذلك (فان التزويج امر لا بد فيه من الميل و لا يناسب الاجبار مع ان الاجبار في ذلك مما يستنكره العقلاء و يعدّه نوع ايذاء و عقوبة و تنكيلا و من البعيد ذلك من الشرع الرحيم.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۲

على ذلك و لا يجوز لهما العقد على نفسهما من غير إذنه كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك حتّى لو كان لهما أب حرّ بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراما إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر و لو لا مع إجازة المولى، نعم لو كان ذلك بتوقّع الاجازة منه فالظاهر عدم حرمته لأنه ليس تصرّفا في مال الغير عرفا كبيع الفضوليّ مال غيره و أمّا عقدهما على نفسهما من غير إذن المولى و من غيرهما بتوقّع الاجازة فقد يقال بحرمته لسلب قدرتهما و إن لم يكونا مسلوبي العبارة لكنّه مشكل لإنصراف سلب القدرة عن مثل ذلك و كذا لو باشر أحدهما العقد للغير باذنه أو فضولة فانه ليس بحرام على الأقوى و إن قيل بكونه حراما.

المسألة ۲: لو تزوّج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته فان أجاز صحّ و كذا الأمة على الأقوى

لكن ظاهر روايات الباب ٤٥ نكاح العبيد و الاماء ذلك حيث يجوز للسيد طلاق زوجة العبد و لو بلا رضا العبد، و لا يبعد ظهور روايات الباب ٤٣ في ناحية تزويجه ايضا ذلك.

و أما الآيات التي تمسّك بها القوم فلا تدل على ذلك فان كون العبد لا يقدر على شيء ينفي الاستقلال و لا يجوز الاجبار و خطاب الانكاح للأولياء لا يدل على جواز الاجبار).

اب حرّ: مع صغرها و إلّا فيكونان حرّين.

حراما: في حرمة صرف العقد اشكال بل منع (لعدم كون ذلك تصرفا في حق المولى لعدم نفوذه بلا رضاه و ليس اتيان المقدمة بقصد التوصل الى الحرام حراما اذا لم تكن مقدمة موصلة).

و من غيرهما: في العبارة تشويش، و لعل المراد عقدهما على غيرهما، و كيف كان فايقاع العقد للغير وكالة جائز و لا دليل على كون العبد مسلوب العبارة لكن المنفعة الحاصلة من ذلك تكون للمولى، و كذا العقد عليهما جائز و يتوقف نفوذه على اذن المولى. نعم اذا نهى المولى عن شيء و لو ايقاع العقد يكون حراما.

المسألة ۲: و كذا الأمة على الأقوى: (لكون الموضوع في بعض الادلة المملوك لا العبد، كما في صحيح ١/ ٢٤ نكاح العبيد و كذا ٢/ ٢٤ فانه و ان كان الموضوع العبد لكن التعليل بأنه ليس بعاص للّه تعالى و انما عصى سيده يعم الأمة ايضا. و في صحيح ١ و ٣/ ٢٦ نكاح العبيد ايضا الحكم على عنوان المملوك و ان كان المورد شخصا و أما عدم ذكر الأمة في كلام الامام عليه السّلام فهو ليس مشعرا بالاختصاص بالعبد كما توهم في الحدائق لأنه في مقام جواب السؤال).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۳

و الاجازة كاشفة و لا فرق في صحّته بها بين أن يكون بتوقّعها أو لا، بل على الوجه المحرّم، و لا يضرّه النهي لأنه متعلّق بأمر خارج متّحد و الظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الاجازة فلا تنفع الاجازة بعد الردّ و هل

و الاجازة كاشفة: أي الحكمي بمعنى الحكم يتحقق الزواج لا ترتيب الآثار فقط و لا الحقيقي و لا الانقلابي كما لا تكون ناقلة. (وفاقا للأكثر فان النقل انما هو فيما لسببية العقد شرط آخر غير العقد كالقبض في العرف و الهبة و الوقف و السلم، و أما الاجازة فهي تتعلق بنفس العقد و تجعله مؤثرة بتمام مفاده و هو من الاول و يظهر الكشف من ١/ ٨٨

نكاح العبيد و ١/ ١١ ميراث الازواج بوضوح. مع انه لو بنى على النقل اشكل الامر في مثل الاجارة و نكاح المتعة مما هو متقيد بزمان معين فاذا وقعت الاجازة بعد ايام و كانت ناقلة لم ينطبق المعقود مع المجاز كما ان الكشف الحقيقي معناه ترتب الحكم على نفس العقد لا الرضا و الاجازة مع ان ظاهر الادلة ترتب الأثر على الرضا و الاجازة، و هي مؤثرة لا تعقب العقد بها، و أما الكشف الانقلابي اي انقلاب الواقع عما هو عليه واقعا و ثبوت الحكم واقعا من الاول فهو غير معقول.

و لا وجه لاشكال انه كيف يكون الشيء الواحد ملكا لشخصين في زمان واحد فانه على الكشف يكون كذلك بحسب قبل الاجازة و بعدها، اذ البحث في الاعتباريات و لا اشكال بحسب تعدد زمان الاعتبار. كما لا وجه لاشكال: ان ذلك في الاحكام الشرعية المجعولة على نحو القضايا الحقيقية غير ممكن لاستلزام اعتبار الشارع اعتبارين مختلفين بحسب قبل الاجازة و بعدها من اول قانون الشرع، اذ ذلك في مرحلة انشاء الحكم و أما الفعلية فيختلف بحسب تحقق الاجازة و عدمه. ثم الظاهر من الادلة كشف تحقق المسبب حكما لا ترتيب الآثار فقط كما يظهر من الشيخ (قدّس سرّه). و على ما ذكرنا فاذا أجاز المولى يحكم بكون الوطىء الواقع قبلا حلالا واقعا، و حراما تجريا فقط فلا يكون زنا كما يحكم في البيع بكون النماءات للمشتري).

بأمر خارج متحد: بل لكون النهي التكليفي من المولى لا يوجب البطلان (و أما كون التعلق بأمر خارج متحد اي عنوان المقدمية ففيه اشكال لكون المقدمية حيثية تعليلية لو قلنا بوجوب المقدمة أو حرمتها شرعا، نعم لو قلنا بذلك عقلا كانت الحيثية تقييدية كما قال النائيني (قدّس سرّه) في التعليقات نظرية و عملية).

فلا تنفع: الظاهر انه مقتضى القاعدة بلا فرق بين موارد يلزم الانتساب الى المجيز

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۴

يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالردّ بعد العقد أو لا وجهان أقواهما الثاني.

المسألة ٣: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعيّن في عين يكون في ذمّة المولى و يجوز أن يجعله في ذمّة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه و هل له ذلك قهرا عليه

بعنوان طرف العقد كالبيع الفضولي أو كان اعتبار اجازته لكونه ذا حق في مورد المعاملة، لكن صحيح محمد بن قيس الوارد في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، قبول الاجازة بعد الرّد و هو المعتمد بل الأمر عند العقلاء ايضا كذلك، و لو كان مقتضى القاعدة الاولية ما ذكرنا (فان الردّ يجعل العقد مسلوب الصلاحية لانضمام الرضا اليه فكأن العقد ينحل و يفك بالردّ، نعم يمكن تجديد العقد و لو معاطاة بلا فرق بين كون المجيز طرف العقد أو ذا حق فقط لكن صحيح محمد بن قيس ١/ ٨٨ نكاح العبيد صريح في نفوذ الاجازة بعد الردّ و لا يمكن حمله على تجديد العقد معاطاة و إلاّ لكان الولد مولودا من الزنا أو وطىء الشبهة. مع تصريح الامام عليه السّلام بأنه ابنه و الظاهر انه واقعا لا مشاكلة مثلا، لكنه جعله مقتضى القاعدة و فيه ما قلنا. ثم الظاهر ان بناء العقلاء عملا على امكان لحوق الاجازة بالعقد بعد الرّد ايضا و لو ان مقتضى القاعدة الاولية ما ذكرنا).

الثاني: (لعدم ايجاب النهي السابق ردا وضعيا مع انه مقتضى الصحيح المزبور ايضا).

المسألة ٣: في ذمة المولى: (من باب ان الالتزام بشيء التزام بلوازمه فان مباشرة المولى مع علمه بخصوصيات العبد في

الشريعة يقتضي ذلك و لا يسمع منه عدم علمه بالاحكام فان احكام العبد بعضها قطعي معلوم عند الكل و كذا الاجبار لما يذكر في الفرع بعده من عدم امكان جعل شيء قهرا على العبد. و ما ذكر آقا ضياء (قدّس سرّه) من عدم تسلم الكلية المزبورة– الالتزام ...– و احتمال ارادة التزويج فقط لا تقبل مهره فيه انه لا يسمع ذلك اثباتا في مورد المولى و العبد فان طرف العقد يتكل على المولى فقط).

بعد العتق مع رضاه: (و لا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) في منع تسلط المولى على ذمة العبد بعد العتق و لو مع رضاه، اذ الاشكال لو كان من ناحية الحرمة المستقبلة فقبول الذمة كان مع رضاه فهو من سلطنة العبد نفسه على ذمته بعد الحرية و لو كان من جهة الرقية الفعلية فهو مربوط بالمولى أو العبد و كلاهما راضيان).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۵

فيه إشكال كما إذا استدان على أن يكون الدين في ذمّة العبد من غير رضاه و أمّا لو أذن له في التزويج فان عيّن كون المهر في ذمّة العبد أو في عين معيّن تعيّن و إن أطلق ففي كونه في ذمّته أو في ذمّة العبد مع ضمانه له و تعهّده أداءه عنه أو كونه في كسب العبد وجوه أقواها الأوّل لأنّ الاذن في الشيء إذن في لوازمه، و كون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء و كونه كلا على مولاه من لوازم الاذن في التزويج عرفا، و كذا الكلام في النفقة و يدلّ عليه أيضا في المهر رواية عليّ ابن أبي حمزة و في النفقة موثّقة عمّار الساباطي، و لو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز ففي كونه كالاذن السابق في كون المهر على المولى أو بتعهّده أو لا وجهان، و يمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمّته فلا دخل له بالمولى، و إن أجاز العقد،

فيه اشكال: بل منع (فان الادلة لا تجوّز اكثر من سلطة المولى على عين العبد و منافعه و أما على ذمّته فلا، قال الخوئي (قدّس سرّه): و لو امكن ذلك فيمكن ان يصير المولى من اثرى الأثرياء لامكان شراء كل شيء و جعل ثمنه في ذمة العبد، و فيه: ان ذلك في فرض اعتبار الذمة و لا ريب في محدودية اعتبار الذمة حتى في الاحرار عند العقلاء).

تعين: لكن جعله في ذمة العبد عبارة اخرى عن تعهد المولى ادائه من مال معين من امواله اذا كان ذلك حال الرقية و لا بد حينئذ من اعتبار ذلك عقلائيا بأن يرى في العرف امكان تأدية المولى من هذا المال الخاص له.

الاول: (لما ذكر الماتن و منع آقا ضياء (قدّس سرّه) الكلية المزبورة ممنوع و لا اقل في المقام بلحاظ العيلولة).

كلاّ على مولاه: (كأنه يشير الى الآية الكريمة لكنها في الأبكم لا العبد. لكن المدعى صحيح بمقتضى العيلولة لا عنوان الكلّ لامكان ارتزاق المولى من كسب العبد ثم لا وجه لسائر الوجوه اذ اذن المولى في التزويج ان كان بمعنى الالتزام بلوازمه قضاء للعيلولة الثابت مقتضاها عند العقلاء حتى في غير العبد فهو و إلاّ فمعنى الاذن حينئذ ليس إلاّ رفع المانع، و لا وجه لضمان المولى أو تعهد ادائه من مال معين).

علي بن ابي حمزة: لكن اعتبار السند مبني على ما يقال من ان رواية الاصحاب عنه مربوط بحال استقامته و لا دليل على كونه كذوبا في مطلق اقاويله حتى غير المربوطة بمذهبه، و لا يبعد ذلك.

و يمكن الفرق: (و هو الظاهر اذ الاجازة تتعلق بالعقد و هو على اعتبار المهر في

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۶

أو في مال معيّن من المولى أو في ذمّته فيكون كما عيّن أو أطلق فيكون على المولى، ثمّ إنّ المولى إذا أذن فتارة يعيّن مقدار المهر و تارة يعمّم و تارة يطلق، فعلى الأوّلين لا إشكال و على الأخير ينصرف إلى المتعارف و إذا تعدّى وقف على إجازته و قيل يكون الزائد في ذمّته يتبع به بعد العتق، و كذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة فإنّه إن لم يعيّن ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف و الضعة فإن تعدّى وقف على إجازته.

المسألة ٤: مهر الأمة المزوّجة للمولى سواء كان هو المباشر أو هي بإذنه أو بإجازته و نفقتها على الزوج إلاّ إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها أو اشترط كونها عليه و للمولى استخدامها بما لا ينافي حقّ الزوج و المشهور أنّ للمولى أن يستخدمها نهارا و يخلي بينها و بين الزوج ليلا و لا بأس به بل يستفاد من بعض الأخبار و لو اشترطا غير ذلك فهما على شرطهما و لو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من

ذمة العبد و أما ما قلنا من ان ذمة العبد للمولى فلا يقدح اذ المراد في الحقيقة تعيين مال خاص. لكن ذلك في التعيين و أما صورة الاطلاق فلا دليل على كونه على المولى، لعدم جريان ما ذكر في الاذن في صورة المباشرة. و ظاهر عقد العبد كون المهر على ذمته إلاّ اذا صرح بكونه على المولى فيقف على الاجازة).

على المولى: فيه منع اذ الاطلاق مع عدم مباشرة المولى ظاهر في تعلق المهر بذمة العبد إلاّ مع التصريح أو القرينة القائمة على كونه عبدا غير مالك لشيء، و ان المراد جعل المهر على ذمة المولى.

و قيل: لكنه ضعف فانه امر واحد عرفا.

المسألة ٤: منعها مولاه: أي فلم تمكّن الزوج (و أما صرف المنع من المولى فلا يدفع وجوب النفقة و هو واضح كما انه اذا سقطت النفقة عن الزوج للنشوز أو لم ينفق عصيانا وجب على المولى الانفاق عليها).

اشترط كونها: أي اشترط الانفاق، و أما النفقة نفسها فاشتراط كونها على المولى خلاف حكم الشرع فانها على الزوج كما في آية ٢٣٣ البقرة.

بعض الاخبار: و هو حديث الجعفريات ١/ ٥٨ نكاح العبيد و الاماء من المستدرك لكن سند الكتاب محل تأمل على ما مرّ مع ان تقسيم الليل و النهار لا ينطبق على القاعدة إلاّ اذا كان تعبد ثابت فالحق تقديم حق الزوج عند التعارض من باب كون الاذن في الشيء اذنا في لوازمه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۷

دون إذن السيّد قد يقال ليس له بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها فانه يجوز له من دون إذن الزوج و الأقوى العكس لأنّ السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيّة و الرجال قوّامون على النساء و أمّا العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته إلاّ ما كان واجبا عليه من الوطي في كلّ أربعة أشهر و من حقّ القسم.

المسألة ٥: إذا أذن المولى للأمة في التزويج و جعل المهر لها صحّ على الأقوى من ملكيّة العبد و الأمة و إن كان للمولى أن يتملّك ما ملكاه بل الأقوى كونه مالكا لهما و لمالهما ملكيّة طوليّة.

المسألة ٦: لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر توقّف صحّة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم و لو كانا مبعّضين توقّف على إذنهما و إذن المالك و ليس له إجبارهما حينئذ.

المسألة ٧: إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح و تستحقّ المهر إن كان ذلك بعد الدخول و أما إن كان

العكس: اذا اراد الزوج الاستمتاع بها في السفر و هذا وظيفتها اذا تنازعا ان امكنها الانتخاب. (لظاهر الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح، لكن لا يمكن دفع مقتضى التزويج).

قوّامون: (يريد التمسك باطلاق الآية عند التعارض لكنه ممنوع لعدم اطلاق لها بالنسبة الى الدليل الآخر فان كلا من دليلي حق الزوج و المولى يتوجهان الى العنوان الاولي).

المسألة ٥: ملكية طولية: إلاّ فيما اعطاه المولى عوضا عما كان بينهما من ايذاء السيد مثلا فلا يجوز للسيد سلبه منه (لإمكان ذلك عقلا و لكونه مقتضى الجمع بين الادلة اي ادلة مالكية المولى للعبد و لماله، و أدلة نفي الزكاة في مال العبد، و أدلة نفي الارث عن العبد و ان ماله لمولاه، فانه ظاهر في اعتبار المال له و ادلة عدم جواز تصرف العبد في ماله بلا اذن السيد، مثل صحيح ١/ ٢٣ نكاح العبيد: «... من ماله إلاّ باذن مولاه» و صحيح ١/ ٧٨ الوصايا: «... فانه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصية إلاّ ان يشاء سيده» و صحيح ٣/ ٩ بيع الحيوان، فانه صريح في ملكية العبد كما انه صريح في عدم جواز اخذ المولى ماله اذا كان دفعه اليه معاوضة عما كان بينهما من ايذاء السيد له و نحو ذلك. و قال آقا ضياء (قدّس سرّه): بضعها ملك لمولاها فالمهر للمولى، و فيه: ان المفروض جعل المولى المهر لها).

المسألة ٧: بطل النكاح: (لعدم سلطنة العبد على مولاه و صرح بذلك ١ و ٢ و ٣ و ٤/ ٤٩ نكاح العبيد، و أما ثبوت المهر كلا بعد الدخول فلاستقراره بالدخول بعد صحة العقد بلا ريب).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۸

قبله ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنيّة على أنه بطلان أو انفساخ ثمّ هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا و على السقوط كلا إذا اشترته بالمهر الّذي كان لها في ذمّة السيّد بطل الشراء للزوم خلوّ البيع عن العوض نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول لإستقرار المهر حينئذ و عن العلامة في القواعد البطلان إذا اشترته بالمهر الّذي في ذمّة العبد و إن كان بعد الدخول لأنّ تملّكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر فيخلو البيع عن العوض و هو مبنيّ على عدم صحّة ملكيّة المولى في ذمّة العبد

بطلان أو انفساخ: اي زوال العقد بطرو المانع من حين تحقق المانع كما في الطلاق أو فرضه كأن لم يقع من الاول كما في موارد الفسخ و الانفساخ إلاّ في فسخ المرئة لظهور عنن الرجل ففيه نصف المهر للنّص، و الظاهر انه بطلان و لا يجري عليه حكم الطلاق قبل الدخول. و المهر ثابت بتمامه لعدم دليل على السقوط. (وفاقا للخوئي و آقا ضياء و خلافا للجواهر (قدّس سرّهم) و أدلة السقوط انما هو في الطلاق و لا يشمل المورد كما انه يسقط النصف في الموت ايضا كالطلاق للنص. كما لا دليل على السقوط اذا كان سبب البطلان الزوجة و ان كان الزوج فهو ثابت و ان كانا معا فالنصف نظرا الى انتساب التفويت، لكن البضع ليس مالا في التزويج و لذا لا يثبت في قتل زوجة شخص، عوض الزوجية علاوة من الدية، نعم لو كان فسخا سقط المهر بتمامه لكن لا دليل على الفسخ لعروض المانع بعدا).

بطل الشراء: فانه مما يلزم من صحته بطلانه و جعل الصحة لمثله لغو (و أما الاستدلال بما في المتن فيمكن قدحه بأنه ما لم يتم الشراء زمانا لم يحصل انفساخ النكاح ففي زمان الشراء الامة مالكة لمهر النكاح الذي جعلتها ثمن البيع

فليس التقدم في الرتبة فقط حتى يستشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأن الاحكام و الموضوعات بمنزلة العلل و المعاليل في التكوينيات و تقدمها رتبي لا زماني ففي الزمان يكونان معين فلا عوض حين الشراء. و أما ما مثل به من مثال الحدث قبل السلام نسيانا عن السلام، حيث صحح الصلاة بقاعدة رفع النسيان و دفع اشكال ان الخروج عن الصلاة معلول الحدث و العلة تتقدم على المعلول فالحدث واقع في الصلاة، بأن التقدم العلي غير الزماني فان العلة و المعلول معان زمانا فلم يقع الحدث في الصلاة لتقارن الحدث و الخروج عن الصلاة، ثم قال: ذلك يجري في المقام و في كل الاحكام و الموضوعات الشرعية ...، ففيه: ان الخروج عن الصلاة ليس معلول الحدث ايضا في المثال بل لا

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۲۹

و يمكن منع عدم الصحّة مع أنه لا يجتمع ملكيّتها له و لما في ذمّته بل ينتقل ما في ذمّته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

المسألة ۸: الولد بين المملوكين رقّ سواء كان عن تزويج مأذون فيه أو عن شبهة مع العقد أو مجرّدة أو عن زنا منهما أو من أحدهما بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما أو عند أحدهما و أما إذا كان أحد الأبوين حرّا فالولد حرّ إذا كان عن عقد صحيح أو شبهة مع العقد أو مجردة حتّى فيما لو دلست

يحتاج الى المخرج عند نسيان السلام فالحدث وقع بعد الصلاة لا مع الخروج قضاء لحديث الرفع، إلّا ان يقال: بعدم جريان الحديث في تحليل الصلاة كتحريمها، و البحث قد مرّ في محله، و لا بد ان ينظر في الموارد المختلفة).

و يمكن منع عدم الصحة: بل الاقوى الصحة (كما في ضمان العبد اموال المولى المتلفة بيده).

المسألة ۸: بين المملوكين رقّ: (كما يظهر من ۱/ ٤٢ نكاح العبيد و من موارد السؤال و الجواب في حرمة المولود اذا كان احدهما حرا. بل هو مقتضى كون الولد نماء الملك بل السيرة القطعية عليه و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) في سند ۱/ ٤٢ و الظاهر انه لمكان المكفوف، لكن اصل الحكم قطعي).

أو عن زنا: (كل ذلك لكونه نماء للمملوكين).

اذا كان عن عقد صحيح: (لكن اذا كان الاب هو الحرّ خالف ابن الجنيد نظرا الى اعتقاده كون الولد تبع الام إلّا اذا اشترط حريته و لصحيح الحلبي ۱۳/ ۳۰ نكاح العبيد، لكنه و مثله معارض بمثل صحيح جميل ۳/ ۳۰ نكاح العبيد، و الظاهر ان الحكم بحسب اصل النكاح لا الاشتراط، فيحمل مثل صحيح الحلبي على التقية أو يسقطان بالتعارض فيرجع الى اطلاقات الاحكام الدالة على ثبوت الاحكام بلا اعتبار اذن المولى و نحوه أو تجعل هذه مرجحة فيثبت نتيجة الحرية. و بعد ذلك كله الأصل هو الحرية عقلائيا و شرعيا من جهة اعتبار اذن المولى).

أو شبهة: (كما يظهر من النصوص المعتبرة الدالة على الحرية في تزويج المدعية للحرية فانكشف الخلاف بعد الاستيلاد و اشتراء الامة و استيلادها ثم كشف الغصب، و أما رواية العلاء ۲/ ۱۰ التدبير و ۱/ ۲۸ نكاح العبيد (و هما واحد) الدالة على الرقية اذا كان الشبهة من المرئة و التدليس من الرجل فسندها غير نقي.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۰

الأمة نفسها بدعواها الحريّة فتزوّجها حرّ على الأقوى و إن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمة الولد إلى مولاها و أما إذا

كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحرّ بفساد العقد أو عن زنا من الحرّ منهما فالولد رقّ ثمّ إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له و إن كان كلّ منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّة إلاّ إذا اشترطا

ـــــــــــــــــــــــــ

و معارض بصحيح ١١/٣ ابواب العيوب و التدليس و المرجع لو فرض التساقط عمومات ما دل على التبعية للاشرف).

دفع قيمة الولد: سيأتي في المسألة الثانية عشرة.

فالولد رق: إلاّ في زنا الام الحرّة فالولد حرّ. (لخبر علي بن حديد ١/ ٦١ نكاح العبيد في غصب الجارية و استيلادها، لكنه مرسل. و للمعتبرات ٣ و ٢ و ٦/ ٦٧ نكاح العبيد، و ١/ ٦ ابواب الغصب بناء على اطلاقها للمورد و اخراج مورد الشبهة كما مضى، لكن الظاهر من ٢/ ٦٧ الشبهة لا الاطلاق، و كذا ٦/ ٦٧ فان الظن فيه بمعنى الاطمينان العقلائي لا صرف الظن حتى يقول الخوئي (قدّس سرّه) الظن لا يغني من الحق فهو زنا سيما و ليس الخبر في مقام بيان حصول الاطمينان فلعله بعد التحقيق على ما هو اللازم شرعا. كما ان الظاهر من ٣/ ٦٧ ايضا الشبهة، و فيها امر آخر و هو الزام الزوج باحضار البينة على تزويجها على انها حرة مع كفاية قول الشخص في ادعاء الحرية. و أما روايات «الولد للفراش و للعاهر الحجر» فهو في المشكوك و حالة الشك في الانتساب و لا دليل على نفي الانتساب في معلوم الانتساب و لو في الزنا، و الأدلة النافية انما هي في الارث فقط، لكن الروايات المزبورة انما هي في زنا الرجل الحرّ، و أما زنا الام الحرّة فالأصل يقتضي حرية الولد للتبعية للام و روايات التبعية للاشرف و ما في مثل خبر جميل: «لا يسترق من كان أحد ابويه حرا» و بعد الغض عن ذلك فالاطلاقات المثبتة لنتيجة الحرية من ادلة التكاليف. ثم اصالة الحرية كما مرّ).

بالسوية: فيه اشكال بل الأظهر كونه لمالك الام إلاّ اذا اشترط سهم لمالك الاب ايضا (فان الولد نتاج الام في جميع الحيوانات و ان كان الانتساب في بعضها الى الاب فيما كان للانتساب قيمة و أما الانتساب الى الاب في الانسان فلعله لمسألة اخلاقية اجتماعية و هي انه لو كان الى الام شاع الزنا مع انه لا يرتبط بمسألة المال.

و يدل على ذلك انه لو زنى العبد بالامة فالولد لمالك الامة، و الظاهر الاتفاق على ذلك كما ادعى الخوئي (قدّس سرّه) مع عدم دليل من نصّ صريح عليه، لكن و يشهد لذلك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۱

التفاوت أو الاختصاص بأحدهما هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الاذن من واحد منهما و أما إذا كان بالاذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك و لكن المشهور أنّ الولد حينئذ لمن لم يأذن و يمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الاذن بحيث يستفاد منه إسقاط حقّ نمائية الولد حيث إنّ مقتضى الاطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّة و إلاّ فلا وجه له و كذا لو كان الوطي شبهة منهما سواء كان مع العقد أو شبهة مجرّدة فانّ الولد مشترك و أما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أنّ الولد لمالك الأمة سواء كان من طرفها شبهة أو زناء.

المسألة ٩: إذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حرّ لا يصح اشتراط رقيّته على الأقوى في ضمن عقد التزويج فضلا عن عقد خارج لازم و لا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج و أما إن كان في ضمن

ـــــــــــــــــــــــــ

بعض الاخبار ايضا مثل الحكم بالرقية لمالك الامة اذا فجر الحرّ بها، و الحكم بدفع قيمة الولد الى مولى الامة اذا دلّست

و ادعت الحرية فتزوجها حرّ فاستولدها فالولد حر، لكن يجب على الحر دفع قيمة الولد كما في ۵/ ۶۷. و الحكم بأن حمل المدبرة اذا كان بعد التدبير فهو تابع لها في التدبير كما في ۱ و ۵/ ۵ التدبير، و أما اذا اشترط فالظاهر الصحة اذا اريد جعل سهم لمالك الاب لا نفي الام لعدم استفادة الاقتضاء العلّي من هذه الجهة من الروايات خلافا للخوئي (قدّس سرّه) فاستشكل بأنه خلاف الشرع فلا يصح).

مع عدم الاذن: فيكونان زانيين، و حينئذ فينافي ما سيذكر من لحاق المولود بالامة اذا كان العبد زانيا و هو الصحيح. فلعله اراد مورد الشبهة. و بذلك يرد الاشكال في الفرع بعد ذلك و هو ما كان باذن من احدهما فقط.

لمن لم يأذن: و الوطىء حينئذ زنا بعد الاعتبار و لو لم يكن باعتبار الطرف الآخر و سيصرح بعدم الخلاف في كون الولد لمالك الامة اذا كان الزنا من طرف العبد، كما هو كذلك اذا كان عن شبهة منهما فانه كالعقد الصحيح يكون الولد للام.

المسألة ۹: على الاقوى: (لاستفادة الاقتضاء العلّي من ادلة التبعية لأشرف الوالدين بخلاف الاشتراط فيما كان كلا الوالدين رقّا كما مر في المسألة ۸.

و لا فرق بين الاشتراط في عقد التزويج أو العقد الخارج. و استظهر الصحة البروجردي (قدّس سرّه) اذا كان في عقد التزويج و الشيرازي (قدّس سرّه) مطلقا، و تأمل القمي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۲

عقد التزويج فمبنيّ على فساد العقد بفساد الشرط و عدمه و الأقوى عدمه و يحتمل الفساد و إن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلا بفساده لأنّ في سائر العقود يمكن جبر تخلّف شرطه بالخيار بخلاف المقام حيث إنه لا يجري خيار الاشتراط في النكاح، نعم مع العلم بالفساد لا فرق إذ لا خيار في سائر العقود أيضا.

و بعض آخر، لكن الظاهر من الأدلة ما ذكرنا و لذلك لا يشمله عموم دليل الشرط.

و أما حديث ۱۰/ ۳۰ نكاح العبيد فهو مخدوش سندا و دلالة اذ هي ظاهرة في الرقية و لو بدون الاشتراط بل من جهة رقية الام فهو من ادلة ابن الجنيد فيما كان الاب حرا و الام رقا).

و الاقوى عدمه: (للنصوص مثل صحيح محمد بن قيس ۱/ ۱۳ المهور و ۲/ ۱۳ مقدمات الطلاق و يظهر من صحيح الحلبي ۲/ ۱۸ مقدمات الطلاق ايضا كما ان القاعدة ايضا لا تقتضي الفساد اذ في شرط النتيجة تعليق الالتزام بالعقد على امر خارجي لا تعليق اصل العقد فالالتزام حينئذ مقيد و يوجب الخيار، لكن ظاهر ما ذكر من النصوص عدم الخيار ايضا و ما قاله الماتن من جبر تخلف شرط الفاسد في سائر العقود بالخيار بخلاف النكاح، فيه ان النصوص ظاهرة في عدم العبرة بالشرط الفاسد بل صريحة كما مرّ، نعم لا خيار في النكاح نظرا الى ان النكاح المحدود وقتا ليس في غير المنقطع إلاّ فيما دل الدليل كموارد الفسخ الشرعي، إلاّ ان يقال: هذا فيما انشأ مقيدا و مورد الخيار لا يرتبط بتقيد الانشاء كما في موارد الفسخ، و فيه: ان الفسخ الشرعي ورد على العقد بعدا و أما الخيار فهو ملاحظ في نفس العقد فكأنه لوحظ حق حلّ العقد و ان الزوجية الى حين ارادة الطرف الفسخ، إلاّ ان يقال: ذلك حاصل فيما علم الطرف بالعيب الموجب لحق الفسخ ايضا، و كيف كان فالاجماع حاصل على عدم الخيار في النكاح، و يمكن التعليل بما ذكر و اخراج موارد الفسخ بالتعبد و انه في موارد قلائل لمصلحة أهم، و استدل الخوئي بما ذكرنا من عدم امكان

تقيد انشاء النكاح.
هذا كله مع ان جعل الخيار في عقد النكاح يوجب مشاكل اجتماعية مهمة سيما في ناحية الاولاد و هذا و ان كان يجري في الطلاق ايضا لكنه ليس بتوسعة ذلك مع انه ايضا ابغض الاشياء).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۳

المسألة ۱۰: إذا تزوّج حرّ أمة من غير إذن مولاها حرم عليه وطيها و إن كان بتوقّع الاجازة و حينئذ فان أجاز المولى كشف عن صحّته على الأقوى من كون الاجازة كاشفة و عليه المهر و الولد حرّ و لا يحدّ حدّ الزنا و إن كان عالما بالتحريم بل يعزّر و إن كان عالما بلحوق الاجازة فالظاهر عدم الحرمة و عدم التعزير أيضا و إن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج و يحدّ حينئذ حدّ الزنا إذا كان عالما بالحكم و لم يكن مشتبها من جهة اخرى و عليه المهر بالدخول و إن كانت الأمة أيضا عالمة على الأقوى و في كونه المسمّى أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيّبا وجوه بل أقوال أقواها الأخير و يكون الولد لمولى الأمة و أما إذا كان جاهلا بالحكم أو مشتبها من جهة اخرى فلا يحدّ و يكون الولد

ـــــــــــــ

المسألة ۱۰: فالظاهر عدم الحرمة: هذا على الكشف الحقيقي، و أما على الكشف الحكمي و قد مرّ انه الأظهر فلا اذ بالاجازة يحكم بالكشف و قبلها لا حكم بالكشف حقيقة فيغرر و ان كان لا يحدّ اذا لحقت الاجازة قبل الحدّ، نعم اذا ادعى اعتقاده الكشف الحقيقي فلا يغرر ايضا.

عالمة على الاقوى: تقدم منه في المسألة الخامسة عشرة من فصل عدم جواز التزويج في عقد الغير خلاف ذلك، و هو الأظهر للنصوص الدالة على عدم المهر لبغيّ و ان كانت الامة.

اقويها الأخير: (لصحيح ۵/ ۳۹ احكام الزنا في البكر، و يظهر من ۱/ ۵ احكام العيوب حكم الثّيبة و يظهر ذلك من ۱/ ۳۵ نكاح العبيد، قال الخوئي انه في مورد خاص لكن يستفاد من العموم أو عموم الملاك. بل و من ۱/ ۶۷ نكاح العبيد ايضا و ان كان مورده التدليس في العقد الصحيح).

لمولى الامة: (كما مرّ في المسألة ۱۸ هذا الفصل ان الاب اذا كان زانيا فالولد ملحق بالأمة و ان كان الزاني حرا).

الولد حرا: (كما مرّ و لأصالة عدم المملوكية و تنقيح المناط من اخبار التزويج على كونها حرة شبهة، و حكم الاصحاب قطعا بأن ولد الشبهة كالعقد).

عالمة على الاقوى: لكنه خلاف ما اختاره في المسألة الخامسة عشرة من فصل عدم جواز التزويج في عدة الغير و هو الحق.

اقويها الأخير: (اذ المسمى فرع صحة العقد، كما ان النصوص الدالة على الأخير تنفي المسمى و المثل ايضا مثل ۵/ ۳۹ احكام الزنا و ۱/ ۵ احكام العيوب. بل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۴

حرّا نعم ذكر بعضهم أنّ عليه قيمته يوم سقط حيّا و لكن لا دليل عليه في المقام و دعوى أنه تفويت لمنفعة الأمة كما ترى إذ التفويت إنّما جاء من قبل حكم الشارع بالحريّة و على فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولّد بل مقتضى القاعدة

قيمة يوم الانعقاد لأنه انعقد حرّا فيكون التفويت في ذلك الوقت.
المسألة ١١: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يردّه أيضا حتّى مات فهل يصحّ إجازة وارثه له أم لا وجهان أقواهما العدم لأنها على فرضها كاشفة و لا يمكن الكشف هنا لأنّ المفروض أنها كانت للمورث و هو نظير من باع شيئا ثمّ ملك.

و كذا من ١/ ٦٧ نكاح العبيد و الاماء و بالغاء الخصوصية و ان كان واردا في مورد العقد الصحيح، و كذا من صحيح ١/ ٣٥ بالغاء الخصوصية و ان كان واردا في مورد التحليل).
لا دليل عليه: يمكن استفادته من مثل موثق سماعة بل هو الظاهر لعدم خصوصية للتدليس المذكور فيه فالعمل عليه (٥/ ٦٧ احكام العبيد، فالملاك هو جهل الزوج موضوعا أو حكما ففي كليهما حكم القيمة ثابت).
يوم الانعقاد: بل يوم الولادة فانه الذي يظهر فيه المال و يتحقق التفويت اذا ظهر حرا، و المراد من يوم يصير اليه في الحديث اي موثق سماعة ذلك اليوم اي يوم يصير الولد الى ابيه و هو الولادة، و اما احتمال كون المراد يوم التسلم فهو غير معمول به (و ما قاله الماتن من ان التفويت جاء من قبل حكم الشارع، فيه ان الحكم على موضوعه الشرعي و المفوّت هو الزوج الجاهل و إلاّ فيجري ذلك في الجاعل الخل خمرا ايضا، ثم المالية يوم الانعقاد ايضا بلحاظ حال التولد و إلاّ فالنطفة بنفسها لا قيمة مهمة لها).
المسألة ١١: اقويهما العدم: بل الصحة اقوى (وفاقا للسيد جمال (قدّس سرّه)، و اشكال الماتن مندفع بما دفعه الشيخ (قدّس سرّه) من ان الكشف في الزمان القابل و هو زمان انتقال المال اليه و هو عقلائي، و لا يرد اشكال: «من باع شيئا ثم ملك» فان عمدة اشكاله النص: «لا تبع ما ليس عندك» بناء على شموله له و إلاّ فاستفادة صحته من ادلة بيع عام النصاب قبل اخراج زكاته ثم اداء الزكاة من ماله الآخر، لا اشكال فيه فلا يلزم كون الاجازة من المالك حين العقد. و أما اشكال الخوئي (قدّس سرّه) في خصوص النكاح بأن اركان العقد باعتبار طرفي العقد تام و الاشكال من ناحية الحقّ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۵

المسألة ١٢: إذا دلست أمة فادّعت أنها حرّة فتزوّجها حر و دخل بها ثمّ تبين الخلاف وجب عليه المفارقة و عليه المهر لسيّدها و هو العشر و نصف العشر على الأقوى لا المسمّى و لا مهر المثل و إن كان أعطاها المهر استردّ منها إن كان موجودا و إلاّ تبعت به بعد العتق و لو جائت بولد ففي كونه حرّا أو رقّا لمولاها قولان فعن المشهور أنه رقّ و لكن يجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّا و إن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته و إن أبى وجب على الامام عليه السّلام دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال و الأقوى كونه حرا كما في سائر موارد اشتباه الحرّ حيث إنه لا إشكال في كون الولد حرا فلا خصوصية لهذه الصورة و الأخبار الدالّة على رقّيته منزّلة على أنّ للمولى أخذه ليتسلّم القيمة جمعا بينها

الشخصي. كالسيد، و هذا غير باب الفضولي باعتبار طرفي العقد فلا يشمله ادلة صحته، نعم يستصحّ من دليل: «انه لم يعص الله تعالى و انما عصى سيده، فاذا اجازه فهو له جائز» و هو مفقود في المقام لعصيانها سيدها حين العقد و هو

لم يجز بعدا لخروجها عن ملكه، ففيه وورود بيان الشيخ هنا ايضا فان المـلاك عصيان السـيد في امتداد زمان يـراد تصحيحه و هو السيد الوارث. و الانصاف عدم تفاوت عند العقلاء في ذلك و في الفهم من الدليل).

المسألة ۱۲: على الاقوى: و لو كانت عالمة بالحال (للنص و هو صحيح الوليد بن صبيح ١/ ٦٧ نكاح العبيد و موثق سماعة، فيخرج بهما عن عموم ما استفيد من الأدلة من عدم المهر لبغي مع ان الحكم الثابت بالنص هنا لا يسمى مهرا، و حمل النصّ على مورد الاشتباه حمل على النادر قطعا).

لا المسمى: (لفساد العقد و لا المثل لعدم مهر للبغي).

تبعت به: و ان كان الأحوط التصالح (كسائر الديون و للاجماع ظاهرا فالاعراض محقق عن صحيح الوليد بـن صبيح- في حاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) ابن الوليد و ليس بصحيح- من هذه الناحية حيث انه دل على السقوط ان لم يجد الزوج مما اعطاه شيئا و لا ريب في كون التصالح احوط لمراعاة الصحيح).

و الاقوى كونه حرا: بل التفصيل اقوى فان اقام الزوج بينة على قيام البينة على حريتها حين التزويج فالولد حرّ و إلاّ فهو رق للمولى بمعنى جواز طلبه للقيمة (للجمع بين ٤/ ٦٧ الدال على الرقية المفسرة في ٥/ ٦٧ بجواز طلب القيمة و بين موثق سماعة ٢/ ٦٧ الدال على الحرية اذا اقام البينة على شهادة شاهدين بالحرية).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۶

و بين ما دلّ على كونه حرّا و على هذا القول أيضا يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة أو السعي أو دفع الامام عليه السّلام لموثّقة سماعة هذا كلّه إذا كان الوطي حال اعتقاده كونها حرّة و أما وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رقّ لأنه من زناء حينئذ بل و كذا لو علم سبق رقيّتها فادّعت أنّ مولاها أعتقها و لم يحصل له العلم بذلك و لم يشهد به شاهدان فانّ الوطي حينئذ أيضا لا يجوز لإستصحاب بقائها على الرقيّة نعم لو لم يعلم سبق رقيّتها جاز له التعويل على قولها لأصالة الحريّة فلو تبيّن الخلاف لم يحكم برقيّة الولد و كذا مع سبقها مع قيام البيّنة على دعواها.

المسألة ۱۳: إذا تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلا فلا تستحقّ مهرا و لا نفقة بل الظاهر أنها تحدّ حدّ الزنا إذا كانت عالمة بالحال و أنه لا يجوز لها ذلك نعم لو كان ذلك لها بتوقّع الاجازة و اعتقدت جواز الاقدام حينئذ بحيث تكون شبهة في حقّها لم تحدّ كما أنه كذلك إذا علمت بمجيء الاجازة و أما إذا كان بتوقّع الاجازة و علمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحدّ مع عدم حصولها بخلاف ما إذا حصلت فانّها تعزّر حينئذ لمكان تجرّيها و إذا جائت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبها بل مع كونه زانيا أيضا لقاعدة النمائية بعد عدم لحوقه بالحرّة و أما إذا كانت جاهلة بالحال

ما ذكر من دفع القيمة: بعد الحمل على كون المراد قيمة يوم الولادة بأن يقال:

المراد من اليوم الذي يصير الولد اليه يوم الولادة لا يوم الدفع (و لعله ظاهر الحديث لا لصرف تعبد فهم المشهور أو لا بديّة الحمل كما عليه البروجردي و الاصطهباناتي (قدّس سرّهما)).

أو دفع الامام: (لكن شمول سهم الرقاب للمورد محل تأمل و ان كان الأظهر الشمول) و استشكل النجفي كأنه نظرا الى عدم تمحض الرقية أو عدم تسلم الرقية بل هو بمنزلة رهن القيمة لكن التعبير بحسب الحديث هو الرقية).

لاستصحاب: و يحدّ إلاّ ان يكون شبهة فان الحدود تدرء حينئذ. (و أما موثق زرارة ٣/ ٦٧ نكاح العبيد الدال على ثبوت

الحد فالظاهر انه في مورد علم الزوج قبلا بالرقية و إلاّ فلا وجه للحدّ بل و كذا لحكم الرقية).
لأصالة الحرية: (عند العقلاء، و شرعا لمثل الصحيح ۱/ ۲۹ ابواب العتق).
المسألة ۱۳: انه كذلك: من حيث نفي الحدّ و ان كان الوطي حراما.
تجرّيها: (بل لحرمة الوطىء حينئذ لعدم الكشف الحقيقي، كذا قاله بعضهم، و فيه: ان الكشف الحكمي بحكم الحقيقي فانه الحقيقي حكما. بل الوطىء حرام لعدم المجوز عندئذ).
لقاعدة النمائية: هي تثبت تبعية الولد للام إلاّ ان يثبت اجماع أو ثبت عمل المشهور

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۷

فلا حدّ و الولد حرّ و تستحقّ عليه المهر يتبع به بعد العتق.
المسألة ١٤: إذا زنى العبد بحرّة من غير عقد فالولد حرّ و إن كانت الحرّة أيضا زانية ففرق بين الزنا المجرّد عن عقد و الزناء المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا إنّ الولد لمولى العبد.
المسألة ١٥: إذا زنى حرّ بأمة فالولد لمولاها و إن كانت هي أيضا زانية و كذا لو زنى عبد بأمة الغير فان الولد لمولاها.
المسألة ١٦: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده و كذا يجوز له أن ينكحه إيّاها و الأقوى أنّه حينئذ نكاح لا تحليل كما أنّ الأقوى كفاية أن يقول له: أنكحتك فلانة و لا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد

بحديث العلاء ۱/ ۲۸ نكاح العبيد و الاماء، الدال على لحوق الولد بالعبد في العقد الفاسد لكن العمل غير ثابت و المتن مضطرب جدا، فراجع. و لكن لو عمل به لم يكن فرق بين علم المرئة و جهلها لاطلاق الحديث لو لم يكن ظاهرا في جهلها، كما انه لو عمل بقاعدة النماء على ما يفسّرها الماتن (قدّس سرّه) لم يكن فرق بين الزنا المجرد عن العقد و المقرون به و لكنه يحكم في المسألة الآتية باللحوق بالام في الزنا المجرد عن العقد.
المسألة ١٤: فالولد حرّ: على وفق الاصل لعدم تماميّة قاعدة النماء.
ففرق: لو بنى على العمل بخبر العلاء كما مرّ.
المسألة ١٥: زانية: (لما مرّ من الدليل في الامة المدلّسة).
لمولاها: (لقاعدة النماء، و هذا شاهد على ما مرّ خلافا لما قاله الماتن).
المسألة ١٦: تحليل امته: (كما يظهر من ۱/ ٤٥ نكاح العبيد، و عمل المشهور به فلا يلتفت الى صحيح علي بن يقطين ۲/ ۳۳ نكاح العبيد مع احتمال التقية كما هو المعمول في غير واحد من اعمال علي بن يقطين. و يظهر الجواز ايضا من رواية الفضيل ۱/ ۳۳ نكاح العبيد لكنها فصّلت بين تحليل امة معنية و بين تفويض الخيار الى العبد لكن يحتمل ارادة عدم صراحة الكلام في التحليل اذا كانت غير معينة: «ان قال اشتر منهنّ ما شئت فلا تطأ منهن ...» الخ. مع ضعف السند و ان كان الراوي ابن ابي عمير).
نكاح لا تحليل: (لظهور روايات الباب في ذلك كصحيح ابن يقطين ۲/ ۳۳: «من غير تزويج». و ما ورد في عدم جواز طلاق العبد زوجته و ما ورد في كيفية نكاح المولى عبده من امته. و أما ارتفاع النكاح بالأمر بالاعتزال بلا طلاق فلا يدل على عدم كونه نكاحا).
كفاية: (فان النكاح عقد لكنه في المقام ايقاع لعدم وجود طرف للمولى لكفالته

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۸

لإطلاق الأخبار و لأنّ الأمر بيده فايجابه مغن عن القبول بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات مثل الوليّ و الوكيل عن الطرفين و كذا إذا وكّل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل أنكحت أمة موكّلي لعبده فلان أو أنكحت عبد موكّلي أمته و أمّا لو أذن للعبد و الأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الايجاب و القبول.

المسألة ١٧: إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة إلى الطلاق بل يكفي أمره إيّاها بالمفارقة و لا يبعد جواز الطلاق أيضا بأن يأمر عبده بطلاقها و إن كان لا يخلو من إشكال أيضا.

الطرفين كما يظر من الروايات مثل ١ و ٣ و ٢/ ٤٣ نكاح العبيد، و نقاش الجواهر بأن الروايات ناظرة الى كيفية قيام المولى مقام العبد في الانشاء بلا نظر الى ما به تمام العقد مخدوش بظهور الروايات في تمامية العقد بذلك. كما ان اشكال كشف اللثام في ان قول المولى هنا ايجاب و قبول مردود بأن المولى لا يوجب من طرف العبد بل له الولاية بلا اعتبار اذن العبد و ليس في مقابل المولى شخص آخر يلزم قبوله. و أما اشكال الخوئي (قدّس سرّه) بأنه يلزم الاستعمال في الاكثر ففيه، ان قوله: انكحت فلانة ليس له إلاّ معنى واحد و انما يستفاد منه بالالتزام امضاء الطرفين. و بعد ما ذكرنا كله فلا وجه لاشكال آقا ضياء (قدّس سرّه) بأن التعليل عليل و النكاح عقد فيحتاج الى القبول في جميع الموارد).

في سائر المقامات: بل هو بعيد في الوكيل فلا بد من ايجاب و قبول و لو بتولي شخص واحد و لا يترك الاحتياط في الولي ايضا. (لعدم استقلال الوكيل بل يعمل نيابة عن الطرفين ففي الحقيقة العقد بين الطرفين بل يحتمل ذلك في الولي ايضا فان العقد بين المولى عليهما لكن لمكان عدم العبرة بانشائهما صار الامر بيد الولي فالعقد بين الطرفين في الحقيقة ايضا و ان كان يحتمل فيه الايقاع ايضا نظرا الى الولاية فانه ليس نيابة و لا يحتاج الى اذن و تسبيب من المولى عليهما فلا يترك الاحتياط).

المسألة ١٧: بالمفارقة: (كما في صحيح ١/ ٦٦ نكاح العبيد).

بأن يأمر عبده: أو يطلقها المولى نفسه (كما يظهر من ١/ ٤٥ مقدمات الطلاق و من ١/ ٦٦ نكاح العبيد ايضا. و أما ٥/ ٦٦ نكاح العبيد: «... حتى يطلقها الغلام» ففيه احتمال كون المراد من الغلام غير العبد، و احتمال كون قوله عليه السّلام: «لا ينبغي» لاجل وقوع السيد على الامة بلا ارادة الطلاق و الامر بالاعتزال. مع ضعف السند

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۳۹

المسألة ١٨: إذا زوّج عبده أمته يستحبّ أن يعطيها شيئا سواء ذكره في العقد أو لا بل هو الأحوط و تملك الأمة ذلك بناء على المختار من صحّة ملكيّة المملوك إذا ملّكه مولاه أو غيره.

المسألة ١٩: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثة فلهم أيضا الأمر بالمفارقة بدون الطلاق و الظاهر كفاية أمر أحدهم في ذلك.

المسألة ٢٠: إذا زوّج الأمة غير مولاها من حرّ فأولدها جاهلا بكونها لغيره عليه العشر أو نصف العشر لمولاها و قيمة الولد و يرجع بها على ذلك الغير لأنه كان مغرورا من قبله كما أنه اذا غرّته الأمة بتدليسها و دعواها الحرية تضمن

القيمة و تتبع به بعد العتق و كذا إذا صار مغرورا من قبل الشاهدين على حريّتها.

بعلي بن سليمان. و أما طلاق العبد بأمر المولى فلا اشكال ايضا لظهور ٢/ ٦٦ في صحة طلاقه بأمر المولى، فعدم قدرة العبد على الطلاق و غيره انما هو اذا لم يكن بأمر المولى).

المسألة ١٨: بل هو الأحوط: لا يترك (لظهور النصوص مثل ١ و ٢ و ٣/ ٤٣ نكاح العبيد الظاهرة في لزوم الاعطاء، و لا دليل على كونه بعنوان المهر، كما ان القول بعدم الملكية لا ينفيه فانه مجرد الاعطاء فيجب و لو كان مصرفا لا مالكا).

المسألة ١٩: كفاية امر أحدهم: في حرمة الوطىء غير الواجب لا في الواجب كالوطىء مرة في الاربعة اشهر و لا في حصول المفارقة بالامر (فان المالك متعدد و لا ينحصر الحق في الواحد. نعم اصل انتقال الحق من المولى المزوّج الى الورثة لا اشكال فيه لكون الأمر مربوطا بالمولوية و العبودية بلا دخالة لخصوص المولوية المتحققة عند التزويج).

المسألة ٢٠: كان مغرورا: (قد مر الكلام في هذا الشرح في هذه القاعدة و أنها عقلائية غير مردوعة بل في النصوص ما يشهد لها، و المراد من الغرور هو الفعلي منه و لو بلا قصد الخداع، و لا ينطبق على اخبار غلاء اسعار البلد الفلاني فيذهب الشخص بسلعته اليه فيتضرر اذ المراد الدخالة التسبيبية و ينطبق على شهادة الزور فانها تسبيب لمكان القضاء المسبّب عنها، و قد ورد النص في مورد شهادة الزور و في ابواب العيوب ٢/ ٢ في تزويج البرصاء، و ما قاله الخوئي (قدّس سرّه) من عدم تضمين سائر ما خسره نتيجة للزواج مع وجود الغرور ففيه: ان اللازم هو المهر و أما سائر الخسارات فلم تكن لازمة و انما هي برسم العرف، و أما النفقة ففي البرصاء لم تكن شيئا قابلا للذكر لمعلومية الواقع فورا. و ورد النص في ١/ ١٧ابواب العيوب ايضا و لا بأس بمحمد بن سنان في السند خلافا للخوئي (قدّس سرّه) للعمل من الاصحاب و في ٥/ ٨٨

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۰

المسألة ٢١: لو تزوّج أمة بين شريكين بإذنهما ثمّ اشترى حصّة أحدهما أو بعضها أو بعضا من حصّة كلّ منهما بطل نكاحه و لا يجوز له بعد ذلك وطيها و كذا لو كانت لواحد و اشترى بعضها و هل يجوز له وطيها إذا حلّلها الشريك قولان أقواهما نعم للنصّ و كذا لا يجوز وطي من بعضه حرّ إذا اشترى نصيب الرقيّة لا بالعقد و لا بالتحليل منها نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتّع بها في الزمان الّذي لها عملا بالنصّ الصحيح و إن كان الأحوط خلافه.

(٩- فصل في الطواري)

و هي العتق و البيع و الطلاق أما العتق فاذا اعتقت الأمة المزوّجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد بل مطلقا و إن كانت تحت حرّ على الأقوى و الظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم و المنقطع نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلّها فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضا و لو بعد مدّة كان لها الخيار.

نكاح العبيد و خصوص المورد اي البيع لا يقيد العموم المستفاد من الحكم عرفا اي ملاك الحكم. و لا يضره عموم الحكم لمورد جهل البائع بالمال كما استشكله الخوئي (قدّس سرّه) لعموم الغرور لمورد الجهل ايضا كما مرّ.

المسألة ٢١: للنص: و ان كان الأحوط الترك (فان صحيح محمد بن قيس ١/ ٤١ نكاح العبيد لم يعمل به المشهور من القدماء و ان كان عمل به ابن ادريس و المتأخرون، نعم الظاهر كما قال الگلپايگاني (قدّس سرّه) الحكم على طبق

القاعدة.

خلافا لظاهر الخوئي (قدّس سرّه) نظرا الى ان الملفق من التحليل و الملك لا يشمله اسباب الحل في الآية، و فيه: ان التحليل بمنزلة الملك).

بالنص الصحيح: (و هو الصحيح المزبور، و الظاهر انه على القاعدة لعموم اقتضاء المهاياة فلا وجه لاحتياط الگلپايگاني لزوما).

في الطوارى

تحت حر على الاقوى: (للنصوص في ۵۲ نكاح العبيد و بعضها صريح في التعميم للحر مثل ۱۲/ ۵۲ نكاح العبيد و ضعف الاسناد منجبر بالعمل سيما مع ظهور الأدلة في كون الملاك كونها املك ببضعها حينئذ كما في ۱۱/ ۵۲ خلافا للخوئي (قدّس سرّه) نظرا الى عدم اعتقاده الجبر بالعمل، و فيه ما مرّ غير مرة من ان عمل مهرة الفن مما يوجب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۱

المسألة ۱: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر و هل هو لمولاها أولها تابع للجعل في العقد فان جعل لها فلها و إلاّ فله و لمولاها في الصورة الاولى تملّكه كما في سائر الموارد إذ له تملّك مال مملوكه بناء على القول بالملكيّة لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها و أمّا بعد انعتاقها فليس له ذلك و إن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلا وجوه أقواها الأخير و إن كان مقتضى الفسخ الأوّل و ذلك لعدم معلوميّة كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة و القياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

المسألة ۲: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده فان كان المهر جعل لها فلها و إن جعل للمولى أو أطلق ففي كونه لها أو له قولان أقواهما الثاني لأنه ثابت بالعقد و إن كان يستقرّ بالدخول و المفروض أنها كانت أمة حين العقد.

المسألة ۳: لو كان نكاحها بالتفويض فان كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عين في العقد و إن كان بتفويض البضع فان كان الانعتاق بعد الدخول و بعد التعيين فحاله حال ما إذا عين حين العقد و إن كان قبل الدخول فالظاهر أنّ المهر لها لأنّه يثبت حينئذ بالدخول و المفروض حرّيتها حينه.

الوهن أو القوة في الدليل. هذا مع ان في مورد خاص و هو عتقهما معا صحيحة عبد اللّه بن سنان دالة على الخيار ۱/ ۵۳ نكاح العبيد).

المسألة ۱: اقويها الأخير: (و ان كان يمكن استظهار الفسخ من تعبير: اختاري، و نحوه في الروايات، و قد استدل بذلك آقا ضياء (قدّس سرّه) على الوجه الاول و سقوط المهر لكن في استفادة الانحلال من الاول بحيث يكون العقد كأن لم يكن اشكال، بل الظاهر انه مفارقة من الآن شبه الطلاق لا البطلان و لا الفسخ و ان كان لا يجري عليه حكم الطلاق ايضا في سقوط النصف، و حينئذ فما في المتن اقوى ثبوت تمام المهر بالعقد و خلافا للبروجردي و آقا ضياء (قدّس سرّهما) نظرا الى الاول و كذا السيد جمال و الاصطهباناتي و اختار الشيرازي (قدّس سرّه) سقوط النصف).

المسألة ۲: اقويهما الثاني: (إلاّ أن يقال بثبوت المهر بالدخول لكنه ضعيف وفاقا للاكثر).

المسألة ۳: و بعد التعيين: الصحيح أو بدل الواو كما ان في الشرطية بعد ذلك يضاف التعيين ايضا اي قبل الدخول و التعيين. و المراد تحقق الدخول بعد العتق و قبل الفرقة و إلاّ فلا شيء على الزوج لعدم الدخول و لا المهر. (كما نبّه

غير واحد و هو واضح).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۲

المسألة ٤: إذا كان العتق في العدّة الرجعيّة فالظاهر أنّ الخيار باق فان اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ و إن اختارت البقاء بقي له حقّ الرجوع ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العدّة بل يكفيها عدّة واحدة و لكن عليها تتميمها عدّة الحرّة و إن كانت العدّة بائنة فلا خيار لها على الأقوى.

المسألة ٥: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

المسألة ٦: الخيار على الفور على الأحوط فورا عرفيّا نعم لو كانت جاهلة بالعتق أو بالخيار أو بالفوريّة جاز لها الفسخ بعد العلم و لا يضرّه التأخير حينئذ.

المسألة ٤: الخيار باق: (خلافا للگلپايگاني و النجفي (قدّس سرّهما) حيث احتاطا، و كذا بعض آخر، لكن لو قلنا بأن المطلقة الرجعية زوجة حقيقة فلا كلام و لو قلنا انها بحكم الزوجة فجميع احكامها ثابتة لها بحكم ذلك بل للأولوية، لأولوية جواز فسخ النكاح المتزلزل عن جواز فسخ المستقر فلا يفهم العرف فرقا فانه ان لم يكن جائزا فان رجع الزوج فيترتب الحكم بلا كلام و إلاّ فبتمام العدة يكون مثل المنفسخ).

عدة واحدة: لا من باب التداخل بل عليها عدة الطلاق فقط (لعدم الدليل على لزوم العدة للفسخ في اثناء العدة. فان دليل العدة هنا اما من جهة الدخول و لو بشبهة و اما من جهة دليل العدة في الفسخ بالعيب بعد الدخول مع الجهل بالعيب. و الاول لا يقتضي إلاّ عدة الطلاق الثابتة من الاول و الثاني موردها فسخ غير المعتدة اي الزوجة الحقيقية).

عدّة الحرّة: (كما يستفاد من روايات الباب ٥٠ العدد).

على الاقوى: بل لا وجه للخيار حينئذ (لعدم امكان ابقاء الزوجية فليس الأمر دائرا بين وجهين حتى يختار احدهما).

المسألة ٦: على الأحوط: و ان كان الاوجه بقاء الخيار إلاّ بعد مدة طويلة يحسب بقاء الخيار خلاف بناء العرف كالشهر مع وجود شرائط التحقيق. (لشمول قوله عليه السّلام: «فان امرها بيدها» للزمان المشكوك فان عموم هذا المخصص مقدم على عموم الدليل الاول بلا احتياج الى الاستصحاب. و لا اجماع ظاهرا على الفورية).

أو بالفورية: (و استشكل بعضهم و تبعه الگلپايگاني هنا و كأنه نظرا الى ان عدم اعمال الخيار حينئذ بمنزلة الرضا، و فيه نظر واضح لاحتمال كون التأخير للتفكر في انتخاب الأصلح. نعم فيما يحسب بقاء الخيار خلاف بناء العرف فلا خيار و لا يقبل جهلها بالفورية بحسب هذه المدة الطويلة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۳

المسألة ٧: إن كانت صبيّة أو مجنونة فالأقوى أنّ وليّها يتولّى خيارها.

المسألة ٨: لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

المسألة ٩: ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو اذنها فاختارت هي زوجا برضاها و لكن يمكن دعوى انصراف الأخبار إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيار منها.

المسألة ١٠: لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحّته.

المسألة ٧: وليّها: فيما يوجب عدم الفسخ مفسدة أو فوات مصلحة لها. (لعدم الدليل على ثبوت الولاية مطلقا و أما فيما ذكر فلعدم بطلان حقوق المسلمين فيما بينهم كما في ٦/ ١ مقدمات الحدود و عدم صلوح ذهاب حق احد كما في ٤/ ١ الشهادات، و المفروض عدم امكان الاستيفاء بواسطة ذي الحق مباشرة فلا بد ان يستوفي الولي فان فاعدة الولاية لمثل هذه الموارد).

المسألة ٩: دعوى انصراف: لكنها بلا وجه (وفاقا للأكثر، نعم قال آقا ضياء (قدّس سرّه): لو لم يلجئها الى اختيار هذا الزوج و لو من جهة عدم رغبة غيره في تزويج الاماء ...، فيفهم منه قبول التفصيل و فيه: ان موضوع الدليل كون الامة تحت عبد، كما هو مطلق من حيث كون التزويج بمباشرة المولى و عدمه فانظر صحيح الحلبي ٢/ ٥٢ و صحيح ابن مسلم ٧/ ٥٢).

المسألة ١٠: فالظاهر صحته: اذا كان الاشتراط مع رضاها لا كاشتراط الخدمة حيث لا عبرة برضاها، ثم انها اذا لم تعمل بالشرط و فسخت فالظاهر نفوذه و ان كانت عاصية بذلك. (اعتبار رضاها لعدم دليل على هذه الولاية للمولى اذا كانت مرتبطة بما بعد العتق بخلاف اشتراط الخدمة للنص فيه ٣/ ١٠ ابواب العتق، و وجه ذلك رجوعه الى تقيد العتق فانه حينئذ عتق المملوك مسلوب المنفعة كالوقف كذلك، و أما نفوذ فسخها على فرض التخلف فلما مرّ غير مرة من عدم استفادة اكثر من التكليف من دليل نفوذ الشرط، ثم الظاهر من بعض النصوص جواز اشتراط عدم الخيار من باب شرط النتيجة، فانظر ١/ ١١ ابواب المكاتبة، و حينئذ فلا يكون شرطا على خلاف الشرع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۴

المسألة ١١: لو اعتق العبد لا خيار له و لا لزوجته.

المسألة ١٢: لو كان عند العبد حرّة و أمتان فاعتقت إحدى الأمتين فهل لها الخيار أو لا وجهان و على الأوّل إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها وجهان و كذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء فاعتقت إحداها و لو اعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعة ففي كون الزوج مخيرا و بعد اختياره يكون التخيير للباقيات أو التخيير من الأوّل للزوجات فان اخترن البقاء فله التخيير أو يبطل نكاح الجميع وجوه.

(١٠- فصل في العقد و احكامه)

المسألة ١: يشترط في النكاح الصيغة بمعنى الايجاب و القبول اللّفظيّين فلا يكفي التراضي الباطنيّ

المسألة ١١: لا خيار: (لعدم الدليل و عدم الملاك لامكان التخلص بالطلاق، كما ان صرف اكراه المولى له على التزويج لا يكون دليلا على فساد العقد اذا كان الاكراه بالحق، و قد مرّ بعض الكلام في ذلك، و أما عدم الخيار لزوجته فلعدم فوت شيء عليها لرضاها به و هو عبد و الآن صار حرا اشرف و المفروض عدم حرية الامة و في النصوص صراحة بذلك مثل ١ و ٢/ ٥٤ نكاح العبيد).

المسألة ١٢: وجهان: اظهرهما ثبوت الخيار (لعموم الدليل، و قال آقا ضياء (قدّس سرّه) في وجه عدم الخيار: من انصراف دليله الى ما يمكن لها البقاء بخلاف المقام مما يكون الخيار للزوج في الانتخاب بعد ذلك. و فيه عدم دليل على خيار الزوج على ما سيأتي و عدم المنافاة على فرضه كما هو ظاهر).

وجهان: بل الظاهر وجه ثالث و هو القرعة كما مرّ سابقا (لعدم دليل على عموم التخيير للمقام بعد ورود دليله في اسلام الزوج المجوسي عن سبع زوجات، كما لا وجه للبطلان اذ الممنوع هو الجمع لا التزوج بكل واحد منهنّ).

ثلاث: سهو من الناسخ أو قلمه الشريف و إلاّ فلا منع في جمع العبد بين حرة و أمتين.

دفعة: جهات المسألة متماثلة، و مرّ ان الظاهر القرعة لا التخيير و لا البطلان.

فصل ۱۰- في العقد و أحكامه

فلا يكفي التراضي الباطني: (و حينئذ فليس تراضيا فانه الرضا المظهر من الطرفين بحيث يرتبط كل بالآخر. ثم ان اعتبار اللفظ ليس لأجل افتراق النكاح عن

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۵

و لا الايجاب و القبول الفعليّين و أن يكون الايجاب بلفظ النكاح أو التزويجعلى الأحوط فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم و إن كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدلّ على إرادة الدوام و يشترط العربيّة مع التمكّن منها و لو بالتوكيل على الأحوط نعم مع عدم التمكّن منها و لو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة إذا أتى بترجمة اللّفظين من النكاح و التزويج و الأحوط اعتبار الماضويّة و إن كان الأقوى عدمه فيكفي المستقبل و الجملة الخبريّة كأن يقول ازوّجك أو أنا مزوّجك فلانة كما أنّ الأحوط تقديم الايجاب على القبول

السفاح بذلك كما يظهر من الشيخ الاعظم لكون افتراقهما بالمهية و الحقيقة كما هو معلوم. بل للاستفادة من الأدلة فانظر الباب ۱۸ المتعة حيث يظهر منها المفروغية عن اصل اعتبار اللفظ و في بعضها تعليق تحقق النكاح على تلفظها بنعم. و في صحيح بريد ۱/ ٤ ابواب النكاح، المراد من الميثاق في الآية هو الكلمة التي عقد بها النكاح.

و في غير واحد من الروايات بيان كيفية تحقق النكاح بصيغة التزويج. مع عدم الخلاف في المسألة و السيرة اي الارتكاز على طرد خلافه من المتشرعة و غيرهم).

على الأحوط: لا يترك (وفاقا لغير واحد فان المذكور في الادلة لفظ التزويج و نقطع بكفاية النكاح ايضا مع وروده في الآيات ايضا. و أما لفظ المتعة فلم يرد في الادلة في الدائم و ان كان القاعدة تقتضي كفاية الانشاء بكل مبرز لكن الاحتياط في النكاح على ما ورد في الادلة (راجع ابواب العقد) و السيرة على الحصر بالتزويج و النكاح و ظاهر الادلة الحاصرة بظهورها في اللفظ و اللفظين توجب الاحتياط لو لم يكن اقوى).

العربية: الظاهر صحة نكاح كل قوم بلسانهم (بل بغير لسانهم ايضا اذا كان يؤدي مؤدى اللفظين و كان مفهوما عند الطرفين و ان كان ذلك خلاف الاحتياط، وفاقا في كفاية لسانهم للسيد جمال و الخوئي (قدّس سرّهما) و لبعض آخر، و حينئذ فلا دخالة للعربية اصلا. و أما ما قاله المستند من عدم كفاية غير العربية مطلقا حتى مع العجز ففيه لزوم تعطيل النكاح و تجويز الزنا! و احتاط غير واحد بلزوم العربية مع التمكن بنفسه أو و لو بالتوكيل، و لا وجه وجيه له).

الماضوية: (نظر المشهور في ذلك الى المتيقن و صراحة الماضي في الانشاء و لا وجه له لعدم كفاية المتيقن في ذلك و وجود الصراحة في المستقبل و الخبر بداعي الانشاء ايضا).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۶

و إن كان الأقوى جواز العكس أيضا و كذا الأحوط أن يكون الايجاب من جانب الزوجة و القبول من جانب الزوج و إن كان الأقوى جواز العكس و أن يكون القبول بلفظ قبلت، و لا يبعد كفاية رضيت و لا يشترط ذكر المتعلّقات فيجوز الاقتصار على لفظ قبلت من دون أن يقول قبلت النكاح لنفسي أو لموكّلي بالمهر المعلوم و الأقوى كفاية الاتيان بلفظ الأمر كأن يقول زوّجني فلانة فقال زوّجتكها و إن كان الأحوط خلافه.

المسألة ٢: الأخرس يكفيه الايجاب و القبول بالاشارة مع قصد الإنشاء و إن تمكّن من التوكيل على الأقوى.

ـــــــــــــــــــــــ

جواز العكس: فيه اشكال اذا كان الايجاب بمثل انكحتك نفسي بل و زوجتك نفسي ايضا، نعم لا بأس بمثل تزوجت لكنه في الحقيقة قبول. (فان الزوجية و ان كانت كالاخوة من الطرفين على التساوي و يطلق الزوج عليهما سواء كما في كرايم البقرة و النساء الاحزاب و غيرها حيث اطلقت على النساء لكن لحاظ الآثار المفيدة لسلطنة الرجل يوجب كون الايجاب من طرف المرئة، و ليس صرف التعارف كما في بعض الكلمات كالخوئي (قدّس سرّه) بل الرجال قوامون على النساء في الشريفة و العرف و قد جعل القرآن الكريم امر امساكهن أو تسريحهن بيد الزوج كما ان الطلاق بيد من أخذ بالساق فالزوجة هي التي تكون كالبائع أو الموجر فكما ان الأجير موجب فكذا الزوجة. وفاقا للبروجردي و الگلپايگاني بل و الحكيم (قدّس سرّهم) بعد اللتيا و التي.

و خلافا لغير واحد من المحشين و شرح الخوئي (قدّس سرّه)).

كفاية رضيت: بل هو الاقوى (فان ملاك القبول انشاء الرضا و هو حاصل بالمطابقة).

كأن يقول زوّجني فلانه: الظاهر من هذه الجملة ايجاب التوكيل لا قبول التزويج، و أما لو قال للمرئة: زوجني نفسك فلا يبعد صحتها قبولا اذا كان ظاهرا عرفا في القبول كما لا يبعد و كذا اذا فرض ظهور الجملة الاولى (و احتاط الخوئي و الاستاذ و ... (قدّس سرّهم) كلا، و الظاهر التفصيل).

المسألة ٢: بالاشارة: و الاحوط ضمّ تحريك لسانه اليها كما هو الغالب فيه، ثم الظاهر كفاية الكتابة في المقام (نظرا الى تعبير حديث مسعدة ۵۹ قرائة الصلاة: «في قرائته و تشهده و تلبيته و ما اشبه ذلك يحرك لسانه و يشير باصبعه» و المراد بما اشبه كلما اريد التلفظ كما قال الخوئي (قدّس سرّه) أو التلفظ العبادي كما اظنّه، و في ۱/ ۱۹ مقدمات

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۷

المسألة ٣: لا يكفي في الايجاب و القبول الكتابة.

المسألة ٤: لا يجب التطابق بين الايجاب و القبول في ألفاظ المتعلّقات فلو قال أنكحتك فلانة فقال قبلت التزويج أو بالعكس كفى و كذا لو قال على المهر المعلوم فقال الآخر على الصداق المعلوم و هكذا في سائر المتعلّقات.

المسألة ٥: يكفي على الأقوى في الايجاب لفظ نعم بعد الاستفهام كما إذا قال زوّجتني فلانة بكذا؟ فقال نعم فقال الأوّل قبلت لكن الأحوط عدم الاكتفاء.

ـــــــــــــــــــــــ

الطلاق ذكر ما يعرف به سائر افعاله من حبّه و كراهيته من الكتابة أو الاشارة. و كيف كان فيخرج بالدليل عن مقتضى ما مرّ من الأدلة على لزوم اللفظ، و لو قلنا بعدم دليل على اللفظ إلاّ الاجماع و الارتكاز فهو لبّي متيقنه القادر لا مثل الأخرس. ثم الظاهر كفاية الكتابة فانها مما به يعرف الافعال فيستفاد من ۱/ ۱۹ مقدمات الطلاق، و أما عدم ذكرها

بخصوصها أو عموما في الباب ۵۹ قرانة الصلاة فلأن الكتابة لا تفيد فائدة العبادة بحسب المتعارف ففرق بين مثل الطلاق و مثل القرائة).

المسألة ۳: الكتابة: اي في القادر على التكلم لا العاجز فالكتابة كافية فيه بل في القادر ايضا الكفاية أوجه لكن لا يترك الاحتياط بضم اللفظ للقادر (لاحتمال لزوم اللفظ في الانشاء في المقام نظرا الى ما مرّ من ظاهر الادلة و ان كان الأظهر كون المراد منها كون اللفظ وسيلة دارجة للانشاء لكن الاحتياط لا يترك لرعاية فتاوى القوم و لاحتياط الفروج. و يستفاد من ۱/ ۱۹ مقدمات الطلاق في الأخرس ان الملاك ما تعارف الانشاء به و في عصرنا المتعارف في الانشاء هو الكتابة عند العقلاء.

و الظاهر الكفاية و احتاط الگلپايگاني (قدّس سرّه) في العاجز ايضا بالجمع بين الاشارة و الكتابة مع عدم التوكيل).

المسألة ۵: لكن الأحوط: بل الأظهر عدم الكفاية في مفروض المسألة اي كون نعم جواب الاستفهام و أما لو اريد الانشاء كما في صحيح ابان فالظاهر الصحة حيث ورد: «نعم» بعد قبول الزوج بقوله: اتزوجك (خلافا للأكثر حيث احتاطوا، لكن صحيح ابان صريح (۱/ ۱۸ المتعة) في جواز الانشاء بنعم فيجوز اذا كان دالا على الانشاء، و ظاهر الصحيح تمامية الوظيفة بذلك لا انها المقاولة فلا وجه لقول بعض اهل العصر انه غير مربوط بالمقام فانظر الصحيح بتمامه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۸

المسألة ٦: إذا لحن في الصيغة فان كان مغيّرا للمعنى لم يكف و إن لم يكن مغيرا فلا بأس به إذا كان في المتعلّقات و إن كان في نفس اللفظين كأن يقول جوّزتك بدل زوّجتك فالأحوط عدم الاكتفاء به و كذا اللّحن في الاعراب.

المسألة ۷: يشترط قصد الانشاء في إجراء الصيغة.

المسألة ۸: لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون عارفا بمعنى الصيغة تفصيلا بأن يكون مميّزا للفعل و الفاعل و المفعول بل يكفي علمه إجمالا بأنّ معنى هذه الصيغة إنشاء النكاح و التزويج لكن الأحوط العلم التفصيليّ.

المسألة ۹: يشترط الموالاة بين الايجاب و القبول و تكفي العرفيّة منها فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الايجاب كما لا يضرّ الفصل بمتعلّقات العقد من القيود و الشروط و غيرها و إن كثرت.

المسألة ۱۰: ذكر بعضهم أنه يشترط اتّحاد مجلس الايجاب و القبول فلو كان القابل غائبا عن المجلس فقال الموجب زوّجت فلانا فلانة و بعد بلوغ الخبر إليه قال قبلت لم يصحّ و فيه أنه لا دليل على اعتباره من حيث و هو و عدم الصحّة في الفرض المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقدة و المعاهدة لعدم التخاطب و إلاّ فلو فرض صدق المعاقدة و عدم الفصل مع تعدّد المجلس كما إذا خاطبه و هو في مكان آخر لكنه يسمع صوته و يقول قبلت، بلا فصل مضرّ فانه يصدق عليه المعاقدة.

المسألة ٦: جوّزتك: هذا من المغير للمعنى إلاّ اذا اعتاد الانشاء به بحسب عرف المحل فيصح و ينفذ.

المسألة ۷: لكن الأحوط: (و لا يلزم رعايته اذ الملاك في الانشاء كون اللفظ قابلا للانشاء به و قصد اللافظ الانشاء به و لا يلزم التفصيل في اللحاظ بأن اي حرف من الكلمة لايّ جهة دخيلة في الانشاء و هذا معلوم من العرف و العقلاء خلافا للبروجردي و تبعه الگلپايگاني في الاحتياط (قدّس سرّهما).

المسألة ۹: الموالاة: اللازم في المقام الموالاة بين الالتزامين لا اللفظين فاذا كان التزام الموجب باقيا و لو بعد طول المدة صحّ ضم التزام القابل اليه فهذا بخلاف توالي الالفاظ كالنفي و الاثبات في كلمة التوحيد. (و هذا ظاهر سيما في الكتابة و القرارات المرسلة الى سائر البلاد).

المسألة ۱۰: يصدق: و هذا هو الملاك فلا اشكال في التعاقد بالهاتف و سائر الآلات الحديثة (و العجب من منع بعض المعاصرين ذلك حتى في البيع).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۴۹

المسألة ۱۱: و يشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود فلو علّقه على شرط أو مجيء زمان بطل نعم لو علّقه على أمر محقّق معلوم كأن يقول إن كان هذا يوم الجمعة زوّجتك فلانة مع علمه بأنه يوم الجمعة صحّ و أمّا مع عدم علمه فمشكل.

المسألة ۱۱: محقق معلوم: بحيث يترتب الاثر بعد العقد بلا تراخ بخلاف المعلوم المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشرط المقارن بحيث اريد ترتيب الاثر بعد تحقق الشرط.

فمشكل: بل الظاهر البطلان (و أظهر الوجوه في بطلانه عدم اعتباره العقلاء فانهم لا يرون العقد المعلق على امر مشكوك عقدا فان القرار و عدمه سيان حينئذ بحسب اعتبارهم و ان كان له وجه بحسب اعتبار العقل المحض، و لا وجه لما يقال من عدم تحقق الايجاد بلا وجود، اذ الايجاد هنا كالوجود ان كان بحسب المستقبل فهو و ان كان بحسب الحال فهو و الشك و العلم خارجان عن ذلك. كما انه اذا كان التمليك المترتب على العقد فعليا و متعلقه أي الملكية متأخرة كانا ايضا متكافئان أي يوجد الملكية المتأخرة فالايجاد و الوجود متكافئان. و من ذلك التعليق على امر معلوم الحصول فعلا أو في المستقبل على نحو الواجب المشروط بالشرط المتأخر فان الاثر حاصل فعلا لتحقق الشرط المتأخر في محله فالوجه هو لزوم ترتب الاثر بلا تراخ و يمكن الاستشهاد لما ذكرنا من لزوم ترتب الاثر بلا تراخ بحديث الحلبي ۱۸ مقدمات الطلاق الدال على بطلان الطلاق المعلق على التزويج الجديد أو التفريق في البيتوتة. فان الظاهر ان وجه البطلان كون الطلاق شرطيا.

و أما الاستدلال بصحيح ابان ۱/ ۱۸ المتعة باستظهار لزوم ترتب الاثر بلا فصل و روايات جواز وطيء الامة المشتراة بصرف اخبار البائع بالاستبراء اذا كان البائع رجلا ۱۱ ابواب الحيوان كما استدل الخوئي (قدّس سرّه) فالظاهر عدم تماميته فان الاول انما هو في مقام بيان كفاية «نعم» في الايجاب أو جواز تقدم القبول و الثاني في مقام بيان كفاية اخبار البائع بالاستبراء فقط. ثم الظاهر عدم قدح التعليق في العقود الاذنية كالولاية لتعارفه عند العقلاء لكون الملاك هو الاذن كما صرح في جامع الشتات بصحة التوكيل المعلق في طلاق زوجته و لعل مثلها الهبة غير المعوّضة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۰

المسألة ۱۲: إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللاّزم مراعاته فان أرادا البقاء فاللاّزم الاعادة على الوجه الصحيح و إن أرادا الفراق فالأحوط الطلاق و إن كان يمكن التمسّك بأصالة عدم التأثير في الزوجيّة و إن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحّته و مع إرادة

الفراق فاللازم الطلاق.

المسألة ١٣: يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ و العقل سواء كان عاقدا لنفسه أو لغيره وكالة أو ولاية أو فضولا فلا اعتبار بعقد الصبيّ و لا المجنون و لو كان أدواريّا حال جنونه و إن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور بل لا خلاف فيه لكنه في الصبيّ الوكيل عن الغير محلّ تأمّل لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفا بالعربيّة و علم قصده حقيقة و حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا و كذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ أو إجازته هو بعد البلوغ و كذا لا اعتبار بعقد السكران

المسألة ١٢: بأصالة عدم التأثير: لا وجه لها في فرض لزوم الاحتياط مع ان وجه الاحتياط قد يكون تزلزل المجتهد في اجتهاده و لو لعدم اعتماده بفحصه و ما شابه ذلك فلا يمكن له اجراء الاصل الحكمي حينئذ. مع ان اجراء الاصل في الشبهات الحكمية من وظائف المجتهد. فالأحوط لزوما الطلاق.

المسألة ١٣: فلا اعتبار بعقد الصبي: الظاهر اعتباره لنفسه أو لغيره وكالة أو فضولا و المنفي في الادلة هو استقلاله في التصرف لا ايراد العبارة (فان قوله عليه السّلام «عمد الصبي و خطئه واحد» ٣/ ١١ العاقلة، انما هو فيما كان للخطأ حكم و هو في الجنايات فلا يدل على كون حكم عقده كذا، سيما و ان بعض هذه التعابير مذيلة بقوله عليه السّلام: «تحمله العاقلة». و يشهد لما ذكر رواية ١/ ١٦ عقد النكاح و أولياء العقد في تزويج الرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلّم ام اسلمة و فيها: زوّجها عمر بن ابي سلمة و هو صغير لم يبلغ الحلم. اذ لا ريب في كون المراد صرف ايراد العقد لا تولي امور التزويج فانه خلاف الاجماع و المقطوع، كيف يزوج الصغير امّه؟! لكنها ضعيفة سندا فلا وجه لفتوى السيد جمال و الاصطهباناتي و الاستاذ بعدم الاعتداد بعقده مطلقا).

اجاز هو بعد البلوغ: اذا كان العقد باقيا بحسب اعتبار العقلاء بحيث يصلح لتعقبه الاجازة (بخلاف الفصل بسنوات كثيرة في العقد اللفظي، نعم في المكتوب يعتبره العقلاء اكثر).

بعقد السكران: الفاقد للشعور و العقل.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۱

فلا يصحّ و لو مع الاجازة بعد الافاقة و أما عقد السكرى إذا أجازت بعد الافاقة ففيه قولان فالمشهور أنه كذلك و ذهب جماعة إلى الصحّة مستندين إلى صحيحة ابن بزيع و لا بأس بالعمل بها و إن كان الأحوط خلافه لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول مع أنّ المشهور لم يعملوا بها و حملوها على محامل فلا يترك الاحتياط.

المسألة ١٤: لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلا عن الغير في إجراء الصيغة أو أصيلا مع إجازة الولي و كذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

المسألة ١٥: لا يشترط الذكورة في العاقد فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة كما يجوز إجراؤها لنفسها.

المسألة ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد فلو أوجب ثمّ جنّ أو اغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصحّ و كذا لو أوجب ثمّ نام بل أو غفل عن العقد بالمرّة و كذا الحال في سائر العقود و الوجه عدم صدق المعاقدة و المعاهدة مضافا إلى دعوى الاجماع و انصراف الأدلّة.

فالمشهور: و هو الاقوى (و صحيح ابن بزيع ١/ ١٤ عقد النكاح يحمل على ارادة كفاية الرضا فيكون دليلا في ذلك البحث و لا بد من طرحه أو على ارادة التوكيل في اجراء العقد حال السكر فأفاقت بعد اجراء العقد بواسطة الوكيل و صدوره فضولا عندئذ لمكان السكر في التوكيل ثم لم يرده كما قيل أو على ما اذا لم يبلغ السكر بحيث يذهب بالشعور كما قاله في المتن و ان كان بعيدا من الرواية و إلاّ فالتعليل اي الاقامة بعد الافاقة و كونها حينئذ بحكم الرضا مشترك بين السكران و السكرى. هذا مع ان اثبات الحكم على خلاف القاعدة و خلاف بناء العقلاء برواية واحدة مع قبولها المحامل مشكل جدا فلا وجه لفتوى الخوئي (قدّس سرّه) بها).

المسألة ١٤: أو لنفسه اذا اجاز: (لعدم شمول حديث رفع الاكراه للرفع المطلق و انما هو ما دام الموضوع اي الاكراه باقيا لعدم امتنان في رفع مورد الرضا. سيما و انه على الكشف لا يدخل تحت دليل الرفع من الاول لكون الاجازة حينئذ كاشفة عن الصحة من اول الأمر).

المسألة ١٥: للمرئة: (و كأن وجه ذكر المسألة مخالفة الشافعية في ذلك. و في ادلة المتعة دلالات واضحة على المطلوب).

المسألة ١٦: الى تمام العقد: المعتبر اتصاف الموجب بالأهلية حين الايجاب و عند

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۲

المسألة ١٧: يشترط تعيين الزوج و الزوجة على وجه يمتاز كلّ منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الاشارة فلو قال زوّجتك إحدى بناتي بطل و كذا لو قال زوجت بنتي أحد ابنيك أو أحد هذين و كذا لو عيّن كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر بل و كذا لو عيّنا معيّنا من غير معاهدة بينهما بل من باب الاتّفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر و أمّا لو كان ذلك مع المعاهدة لكن لم يكن هناك دالّ على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهمة فلا يبعد الصحّة و إن كان الأحوط خلافه و لا يلزم تميّز ذلك المعيّن عندهما حال العقد بل يكفي التميز الواقعيّ مع إمكان العلم به بعد ذلك كما إذا قال زوّجتك بنتي الكبرى و لم يكن حال العقد عالما بتاريخ تولّد البنتين لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم نعم إذا كان مميزا واقعا و لكن لم يمكن العلم به ظاهرا كما إذا نسي تاريخ ولادتهما و لم يمكنه

القبول و لا يعبير استمرار الأهلية إلاّ في مثل الجنون و فيما لا يعد العقد باقيا لمكان الفصل الطويل الموجب للغفلة كالسنوات. و أما القابل فيعتبر اهليته حين القبول و أما حين الايجاب فلا على الأظهر اذا تمشى قصد الانشاء من الموجب. (لعدم الدليل على لزوم اتصاف القابل حين الايجاب فيصح ان يقول الموجب لغير الأهل زوجتك نفسي ثم اذا تأهل قبل كما لا دليل على استمرار الأهلية فلو نام ثم استيقظ حين القبول كفى بل و حتى في الاغماء، نعم في المجنون منع فان العقد حينئذ بحكم لا عقد عند العقلاء).

المسألة ١٧: يشترط: (فان الزوجية و ما شابهها كالاخوة و نحوها قائمة بالافراد الخارجية فانظر في الكرائم: **و انكحوا الايامى ...** و **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** و كذلك عند العقلاء بخلاف مثل البيع و الاجارة فيصح بالكلي في المعين مثلا).

من غير معاهدة: بأن كان المراد معلوما معينا و لكن لم يذكر بالعبارة في العقد اللفظي و لم يقع القرار عليه و لكن تصادق المراد من الطرفين تصادفا و لا يصح حينئذ لعدم ورود القرار عليه.
فلا تبعد الصحة: بل هو الاقوى (و لا وجه لما يقال و قاله النجفي (قدّس سرّه) من عدم صحة الانشاء على البناء بل لا بد من ذكر المتعلق في مقام الانشاء و قد مر في اول الفصل عدم لزوم ذكر المتعلقات و لا فرق بينها اذا كان مبنيا عليها).
الى الدفتر: (و لا وجه لما قاله بعض اهل العصر من عدم اعتبار الزوجية عند العقلاء حينئذ ايضا، للمعلومية بصرف الرجوع نظير ما يقال في الشك غير المستقر).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۳

العلم به فالأقوى البطلان لإنصراف الأدلّة عن مثله فالقول بالصحّة و التشخيص بالقرعة ضعيف.
المسألة ۱۸: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الاشارة اخذ بما هو المقصود و الغي ما وقع غلطا مثلا لو قال زوّجتك الكبرى من بناتي فاطمة و تبين أنّ اسمها خديجة صحّ العقد على خديجة الّتي هي الكبرى و لو قال زوّجتك فاطمة و هي الكبرى فتبيّن أنها صغرى صحّ على فاطمة لأنها المقصود و وصفها بأنها كبرى وقع غلطا فيلغى و كذا لو قال زوّجتك هذه و هي فاطمة أو و هي الكبرى فتبيّن أنّ اسمها خديجة أو أنها صغرى فانّ المقصود تزويج المشار إليها و تسميتها بفاطمة أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطا فيلغى.
المسألة ۱۹: إذا تنازع الزوج و الزوجة في التعيين و عدمه حتّى يكون العقد صحيحا أو باطلا فالقول قول مدّعي الصحّة كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها و كما في سائر العقود و إن اتّفقا الزوج و وليّ الزوجة على أنهما عيّنا معيّنا و تنازعا فيه أنها فاطمة أو خديجة فمع عدم البيّنة المرجع التحالف كما في سائر العقود نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها و هي ما إذا كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة و لم يسمّها عند العقد و لا عيّنها بغير الاسم لكنه قصدها معيّنة و اختلفا فيها فالمشهور على الرجوع إلى التحالف الّذي

ضعيف: و لا ينبغي ترك الاحتياط بتجديد العقد بعد المعلومية و بالطلاق اذا اريد التزويج بالغير (لما مرّ من اقتضاء معنى الزوجية عند العقلاء. خلافا للخوئي (قدّس سرّه) حيث اختار القرعة، و فيه عدم عدّ ذلك قرارا عرفا. و احتاط الاستاذ و غيره).
المسألة ۱۹: قول مدعي الصحة: فيه اشكال بل منع لرجوعه الى الشك في وقوع اصل العقد إلاّ ان يراد الشك في ذكر القرائن عند العقد مع الاتفاق على المراد فقد تقدم عدم لزوم ذلك و ان كان الاختلاف في المعين بعد اتفاقها على التعيين فالمرجع التحالف. (وفاقا للخوئي و الگلپايگاني و ... لعدم جريان الاصل عند الشك في المقوم. فان دليله هو السيرة و المتيقن منها في غير المقوم).
التحالف: و يبطل العقد حينئذ في الظاهر، و أما الواقع فيعمل كل على علمه فيحرم تزويج اختها مثلا اذا علم انها المزوّجة (خلافا لظاهر الجواهر في المقام، فان القضاء لا يغير الواقع و انما يحسم النزاع في الظاهر فقط).
الى التحالف: في النسبة منع فان التحالف انما هو فيما اتفقا على التعيين و اختلفا في المعيّن، و أما مورد الصحيح ۱/ ۱۵ عقد النكاح و هو ما لا تكون المعقودة معينة عند الزوج و الشهود بل عند الاب أو مطلق الولي فقط، و فيه افتى الشيخ

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۶۵۴

هو مقتضى قاعدة الدعاوي و ذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعا فالقول قول الأب و ما لو لم يرهن فالنكاح باطل و مستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذّاء و هي و إن كانت صحيحة إلاّ أنّ إعراض المشهور عنها مضافا إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها فقول المشهور لا يخلو عن قوّة و مع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط و كيف كان لا يتعدّى عن موردها.

المسألة ۲۰: لا يصحّ نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريّته أو انوثيّته و ذلك لإنصراف الأدلّة كما لا يصحّ البيع أو الشراء منه و لو بتولّي الوليّ و إن قلنا بصحّة الوصية له عهديّة بل أو تمليكية أيضا.

و القاضي بل ادعى صاحب المسالك ان عليه اكثر الاصحاب بمضمون الرواية من التفصيل بين رؤية الزوج اياهنّ و عدمها و المتأخرون حملوا الصحيح على مورد توكيل الزوج الوليّ في الانتخاب و ان المراد من رؤية الزوج التساوي عنده و عدم الفرق أو اعتمد على عرفان الاب مذاقه فوكّله في ذلك و اذا اختلفا فالمرجع قول الاب لأنه اعرف بنيّته و كيف كان فلا قول ظاهرا بالتحالف في المسألة.

اعراض المشهور: الاعراض غير متحقق، لكن يحتمل قويا تخريج المتأخرين اياها من التوكيل بل هو الأوجه (فان ظاهر قوله عليه السّلام: «ان كان الزوج رآهن كلّهن و لم يسمّ له واحدة منهنّ ... الخ» ارجاع الامر الى الاب هذا مع ان اثبات امر على خلاف القاعدة برواية واحدة و لو صحيحة مشكل لا نريد انه خلاف القواعد الفقهية بل خلاف بناء العقلاء و قد عرفت قوام النكاح بالتعيين).

المسألة ۲۰: لانصراف: بل لا اطلاق لها يشمل المقام (لتقوم النكاح عرفا بالوجود الخارجي المستقل فلا اعتبار لنكاح الحمل بعد و لوج الروح و أما قبله فلا ريب في عدم الاعتبار لعدم صدق الانسانية عندئذ).

كما لا يصح البيع: يراد عدم تحقق الولاية حينئذ لكن يصح من الوصي فان الولاية انما هي مع استقلال الوجود.

عهدية: مع انضمام البالغ (و أما منفردا فلا اشكال في عدم الصحة قبل البلوغ فضلا عن الحمل فمع الانضمام لا اشكال و لا يحتاج الى القبول بخلاف التمليكية فتحتاج الى القبول على المشهور، فيقبله الولي أو هو بعد البلوغ و الأصح اعتبار قبوله مع امضاء الوليّ. ثم عند بطلان الوصية العهدية يجب صرف المبلغ الموصى به ان كان ماليا الى اقرب الامور بخلاف التمليكية لبطلان التمليك

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۶۵۵

المسألة ۲۱: لا يشترط في النكاح علم كلّ من الزوج و الزوجة بأوصاف الآخر ممّا يختلف به الرغبات و تكون موجبة لزيادة المهر أو قلّته فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها فلا تجري قاعدة الغرر هنا.

و لم يوص به فيبقى على ملك الميت فيقسم بين الورثة و سيأتي تفسير العهدية و التمليكية في الوصيّة).

المسألة ۲۱: قاعدة الغرر: لكن الأولى بل الأحوط تكليفا الدقة فيها كما اكّد في الروايات (فان عدم جريان قاعدة الغرر

ليس لعدم شمول المفهوم نظرا الى اختصاصه بالمعاوضات كما قاله الخوئي (قدّس سرّه) فان الخطر الحاصل من الجهالة في النكاح اكثر بمراتب من الحاصل منها في البيع و لو فرض عدم عموم في دليل الغرر يشمل النكاح لكن الملاك عام و لعله لذلك استشكل بعضهم كالنجفي تبعا لبعض من سبقه في الجهالة الكثيرة و احتاط بعضهم لزوما في ما أوجب اختلاف الرغبات الكثيرة، إلاّ ان المانع موجود في الشمول و هو السيرة القطعية على عدم البطلان بالجهالة اذا عيّن الشخص، و لعل وجه الحكم في ذلك انه لو فرض شمول الغرر لزم البطلان و يتعقبه الهرج و المرج في النكاحات و المعيشات لاختلاف الرغبات و لا معلومية بعض هذه الامور يعلم بالعمل الجنسي و هو يوجب ابتذال المرئة فلا طريق لعلمها و لان المستفاد من خبر ابان ۲/ ۲۰ المتعة ان التزويج في صورة عدم ذكر المدة يكون تزويج مقام اي ثبوت دائمي.

و قلمّا يمكن فهم جميعها قبل النكاح سيما المربوطة بالاعمال الجنسية و لعلها العمدة في نظر كثير من الناس لكن السيرة انما هي على الوضع لكن الاولى و الأحوط تكليفا الرعاية فيما امكن مهما امكن لرعاية مصالح البيئة في المجتمع الاسلامي.

و لذلك أكّد عليها في الروايات، فراجع ابواب ۵ و ٦ و ۷ و ۸ و ۹ و ۱۳ و ١٤ و ۱۵ و ١٦ و ۱۷ و ۱۹ و ۲۰ و ۲۱ و ۲۲ و ۳۳ من مقدمات النكاح. و ان كان وجوب المراعاة بعيدا عن سياق هذه الروايات مع انه اذا لم يكن الغرر جاريا فالأمر مربوط بالشخص نفسه لعدم اشكال في العقد حينئذ فهذه التوكيدات ايصاءات ارشادية لكن حيث انه من الممكن ايجاب مراعاتها تكليفا لرعاية حال المجتمع فالأحوط رعايتها ما امكن و ان كان عدم الوجوب اقوى).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۶

(۱۱- فصل في مسائل متفرقة)

الاولى: لا يجوز في النكاح دواما أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل و في بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل و عن ابن إدريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور و لا يخلو قوله عن قوّة إذ لا فرق بينه و بين سائر الشروط الفاسدة فيه مع أنّ المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد و دعوى كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة الّتي لا يقولون بكونها مفسدة كما ترى و أمّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه و لكن لا بدّ من تعيين مدّته و إذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل هذا في العقد الدائم الّذي لا يلزم فيه ذكر المهر و أمّا في المتعة حيث إنّها لا تصحّ بلا مهر فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل.

فصل ۱۱- في مسائل متفرقة

الاولى فلو شرطه بطل: (لفوات ركن العقد شرعا و هو التأبيد أو ذكر الأجل، و لكون اللزوم في النكاح حكما لاحقا بدليل عدم التقايل فيه، و لأن جعل الخيار يرجع الى تحديد المنشأ لبّا بما قبل الفسخ و هو اجل غير محدود فلا يقع انقطاعا كما ليس دواما. و لاستفادة الدوام و الثبوت ان لم يذكر المدّة من ۲/ ۲۰ المتعة و للاجماع على ما قيل).

انه باطل: و هو الأظهر (وفاقا للخوئي و البهبهاني (قدّس سرّهما) و غير واحد اذ الزوجية حينئذ ليست دائمة لبا في الانشاء و لا موقتة و لتقيد الرضا، و الفرق بين النكاح و سائر العقود عدم تقيد الرضا فيها بالشرط بل الالتزام بترتيب

الآثار فيها مقيّد).

كما ترى: (فان خلاف المقتضى خلاف المفهوم كالبيع بلا ثمن أو خلاف المقتضى العرفي كالزواج بلا استمتاع مطلقا، و قيل: بلا دخول ايضا (قاله الخوئي (قدّس سرّه) في غير المقام) لكن ذلك ليس تمام مقتضى العقد.

فلا مانع منه: (و لا وجه لاشكال بعض اهل العصر تبعا للگلپايگاني (قدّس سرّه) حيث قال: فيه كلام، نظرا الى كونه جزء العقد لا امرا مستقلا، فان الجزئية مع عدم الركنية لا توجب اشكالا و لا يبقى بلا مهر اصلا لثبوت مهر المثل).

تعيين مدته: و لو بذكر الأبد ان لم يوجب سلب اعتبار العقلاء.

مشكل: بل ممنوع (و قول بعض المعاصرين بأن الاشكال فيما كان الخيار في اصل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۷

الثانية: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة فصدّقته أو ادّعت امرأة زوجيّة رجل فصدّقها حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع و يرتّب جميع آثار الزوجية بينهما لأن الحقّ لا يعدوهما و لقاعدة الاقرار و إذا مات أحدهما ورثه الآخر و لا فرق في ذلك بين كونهما بلديّين معروفين أو غريبين و أما إذا ادّعى أحدهما الزوجيّة و أنكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوى فان كان للمدّعي بيّنة و إلاّ فيحلف المنكر أو يردّ اليمين فيحلف المدّعي و يحكم له بالزوجيّة و على المنكر ترتيب آثاره في الظاهر لكن يجب على كلّ منهما العمل على الواقع بينه و بين اللّه و إذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة بينهما لكن المدّعي مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة و لا امّ المنكرة و لا بنتها مع الدخول بها و لا بنت أخيها أو أختها إلاّ برضاها و يجب عليه إيصال المهر إليها نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار و إن كانت هي المدّعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلاّ إذا طلّقها و لو بأن يقول هي طالق إن كانت زوجتي و لا يجوز لها السفر من دون إذنه و كذا كلّ ما يتوقّف على إذنه و لو رجع المنكر إلى الاقرار هل يسمع منه

المهر لا في الكميّة و الكيفية مردود بأن الخيار في الدائم ايضا كذلك و إلاّ فأصل المهر ثابت و لو مهر المثل).

الثانية: ... الحق لا يعدوهما: هذا هو الدليل كما عليه السيرة العقلائية و أما الاقرار فلا فانه فيما على المقر و ليست الزوجية مما عليه إلاّ بعض آثارها.

فيحلف المنكر: ان كان انكاره على البتّ و إلاّ فلا يسمع الحلف مع اظهاره الشك، و حينئذ فالمرجع هو البيّنة فقط (كما يظهر من عبارة القواعد و غيره).

آثاره في الظاهر: ما أمكنه بخلاف المحرمات فيجب على المنكر العالم بعدم الزوجية المحكوم بها، طلاق المرئة في الظاهر لئلاّ يضطر الى الوطيء المحرم و لو لم يمكن فليقتصر على مقدار الاضطرار.

ايصال المهر: اي على طبق اعتقاده لو كان معتقدا واقعا لا بحسب الاقرار لا قرار المنكر بعدم الاستحقاق. فيحرم عليه الأخذ.

لنشوزها: بناء على ما يستفاد من دلالة عدم دخالة عنوان النشوز بما هو بل الملاك عدم التمكين فان النفقة بازاء التمكين اي كون المرئة في بيته و تحت سلطانه.

(فلا وجه لما ذكر بعض المحشين من عدم تحقق النشوز لكونها معذورة).

من دون اذنه: فيه و فيما بعده اشكال فلا يجب عليها المراعاة اذا كان الرجل منكرا بتا (لانصراف الأدلة أو لكون انكاره العمدي بمنزلة الاسقاط، نعم في مورد

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۸

و يحكم بالزوجيّة بينهما فيه قولان و الأقوى السماع إذا أظهر عذرا لإنكاره و لم يكن متّهما و إن كان ذلك بعد الحلف و كذا المدّعي إذا رجع عن دعواه و كذّب نفسه نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البيّنة منه على دعواه إلاّ إذا كذّبت البيّنة أيضا نفسها. الثالثة: إذا تزوّج امرأة تدّعي خلوّها عن الزوج فادّعى زوجيّتها رجل آخر لم تسمع دعواه إلاّ بالبيّنة نعم له مع عدمها على كلّ منهما اليمين فان وجّه الدعوى على الامرأة فأنكرت و حلفت سقط دعواه عليها و إن نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج و تبقى على زوجيّة الزوج مع عدمها سواء كان عالما بكذب المدّعي أو لا و إن أخبر ثقة

الاشتباه عليه يجب عليها مراعاة حقه الواقعي كما في نظائره).

و لم يكن متهما: و قامت قرائن على كون الانكار الاول صوريا و لم يكن بداعي الواقع و إلاّ فالانكار الاول اوجب عدم استحقاقه على الآخر. (و لا بد ان يكون مراد الحكيم (قدّس سرّه) من كون الاقرار الذي بصدد بيمان الواقع مؤثرا لا ما كان صوريا و مواطاة، هذا الذي ذكرنا اي مع قيام القرنية على كون انكاره السابق صوريا و إلاّ فصرف الادعاء غير كان في ذلك).

بعد الحلف: بناء على عدم كون الحلف حسما للنزاع كلا كما هو الحق فانه كالاقرار و الانكار يمكن وقوعه مواطاة كما يمكن على الواقع.

و كذا المدعي: هو كالمنكر فيما مرّ و لو بعد اقامة البينة (و لا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) بأنه برجوعه عن الدعوى ينتفي موضوع الحكم و الدعوى لما مرّ من حكم الاقرار السابق. و أما البينة فهي دليل على الادعاء فاذا لم يكن ادعاء لم تفد البيّنة بما هي هي و لا يراد اثبات الواقع بعنوان الشهود العدل بل ذلك في مقام القضاء و هو في مقام الترافع).

الثالثة: ... نعم: فيه منع بل الفاصل للنزاع هو البيّنة فقط (لعدم انكار للزوج لعدم علمه بالواقع و انّما الزوجية ثابتة له بأصالة الصحة و باخبار المرئة المقبول بحسب الادلة، و أما الزوجة فيمينها لا تفيد لحلّ الزوجيّة لكون المرئة متعلقة لحق الغير فلا حلف لها كما لا اقرار لها فالحق هو العمل بالقواعد المقتضية لثبوت الحق بالبينة و بالمكاتبة ۳/ ۲۳ اولياء العقد و خبر عبد العزيز ۱/ ۲۳ الدالين على ثبوت الزوجية الثانية ما لم يقم الاول البينة).

اخبر ثقة: (و احتاط بعضهم لزوما عندئذ عملا بموثق سماعة ۲/ ۲۳ لكن لا يمكن

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۵۹

واحد بصدق المدّعي و إن كان الاحوط حينئذ طلاقها فيبقى النزاع بينه و بين الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضا و إن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيّة إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجية بعد الردّ عليه و إن كان قبل تماميّة الدعوى مع الزوجيّة فيبقى النزاع بينه و بينها كما إذا وجّه الدعوى أوّلا عليه و الحاصل

أنّ هذه دعوى على كلّ من الزوج و الزوجة فمع عدم البيّنة إن حلفا سقط دعواه عليهما و إن نكلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعاه و إن حلف أحدهما دون الآخر فلكلّ حكمه فاذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه و الزوجة لم تحلف بل ردّت اليمين على المدّعي أو نكلت و ردّ الحاكم عليه فحلف و إن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج إلاّ أنه لو طلّقها أو مات عنها ردّت إليه سواء قلنا إنّ اليمين المردودة بمنزلة الاقرار أو بمنزلة البيّنة أو قسم ثالث نعم في استحقاقها النفقة و المهر المسمّى على الزوج إشكال خصوصا إن قلنا إنه بمنزلة الاقرار أو البينة هذا كلّه إذا كانت منكرة لدعوى المدّعي و أما إذا صدّقته و أقرّت بزوجيّته فلا يسمع بالنسبة إلى حقّ الزوج و لكنها مأخوذة بإقرارها فلا تستحقّ النفقة على الزوج و لا المهر المسمّى بل و لا مهر المثل إذا دخل بها لأنها بغيّة بمقتضى إقرارها إلاّ أن تظهر عذرا في ذلك و تردّ على المدّعي بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

الرابعة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة و أنكرت فهل يجوز لها أن تتزوّج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأوّل و كذا يجوز لذلك الغير تزويجها أو لا إلاّ بعد فراغها من المدّعي وجهان من أنها قبل ثبوت دعوى المدّعي خليّة و مسلّطة على نفسها و من تعلّق حقّ المدّعي بها و كونها في معرض ثبوت زوجيّتها للمدّعي مع أنّ ذلك تفويت حقّ المدّعي إذا ردّت الحلف عليه و حلف فانه ليس حجّة على غيرها و هو الزوج و يحتمل

ـــــــــــــــــــــــــ

العمل به لعدم امكان فصل الدعوى بصرف الادعاء و ان كان المدعى ثقة على ما في الرواية فلا يمكن اثبات الزوجية و لو كان المراد في خصوص الوطىء مع ثبوت الزوجية فعلا فيستلزم ترك الواجب اي الوطىء مرة في الاربعة اشهر. فلا بد ان يحمل الرواية على الاستحباب اي استحباب الطلاق).

لو طلقها أو مات: فيه منع فانه فرع سماع الدعوى فعلا و لا يمكن التفريع بعد عدم قبول الاصل. نعم بمقدار الاقرار يؤخذ كل احد به.

اشكال: لا اشكال ظاهرا في الثبوت (لما مرّ من عدم توجه الحلف اليها اصلا حتى يتفرع على رده شيء).

فلا تستحق النفقة: لكن الزوج يعلم اجمالا اما وجوب النفقة و المهر، أو حرمة الوطىء، و حيث ان الوطىء حلال بمقتضى صحة العقد فالمهر و كذا النفقة ثابت.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۰

التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ و بين غير هذه الصورة و الأظهر الوجه الأوّل و حينئذ فان أقام المدّعي بيّنة و حكم له بها كشف عن فساد العقد عليها و إن لم يكن له بيّنة و حلفت بقيت على زوجيّتها و إن ردّت اليمين على المدّعي و حلف ففيه وجهان من كشف كونها زوجة للمدّعي فيبطل العقد عليها و من أنّ اليمين المردودة لا يكون مسقطا لحقّ الغير و هو الزوج و هذا هو الأوجه فيثمر فيما إذا طلّقها الزوج أو مات عنها فإنها حينئذ تردّ على المدّعي و المسألة سيّالة تجري في دعوى الأملاك و غيرها أيضا و اللّه العالم. الخامسة: إذا ادّعى رجل زوجية امرءة فأنكرت و ادّعت زوجية امرءة اخرى لا يصحّ شرعا زوجيّتها لذلك الرجل مع الإمرأة الأولى كما إذا كانت أخت الأولى أو أمّها أو بنتها فهناك دعويان إحداها من الرجل على الامرءة و الثانية من الامرءة الاخرى على ذلك الرجل و حينئذ فإمّا أن لا يكون هناك بيّنة لواحد من المدّعيين أو يكون لأحدهما دون الآخر أو لكليهما فعلى الأوّل يتوجّه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين فان حلفا سقطت الدعويان و كذا إن نكلا و حلف كلّ من المدّعيين

الرابعة: الوجه الاول: (فان حق المدعى امكان الادعاء لا الاثبات بمجرده و لا منع المدعى عليه من التصرف بمجرده مع ان ذلك صرف المصادرة فان كونه مانعا اول الكلام كما ان الثالث اي التفويت ليس كذلك اذ له الترافع الى الحاكم حتى بعد التزويج غاية الأمر انحصار الاثبات بالبينة لو قلنا بذلك).

حلفت: لا يبعد عدم سماع الدعوى حينئذ فان الدعوى و ان كانت سابقة على التزويج و بذلك يفترق عن المسألة السابقة لكن الظاهر اطلاق دليل المسألة السابقة في انحصار الاثبات بالبينة و لو ملاكا و حينئذ فلا تثبت بالردّ و لا تنفسخ الزوجيّة بصرف حلف المدعى. فمن البعيد جدا هدم البينات بصرف الحلف و لا يبعد اطلاق المكاتبة و نحوها مما مرّ في السابقة و لو ملاكا.

في دعوى الاملاك: بل يفرق عنها (لعدم وجود مثل المكاتبة ٣/ ٢٣ عقد النكاح في غير الزوجية و عدم الملاك المذكور فيها. قال الخوئي (قدّس سرّه) في الشرح: يفرق عنها لكون ما نحن فيه متعلق حق الغير فلا يمكن اثبات المطلوب بالاعتراف لتعلقه بحق الغير بخلاف مثل بيع الدار المختلف فيها. و فيه: ان عين الدار ايضا متعلق حق الغير حينئذ اي بعد البيع فلا يكفي الانتقال الى القيمة. فالوجه ما ذكرنا مع انه يمكن للمرئة فورا التزويج فلا يبقى مورد للمكاتبة إلاّ نادرا لعدم امكان السبق حينئذ).

الخامسة: و كذا ان نكلا: (لكن السقوط في الاول مقتضى الحلفين و في الثاني مقتضى تعارضهما كالمبدلين منهما اي البينين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۱

اليمين المردودة و إن حلف أحدهما و نكل الآخر و حلف مدّعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأول و ثبت مدّعي الثاني و على الثاني و هو ما إذا كان لأحدهما بيّنة ثبت مدّعى من له البيّنة و هل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه قد يدّعى القطع بالثاني لأنّ كلّ دعوى لا بدّ فيها من البينة أو الحلف و لكن لا يبعد تقوية الوجه الأول لأنّ البينة حجّة شرعية و إذا ثبت بها زوجية إحدى الامرءتين لا يمكن معه زوجية الاخرى لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرءتين فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمارة الشرعية عدم زوجيّة الاخرى و على الثالث فامّا أن يكون البينتان مطلقتين أو مورّختين متقارنتين أو تاريخ إحداهما أسبق من الاخرى فعلى الأولين تتساقطان و يكون كما لو لم يكن بينة أصلا و على الثالث ترجّح الأسبق إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية و إن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامرءتان الأمّ و البنت مع تقدّم تاريخ البنت بخلاف الاختين و الامّ و البنت مع تقدّم تاريخ الامّ لإمكان صحة العقدين بأن طلّق الأولى و عقد على الثانية في الاختين و طلّق الامّ مع عدم الدخول بها و حينئذ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان هذا و لكن وردت رواية تدلّ على تقديم بينة الرجل إلاّ مع سبق بينة الامرءة المدّعية أو الدخول بها في الاختين و قد عمل بها المشهور في خصوص الاختين و منهم من تعدّى إلى الامّ و البنت أيضا و لكن العمل بها حتّى في موردها مشكل لمخالفتها للقواعد و إمكان حملها على بعض المحامل الّتي لا تخالف القواعد.

حجة شرعية: (و لا يرد عليه ما قاله غير واحد من المحشين من ان حجية البينة في اللوازم في غير القضاء لا يوجب

كونها كذلك في مقام القضاء مع تعدد الدعويين، أو ان حجية البينة بالنسبة الى الدعوى الثانية مبنية على الالتزام بحجية البينة من المنكر ايضا كما لا يبعد استظهارا من قولهم عليهم السّلام اليمين على من انكر عدم مطالبة البينة منه لا عدم افادتها، لأن البحث في المقام ليس في ذلك كما ان البينة ليست بينة المنكر و انما الكلام في انها اذا قامت على عدم مشروعيّة الزوجية الثانية فلا يسمع دعويها).

الى زمان الثانية: اي زمان تشهد البينة الثانية بوقوع العقد الثاني فيه.

وجهان: مع عدم امكان الجمع بين البيّنتين.

مشكل: بل يمكن كون المراد منها ما اذا قامت بعض القرائن على كذب الثانية أو اتهامها و حينئذ فالحكم في غير الاختين ايضا اذا كان الامر كذلك هكذا (و يشهد لذلك كلمة الفاء في قوله فأقامت اي مترتبة على ادعاء الرجل و لأجل ابطال دليله، و قوله عليه السّلام: «تريد اختها» فساد النكاح، فراجع ۱/ ۲۲ عقد النكاح. و أما ضعف السند فمنجبر بالعمل كما قاله البروجردي (قدّس سرّه) وفاقا للحدائق).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۲

السادسة: إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها بإذن المولى فان اشتراها للمولى بقي نكاحها على حاله و لا إشكال في جواز وطيها و إن اشتراها لنفسه بطل و نكاحها و حلّت له بالملك على الأقوى من ملكية العبد و هل يفتقر وطيها حينئذ إلى الاذن من المولى أو لا وجهان أقواهما ذلك لأنّ الاذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية و قد زالت بالملك فيحتاج إلى الاذن الجديد و لو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى فان اشتراها بعين مال المولى كانت له و بتقى الزوجية و إن اشتراها بعين ماله كانت له و بطلت الزوجية و كذا إن اشتراها في الذمّة لإنصرافه إلى ذمّة نفسه و في الحاجة إلى الاذن الجديد و عدمها الوجهان. السابعة: يجوز تزويج امرءة تدّعي أنها خليّة من الزوج من غير فحص مع عدم حصول العلم بقولها بل و كذا إذا لم تدّع ذلك و لكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعيت إليه

السادسة: ... بقى نكاحها: بشرط امضاء المولى الجديد و كذا الوطيء (للنصوص المعتبرة مثل ۲/ ۴۷ نكاح العبيد و ۱/ ۴۷ الدالة على ان بيع الامة طلاقها و لا يحتاج مع الاجازة الى عقد جديد لما في ذيل ۱/ ۴۷: إلاّ ان يشاء المشتري ان يدعهما. و لأن الاشكال كان في اجازة ذي الحق لا من غيره و قد اجاز. و اما ۲/ ۴۸: «... فهي حلال لزوجها و هما على نكاحهما حتى ينزعها المشتري» فلا يبعد ان يراد به ما في سائر الروايات اي الاحتياج الى الامضاء لكن سكوت المشتري دال على الامضاء، و ردّه الخوئي بمخالفته سائر الروايات).

بطل نكاحها: (لما مرّ من ان بيعها طلاقها فحليّتها حينئذ بالملك، و خصوص موثق سماعة ۱ و ۲/ ۴۶ نكاح العبيد).

اقويهما ذلك: بل الأقوى عدم الافتقار (فان الاذن في الاشتراء لنفسه اذن في الانتفاع على المتعارف إلاّ ان يصرح بخلافه. و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): الأوفق بالقواعد انه لا يفتقر بمقتضى الملكية لكن للمولى منعه بمقتضى مالكيته الطولية، و فيه: ان صرف الملكية لا يقتضي ذلك لكونها مندمجة في ملك المولى بل الاذن في الشراء هو المجوز من المولى).

و تبقى الزوجية: بامضاء المولى كما مرّ.

السابعة: مع عدم حصول العلم: (قيد لقوله: تدّعي فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه).

لم تدع و لكن دعت: الأحوط رعاية صدق اخبارها بأنها خلية و لو بالدلالة الالتزامية العرفية. (فان الروايات بين ما عبّر فيها بأنها المصدقة على نفسها بعد قولها:

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۳

بل الظاهر ذلك و إن علم كونها ذات بعل سابقا و ادّعت طلاقها أو موته نعم لو كانت متّهمة في دعواها فالأحوط الفحص عن حالها و من هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة و لم يعلم موته و حياته إذا ادّعت حصول العلم لها بموته من الأمارات و القرائن أو بإخبار المخبرين و إن لم يحصل العلم بقولها و يجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم و لكن الأحوط الترك خصوصا إذا كانت متّهمة.

الثامنة: إذا ادّعت امرءة أنها خليّة فتزوّجها رجل ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها نعم لو أقامت البينة على ذلك فرّق بينها و بينه و إن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على

لا، و ما يقبل الحمل على ذلك و ليس في الادلة ظاهرا ما يدل على الجواز بلا سؤال بصرف الاجابة و لو فرض فيمكن حمله على ما يدل التزاما عرفيا على كونها خليّة.

فيفرق المقامات و المجتمعات في ذلك. و أما صحيح أبي مريم ۶/۱ المتعة فالمراد بقوله عليه السّلام: «فاسئلوا عنهن» هو التفتيش لا السؤال عنها نفسها بل عن غيرها عنها و لذلك يختص بمورد الاتهام. و قال بعض اهل العصر: يستثنى عن عدم لزوم الفحص ما يعلم بمجرد التحقيق البدوي بلا فحص اكيد كالنظر في جنسيتها في زماننا، و فيه: ان اطلاق قوله عليه السّلام: «هي المصدقة على نفسها» يرد ذلك).

بل الظاهر ذلك: (كل ذلك لشموله قوله عليه السّلام: «هي المصدقة على نفسها» في ۲۵/۲ عقد النكاح و اوليائه لذلك كله).

فالأحوط الفحص: لا ينبغي تركه (و ليس بلازم فان الفساد في زمان أبي عبد اللّه لعله اكثر من زمان ابي جعفر عليه السّلام و مع ذلك صرّح عليه السّلام بالجواز بلا فحص.

و مراد أبي عبد اللّه عليه السّلام الاتهام النوعي لا الشخصي فيفرق عن ما نحن فيه. و قد ذكر في ۱۰/۳ المتعة الملاك في ذلك و هو عدم امكان اقامة البينة على العدم).

اذا ادعت حصول العلم: و أخبرت على الأحوط (لظهور الادلة في اخبارها لا صرف علمها).

الثامنة: لم تسمع دعويها: و لو قبل الدخول (خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) حيث احتاط استحبابا في ذلك، فان ما مرّ من الادلة دلت على سماع قولها في عدم الزوجية لا إثباتها. و مرّ ان الملاك عدم امكان البيّنة على العدم).

فرّق بينها: (و لم افهم وجه اشكال البروجردي (قدّس سرّه) في سماع دعويها حينئذ عند انكار الزوج).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۴

وجه الاجمال. التاسعة: إذا وكّلا وكيلا في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان إلاّ إذا حصل لهما العلم بإيقاعه و لا يكفي الظنّ بذلك و إن حصل من إخبار مخبر بذلك و إن كان ثقة نعم لو أخبر الوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة بل مطلقا لأنّ قول الوكيل حجّة فيما وكل فيه.

(۱۲- فصل في اولياء العقد)

و هم الأب و الجدّ من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعدا فلا يندرج فيه أب أمّ الأب و الوصيّ لأحدهما

____

التاسعة: و ان كان ثقة: على الأحوط، و ان كان الاكتفاء اقوى (لـما مرّ مرارا من كفاية خبر الثقة في الموضوعات كالأحكام بل هي اولى منها فان الثانية اهم. و أما خبر مسعدة بن صدقة ٤/ ٤ ما يكتسب به فالمراد بقوله عليه السّلام: «حتى يستبن لك غير ذلك أو تقوم به البينة» العلم أو مطلق الموضع و منه خبر الثقة لا البينة الاصطلاحية فيشمل الاقرار و اخبار ذي اليد و الثقة و ذي الولاية و من لا طريق إلاّ من نفسه كما مرّ من ادعاء كونها خليّة، و لا اقل من الاحتمال فلا يدل على الخلاف).

بل مطلقا: (للسيرة في الوكيل و الأولياء فيما لهم الولاية و قاعدة من ملك الخ ايضا مستفادة من السيرة، و قيل: انها اجماعية ايضا. نعم، لا سيرة و لا دليل في ناقص الولاية و التصرف كالصبي. و أما موارد الاقرار و كذا موارد كفاية الاذن فهي ثابتة بالاقرار و بالاذن الحاصل من الاخبار و لذلك لا وجه للاشكال في كفاية اخبار الزوج عن الرجوع في اثناء العدة).

فصل ۱۲- اولياء العقد

اب ام الاب: (للأصل و لمفهوم الحصر المستفاد من ۱/ ۱۲ اولياء العقد: «...

اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما»).

للام: (للأصل و الاجماع إلاّ من ابن جنيد، و لا يمكن تأييده بـ ۳/ ۹: «...

فليس لها مع ابويها امر»، نظرا الى ذكر الابوين، لأن مقتضاه عدم الولاية لأحدهما محضا و هو خلاف القطع حتى من ابن الجنيد و لتعارضها مع سائر الروايات، و ضعف السند بابراهيم بن ميمون).

و الوصي لأحدهما: (فان الوصي بمنزلة نائب عن الولي حينئذ و دليل نفوذ الوصيّة عام سيما ذيل كريمة البقرة آية ۱۸۱، و تعليل ۱ و ۲/ ۹۲ وصايا: «ان اباه قد اذن

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۵

مع فقد الآخر و السيّد بالنسبة إلى مملوكه و الحاكم و لا ولاية للأمّ و لا الجدّ من قبلها و لو من قبل امّ الأب و لا الأخ و العمّ و الخال و أولادهم.

المسألة ۱: تثبت ولاية الأب و الجدّ على الصغيرين و المجنون المتّصل جنونه بالبلوغ بل و المنفصل على الأقوى و لا ولاية لهما على البالغ الرشيد و لا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثيّبة و اختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على الأقوال و هي استقلال الوليّ و استقلالها و التفصيل بين الدوام و الانقطاع باستقلالها

____

له و هو حي» و سيأتي).

لا الاخ: (للأصل، و أما الروايات ۵۲ ابواب المهور و ۸/ ٤ عقد النكاح و أوليائه، الدالة على ثبوت الولاية للأخ فهي خلاف الاجماع القطعي، فلا بد ان تحمل على مورد الوكالة أو الحمل على التقية لعدم ذهاب احد من الشيعة اليه مع التعارض بصحيح ٤/ ٤ و ۱/ ۷ اولياء العقد الدالان بصراحة على نفي ولاية الاخ.

و على التعارض يرجع الى مفهوم صحيح ١/ ١٢ الحاصر للولاية في الابوين).

العم و الخال: (للأصل و مفهوم صحيح ١/ ١٢ اولياء العقد و خصوص ٢/ ٦ و ان ضعّفه بعضهم سندا بالشنبولة).

المسألة ١: على الصغيرين: (للاجماع إلاّ من ابن ابي عقيل في الجد و للروايات كما يأتي في الجدّ ايضا و كذا الامر في المجنون المتصل بالبلوغ من الاجماع).

و المنفصل: (وفاقا للبروجردي و الخوئي في الشرح و الجواهر و غير واحد و خلافا للگلپايگاني و الخوئي (قدّس سرّهما) في الحاشية للسيرة، و لعدم ثبوت ولاية الحاكم إلاّ في الامور العامة حكومة و حسبة و أما الامور الخاصة فيحتاج الى دليل، و لمفهوم صحيح ١/ ١٢ اي نفي غير الابوين، و للروايات المفسرة للكريمة: **... بيده عقدة النكاح** بالاب و الجد و الاخ خرج الاخ بالدليل، و لصحيح ١/ ٣٥ مقدمات الطلاق في نفوذ طلاق ولي من ذهب عقله و كذا ٣ و ٢/ ٣٥.

و يمكن الاستدلال باطلاق ٧ و ٨/ ٩ اولياء العقد، الدالة على ولاية الاب للجارية مطلقا. و الاعتبار ايضا يساعد ذلك فان تحويل امور الناس اليهم ما امكن اروح لهم و اريح و لشؤن الحكومة ايضا).

و استقلالها: لا يبعد ان يكون هو الأظهر إلاّ اذا كان عارا عليها أو عليه فيحرم من تلك الجهة مع صحة العقد و كذا مع الاقدام من جانب الاب بحيث يوجب عمل

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۶

في الأول دون الثاني و العكس و التشريك بمعنى اعتبار إذنهما معا و المسألة مشكلة فلا يترك مراعاة الاحتياط

البنت هتكه و يكون عقوقا له. و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط، و لو شك في الرشد فكالشك في البلوغ فلا ينفذ إلاّ باذن الولي إلاّ مع سبق الرشد (وفاقا في الصحة للشيرازي و النجفي و للآقا ضياء (قدّس سرّه) قال (قدّس سرّه): حملا للناهية المطلقة أو المفصّلة على الكراهة الناشئة من الاستقباحات العرفية و لا اظن حينئذ اشكالا في المسألة بعد وضوح الجمع المزبور. و لبعض اهل العصر حيث قال: روايات استقلالها اصرح، و موافقة للمشهور و مخالفة لمشهور العامة (المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٧) و يمكن الجمع الدلالي بحمل دليل التشريك على الاستحباب و الارشاد و حمل دليل استقلال الاب على صورة عدم رشدها كما هو الغالب سيما في ذلك العصر أو يحمل على تبعية رضاهن لرضى الاب كما هو الغالب و مقتضى الاصل عدم الولاية ... و قوّى الگلپايگاني و الاصطهباناتي ايضا ذلك لكنهما احتاطا تبعا للمتن، و للشاهرودي (قدّس سرّه) و من السابقين للشرائع و القواعد و المنسوب الى المشهور بين القدماء و المتأخرين و ادعاء اجماع الانتصار و الناصريات.

و قال ابن ادريس (ص ٢٩٥ السرائر) ما خلاصته: الاصحاب مختلفون ...

و الأكثرون المحصلون من اصحابنا يجعلون امرها بيدها ... فان لم ترض و أظهرت الكراهة بطل العقد و هو قول المفيد و المرتضى و اليه اعتمد و اذهب اليه لوضوحه عندي و تقوية النظر و الاعتبار و المحقق من الاخبار و قوله تعالى **فان طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا ...** و يؤيد استقلالها هنا استقلالها في مالها، و العاقل لا يحجر عليه في ماله و نفسه إلاّ ما خرج بالدليل كالمفلس، و يصح عقود بيوعها و نذرها و ايمانها و لا خلاف في عدم الولاية في المؤجّل مع عدم الفرق و زوال الولاية عند الغيبة ...

فانظر هل ترى معنى عقلائيا للولاية هنا بمعناها الدقيق بعد سقوطها بالغيبة فهل تسقط في الصغيرة؟ و أيضا قد رجع شيخنا الطوسي عن قوله في النهاية في تفسيره التبيان و هو آخر كتبه و بعد استحكام علمه و سيره للمطالب الكثيرة، عند ذكره تفسير الكريمة: **... بيده عقدة النكاح** ... و قال المرتضى في الانتصار في عداد انفراديات الامامية ليس للاب ان يزوج بنته البكر البالغة إلاّ باذنها وفاقا لأبي حنيفة خلافا للمالك

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۷

و الشافعي، و المفيد في كتاب احكام النساء حيث قال: اذا كانت كاملة العقل سديدة الرأي اولى بنفسها في العقد عليها من غيرها كما في البيوع و ... و كذلك الشيخ في المبسوط ...» و كذا صرح السيد المرتضى في الانتصار ص ۱۲۲.

و قال المحقق القمي في جامع شتاته ص ٤١٥: الأشهر و الأظهر استقلالها.

و تردد النراقي (قدّس سرّه) في مستنده في الشهرة و اختار هو التخيير بين الادلة اي يجوز الفتوى باستقلاله أو استقلالها و كذلك الخوانساري في جامع مداركه في نهاية بحثه بعد انتخابه رأي استاذه الحائري (قدّس سرّه) بما يأتي فاختار التخيير اذا وصل الامر الى التعارض و عدم الترجيح. فهو و الحائري (قدّس سرّهما) ايضا قائلان باستقلالها.

و قال الحائري (قدّس سرّه) على ما في تقريرات بحثه ما خلاصته: الاخبار متعارضة ... فيجمع بأن المراد من قوله عليه السّلام: «ليس لها مع ابيها امر» انه ليس له مع اقدام ابيها امر و لو فرض صراحة دليل الولاية و تعارضها مع دليل الاستقلال فالجمع بما ذكر و يكون النتيجة استقلال كل منهما مع تقديم اختبار الاب مع تقارنهما بل هو مقتضى الجمع العرفي فان دليل استقلالها يعم بالاطلاق لمورد اقدام الاب ايضا لكن المتيقن ما لم يقدم الاب و دليل الولاية يعم ايضا بالاطلاق كل الصورتين لكن المتيقن ما اذا اقدم الاب فيطرح ظاهر كل بنص الآخر.

قال: و أما الحمل على الاستحباب ففي غاية البعد عن ظاهر قوله عليه السّلام: «ليس لها مع ابيها امر». كحمل دليل الاستقلال على ما كانت ثيبة، لصراحة الاخبار في البكر. و لو ابيت عن الجمع فيرجع الى مرجحات باب التعارض و لا ترجيح سندي و لا من جهة الصدور لاختلاف العامة ايضا و أما الترجيح بالكتاب مثل: **اوفوا بالعقود** و ... ففيه منع صدق العقد على الزواج. و أما الترجيح بموافقة السنة الدالة على ان الصبي اذا بلغ اشدّه يكون مالكا لأمره ففيه ان الترجيح انما هو بالسنة المتواترة القطعية و إلاّ فهو المرجع لا المرجح. و أما الترجيح بقاعدة السلطنة ففيه ان المستفاد منها عدم ولاية الاب لا استقلالها فان هذه القاعدة عمومها باعتبار انواع السلطنة لا بحسب اسباب السلطنة فلا تنتج صحة العقد و الانشاء.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۸

و في كلامه (قدّس سرّه) بعض انظار لا يخفى على أخي القارىء اهمّها الجمع بالقدر المتيقن، اذ لا دليل على هذا الجمع اصلا عرفا و شرعا و كان استاذنا المحقق الداماد (قدّس سرّه) ايضا تابعا لشيخه الحائري (قدّس سرّه) في ذلك.

و اختار العلامة في المختلف استقلالها و استدل بظهور الآيات في الاستقلال و روايات الاستقلال و بارتباط الولايتين

المالية و النكاحية بالبلوغ و الرشد فيها بلا فرق.
و جمع بين الروايات بكراهة التفرد و أولوية الاستيذان ....
و الذي اظن بعد التعمق و البحث في الادلة و في جهات الاعتبار ان:
١- الولاية لو كانت ثابتة بحسب الشرع لزم التصريح بكلمة واحدة في الادلة لا بهذا الاختلاف اذ العامة ايضا مختلفون فمالك و الشافعي ايضا قائلان بالولاية فلا تقية، و أما الشيعة فالولاية موافقة لمذاق العرف المتشرعة فلا تقية منهم و هوى الشباب الاستقلال فلا بد من التصريح الأكيد بمنعهم و لا يحصل ذلك مع اختلاف الكلمة.
٢- لو كان الثابت استقلالها لا يحسن التصريح الأكيد بذلك حذرا من متقشرة الشيعة و من افراط هوى الشباب و من سوء استفادة الشباب في حصول الرشد فيناسب اختلاف الكلمات و لذلك لم يصرّح باستقلالها.
٣- لو كانت البالغة الرشيدة ناقصة بحسب نفوذ عقودها و عهودها كانت سائر عقودها ايضا كذلك، و لو قيل هي في امر نكاحها ناقصة ففيه انه ممنوع فان الآباء قد يكونون انقص فيتجرون ببناتهم و يهدمون بذلك حياتهن بل و البالغة الرشيدة نفسها اكمل من ابيها بحسب رعاية مستقبلها و لو ترددت تشاور كسائر الناس في سائر الامور. و لو قيل: هويهنّ تعميهنّ، قيل في مقام تعشقهن و هويهن تكونون كالرجال البالغين فكل من هاتين الطائفتين، يعملون اعمالا خلاف العقل و الشرع لكن الفتيات تراعى موضع بكارتها لرعاية العار الاجتماعي نوعا و هذا دليل عقلهنّ.
٤- لو كانت ناقصة فكيف ينفذ عملها في غيبة وليّها غيبة منقطعة و كذا في مورد العضل.
٥- كيف ينفذ عمل البالغة الرشيدة فلا أب و لا جد؟!

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۶۹

٦- زواج البنات ذوات الآباء يقع في العادة تحت اشراف الاب سيما اذا كانت تحت نفوذه من الناحية الاقتصادية ايضا و من الحرج على الآباء ان يقال رأيك غير نافذ مع وجود انفاقاتك فرعاية الآداب تناسب القول بأنها اذا لم تكن مالكة لأمرها تبيع و تشتري ان تكون تحت ولاية الاب سيما في اهم امورها اي النكاح فيناسب حمل روايات المنع على الآداب.
٧- الظاهر ان الأشهر القول باستقلالها و هذا يوجب تأييد فهم الاستقلال من الجمع بين الادلة.
٨- في مورد العضل لا اعتبار باذنه و لازمة عدم الاعتبار بتشخيصه الكفائة و إلاّ فيمكن له القول بأني لا اعتقد كفائة هذا الرجل لها فيستفاد ان المطلوب صرف الاحترام ما امكن لا الولاية.
٩- الأصل عدم الولاية لا استصحاب الولاية الثابتة قبل البلوغ لاختلاف البالغ و غيره موضوعا بحسب العرف و ان كان عند الشك يرون الموضوع واحدا فلا وجه لقول الحائري المؤسس (قدّس سرّه) بوحدة الموضوع عرفا كما لا وجه لظاهر الخوئي (قدّس سرّه) باختلاف الموضوع كلا بل في غير الشك و لعله مراده (قدّس سرّه).
١٠- ظواهر الآيات مشعرة باستقلال كل مؤمن و مؤمنة بعد بلوغه قيل و يستفاد من الكريمة في العضل آية ٢٣٢ البقره ان الملاك تراضي الزوجين، و فيه انها في المطلّقة المدخول بها، فلا تدل على مطلوبنا.
١١- الروايات المجوزة المقدمة على روايات المنع بوجوه الجمع نذكر بعضها، راجع الوسائل و الكتب الفقهية لتمامها و نذكر خلاصة وجوه الجمع و نتيجة القول:

فمن الروايات و هو العمدة مصحح الفضلاء ۱/ ۳ عقد النكاح: «المرئة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة و لا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز». فان المراد من المولى عليها ليس ولاية النكاح و إلّا فهو دائر أو ضروري بشرط المحمول و لغو، بل المراد ولاية سائر الامور فالمراد المجنونة أو غير البالغة و قول الخوئي انها اعم من البكر، فيه: ان حملها على الثيب بعيد جدا بل خلاف طريقة التكلم اذ لا شك لأحد في عدم الولاية على الثيبة مع انه لو كان المراد الثيب لزم الالتفات اليه لا الى السفه و غير البلوغ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۰

فلا اظن مكانا للشك في المراد العرفي من هذا الدليل. نعم يمكن ان يقال: لعل المراد من المولى عليها الولاية العرفية اي انها لا تبيع و لا تشتري بل تكون تحت اشراف الاب اقتصاديا. فيناسب رواية زرارة ٦/ ٩ عقد النكاح: «اذا كانت المرئة مالكة امرها ...» الخ. و حينئذ فهل المراد التقييد أو الاشعار بحكمة استقلالها اي اذا كانت هي مستقلة في امورها المالية فكيف لا تستقل في نكاحها؟!.

و لعل المراد تفسير الرشد و لعله الأظهر. أو تفسير للرشد المعلوم اذ الرشد الواقعي لا يكفي في الحكم بالجواز ما لم يظهر بالقرائن، و لا طريق معمولا الى الرشد في البكر الواقعة بين ابويها بخلاف المالكة امرها تبيع و تشتري فالاقرب ان امرها بيدها اذا كانت رشيدة لكن لا طريق الى رشدها معمولا اذا كانت بين ابويها، و أما التعارض في خصوص البكر بعنوانه فيحمل على الاستحباب لاعراض المشهور عن المانعة بعد التوجه الى ما ذكرنا من الشواهد.

و منها رواية سعدان: «لا بأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن ابيها» ٤/ ٩ عقد النكاح، و قد استدل بها القوم في كلماتهم فراجع فالسند منجبر و ردّه الخوئي بالارسال لرواية الشيخ بطريق آخر و استظهر اتحادهما و فيه منع ذلك لإمكان كونها روايتين، و أيضا عباس بن معروف من اصحاب الاجماع فلا يعبأ بارسال بعده عند من يعتقد ذلك. و لا يبعد ذلك لعدم ردّ صريح من الاصحاب لكلام الشيخ في العدة و كلام الكشي، كما ان العاقل اللبيب لا يشك في ان مراد العدّة من: «... و غيره من الثقات» ما ذكره الكشي، لعدم ذكر لغير هؤلاء في كتب الفقه و الرجال.

و رده ايضا بمخالفتها للروايات الكثيرة الدالة على رضا الاب في الجملة استقلالا أو اشتراكا. و فيه انها متعارضة. و سعدان بن مسلم لعله ثقة على ما يظهر من القرائن فراجع منتهى المقال لأبي علي و استند الخوئي الى كونه من رجال كامل الزيارة.

و فيه ما مرّ كرارا من ان توثيقات ابن قولويه مربوطة بالمشايخ بلا واسطة و إلّا فهو لم ير الرواة فوقهم، و العجب من الخوئي (قدّس سرّه) كيف تسلّم توثيقات ابن قولويه في الرواة فوق المشايخ و لم يقبل ذلك من الصدوق (قدّس سرّه) حيث ان جزميّاته عين توثيقات الرواة.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۱

و روايات استقلالها في المتعة كما في ٩ و ٨/ ١١ المتعة و بازائهما روايات المنع لكن الشهرة ظاهرا على الاستقلال بل قال ابن ادريس الاجماع عليه.

و كيف كان فالجمع بين الادلة اما بالاشتراك في الاذن و هو لا يناسب قوله عليه السّلام: «لا امر لها مع ابيها»، و قوله: «و ان كانت كارهة» و أما باستقلال الاب و هو لا يناسب قوله عليه السّلام: «فان لها حظاً» و اما باستقلالها و هو لا يناسب قوله عليه السّلام:

«لا امر لها مع ابيها» و في خصوص المتعة: «لا تتزوج متعة إلاّ باذن ابيها» فلا بد ان يحمل الحمل بعضها على بعض و الأظهر في النظر كون قوله عليه السّلام: «بين ابويها»، «و لم يكن مالكة لأمرها»، اشارة الى عدم الرشد، و حمل قوله عليه السّلام: «ليس لها مع ابيها امر» و نظائر ذلك على صورة اقدام الاب رعاية لمصلحتها الكاشفة عن المصلحة الواقعية لا الجبر لقوله عليه السّلام في ٦/ ٣: «هو انظر لها». و هو المراد من قوله عليه السّلام في ٣/ ٤:

«يستأمرها كل احد ما عدا الاب» سيما مع التوجه الى معتبر منصور ١٠/ ٣: «تستأمر البكر و غيرها و لا تنكح إلاّ بأمرها» فاذا لم تكن راضية باقدام الاب لا تنكح طبق الحديث. و لا اقول في مقام الجمع ما قاله آقا ضياء (قدّس سرّه) من ان الناهية مربوطة بالاستقباحات العرفية فقط. لكن اقول: اصرار الروايات على ان لها حظا و تستأمر و لا تنكح إلاّ بأمرها ينتج عدم دخالة نظر الاب إلاّ احتراما أو لكشف المصلحة فيصير كسائر موارد اطاعة الوالدين فلا يجوز مخالفتهما أو عقوقهما أو يجب اطاعتهما و هذا كلها تكليفية لا وضعية.

نعم للأب ان ينقض النكاح لصحيح ١ و ٥/ ٤. و ظاهر النقض وقوع الابرام قبله و ليس خلاف الاجماع اذا حمل على بعد العقد اذا اطلع الاب قبل الدخول، لكن الأظهر حمل تلك الجملة على التكليف ايضا اي يجب على الولد رفع اليد عن النكاح اطاعة من باب التكليف لشمول الحديث للابن و الثيب ايضا.

كما ان جهة التكليف تختلف بحسب المجتمعات المختلفة من جهة عدّ ذلك عارا و عدمه سيما في الحفظ على البكارة، و لعل ذلك في مثل مجتمعنا حرام حتما و ان صح العقد وضعا و بحسب حرج المرئة و عدمه في الصبر مجردة. بقى امر و هو انه قد يقال ذلك ينجر الى سوء استفادة الافراد و ايجاد الروابط الغريزية مع الفتيات و الجواب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۲

بالاستيذان منهما و لو تزوجت من دون إذن الأب أو زوّجها الأب من دون إذنها وجب إما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق نعم إذا عضلها الوليّ أي منعها من التزويج بالكفو مع ميلها سقط اعتبار إذنه و أما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعا فلا يكون عضلا بل و كذا لو منعها من التزويج بغير الكفو عرفا ممّن في تزويجه غضاضة و عار عليهم و إن كان كفوا شرعيا و كذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود

انه اذا كان جائزا فما المانع؟ و ليس سوء مع ان سوء استفادة الآباء من بناتهم المجردة التابعة لاذنهم اكثر بمراتب و كم له من شاهد و شواهد في المجتمع. ثم المراد بالرشد في المقام مقابل السّفه و لا يفرق عن سائر الموارد كالآية: ... **آنستم رشدا** و ما يقال ان الفتاة في مقام الغريزة لا يبقى لها عقل فيه عدم الفرق مع الفتى فانه اذا قام ... ذهب العقل.

و كيف كان فاذا بلغ عقلها بحيث يميّز مصالحها فهي املك بنفسها و تختلف الافراد في ذلك سنّا. ثم ان في المقام روايات اخر يمكن ان يستفاد نظرنا منها ايضا اعرضنا عنها خوف الاطناب).

من دون اذنها وجب اما: لو اريد الاحتياط.

سقط اعتبار اذنه: (لكون ولاية الاب ثابتة لها لا عليها كما يستفاد من قوله عليه السّلام:

«هو انظر لها» ٦/ ٣ و أما الكريمة: **فلا تعضلوهن** آية ٢٣٢ البقرة فمربوطة بالمطلقات المدخول بهنّ...، و للتعليل الوارد في بعض الروايات: «لا تبقى معطلة و لا تترك بلا زوج» لكنه لا يدل إلاّ على سلب ولايته اذا منعها من كل الأكفاء لا من مورد خاص. و للتعليل في ٢/ ٧٨ ما يكتسب به في مال الولد: **ان اللّه لا يحب الفساد** و ايضا دليل نفي الحرج فانه يقيد ادلة رعاية رضى الاب على فرض اطلاقه و ٢/ ١١ عقد النكاح: «ما لم يكن مضارا» لكنه في الجد و لا فرق على القطع).

بغير الكفو شرعا: (و هو ما ورد النهي عن التزويج بهم كشارب الخمر و متجاهر الفسق و أما الكافر فالتزويج باطل من الأصل، فلا يرد اشكال بعض اهل العصر بعدم الصحة حينئذ و أما غير الكفو عرفا من لا يعدّه العرف مناسبا لها بحسب المكانة).

بغير الكفر عرفا: اذا لم يكن حرجا عليها و إلاّ فولايته ممنوعة (لشمول ما مرّ من الادلة للمقام).

بكفو معين: فيه اشكال اذا لم يكن جهة موجهة لمنعه بل اعتبار ولايته حينئذ ممنوع.

(لشمول دليل الحرج و نفي الفساد و مفهوم تعليل: «هو انظر لها» مما مرّ خلافا للمحشين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۳

كفو آخر و كذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غايبا لا يمكن الاستيذان منه مع حاجتها إلى التزويج.

المسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطي من وثبة و نحوها فحكمها حكم البكر و أمّا إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال و لا يبعد الالحاق بدعوى أنّ المتبادر من البكر من لم تتزوّج و عليه فاذا تزوّجت و مات عنها أو طلّقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر و مراعاة الاحتياط أولى.

المسألة ٣: لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الأب و لا موته و القول بتوقّف ولايته على بقاء الأب كما اختاره جماعة ضعيف و أضعف منه القول بتوقّفها على موته كما اختاره بعض العامّة.

غائبا: أو بحكمه كما اذا لم يمكن للبنت اظهار الأمر للاب للخوف منه (شمول ما مر من الادلة له بلا فرق و ان لم يذكره المحشون. لكن جواز ذلك فيما احرز الرشد للبنت كما هو واضح).

المسألة ٢: حكم البكر: (لصحيح ٨/ ٩ اولياء العقد: «... إلاّ ان تكون امرئة قد دخل بها»، فالملاك هو الدخول بل يمكن ان يكون مفهوم البكر ايضا ذلك في العرف و لا يبعد استفادة ذلك من جمع كريمة آية ٣٦ الواقعة: **فجعلناهنّ ابكارا** و آية ٥٦ الرحمن: **لم يطمثهن انس ... الخ**).

ففيه اشكال: اظهره الحاقها بالثيب (فان الملاك على ما مرّ نفس الدخول و ذكر التزوج في ٣/ ٩ و ٤ و ٣/١٢ عقد النكاح محمول على الغالب من وقوع الدخول بعده مع ان بعض تلك الروايات ضعيفة السند و المعتبر صحيح الحلبي المذكور فيها (نكحت) و الظاهر أنه تأكيد الموضوع اي بيان الثيب لا ذكر القيد و يمكن كونه بمعنى الدخول لا التزويج. و يمكن استفادة ان المهم هو البكارة بمعنى حفظ حجابها الداخلي في الفرج فانها التي ذهابها عار فاذا ذهبت فلا فرق حتى في الوثبة، لكن الأحوط لو لا الأظهر اعتبار الدخول وفاقا لغير واحد).

المسألة ٣: لا يشترط: (للاطلاقات بل المصرّحة بولاية الجد مع حضور الاب بل و تقديمها على الاب مثل ١/ ١١ عقد النكاح صحيح ابن مسلم. و كذا معتبر عبيد بن زرارة ٧/ ١١ و كذا ٨/ ١١. المصرحة بأنها و أباها للجد و للاستصحاب

على فرض عدم الدليل فيما كان حالة سابقة بخلاف ما كانت حملا عند حياة الاب. و ردّه الخوئي بما يردّ دائما من منع جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية. و أما التمسك بصحيح الفضيل ٤/ ١١: «و كان ابوها حيا» على اعتبار ولاية الجد حين بقاء الاب فقط،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۴

المسألة ٤: لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها و رشدها بل هو لازم عليها و كذا الصغير على الأقوى و القول بخياره في الفسخ و الامضاء ضعيف و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.

المسألة ٥: يشترط في صحّة تزويج الأب و الجدّ و نفوذه عدم المفسدة و إلاّ يكون العقد فضوليا كالأجنبيّ و يحتمل عدم الصحة بالاجازة أيضا بل الأحوط مراعاة المصلحة بل يشكل الصحة إذا كان هناك

ففيه: ان مرام الحديث تقديم ولاية الجد على الاب فراجع. كما ان اعتقاد بعض العامة بلا وجه بعد صراحة الادلة بالولاية حين وجود الاب).

المسألة ٤: لا خيار: و ينبغي الاحتياط فيما كان بين الصغير و الصغيرة فأرادا أو احدهما الفسخ فيحتاط بالطلاق (لحديث ٨/ ٦ عقد النكاح صحيح ابن بزيع: «...

يجوز عليها تزويج ابيها» و كذا صحيح ١/ ١١ ميراث الازواج: «... يجوز عليها تزويج الاب ...». لو كان المراد من الوليين في صدر الحديث الشرعيان لكنه ممنوع بشهادة ذيل الحديث الدال على عدم الخيار اذا زوجهما الاب.

لكن الاعراض محقق في الصغيرة بل لعل الاجماع على خلافه و الشهرة ايضا على خلافه في الصغير فلا يلزم الاحتياط خلافا للخوئي (قدّس سرّه) فاحتاط، و أما الاشكال بأنه كيف ينفذ عمل الغير على الشخص، ففيه انه مرهون برعاية المصلحة فاذا كان الزواج مصلحة فلا طريق اليه إلاّ بعمل الولي و لو لم يكن لازما لزم هدم اساس البيئة كسائر الموارد. مثل المجنون و ما لم يكن رشد لها. و لا وجه لحاشية بعض اهل العصر «بأنه لا مصلحة في مثل زماننا» فان المصالح لا تنحصر بزمان خاص، نعم لا بد من رعاية المصلحة الدائمة لا الآنية. و مبنى امثال هذه الانظار دخالة الزمان بنفسه في الاحكام و هو فاسد جدا).

المسألة ٥: و يحتمل: لكنه غير وجيه (لعدم دليل على لزوم كون المجيز اهلا للاجازة حين العقد بل كونه كذلك بعدا كاف).

بل الأحوط: بل لا يخلو عن قوة (لظهور صحيح ٤/ ١١ عقد النكاح: «...

كان الجدّ مرضيا»، في ذلك و كذا ٦/ ٣: «هو انظر لها». و يمكن الاستدلال بآية:

لا تقربوا ... إلاّ بالتي هي أحسن بتنقيح المناط فيشمل النفس كالمال بل بالاولوية، نعم هي في الجد و أما الاب فلا يكون الطفل حينئذ يتيما، إلاّ ان يقال: اليتيم هو الصغير كما لا يبعد خلافا للخوئي (قدّس سرّه) حيث قبل عدم كونه يتيما و ببالي ان الاستاذ

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۵

خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغير فاختار الأب غير

الأصلح لتشهّي نفسه.
المسألة ٦: لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل أو زوّج الصغير بأزيد منه فان كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صحّ العقد و المهر و لزم و إلاّ ففي صحة العقد و بطلان المهر و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد أيضا قولان أقواهما الثاني و المراد من البطلان عدم النفوذ بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ و يحتمل البطلان و لو مع الاجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في الحال.
المسألة ٧: لا يصحّ نكاح السفيه المبذّر إلاّ بإذن الوليّ و عليه أن يعين المهر و المرءة و لو تزوّج بدون

ايضا كان سابقا يقول في مجلس درسه بأنه من لا اب له، و يمكن منع ذلك بحسب استعمال العرب فتأمل سيما في كريمة: **و ابتلوا اليتامى ...** الخ.
و قال الخوئي (قدّس سرّه) لو فرض دلالة الآية فاطلاقات ادلة الباب كاف لعدم ورود اعتبار المصلحة فيها، و فيه ما ذكرنا مع انّ الآية كافية في التقييد حينئذ. نعم في بعض الادلة اعتبار نفي المفسدة فقط مثل صحيح ٢/ ١١: «... ما لم يكن مضارا».
و صحيح ابي حمزة حاكيا آية القرآن الكريم: **ان الله لا يحب الفساد** لكنها مقيدة بما ذكرنا).
بل يشكل الصحة: بل عدمها اقوى (للآية كما مرّ و لصدق الخيانة حينئذ وفاقا للآقا ضياء (قدّس سرّه). و أدلة الولاية منصرفة عنها).
المسألة ٦: اقويهما الثامن: لكنه في الصغير اذا كان المهر عليه لا على الوليّ لعدم الضرر حينئذ (و البطلان في غيره لتقييد الانشاء فمع صحة العقد لا تطابق بين الايجاب و القبول. فلا وجه لقول الشيخ الاعظم من صحة العقد و بطلان المهر فقط نظرا الى انحلال العقد اليهما و الضرر في المهر فقط، لفرق المقام عن مثل البيع).
و يحتمل: لكنه ضعيف كما مرّ.
المسألة ٧: السفيه المبذر: و لو لم يحجر عليه و لم يكن سفهه متصلا بالبلوغ (لظهور صحيح الفضلاء ١/ ٣: «غير السفيهة» و لا اختصاص له بالمتصل سفهها بالبلوغ هذا في المرئة، و أما الرجل فبتنقيح المناط و لاستفادة الملاك من ٥/ ٢ الحجر ان قلنا بظهوره في المتصل و إلاّ فهو بظاهره: «اذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز امره إلاّ ان يكون سفيها أو ضعيفا». ثم ان قيد المبذّر بيان لكون سفهه ماليا و في النكاح ايضا مال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۶

إذنه وقف على إجازته فان رأى المصلحة و أجاز صحّ و لا يحتاج إلى إعادة الصيغة لانه ليس كالمجنون و الصبيّ مسلوب العبارة و لذا يصحّ وكالته عن الغير في إجراء الصيغة و مباشرته لنفسه بعد إذن الوليّ.
المسألة ٨: إذا كان الشخص بالغا رشيدا في الماليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته من تعيين الزوجة و كيفية الإمهار و نحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة إلى أذن الوليّ و إن لم أر من تعرّض له.
المسألة ٩: كلّ من الأب و الجدّ مستقلّ في الولاية فلا يلزم الاشتراك و لا الاستيذان من الآخر فأيّهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محلّ للآخر و لو زوّج كلّ منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدّم و لغي الآخر و إن

علم التقارن قدّم عقد الجدّ و كذا إن جهل التاريخان و أمّا إن علم تاريخ أحدهما دون الآخر فان كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدّم أيضا و إن كان المعلوم تاريخ عقد الأب

و لو في الذمة لعدم الفرق بين المعين و ما في الذمة في صدق السفه فيشمله ما مرّ من الدليل و بما ذكرنا ظهر الاشكال في التفصيل في حاشية الاستاذ (قدّس سرّه)).

و المرئة: اذا كان سفها في تعيين المرئة ايضا (فانه حينئذ مقتضى الولاية، و استشكل النجفي (قدّس سرّه) في تعيين المرئة و يأتي في المسألة الآتية عدم الفرق بين السفه المالي و سائر شؤون النكاح).

مسلوب العبارة: مرّ عدم كون الصبي كذلك اذا كان مميزا.

المسألة ۹: مستقل: (لظهور الادلة في ولاية كل منهما بلا اشتراط بالآخر).

جهل التاريخان: (بناء عى جريان الاصل في مجهول التاريخ بل مطلقا اذ التاريخ هنا معلوم على الاجمال فانه مثلا بين الشهر الماضي الى هنا بل نقول السبق أو اللحوق بعنوانه ليس دخيلا في المسألة و لذا يصح عقد الجد مع عدم وقوع عقد من الاب اصلا مع عدم تحقق عنوان اللحوق لعقد الجد هنا بل المراد صحة عقد الجدّ اذا لم يتحقق عقد الاب في عمود الزمان قبله لا بعنوان القبلية و هذا الامر الوجودي قابل للاستصحاب و ان لم يجر الاستصحاب بعنوان القبلية لعدم تيقن عدم وقوعه قبل الجد بعنوان القبلية خلافا للاستاذ و البروجردي و الگلپايگاني (قدّس سرّهم) و الظاهر عدم صحة نظرهم مع اعتقاد صحة عقد الجدّ مع التقارن اذ لو فرض ان مراد الحديث (اذا لم يكن زوّجها الاب قبلا) اهلية المورد للزواج فلا تأهل حينئذ لورود العقدين معا أو يقال بصحتهما معا، فلا يمكن حمل الحديث على بيان الثبوت فقط بل امر اثباتي

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۷

احتمل تقدّمه لكن الأظهر تقديم عقد الجدّ لأنّ المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولوية الجدّ ما لم يكن الأب زوّجها قبله فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقا و ما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ أولى فتحصّل أنّ اللازم تقديم عقد الجدّ في جميع الصور إلاّ في صورة معلوميّة سبق عقد الأب و لو تشاحّ الأب و الجدّ فاختار كلّ منهما واحدا قدّم اختيار الجدّ و لو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلا أو يصحّ وجهان بل قولان من كونه سابقا فيجب تقديمه و من أنّ لازم أولوية اختيار الجدّ عدم صحة خلافه و الأحوط مراعاة الاحتياط و لو تشاحّ الجدّ الأسفل و الأعلى هل يجري عليهما حكم الأب و الجدّ أو لا وجهان أوجههما الثاني لأنهما ليسا أبا و جدا بل كلاهما جدّ فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الأب.

المسألة ۱۰: لا يجوز للوليّ تزويج المولّى عليه بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أو لا لأنه خلاف المصلحة نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز و حينئذ لا خيار له و لا للمولّى عليه

ايضا اخذ بعنوان الواقع و لذا يحكم بصحة عقد الجد مع التقارن).

احتمل تقدمه: (لكنه ضعيف لما مرّ المستفاد من خبر عبيد ۲/ ۱۱ عقد النكاح تقدم عقد الجد اذا لم يتحقق زواج من الاب قبلا).

قدّم اختيار الجد: (لصحيح ١/ ١١ و كذا ٧/ ١١ عقد النكاح).

قولان: اقويهما الثاني (لاستفادة ثبوت الولاية للجد حينئذ لا الاب مما مرّ من الصحيحين).

وجهان: أوجههما الاول اذا فرض رعاية المصلحة، و قد مرّ منّا ان اصل ولاية الاب و الجد انما هو في الصغيرة او السفيهة أو التي لم يثبت رشدها و إلاّ فلا ولاية عليها من احد (لاقتضاء التعليل الوارد في رواية عبيد ٥/ ١١ و ٨/ ١١ بقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم:

«انت و مالك لأبيك» و استشكل الخوئي (قدّس سرّه) بأن المستفاد منهما تقديم هوى الجد الأعلى لا عقده بل المستفاد من الاول صرف ولاية الجد و ان له ان يفعل كل ما يفعله الاب مع ضعف سنده بسهل بن زياد، و فيه: ان المستفاد من الحديثين سيما بلحاظ التعليل عدم ثبوت الولاية للاسفل مع وجود الأعلى. و قد مرّ لزوم رعاية المصلحة في المقام ايضا لا بد ان يكون اختيار الجد مع رعاية المصلحة كما مرّ عدم الولاية من احد على البالغة الرشيدة. و أما سهل فأمره سهل كما مرّ).

المسألة ١٠: خلاف المصلحة: (بل فيه مفسدة و في كلامه هنا اشعار بلزوم المصلحة و هو خلاف ما تقدم منه حيث احتاط ثم اللازم رعاية المصلحة فانها مقتضى

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۸

إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ و إن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه أو إفاقته و عدمه لأنّ المفروض إقدام الوليّ مع علمه به وجهان أوجههما الأول لإطلاق أدلّة تلك العيوب و قصوره بمنزلة جهله و علم الوليّ و لحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه و غاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد فتبقى أدلّة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للوليّ أيضا من باب استيفاء ما للمولّى عليه من الحقّ و هل له إسقاطه أم لا مشكل إلاّ أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك و أما إذا كان الوليّ جاهلا بالعيب و لم يعلم به إلاّ بعد العقد فان كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له و للمولّى عليه إن لم يفسخ و للمولّى عليه فقط إذا لم يعلم به الوليّ إلى أن بلغ أو أفاق و إن كان من العيوب الاخر فلا خيار للوليّ و في ثبوته للمولّى عليه و عدمه وجهان أوجههما ذلك لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج بل يمكن أن يقال إنّ العقد فضوليّ حينئذ لا أنه صحيح و له الخيار.

المسألة ١١: مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى.

المسألة ١٢: للوصيّ أن يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج بل الصغير أيضا لكن بشرط نصّ الموصي

قوله عليه السّلام: «هو انظر لها»، لا المصلحة الواقعية و لا يمكن اشتراط واقعها في المعاوضات و إلاّ لوقع الهرج).

قصوره بمنزلة جهله: لكن دليل الولاية مقدم، و حينئذ فالملاك رعاية علم الولي اذا كان مع مراعاة المصلحة.

مشكل: بل ممنوع مع عدم المصلحة كما هو مفروض المتن.

ثبوت الخيار له: (أي نيابة).

يمكن ان يقال: الملاك رعاية المصلحة كما مرّ لا المصلحة الواقعية فان راعاها فلا خيار و إلاّ فالعقد فضولي.

المسألة ١٢: للوصيّ: (لعموم دليل الوصاية مثل ذيل كريمة آية ١٨٣ البقره: **فمن خاف من موص** فصدر الكريمة في

الوصية المالية لكن الذيل عام فتأمل فانه يحتمل كون الذيل في بيان نقض الوصية لا تعميمها و بذلك يظهر النظر في توضيح الخوئي (قدّس سرّه).
فتأمل. و لتعليل صحيح ١/ ٩٢ الوصايا و كذا ٢/ ٩٢: «ان اباه قد اذن له في ذلك و هو حي» فيستفاد ولاية الولي على الوصاية. و قد ذكر بعض روايات تفسير كريمة:
بيده عقدة النكاح. الوصي ايضا نعم ولاية الوصي تابعة لولاية الاب و الجد سعة و ضيقا و حيث اعتقدنا عمومها للجنون المنفصل عن البلوغ ايضا فالوصي كذلك).
بشرط نص الموصى عليه: بل و مع عدم النص على الزواج ايضا اذا كانت الوصاية

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۷۹

عليه سواء عين الزوجة أو الزوج أو أطلق و لا فرق بين أن يكون وصيا من قبل الأب أو من قبل الجدّ لكن بشرط عدم وجود الآخر و إلاّ فالأمر إليه.
المسألة ١٣: للحاكم الشرعيّ تزويج من لا وليّ له من الأب و الجدّ و الوصيّ بشرط الحاجة إليه أو قضاء المصلحة اللازمة المراعاة.
المسألة ١٤: يستحبّ للمرءة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدّها و إن لم يكونا فتوكّل أخاها و إن تعدّد اختارت الأكبر.
المسألة ١٥: ورد في الأخبار أنّ إذن البكر سكوتها عند العرض عليها و أفتى به العلماء لكنّها محمولة على ما إذا ظهر رضاها و كان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك.

مربوطة بجميع شؤون الطفل لكن لا يترك الاحتياط حينئذ بالترك اذا لم تكن مصلحة ملزمة و ضرورة و ان كان كفاية المصلحة وجيها. (لما مرّ في المجنون و أما ١/ ٨ عقد النكاح الدالة على كون الاختيار بيد الجارية فهو محمول على ما لم تكن الوصاية في الزواج. و أما ١/ ١٢ عقد النكاح: «اذا كان ابواهما ...» الخ. فلا يدل على اخراج الوصي فانه بمنزلتهما، و أما مع عدم النص على خصوص الزواج و مع اطلاق الوصاية فلكون الوصي حينئذ ايضا بمنزلتهما فيشمله ما مرّ من الادلة، نعم الزواج حينئذ مرهون بالمصلحة ليكن اذا لم يصرح الولي فالأحوط الاقتصار على مورد قضاء الضرورة للطفل لعدم تيقن كون الوصي حينئذ بمنزلة الولي و ان كان لا يبعد ذلك و أما الحاكم فلا دليل على ولايته في ذلك إلاّ فيما لم يكن ولي في البين كما مرّ فيما سبق خلافا للماتن (قدّس سرّه) و للمشهور على ما قيل. لكن ولاية الحاكم في الامور الخاصة يحتاج الى دليل مع كونها خلاف متعارف العقلاء فيما كان وليّ أو وصي في البين).
المسألة ١٣: أو قضاء المصلحة: و لو لغير الحاجة، و الأحوط الاقتصار على الضرورة. (كاحتياج امها الى من يعينها في الامور و لا يصلح المعين لتزوج الام بجهة كما يقع كثيرا. و الدليل ان الحاكم يتصدى لامور الناس الكلية، أو الخاصة التي تعطلت لعدم الولاية الخاصة).
المسألة ١٤: يستحب: ظاهره الاستحباب في الثيب لاعتقاده (قدّس سرّه) الوجوب في البكر مع عدم دليل على الثيب اصلا. نعم، على ما قلنا يستحب في البكر ذلك حملا لروايات استيذان الولي على الاستحباب لما مرّ من استقلالها.

المسألة ۱۵: ظهر رضاها: و لو بالدلالة العامة و سكوت البكر كذلك إلاّ فيما كان

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۰

المسألة ١٦: يشترط في ولاية الأولياء المذكورين البلوغ و العقل و الحرية و الاسلام إذا كان المولّى عليه مسلما فلا ولاية للصغير و الصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة بل الولاية حينئذ لوليّهما و كذا مع فساد عقلهما بجنون أو إغماء أو نحوه و كذا لا ولاية للأب و الجدّ مع جنونهما و نحوه و إن جنّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر و كذا لا ولاية للمملوك و لو مبعّضا على ولده حرّا كان أو عبدا بل الولاية في الأول للحاكم و في الثاني لمولاه و كذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم فتكون للجدّ إذا كان مسلما و للحاكم إذا كان كافرا أيضا و الأقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر و لا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو إحرام المولّى عليه سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليوقع العقد بعد الاحلال.

قرينة على خلاف ذلك (كما يظهر من ادلة الباب فان سكوتها بمنزلة اللفظ و اللفظ دال إلاّ فيما كان قرينة على الخلاف، نعم لا ينبغي ترك الاحتياط).

المسألة ١٦: مع فساد عقلهما: اي فساد عقل الكبيرين.

اغماء: طويل يوجب انتظار العافية تلف مورد الولاية أو الضرر (و إلاّ فلا دليل على انتقال الولاية حينئذ الى الغير. اذ ليس صرف نفي الشعور الفعلي دليل الانتقال و إلاّ لجرى الكلام في النائم ايضا).

مع جنونهما: لكن لو قلنا بعدم استقلال البكر يجب عليها انتظار العافية ان كانت متوقعة غير بعيدة.

للحاكم: ان اقتضت الضرورة كما مرّ.

و في الثاني لمولاه: و الأحوط الاستيذان من الوالد ايضا رعاية لملكه.

للأب الكافر: (لانصراف الادلة لعدم الحرمة له و لقاعدة الالزام فيما يعتقد عدم الولاية بحسب مذهبه، قال الخوئي (قدّس سرّه): لا يعتقدون الولاية لكن الظاهر اختلاف الفرق، و أما آية نفي السبيل و حديث علّو الاسلام ١١/ ١ موانع الارث. فلعلهما في نفي الحجة على الاسلام كما قاله الشيخ الاعظم (قدّس سرّه) و لذلك يصح استيجار الكافر للمسلم و يتسلط عليه لأخذ العمل).

للحاكم: فيما اقتضت الضرورة.

على ولده الكافر: فيه منع و لو كان له جد مسلم فالولاية له (لما ذكر من انصراف الدليل و قاعدة الالزام. و أما ثبوت الولاية للجد المسلم فلإطلاق الادلة).

أو بالتوكيل: و لو كان التوكيل حال احلال الولي لكن وقع العقد من الوكيل حين

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۱

المسألة ١٧: يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدّى عمّا عيّنه الموكّل من حيث الشخص و المهر و سائر الخصوصيات و إلاّ كان فضوليا موقوفا على الاجازة و مع الاطلاق و عدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكّل من سائر الجهات و مع التعدّي يصير فضوليا و لو وكلت المرءة رجلا في تزويجها لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه

للانصراف عنه نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضا بالعموم أو الاطلاق جاز و مع التصريح فأولى بالجواز و لكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق و الجواز مع العموم بل قد يقال بعدمه حتّى مع التصريح بتزويجها من نفسه لرواية عمّار المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل.

المسألة ١٨: الأقوى صحّة النكاح الواقع فضولا مع الاجازة سواء كان فضوليا من أحد الطرفين أو كليهما كان المعقود له صغيرا أو كبيرا حرّا أو عبدا و المراد بالفضوليّ العقد الصادر من غير الوليّ و الوكيل سواء كان قريبا كالأخ و العمّ و الخال و غيرهم أو أجنبيا و كذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الوليّ و منه العقد الصادر من الوليّ أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من اللّه أو من الموكّل كما إذا أوقع الوليّ العقد على خلاف المصلحة أو تعدّى الوكيل عمّا عيّنه الموكّل و لا يعتبر في الاجازة الفورية

احرام الولي (لعدم امكان العمل مباشرة من الولي حينئذ فلا يصح توكيله حينئذ ايضا).

المسألة ١٧: المحمولة على الكراهة: و الاحسن حملها على استحباب الاشهاد في النكاح أو تعدد الموجب و القابل. (فراجع ٤/ ١٠ عقد النكاح).

المسألة ١٨: فضولا: (فيما عدّ عند العقلاء انشاء معتبرا و هو فيما كان توقع الاجازة و إلاّ فلا يعتبر انشاء عند العقلاء و يكون كالهزل كعقد اجنبي في احد ارجاء العالم بنت ملك من الملوك لابن الآخر. و لعل مراد ابن حمزة (قدّس سرّه) من حصر الفضولي في تسعة موارد ذلك فانها متوقعة الاجازة نوعا. و الدليل على عدم الانحصار بناء العقلاء و عموم القاعدة و لأصل صحة الفضولي و عمومها ١/ ١١ ميراث الازواج، و المراد بالوليين في صدر الحديث العرفيان لا الشرعيان و لذلك جعل الخيار لهما و صرح بعدم الخيار اذا زوّجهما الاب).

من غير الولي: (و التعبير الاحسن: من غير من له السلطنة على العقد).

الفورية: (لعدم دخالتها في استناد العقد فلا يلزم التعجيل، و لبناء العقلاء سيما في المعاملات التي يتوسطها الدلال. و صحيح محمد بن قيس في وليدة باعها ابن سيدها ١/ ٨٨ نكاح العبيد و النكاح. و لا فرق في عدم لزوم الفورية بين الموارد حتى فيما كان احد الطرفين اصيلا كما لو زوجت المرئة نفسها من رجل فضولة لعدم تحقق

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۲

سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به و إرادة التروّي أو عدمها أيضا نعم لا تصحّ الاجازة بعد الردّ كما لا يجوز الردّ بعد الاجازة فمعها يلزم العقد.

المسألة ١٩: لا يشترط في الاجازة لفظ خاصّ بل تقع بكلّ ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد بل تقع بالفعل الدالّ عليه.

المسألة ٢٠: يشترط في المجيز علمه بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكف في الاجازة نعم لو اعتقد لزوم الاجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز فان كان على وجه التقييد لم يكف و إن كان على وجه الداعي يكون كافيا.

العقد حتى يلزم الوفاء بالنسبة الى الاصيل و لا يجوز له النقض فيتضرر بالصبر و التعطل، و ايضا تضرر المرئة مثلا

حينئذ ليس مربوطا بالرجل كما ليس مربوطا بالشرع. كما ان الخيار في الغبن ليس لدليل الضرر لأن الضرر معلول اصل المعاملة لا لزومها. فلا وجه لما عن الشيخ الاعظم من الاستدلال بحديث الضرر و الضرار).

الاجازة بعد الرّد: فيه منع فلا اشكال فيها إلاّ فيما رجع الطرف المقابل فلا التزام حينئذ و لا عقد حتى يجاز (كما يظهر من صحيح محمد بن قيس الماضي الدال على صحة الاجازة بعد الردّ و قد مر انه مقتضى بناء العقلاء سيما فيما له الدّلال.

خلافا للنائيني (قدّس سرّه) و المصنف هنا خلافا لقوله في الوصية في المسألة الرابعة حيث قال: مشكل ان لم يكن اجماع. و فيه عدم تعرض القدماء للمسألة و عدم امكان اثبات عدم كون الاجماع مدركيا على فرضه كما ان الردّ لا يمنع من استناد العقد الى المجيز اذا اجاز كما ان الامر في القبول ايضا كذلك ما لم يرفع الموجب التزامه، و كذا سائر الوجوه فلا نذكرها فلا يعبأ بها. نعم عكس المسألة واضح لان العقد صار تماما بالاجازة فلا يمكن الرد لمنافاته لوجوب الوفاء).

المسألة ۱۹: بالفعل: (اذ المراد حصول كاشف الرضا و أما القول بلزوم اللفظ نظرا الى كون الاجازة بمنزلة العقد الجديد أو ان الاستقرار يقتضي اعتبار اللفظ فيما يقتضي اللزوم ففيه ان الاجازة لا نسلم كونها بمنزلة العقد الجديد و المعاطاة مقتضية للزوم و لا تكون لفظا. هذا مع ان روايات سكوت البكر اقرارها و روايات سكوت المولى اقراره دليل المسألة فراجع ٢٦ نكاح العبيد و روايات اذن الباكرة بسكوتها ۵ عقد النكاح).

المسألة ۲۰: لم يكف في الاجازة: اي اذا كان صرف التسليم لاعتقاد ذلك و أما

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۳

المسألة ۲۱: الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه.

المسألة ۲۲: الرضى الباطنيّ التقديريّ لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة فلو لم يكن ملتفتا حال العقد الى أنه كان بحيث لو كان حاضرا و ملتفتا كان راضيا لا يلزم العقد عليه بدون الاجازة بل لو كان حاضرا حال العقد و راضيا به إلاّ أنه لم يصدر منه قول و لا فعل يدلّ على رضاه فالظاهر أنه من الفضوليّ فله أن لا يجيز.

المسألة ۲۳: إذا كان كارها حال العقد إلاّ أنه لم يصدر منه ردّ له فالظاهر صحته بالاجازة نعم لو استوذن فنهى و لم يأذن و مع ذلك أوقع الفضوليّ العقد يشكل صحته بالاجازة لأنه بمنزلة الردّ بعده و يحتمل صحته بدعوى الفرق بينه و بين الردّ بعد العقد فليس بأدون من عقد المكره الذي نقول بصحّته إذا

اذا رضى و أظهر رضاه كفى (فان التسليم الصرف مع الكراهة يفرق عن اظهار الرضا الكاشف عنه واقعا و لو كان مقترنا بالعلم باللزوم بل كان مسببا عنه و لكن غير مقيد به).

المسألة ۲۱: كاشفة: مرّ نكاح العبيد و الاماء مفصّلا. و احتاط الاستاذ في المسألة و الظاهر انه لا وجه له.

المسألة ۲۲: لا يكفي: (لعدم الاستناد حينئذ).

فضولي: (للزوم اظهار الرضا في الاستناد لا صرف الرضا خلافا للشيخ (قدّس سرّه) نظرا الى تعابير الفقهاء في السكوت بأنه اعم من الرضا و الروايات الدالة على ان سكوت البكر رضاها فيعلم كون الملاك هو الرضا. و فيه: ان مراد الفقهاء الرضا المظهر و إلاّ فلا وجه له و روايات البكر تصرح بأن سكوتها اقرارها لا رضاها. و قد استند (قدّس سرّه) ايضا

الى تعبير روايات صحة عقد العبد اذ الحقه اذن المولى معللا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيده نظرا الى عدم كونه معصية اذا كان مع الرضا، و فيه: ان المراد ليس العصيان التكليفي اي ارتكاب المحرم بل المراد صدور العقد بلا اذن من المولى، و ان شئت قلت: المراد العصيان المظهر و مقابله الاطاعة المظهرة و لا تكون إلاّ باظهار الرضا من المولى مع ان التعبير في آية ٢٥ النساء يصرح بالاذن: **فانكحوهن باذن اهلهن** فيعلم اعتبار الرضا المظهر).

المسألة ٢٣: فالظاهر صحته: حتى اذا صدر منه ردّ ايضا على ما مرّ.

و يحتمل صحته: بل الاقوى ذلك (لما مرّ من عدم منع الرد عن الاستناد بالاجازة بعده. فلا وجه لحاشية الاستاذ (قدّس سرّه)).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۴

لحقه الرضا و إن كان لا يخلو ذلك أيضا من إشكال.

المسألة ٢٤: لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة و لا الالتفات إلى ذلك فلو تخيل كونه وليا أو وكيلا و أوقع العقد فتبين خلافه يكون من الفضوليّ و يصحّ بالاجازة.

المسألة ٢٥: لو قال في مقام إجراء الصيغة زوّجت موكّلتي فلانة مثلا مع أنه لم يكن وكيلا عنها فهل يصحّ و يقبل الاجازة أم لا الظاهر الصحّة نعم لو لم يذكر لفظ فلانة و نحوه كأن يقول زوّجت موكّلتي و كان من قصده امرأة معيّنة مع عدم كونه وكيلا عنها يشكل صحته بالاجازة.

المسألة ٢٦: لو أوقع الفضوليّ العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد دون المهر أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلّة و الكثرة فيه إشكال بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية و هي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر كما أنه لا تصحّ الاجازة مع شرط لم يذكر في العقد أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط.

المسألة ٢٧: إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبيّن كونه وكيلا فالظاهر صحّته و لزومه إذا كان ناسيا لكونه وكيلا بل و كذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد و لكن لم يبلغه الخبر على إشكال فيه و أمّا لو

اشكال: لكنه ضعيف (فان العقد تام من غير جهة الرضا فاذ الحقه الرضا تمّ، و أما آية التجارة عن تراض فلا يرده اذ التجارة هو المسبب الباقي اعتبارا فاذا لحقها الرضا كانت عن تراض، فلا يقال: يلزم صدور التجارة عن التراضي. كما ان حديث الرفع لا يدفع صحة المورد فانه امتناني لا يشمل المقام نظير بيع المضطر).

المسألة ٢٤: من الفضولي: (كما هو الغالب في الاولياء العرفيين مع عدم شرعية في ولايتهم. و قد مرّ صحيح ١/ ١١ ميراث الازواج في عدم العبرة بالوليّ غير الشرعي).

المسألة ٢٥: يشكل: لا اشكال فيه اذا كانت المرئة معيّنة.

المسألة ٢: في الصورة الثانية: و كذا الاولى (لعدم تطابق الايجاب و القبول في جميع صور المسألة و قد مرّ الفرق بين النكاح و البيع لامكان تعدد المطلوب في البيع مثلا).

المسألة ٢٧: على اشكال: الظاهر انه فضولي حينئذ (اذ الوكالة عقد و لم يحصل لعدم تحقق القبول بخلاف الصورة الاولى لتحقق الوكالة فيها على الفرض فهو قبلها و لكنه نسى فلا يرد اشكال بعضهم نظرا الى انصراف ادلة الوكالة و كذا الولاية على رأيه الى صورة العلم، فانه علم لكنه نسى. مع ان الانصراف ممنوع.

و الاشكال كما مرّ انما هو في عدم تحقق الوكالة لا من جهة الانصراف الى العلم).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۵

أوقعه بعنوان الفضولية فتبيّن كونه وليا ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولّى عليه إشكال.

المسألة ۲۸: إذا كان عالما بأنه وكيل أو وليّ و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية فهل يصحّ و يلزم أو يتوقّف على الاجازة أو لا يصحّ وجوه أقواها عدم الصحة لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليّه جائزا فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الابقاء و العدم و بعبارة اخرى أوقع العقد متزلزلا.

المسألة ۲۹: إذا زوّج الصغيرين وليّهما فقد مرّ أنّ العقد لازم عليهما و لا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه و على هذا فاذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر و أما إذا زوّجهما الفضوليان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليّهما قبله فان بلغا و أجازا ثبتت الزوجية و يترتب عليها أحكامها من حين العقد لما مرّ من كون الاجازة كاشفة و إن ردّا أوردّ أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الاجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور و إن بلغ أحدهما و أجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية فان بلغ و أجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الارث فان حلف يدفع إليه و إن لم يجز أو أجاز و لم يحلف لم يدفع بل يردّ إلى الورثة و كذا لو مات بعد الاجازة و قبل الحلف هذا إذا كان متّهما بأنّ إجازته للرغبة في الارث و أما إذا لم يكن متّهما بذلك كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممّا يرث أو نحو ذلك فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

المسألة ۳۰: يترتّب على تقدير الاجازة و الحلف جميع الآثار المرتّبة على الزوجية من المهر و حرمة الأمّ و البنت

اشكال: لا اشكال في الصحة و اللزوم اذا راعى وظيفة الولاية.

المسألة ۲۸: اقويها عدم الصحة: ان رجع الى تقييد الانشاء بقيد غير واقعي أو الى التعليق المبطل على ما مرّ.

المسألة ۲۹: عدم الحاجة الى الحلف: (لظهور حديث ۱/ ۱۱ ميراث الازواج في ان الحلف المذكور في الحديث كان لصرف دفع التهمة، ثم ان اصل المسألة لا اشكال فيه بعد ورود الدليل المعمول به عند الاصحاب و ليس خلافا للقاعدة من حيث عدم وجود المجيز الاول عند اجازة المجيز الثاني لبقاء عقده اعتبارا، نعم تنصيف المهر بالموت خلاف ظاهر الادلة المعمول بها عند الاصحاب في حصر ذلك بالطلاق لكن بعد ورود الدليل لا اشكال فيه فلا وجه لتفصيل اشكال بعض اهل العصر تبعا للجواهر في تنصيف المهر و بعضهم في عدم وجود الطرف الآخر حين الاجازة).

المسألة ۳۰: و البنت: من سهو القلم (لعدم الدخول فلا ولد لها. و باقي المطالب

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۶

و حرمتها– إن كانت هي الباقية– على الأب و الابن و نحو ذلك بل الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرّد الاجازة من غير حاجة إلى الحلف فلو أجاز و لم يحلف مع كونه متّهما لا يرث و لكن يرتّب سائر الأحكام.

المسألة ۳۱: الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين بل الظاهر التعدّي إلى سائر الصور كما إذا كان أحد الطرفين الوليّ و الطرف الآخر الفضوليّ أو كان أحد الطرفين المجنون و الطرف الآخر الصغير أو كانا بالغين كاملين أو أحدهما

بالغا و الآخر صغيرا أو مجنونا أو نحو ذلك ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الاجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده و بقي الآخر فانه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور لإختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين و لكن الأحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة إلى الارث بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضا.

المسألة ٣٢: إذا كان العقد لازما على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلا أو مجيزا و الطرف الآخر فضوليا و لم يتحقّق إجازة و لا ردّ فهل يثبت على الطرف اللاّزم تحريم المصاهرات فلو كان زوجا يحرم عليه نكاح امّ المرءة و بنتها و اختها و الخامسة و إذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ و بعبارة اخرى هل يجري عليه آثار الزوجية و إن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان أقواهما الثاني إلاّ مع فرض العلم بحصول الاجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحقّقها من حين العقد نعم الأحوط الأول لكونه في معرض ذلك بمجيء الاجازة نعم إذا تزوّج الأمّ أو البنت مثلا ثمّ حصلت الاجازة كشفت عن بطلان ذلك.

واضح، و اشكال بعضهم في تفكيك الآثار نظرا الى كون الحكم خلاف القاعدة فيه ما مرّ و الاستاذ حيث استظهر دخالة الحلف في ترتب جميع الاحكام. لكن الظاهر ما ذكرنا سيما و ان غير واحد من تلك الاحكام يكفيه الاقرار فقط لكونها عليه لا له).

المسألة ٣١: في غير الصغيرين: بل الظاهر ثبوت الحلف للميراث و كذا في اخذ المهر بخلاف سائر الاحكام مما تكون عليه لا له فان الملاك هو الاحتياط في المال للوارث ففي كل ما يفيده الحلف احوط بل و أظهر.

المسألة ٣٢: إلاّ مع فرض: في الاستثناء منع (لعدم اثر للعلم لجواز ايجاد المانع عن تحقق العقد لعدم تمامية العقد قبل قبول الطرف الآخر فلا احتياط ايضا خلافا للبروجردي حيث احتاط. و صرف المعرضية لا ينفع في المقام و للبهبهاني حيث استقوى الاول لكون الاجازة عنده كاشفة حقيقة، و فيه: انه بعد ورود الكاشف على المتأهل لذلك).

كشف عن بطلان ذلك: بل التزوج بالام أو البنت موجب لعدم بقاء تأهل انشاء

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۷

المسألة ٣٣: إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولا العقد و لم يجزه لا يترتّب عليه شيء من أحكام المصاهرة سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلا أم لا لعدم حصول الزوجيّة بهذا العقد الغير المجاز و تبيّن كونه كأن لم يكن و ربما يستشكل في خصوص نكاح أمّ المعقود عليها و هو في غير محلّه بعد أن لم يتحقّق نكاح و مجرّد العقد لا يوجب شيئا مع أنه لا فرق بينه و بين نكاح البنت و كون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق.

المسألة ٣٤: إذا زوّجت امرءة فضولا من رجل و لم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر ثمّ علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز لفوات محلّ الاجازة و كذا إذا زوّج رجل فضولا بامرءة و قبل أن يطلع على ذلك تزوّج امّها أو بنتها أو اختها ثمّ علم و دعوى أنّ الاجازة حيث إنها كاشفة إذا حصلت تكشّف عن بطلان العقد الثاني كما ترى.

المسألة ٣٥: إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل و زوّجها الوكيل الآخر من آخر فان علم السابق من العقدين فهو الصحيح و إن علم الاقتران بطلا معا و إن شكّ في السبق و الاقتران فكذلك لعدم العلم

الطرف الاصيل للتعقب بالاجازة. (و اعتقاد الكشف لا ينفع في المقام فانه بعد ورود الاجازة على مورد يكون متأهلا لورود الاجازة).

المسألة ٣٣: مع انه لا فرق: (و فرق الخوئي (قدّس سرّه) غير واضح فراجع)

المسألة ٣٤: كما ترى: (لكون ذلك فرع سلطنة الشخص على الاجازة).

المسألة ٣٥: فكذلك: بناء على جريان الاصل في مجهول التأريخ و إلاّ فلو كان احدهما معلوم التأريخ لم يجر الاصل فيه بالنسبة الى عمود الزمان و اصالة عدم تحقق المجهول الى زمان المعلوم تنفي صحة مجهول التأريخ فيصح المعلوم بلا معارض (وفاقا للأكثر، و قال الگلپايگاني: لا تفيد هذا الاصل هنا و لو على ذلك المبنى اذ لا اثر شرعى للاقتران فان اثره الى البطلان حكم عقلي لعدم الترجيح بلا مرجح لا حكم شرعي بخلاف المسبوق بمثله فان بطلانه شرعي. لكن الظاهر عدم صحة حاشيته (مد ظله) اذ لا نريد اثبات الاقتران و لا اثره بل بالاصل ينفي صحة محتمل السبق اذا كان مجهول التأريخ فيثبت صحة الآخر بلا معارض. فان صحة المعلوم معلوم عدم سبق الآخر و عدم التقارن. لا يقال: و حينئذ فأصالة عدم تحقق المجهول الى بعد تحقق المعلوم ذو اثر بالنسبة الى احتمال السبق، و أما بالنسبة الى احتمال التقارن فلا لأن اثره عقلي، لأنا نقول لا يلزم في الاصل كونه ذا اثر بالنسبة الى جميع محتملاته و مصاديقه).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۸

بتحقّق عقد صحيح و الأصل عدم تأثير واحد منهما و إن علم السبق و اللّحوق و لم يعلم السابق من اللاحق فان علم تاريخ أحدهما حكم بصحّته دون الآخر و إن جهل التاريخان ففي المسألة وجوه. أحدها: التوقيف حتّى يحصل العلم. الثاني: خيار الفسخ للزوجة. الثالث: أنّ الحاكم يفسخ. الرابع: القرعة و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير و كذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعة و الآخر باخرى أو زوّجه أحدهما بامرءة و الآخر ببنتها أو امّها أو اختها و كذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل و زوّجها وكيلها من آخر أو تزوّج بامرءة و زوّجه وكيله باخرى لا يمكن الجمع بينهما و لو ادّعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق و قال الآخر لا أدري من السابق و صدّقت المرءة المدّعي للسبق حكم بالزوجية بينهما لتصادقهما عليها.

(هذا آخر ما برز منه دام ظله من النكاح)

حكم بصحة دون الآخر: بناء على عدم جريان الاصل في المعلوم تأريخه بالنسبة الى الحديث الآخر الزماني كما لا يجري بالنسبة الى عمود الزمان لمعلومية ذلك (وفاقا للاكثر، لكن الخوئي (مد ظله) يعتقد الجريان فان الملاك على رأيه احتمال السبق بالنسبة الى اي حادث زمانا كان أو زمانيا، و لا يبعد ان يقال: ان ظاهر ادلة الاستصحاب لحاظ الشيء المحتمل الى المتيقن الخارجي و هو ما كان خارجيته معلوما بحسب العرف و هو بحسب معلومية الزمان لا الذهني اي ايّ زمان كان لا نعلمه، و ان شئت قلت: في العرف يلاحظ زمان التيقن بالنسبة الى عمود الزمان لا اصل الوقوع المجهول زمانه و الاستاذ يصطلح على انه حينئذ انتزاعي و الادلة منصرفة عنه تبعا للبروجردي (قدّس سرّه) و البحث في محله).

و ان جهل التاريخان: و لم يحتمل الاقتران لما مرّ من البطلان حينئذ.

هو الوجه الاخير: و لا ينبغي ترك الاحتياط بالطلاق و الزواج الجديد (لكن القاعدة ما في المتن من القرعة لعدم ضرر

في اصل الزواج حتى ينجبر بالفسخ، و القرعة لكل مشكل).

ببنتها: ان اعتقدنا حرمة جمع البنت و الام، و أما لو قلنا باختصاص حرمة البنت بصورة الدخول بالام فلا يبطل عقد البنت حينئذ لعدم الدخول و هو الأوجه (رعاية لظاهر الكريمة: **و ربائبكم اللاّتي ...** الخ).

لتصادقهما: (بناء على ما مرّ من كفاية ذلك اي قبول الطرفين لعدم تجاوز الحق عنهما).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۸۹

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم

(كتاب الوصية)

و هي إمّا مصدر وصى يصي بمعنى الوصل حيث إنّ الموصي يصل تصرّفه بعد الموت بتصرّفه حال الحياة و إمّا اسم مصدر بمعنى العهد من وصّى يوصّي توصية أو أوصى يوصي إيصاء و هي إمّا تمليكية أو عهدية و بعبارة اخرى إمّا تمليك عين أو منفعة أو تسليط على حقّ أو فكّ ملك أو عهد متعلّق بالغير أو عهد متعلّق بنفسه كالوصيّة بما يتعلّق بتجهيزه و تنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

كتاب الوصية

اسم مصدر بمعنى العهد: هذا هو المتعين بحسب استعمالات القرآن و عرف المتشرعة، لكن الأظهر ان تكون وصفا على فعيل و التاء لرعاية الكلمات أو على خلاف القاعدة، و كيف كان فالاحتمال الاول غير صحيح بحسب موارد الاستعمال كما ان مصدر وصى بمعنى الوصل هو الوصي لا الوصية، و ان ذكر العلامة و المحقق الثاني و بعض آخر.

تمليكية: و يدخل فيها سائر الاعتباريات و ان كان مقابل التمليك كالتدبير و ابراء المديون فالمراد من التمليكيّة ما تتعلق بالاعتباريات و لو لم يكن للتمليك بل مقابلا له كالفك و الابراء و المراد من العهدية بالفعل الخارجي. (و أما الفكّ فليس داخلا في العهد ان كان بمعنى التدبير حتى يقول الاستاذ العهد له معنى عام حينئذ فيشمل التمليك ايضا، نعم بمعنى فك الوصي داخل في العهدية. و كما ان المذكورات في كلام الگلپايگاني (قدّس سرّه) ترجع الى احد القسمين عند الدقة).

بعبارة اخرى: كونه عبارة اخرى عما ذكره غير واضح و الأمر سهل، و المراد من التسليط على حق، على التصرف في متعلق الحق، فاشكال الخوئي (قدّس سرّه) في التسليط على الحق غير وارد على ما هو المتفاهم عرفا.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۰

المسألة ۱: الوصيّة العهدية لا تحتاج إلى القبول و كذا الوصيّة بالفكّ كالعتق و أمّا التمليكية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءا و عليه تكون من العقود أو شرطا على وجه الكشف أو النقل فيكون من الايقاعات و يحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الردّ مانعا و عليه تكون من الايقاع الصريح و دعوى أنه يستلزم الملك القهريّ و هو باطل في غير مثل الارث مدفوعة بأنه لا مانع منه عقلا و مقتضى عمومات الوصيّة ذلك مع أنّ الملك القهريّ موجود في مثل الوقف.

المسألة ۱: الی القبول: بالنسبة الی الموصی الیه و ان کان له الرّد في حیاة الموصي بشرط ابلاغ الرد و بالنسبة الی الموصی له اذا کانت الوصیة بمثل العتق و الوقف دون الوصیة بالاجارة و البیع مثلا. (وفاقا للخوئي (قدّس سرّه) و لم افهم وجه تقیید البروجردي و السید عبد اللّه الشیرازي (قدّس سرّهما) بالموصي له، قال الاخیر تبعا للبروجردي (قدّس سرّه): «و أما الموصی الیه فیحتاج الی قبوله غالبا أو قد في بعض احکامها». فلو کان مرادهم صورة الرد فهو غیر اعتبار القبول. فان الروایات في ۲۳ و ۳۰ دلیلة علی عدم جواز الرّد بعد الموت، أو قبله بلا ابلاغ فالظاهر ما ذکرنا و سیأتي الکلام في ذلك).

کالعتق: و مثل الابراء کما لا یحتاجان الی القبول حال الحیاة.

من العقود: الظاهر ان الوصیة ایقاع مطلقا و یترتب علیها بعض الاحکام کحرمة تبدیل الوصیة لکن ترتب الاثر متوقف احیانا علی شرط آخر کالقبول في التملیکیة و هو شرط بنحو الکشف لا جزء و کالایجاب و القبول في العهدیة بالاجارة مثلا (اما کونها ایقاعا فلإطلاقات الادلة کالآیة ۱۸۰– ۱۸۲ البقره و ظواهر الروایات في ۲۳ و ۳۰ الوصیة و لیست عقدا للفصل الطویل احیانا بین الایجاب و القبول بل و لا التزام بین الموجب بعد الموت بحسب هذه النشأة و هي مورد النظر في المعاملات فلا یرتبط التزام القابل بالتزام الموجب و لا یکون عقد بلا ارتباط الالتزامین. و أما دخالة القبول فلإرتکاز العقلاء و المتشرعة في عدم لزوم التملك بلا قبول إلاّ فیما استثنی کالوقف و الارث، و أما دلیل الوصیة فلا یدل علی ذلك بل علی اصل الوصیة و حرمة التبدیل لا ترتب جمیع الآثار، و ان شئت قلت کما قال البروجردي (قدّس سرّه): انها تدل علی سلطان الشخص علی ما کان زمن حیاته لا اکثر و جواب بعضهم عنه تمسکا باطلاقات دلیل الوصیة فیه ما مرّ من عدم ظهور في ذلك و لا اقول مقالة الگلپایگاني (قدّس سرّه)

المعلقات علی العروة الوثقی، ج۴، ص ۶۹۱

المسألة ۲: بناء علی اعتبار القبول في الوصیّة یصحّ إیقاعه بعد وفات الموصي بلا إشکال و قبل وفاته علی الأقوی و لا وجه لما عن جماعة من عدم صحّته حال الحیاة لأنها تملیك بعد الموت فالقبول قبله کالقبول قبل الوصیّة فلا محلّ له و لأنه کاشف أو ناقل و هما معا منتفیان حال الحیاة إذ نمنع عدم المحلّ له إذ الانشاء المعلّق علی الموت قد حصل فیمکن القبول المطابق له و الکشف و النقل إنما یکونان بعد تحقّق المعلّق علیه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقا.

«التملیك و التملك عقد بحسب الارتکاز» لعدم دلیل علی عموم ذلك. و أما قول الخوئي (قدّس سرّه) بأن مانعیة الرد کاف في عدم التملك بلا قبول في الارتکاز تبعا للماتن (قدّس سرّه) ففیه ان الارتکاز علی عدم لزوم التملك بلا قبول لا ردّ التملك و الاخراج عن الملك بعد حصوله فهو نظیر تجویز ادخال شخص شیئا في ملك زید نظرا الی امکان اخراج زید ایاه!

و ما قال من کفایة عدم استقرار الملك في ذلك ممنوع بالارتکاز، ثم لو شك فالاصل ایضا یقتضي اعتبار القبول و لا یدفعه الاطلاقات علی ما قاله الخوئي و الماتن (قدّس سرّهما)، فالحق مع الاستاذ و البروجردي (قدّس سرّه) في کونها ایقاعا یترتب علیه حرمة التبدیل مثلا و لکن التملك یتوقف علی القبول. ثم القبول کاشف لا ناقل حتی یتغایر المنشأ للموصي مع الممضی شرعا. و النجفي (قدّس سرّه) و بعض آخر یعتقدون کونها عقدا لعدم دلالة الادلة علی ازید من السلطان حال الحیاة و هو کون التملیك عقدا. و فیه ما ذکرنا من امکان التفکیك فان التملك مشروط بالقبول

لكن حرمة التبديل مترتبة على اصل الوصية فهي ايقاع من هذه الجهة. و كيف تكون عقدا مع هذا الفصل و تخلل الموت بين الايجاب و القبول. و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): لا دليل على عدم اشتراط القبول و عدم كونها عقدا سوى ما دل على انه اذا مات الموصى له قام وارثه مقامه و المتيقن منه ما اذا قبل الموصى له قبلا. و فيه اطلاق تلك الادلة أولا و لا ينحصر بها ثانيا كما مرّ.

المسألة ٢: على الاقوى: (لإطلاقات ادلة نفوذ الوصية خرج التقيد بالقبول لما ذكر من الارتكاز على دخالة القبول في التملك و نحو ذلك و أما التقيد بحسب الزمان فلا دليل، و لو قلنا بكونها عقدا فاطلاق ادلة العقود ايضا حاكم بذلك، و أما التعليق فقد مرّ عدم مانعيته اذا كان المورد متقوما بذلك و اما اشكال ملازمة تأثير القبول و مانعية

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۲

المسألة ٣: تتضيّق الواجبات الموسّعة بظهور أمارات الموت مثل قضاء الصلوات و الصيام و النذور المطلقة و الكفّارات و نحوها فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الامكان و مع عدمه يجب الوصيّة بها سواء فاتت لعذر أو لا لعذر لوجوب تفريغ الذمة بما أمكن في حال الحياة و إن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها يجب التفريغ بها بالايصاء و كذا يجب ردّ أعيان أموال الناس التي كانت عنده كالوديعة و العارية و مال المضاربة و نحوها و مع عدم الامكان يجب الوصيّة بها و كذا يجب أداء ديون الناس الحالّة و مع عدم الامكان أو مع كونها مؤجّلة يجب الوصية بها إلاّ إذا كانت معلومة أو موثّقة بالأسناد المعتبرة و كذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فانه يجب عليه أداؤها أو الوصية بها و لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتمل وجود متبرّع أو أداؤها من بيت المال.

المسألة ٤: ردّ الموصى له للوصيّة مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية و إذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها فعلى هذا إذا كان الردّ منه بعد الموت و قبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الردّ أيضا كذلك يكون مبطلا لها لعدم حصول الملكية بعد و إذا كان بعد الموت و بعد القبول لا يكون مبطلا سواء كان القبول بعد الموت أيضا أو قبله و سواء كان قبل القبض أو بعده بناء على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها لعدم الدليل على اعتباره و ذلك لحصول الملكية حينئذ له فلا تزول بالردّ

الردّ نظرا الى ان الردّ مانع بعد الموت لا قبل الموت لعدم تحقق شيء حتى يرده فالقبول ايضا اذا كان بعد الموت يؤثر، ففيه: ان معنى عدم مانعية الرد قبل الموت ان الرّد حينئذ لا يرفع الوصية كلا حتى لا تقبل القبول بعد ذلك و إلاّ فالرد قبل الموت يؤثر اذا بلغ الموصي و سيأتي البحث عنه في المسألة ٤).

المسألة ٣: بظهور امارات الموت: بل باحتمال الموت عقلائيا و كما ان باحتمال فوت الحقوق و لو بغير الموت يجب تسبب الاسباب لأدائها. (فان جواز تأخير الحقوق منوط بالوثوق بامكان ادائها و احتمال الفوت عقلائيا يبطل الوثوق).

ردّ اعيان: ان لم تحفظ بدون ذلك.

الحالة: ان كان مطالبا بها و حينئذ فيجب الاداء و لو بلا احتمال الموت.

المسألة ٤: أو بعد القبول: فيه منع، نعم في الصورة الاولى الرّد مبطل (فان في الصورة الاولى لم يتحقق القبول الذي هو شرط لتحقق التملك على ما مرّ، و أما الثانية فقد تحقق القبول و تم الامر فلا وجه للابطال و لا اجماع فيها).

لحصول الملكية: بل لتمامية جهات الوصية.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۳

و لا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيّته كما سيأتي و ظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالردّ عدم صحّة القبول بعده لأنه عندهم مبطل للايجاب الصادر من الموصي كما أنّ الأمر كذلك في سائر العقود حيث إنّ الردّ بعد الايجاب يبطله و إن رجع و قبل بلا تأخير و كما في إجازة الفضوليّ حيث إنها لا تصحّ بعد الردّ لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقيا على إيجابه بل في سائر العقود أيضا مشكل إن لم يكن إجماع خصوصا في الفضوليّ حيث إنّ مقتضى بعض الأخبار صحّتها و لو بعد الردّ و دعوى عدم صدق المعاهدة عرفا إذا كان القبول بعد الردّ ممنوعة ثمّ إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياة صحّ و هو أيضا مشكل على ما ذكروه من كونه مبطلا للايجاب إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت إلاّ إذا قلنا إنّ الردّ و القبول لا أثر لهما حال الحياة و إنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت و هو محلّ منع.

المسألة ۵: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر صحّ فيما قبل و بطل فيما ردّ و كذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعا أو مفروزا و ردّ بعضه الآخر و إن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع و نحوه بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الايجاب و القبول لأنّ مقتضى القاعدة الصحّة في البيع أيضا إن لم يكن إجماع و دعوى عدم التطابق ممنوعة نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من حيث المجموع لم يصحّ التبعيض.

ــــــــــــــــــــــــــــ

لا يخلو عن اشكال: كلامه مشعر بكون محل الكلام حال حياة الموصي، و الظاهر حينئذ صحة القبول لكن ذلك لا يفيد بالنسبة الى بعد الموت فان القبول بعد الرد و بعد الموت ليس بصحيح على الأظهر، و أما في سائر العقود فحيث كان الموجب باقيا على ايجابه يصحّ القبول و يتم العقد. نعم، لو قلنا بكون الوصية ايقاعا محضا تم ذلك (فلو قلنا بكونها عقدا، لا معنى لصحة القبول بعد الرد بعد الموت لعدم التزام للميت حينئذ و كذا لو قلنا بكونها ايقاعا مشروطا في تأثيرها بالقبول لعدم بقاء للوصية حينئذ فلا مشروط بخلاف سائر العقود لحياة الموجب فلا يفيد للمقام الاستدلال بصحيح محمد بن قيس ۱/ ۸۸ نكاح العبيد و الاماء في تصحيح الاجازة بعد الردّ.

و ظاهر الاستاذ الصحة في الوصية ايضا و هو بعيد على الاشتراط).

المسألة ۵: الصحة في البيع ايضا: اذا كان المقصود تمليك كل مستقلا بخلاف مصراعي الباب و الحذاء و كذلك الوصية اذا لم تكن مشروطة بعدم التبعيض (فلا فرق حينئذ و الفرق بحسب الموارد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۴

المسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرّف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الردّ و ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجّلا إلاّ إذا كان تأخيره موجبا للضرر عليهم فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما.

المسألة ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الردّ فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيّته من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي أو بعد موته و بين علم الموصي بموته و عدمه و قيل بالبطلان بموته قبل القبول و قيل بالتفصيل بين ما إذا علم أنّ غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل و بين غيره فلورثته و القول الأوّل و إن كان على خلاف القاعدة مطلقا بناء على اعتبار القبول في صحّتها لأنّ المفروض أنّ الايجاب مختصّ بالموصى له و كون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع كما أنّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث أيضا محلّ منع صغرى و كبرى لمنع كونه حقّا و منع كون كلّ حقّ منتقلا إلى الوارث حتّى مثل ما نحن فيه من الحقّ الخاصّ به الذي لا يصدق كونه من تركته و على ما قوّينا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الردّ مانعا ايضا يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له لعدم ملكيّته في حياة الموصي لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق

المسألة ٦: فيجبره الحاكم: لكن التعليل عليل (فالوجه ليس هو الاضرار حتى يقول الخوئي (قدّس سرّه) لا ضرر لعدم كونه ملكا لهم بل عدم الانتفاع بل الوجه ان ذلك نوع من تبديل الوصية لعدم كون التعطيل أو الفترة الطويلة محط نظر الموصي بل خلافه. و لا فرق في ذلك بين كون القبول شرطا كاشفا أو الرّد مانعا).

المسألة ٧: على خلاف القاعدة: لا يبعد كونه على القاعدة (لتمام الوصية بنفس الايضاء و القبول شرط لدخول المال في ملك الموصى له فهو امر له نظير حق التحجير، و أما استدلال الگلپايگاني لعدم الحقّيّة بعدم قبول للاسقاط ففيه ان الرّد كالاسقاط و معلوم ان الرّد يبطل الوصية كما مرّ و حينئذ فيمكن كونه على القاعدة حتى في صورة موت الموصي له قبل الموصي لتمامية الامر من ناحية الموصي و ان كان له الرجوع في الوصية.

و كيف كان فالصحيحة ١/ ٣٠احكام الوصايا مقدمة على معارضها اي ٤ و ٥/ ٣٠احكام الوصايا: «عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال ليس بشيء» للمخالفة للعامة ثم التعارض انما هو على فرض رجوع ضمير «ليس بشيء» الى الايصاء لا الموت و إلاّ فمؤيد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۵

الصحة كما هو المشهور و ذلك لصحيحة محمّد بن قيس الصريحة في ذلك حتّى في صورة موته في حياة الموصي المؤيّدة بخبر الساباطيّ و صحيح المثنّى و لا يعارضها صحيحتا محمّد بن مسلم و منصور بن حازم بعد إعراض المشهور عنهما و إمكان حملهما على محامل منها التقيّة لأنّ المعروف بينهم عدم الصحة نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عمّا إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد بل ربما يقال إنّ محلّ الخلاف غير هذه الصورة لكن الانصراف ممنوع و على فرضه يختصّ الاشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي و إلاّ فبناء على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكا بعد فرض عدم ردّه فينتقل إلى ورثته.

بقي هنا امور. أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث كما إذا مات الموصى له قبل القبول و مات وارثه أيضا قبل القبول فهل الوصيّة لوارث الوارث أو لا؟ وجوه الشمول و عدمه لكون الحكم على خلاف القاعدة و الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حقّ القبول فتشمل و كونه الأخبار فلا. الثاني: إذا قبل بعض الورثة و ردّ بعضهم فهل تبطل أو تصحّ و يرث الرادّ أيضا مقدار حصّته أو تصحّ بمقدار حصّة القابل فقط أو تصحّ و تمامه للقابل أو التفصيل بين كون

موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصحّ بالنسبة إلى مقدار حصّة القابل وجوه. الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثمّ إليه أو

لكن الانصراف ممنوع: فيه منع اذا كان على نحو التقييد في الانشاء لا الداعي فقط (لعدم صراحة بل و ظهور للحديث في هذه الصورة كما ان الانتقال حينئذ على خلاف القاعدة، و قد تمسك الگلپايگاني هنا برواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام و تفحصت في الابواب المناسبة فلم اجدها فراجع).

الشمول: و هو الاقوى (لشمول الصحيحة و لو ملاكا و لكون الحكم على القاعدة كما مرّ. فلا وجه لحاشية الگلپايگاني (قدّس سرّه) بعدم الشمول على كون الملاك هو الاخبار. نعم ان قلنا بكون القبول ناقلا و كون الوصية عقدا فمن المعلوم عدم الشمول ان كان الدليل هو القاعدة. و استدل الخوئي (قدّس سرّه) على المطلب بأن الوصية للوارث تحققت شرعا كما انها للموصى له بوساطة الموصي و الحكم في الدليل على الوصية سواء تحققت شرعا أو بالايضاء من الموصي، و فيه: ان الصحيحة لا تدل على تحقق وصية للوارث).

وجوه: اظهرها ثالثها إلاّ فيما لو علم التقييد في الانشاء فتبطل (لاشتراط الملكية بالقبول، و تحليل الوصية، إلاّ فيما علم التقييد).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۶

إليه ابتداء من الموصي وجهان أوجههما الثاني و ربما يبنى على كون القبول كاشفا أو ناقلا فعلى الثاني الثاني و على الأوّل الأوّل و فيه أنه على الثاني أيضا يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنا مّا ثمّ إلى وارثه بل على الأوّل يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصي لأنه كأنه هو القابل فيكون منتقلا إليه من الأوّل. الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي أو البناء على كون القبول من الوارث موجبا للانتقال إلى الميت ثمّ إليه أو كونه موجبا للانتقال إليه أوّلا من الموصي فعلى الأوّل الأوّل و على الثاني الثاني وجوه. الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا وجهان مبنيّان على الوجهين في المسألة المتقدّمة فعلى الانتقال إلى الميت ثمّ إلى الوارث لا ترث و على الانتقال إليه أوّلا لا مانع من الانتقال إليها لأنّ المفروض أنّها لم تنتقل إليه إرثا من الزوج بل وصيّة من الموصي كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون و الوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث و عدمه أما إذا كانت بما يكون من الحبوة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أوّلا

أوجههما الثاني: لكن التقسيم بين الورثة على حسب السهام في الميراث.

(وفاقا للاكثر لاشتراط التملك بالقبول فقبل القبول لا ملكية لكن حيث كان ذلك من جهة الارث فالتقسيم على حسب السهام في الميراث).

الرابع: ... وجوه: أوجهها الاول (وفاقا للاكثر لما مرّ من الانتقال الى الوارث من الموصى اليه بطريق الارث و لو بنى على استفادة الحكم من التعبد فظاهر صحيحة محمد بن قيس: «الوصية للوارث الذي اوصى له» ايضا ذلك. خلافا للگلپايگاني (قدّس سرّه) حيث قال: «يستفاد من الخبر الوجه الثاني» و فيه منع واضح).

الخامس: ... وجهان: و الثاني اوجه (لما مرّ من الانتقال من الموصي اليه.

و لانصراف البعض الى التسهيم على حسب قواعد الارث على الفرض الآخر ايضا).

يبني على الوجهين: و الاخراج اوجه و يتولى وصي الميت في اموره و إلاّ الحاكم القبول بمقدار الدين و الوصية و ان كان الأحوط ضم الورثة ايضا (وفاقا في تولي القبول للبروجردي و الاستاذ و السيد عبد اللّه (قدّس سرّهم) اذ بناء على تقدم الدين و الوصية على الارث كما هو ظاهر الآية فالمال بمقدارهما باق على ملك الميت و لا حق للورثة عليهما فالقبول ايضا من الميت و حيث لا يكون فمن وليه من الوصي أو الحاكم.

و أما اصل الاخراج فلتقدم الوجه و الدين على الارث).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۷

فمشكل لإنصراف الأدلّة عن مثل هذا. السادس: إذا كان الموصى به ممّن ينعتق على الموصى له فان قلنا بالانتقال إليه أوّلا بعد قبول الوارث فان قلنا به كشفا و كان موته بعد موت الموصي انعتق عليه و شارك الوارث ممّن في طبقته و يقدّم عليهم مع تقدّم طبقته فالوارث يقوم مقامه في القبول ثمّ يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدّم عليه و إن كان موته قبل موت الموصي أو قلنا بالنقل و أنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آناما فينعتق لكن لا يرث إلاّ إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة و ذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق سائر الورثة بالارث نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدّد الورثة شاركهم و إن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له فلا ينعتق عليه لعدم ملكه بل يكون للورثة إلاّ إذا كان ممّن ينعتق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعتق و لكن لا يرث إلاّ إذا كان ذلك مع تعدّد الورثة و قبل قسمتهم «السابع» لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكية و العهدية.

فمشكل: لكن الأوجه الاختصاص و المتولى للقبول حينئذ الولد الأكبر (لمنع الانصراف أو للملاك، فراجع الباب ۳ ميراث الابوين و الاولاد، فليس في الادلة قيد: «ما اعدّه لنفسه» كما في كلام الخوئي).

السادس: بعد موت الموصي: لا فرق على ما تقدم من بقاء الوصية ما لم يرجع الموصي فيها و حينئذ فاذا كان القبول شرطا في التملك شارك من في طبقته لما مر من كونه شرطا كاشفا (و الظاهر ان الكشف حكمي اي يحكم بكونه كاشفا حقيقيا، و الظاهر انه لا لغوية على الكشف الحقيقي على ما اشار بعضهم كالاستاذ نظرا الى الكشف عن كونهم غير الورثة من اول الأمر فيلزم من تأثير قبولهم حينئذ عدم تأثير قبولهم كما قال الاستاذ، اذ يختلف التقادير فان الكاشف قبول الوارث لو لا الوصية و المكشوف الوارثية بالوصية و عدمها. ثم تقدمه حينئذ على سائر الطبقات لا يوجب اجبار الورثة على القبول لو امتنعوا اذ الحق لهم، سيما اذا اوجب القبول حرمانهم).

مع تعدد الورثة و قبل قسمتهم: (فانه مع عدم التعدد لا قسمة بل يملك الوارث الواحد فلا يبقى مورد للقسمة و دل الدليل على الشركة اذا كان قبل القسمة).

السابع: ... التمليكية و العهدية: (خلافا لبعض المحشين مثل الشيرازي و السيد جمال (قدّس سرّهما) نظرا الى كون الحكم خلاف القاعدة و اختصاص صحيحة محمد بن قيس بالتمليكية و لعله لمكان اللام: «اوصى لآخر»، و فيه صحة اللام في العهدية ايضا،

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۸

المسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية و يختصّ بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معيّنين و أما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصية للفقراء و العلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات و إن احتمل ذلك أو قيل و دعوى أنّ الوصية لها ليست من التمليكية بل هي عهدية و إلاّ فلا يصحّ تمليك النوع أو الجهات كما ترى و قد عرفت سابقا قوّة عدم اعتبار القبول مطلقا و إنما يكون الرّد مانعا و هو أيضا لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلا بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فردّ لا تبطل.

المسألة ٩: الأقوى في تحقّق الوصية كفاية كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ و لا يعتبر فيه لفظ خاصّ بل يكفي كلّ فعل دالّ عليها حتّى الاشارة و الكتابة و لو في حال الاختيار إذا كانت صريحة في الدلالة بل

ـــــــــــــــــــــــــ

وفاقا للاكثر و قد عرفت ان الحكم على القاعدة و ليس الدليل صرف خبر عمار حتى يقول النجفي (قدّس سرّه): «ان لم يضعف خبر عمار» و ان كان روايات عمار لا تخلو من اشكال في اكثر ابواب الفقه إلاّ ما قبله المشهور كالرواية المعروفة: «كل شيء نظيف حتى تعلم انه قذر» التي قال بعض العلماء: تدخل النجاسات في حلق الخلق بلحاظ هذه الرواية كثيرا).

المسألة ٨: فلا يعتبر في العهدية: من الموصى اليه و ان كان الرد في حياة الموصي بشرط الابلاغ، و من الموصي له لعدم تملك فيها، نعم اذا رجع الأمر الى ما يشبه التمليك فالقبول معتبر كما اذا أوصى باعطاء شيء لشخص كما انه قد يكون الايصاء بهبة داره لشخص أو بيعها له فهو ايضا يحتاج الى القبول لخصوصية الموصى به بخلاف الايصاء بتفريغ ذمة شخص و حينئذ فاذا لم يقبل الموصى له يصرف في وجوه البر، الاقرب فالاقرب، و في التمليكية يرجع الى الورثة. (و قال الگلپايگاني (قدّس سرّه): الظاهر تحقق الاجماع على اعتبار القبول في التمليكية من الموصى له و في العهدية من الموصى اليه و لكن يكفي فيها القبول الفعلي. و فيه انه خلاف اطلاق ادلة الوصية و لا يعلم اجماع فراجع الكلمات).

أو قبول الحاكم: لا يبعد اعتبار ذلك كما ان له الرد اذا اقتضت المصلحة (و في كلام الاستاذ ان كون الرد له مقتض لاعتبار قبوله ايضا و لو معاطاة، فلو اوصى ملك الكفار أو المستعمرين شيئا للعلماء، للفقيه الأعلم ان يردّه).

المسألة ٩: في حال الاختيار: لا يترك الاحتياط في قصر الاشارة على الضرورة

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۶۹۹

أو ظاهرة فانّ ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الاشارة و الكتابة بحال الضرورة لا وجه له بل يكفي وجود مكتوب منه بخطّه و مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية و يمكن أن يستدلّ عليه بقوله عليه السّلام لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلاّ و وصيّته تحت رأسه بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمّد الهمداني قال كتبت إليه كتب رجل كتابا بخطّه و لم يقل لورثته هذه وصيّتي و لم يقل إنّي قد أوصيت إلاّ أنه كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب إن كان له ولد ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ و غيره.

المسألة ١٠: يشترط في الموصي امور «الأوّل» البلوغ فلا تصحّ وصية غير البالغ نعم الأقوى وفاقا للمشهور صحّة وصية

البالغ عشرا إذا كان عاقلا في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم لجملة من الأخبار المعتبرة خلافا لابن إدريس و تبعه جماعة «الثاني» العقل فلا تصحّ وصية المجنون، نعم تصحّ وصيّة الأدواريّ

و أما الكتابة فالأقوى كفايتها اذا علم كتابتها بقصد الوصية لا مقدمة للايصاء و كذلك في سائر العقود. (لبناء العقلاء على الكتابة في العقود بل هي آكد من اللفظ، و يظهر ذلك من امر الرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلّم باحضار القلم للكتابة في آخر عمره الشريف فلا وجه لاشكال الگلپايگاني، و يظهر من البروجردي (قدّس سرّه) ايضا. كما لا وجه لقول بعضهم: يظهر من الروايات الكثيرة ...، فان ١/ ٤٨ مربوط بالضرورة و كذا ٢/ ٤٨ هذه التي ذكرها الماتن و كذا ٥ و ٧/ ١ فالمهم صدق الايصاء فيشمله العمومات و الاطلاقات. و قال البروجردي (قدّس سرّه): العادة في الامور المهمة النطق بعد الكتابة فعدم النطق قرينة صارفة، و فيه: ان خصوصية الوصية توجب احيانا عدم التصريح للورثة مادام الحياة. و قال (قدّس سرّه): في الاستدلال بالخبرين مناقشة و كذا قال الخوئي: الاول مربوط بالاصرار بالوصية. و فيه: ان تعبير: «تحت رأسه» لا معنى له سوى الكتابة).

يستدل: لكن في سندهما ضعف مع تفاوت الجواب و السؤال في الثاني.

المسألة ١٠: أو غيرهم: و ان كان الأحوط الاقتصار على الارحام كما ان الأحوط لا يترك انفاذ وصية ابن سبع سنين باليسير من ماله (نظرا الى صحيح ابن مسلم ١/ ٤٤ الوصايا الحاصر بذوي الارحام و ان كان الظاهر اعراض المشهور و لكن لم يثبت الاعراض عن صحيح ابي بصير بالنسبة الى اليسير من مال ابن سبع سنين).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٧٠٠

منه إذا كانت في دور إفاقته و كذا لا تصحّ وصية السكران حال سكره و لا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثمّ جنّ لم تبطل كما أنه لو اغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيّته فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية «الثالث» الاختيار «الرابع» الرشد فلا تصحّ وصيّة السفيه و إن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده و أما المفلس فلا مانع من وصيّته و إن كانت بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدّم الدين على الوصية.

الخامس: الحرّية فلا تصحّ وصية المملوك بناء على عدم ملكه و إن أجاز مولاه بل و كذا بناء على ما هو الأقوى من ملكه لعموم أدلّة الحجر و قوله عليه السّلام لا وصيّة لمملوك بناء على إرادة نفي وصيته لغيره لا نفي الوصية له نعم لو أجاز مولاه صحّ على البناء المذكور و لو أوصى بماله ثمّ انعتق و كان المال باقيا في يده صحّت

حال سكره: البالغ حدّ فقد الشعور.

لا تبطل وصيته: (لا يقال: الوصية جائزة و هي تبطل بالجنون المتأخر، لأنا نقول: ذلك في الوكالة و الاباحة حيث يلزم بقاء الاذن).

وصية السفيه: اذا حجر عليه أو كان سفهه متصلا بصغره في المال اذا كان سفهه ماليا و كذا في غير المال (وفاقا للعلامة و أكثر المتأخرين لفهم الملاك من كريمة:

فان آنستم منهم رشدا ... الخ. آية ٦ النساء، قال الخوئي: هذه في حياة الشخص بالنسبة الى امواله و منصرفة عن الوصية، و فيه: ان الملاك منع هدر المال بسفهه في تصرفاته و هذا منه و في حال حياته لكن لبعد مماته و هذا غير

فارق و أدلة الحجر ايضا غير قاصرة لكن الكريمة في المتصل بصغره و أدلة الحجر مربوطة بالحجر، قال الخوئي: يستفاد من ٥/ ٢ الحجر، ان حجر السفيه فيما كان عليه لا له و بخلاف المورد لعدم الامتنان، و فيه ان ذلك الحديث صدره: متى يجوز امره؟ فالمراد من الذيل: «جاز عليه امره» صرف التكليف و القانون لا الحصر فيما عليه. و نقل النفوذ عن مشهور القدماء لكن التحقيق ما ذكر).

الحرية ... و ان اجاز مولاه: و ان كان الأحوط الانفاذ حينئذ (نظرا الى كون المانع عدم الاستقلال وفاقا لبعض المحشين لكن الأظهر عدم النفوذ نظرا الى كون الوصية فيها التعليق و المتقين ان ذلك فيما علق على وفاة المالك لا غيره و ان كان هو الموصي).

بناء على ارادة: كما هو الظاهر.

في يده صحت: و الاقوى الفساد (لاطلاق الدليل الحاكم بعدم صحة وصية العبد مثل صحيحة محمد بن قيس ١/ ٨١ الوصايا و كذا رواية جميل: «لا وصية لمملوك»).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٧٠١

على إشكال نعم لو علّقها على الحرّية فالأقوى صحّتها و لا يضرّ التعليق المفروض كما لا يضرّ إذا قال هذا لزيد إن متّ في سفري و لو أوصى بدفنه في مكان خاصّ لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة و كذا ما كان من هذا القبيل السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه مع جرح أو شرب سمّ أو نحو ذلك فانه لا تصحّ وصيته على المشهور المدّعى عليه الاجماع للنصّ الصحيح الصريح خلافا لابن إدريس و تبعه بعض و القدر المنصرف إليه الاطلاق الوصية بالمال و أما الوصيّة بما يتعلّق بالتجهيز و نحوه ممّا لا تعلّق له بالمال فالظاهر صحتها كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمدا لا سهوا أو خطأ و برجاء أن يموت لا لغرض آخر و على وجه العصيان لا مثل الجهاد في سبيل اللّه و بما لو مات من ذلك و أمّا إذا عوفي ثمّ أوصى صحّت وصيته بلا إشكال و هل تصحّ وصيته قبل المعافاة إشكال و لا يلحق التنجيز بالوصية هذا و لو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثمّ أحدث صحت وصيته و إن كان حين الوصية بانيا على أن يحدث ذلك بعدها للصحيح المتقدّم مضافا إلى العمومات.

فالأقوى صحتها: فيه اشكال، و الأظهر الفساد (للتعليق، و لا يقال بالتعليق على الموت فانه في كون مفهوم الوصية و لو اريد التنجيز فعلا و اخذت الحرية شرطا متأخرا فهو خلاف صحيح محمد بن قيس و غيره).

فالأقوى الصحة: بل الفساد اقوى (اذ حجره غير مربوط بالمال كالسفه فالدليل مطلق كما في ١/ ٧٨ الوصايا و ١/ ٤٥ مقدمات الطلاق).

السادس: ... فالظاهر صحتها: فيه اشكال بل منع (لاطلاق ذيل الصحيح و هو الدليل في المسألة ١/ ٥٢ الوصايا وفاقا للگلپايگاني (قدّس سرّه) في الاشكال.

و الانصراف الى المال ممنوع فان قيد الثلث في صدر كلامه عليه السلام و هو مورد النفوذ لا البطلان).

و برجاء ان يموت: نظرا الى قوله عليه السّلام: لعله يموت، لكن يحتمل كونه قيدا لقوله عليه السّلام: «جراحة او قتل» اي احدث حدثا يحتمل قويا موته بذلك لا قيد لفعل «احدث» نعم الظاهر ورود الكلام في مورد العمد كما ان ملاك

الحكم بحسب الاعتبار ايضا ذلك.

اشكال: و الصحة اوجه (فان فرض الصحيح انما هو في فرض تحقق القتل و الموت).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۲

المسألة ۱۱: يصحّ لكل من الأب و الجدّ الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر و لا تصحّ مع وجوده كما لا يصحّ ذلك لغيرهما حتّى الحاكم الشرعي فانه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حيّا و ليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر فحاله حال كلّ من الأب و الجدّ مع وجود الآخر و لا ولاية في ذلك للامّ خلافا لابن الجنيد حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة و على ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال و جعل أمره إلى غير الأب و الجدّ و غير الحاكم لم يصحّ بل يكون للأب و الجدّ مع وجود أحدهما و للحاكم مع فقدهما نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصيّ ثمّ يملّكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملّكهم يمكن أن يقال بصحته و عدم رجوع أمره إلى الأب و الجدّ أو الحاكم.

المسألة ۱۱: يصح: (بلا خلاف و الدليل مثل ۱/ ۹۲ الوصايا في الوصية بالمضاربة بمال ولده ...: «لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك و هو حيّ» و غيره من الروايات، و أما الاستدلال بدليل تفسير «عقدة النكاح» بالاب و الجد فثبت في غير النكاح بالأولوية كما استدل الخوئي (قدّس سرّه) ففيه عدم الولاية على الرشيدة الباكرة في الاموال مع ثبوتها في النكاح عند غير واحد من المتأخرين منهم هو نفسه).

و لا تصح مع وجوده: (خلافا لبعض اهل العصر نظرا الى اطلاق دليل الوصاية، و فيه مع ان الحكم متسالم عليه، عدم اطلاق لدليل الولاية يشمل الوصاية في هذا المورد و ايضا اطلاق دليل الولاية بحيث لا معارض له إلاّ بالدليل و هو شخص المقابل لا وصيّه).

حتى الحاكم: (لعدم مقتض لولاية سوى الحكومة و قد بطلت بموته و ايضا المتيقن من دليل ولايته و هو كون الفعل مما لا بد منه و يحتاج الى من يقوم به و المتيقن هو الحاكم الشرعي، حال حياته).

لم يصح: (لعدم كون دليل الوصاية مشرعا لأمر جديد. فحيث لا ولاية لغير الاب و الجد و الحاكم فلا يمكن جعل غيرهم وليا).

بصحته: لا يترك الاحتياط بالاستيذان من المجتهد الأعلم (فان الصرف على الطفل نوع تصرف فيه يحتاج الى اذن الولي إلاّ فيما جرت السيرة مما يكون الجواز متيقنا كموارد الضرورة و ايضا الاعطاء يشبه التمليك و يحتاج الى قبول الولي).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۳

(فصل في الموصى به)

تصحّ الوصية بكلّ ما يكون فيه غرض عقلائي محلّل من عين أو منفعة أو حقّ قابل للنقل و لا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلا أو قوّة فتصحّ بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة و تصحّ بالعبد الآبق منفردا و لو لم يصحّ بيعه إلاّ بالضميمة و لا تصحّ بالمحرّمات كالخمر و الخنزير و نحوهما و لا بآلات اللّهو و لا بما لا نفع فيه و لا غرض عقلائي كالحشرات و كلب الهراش و أمّا كلب الصيد فلا مانع منه و كذا كلب الحائط و الماشية و الزرع و إن قلنا بعدم

مملوكية ما عدى كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها و لا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق كحقّ القذف و نحوه و تصحّ بالخمر المتّخذ للتخليل و لا فرق في عدم صحّة الوصية بالخمر و الخنزير بين كون الموصي و الموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لأنّ الكفار أيضا مكلّفون بالفروع نعم هم يقرّون على مذهبهم و إن لم يكن عملهم صحيحا و لا تصحّ الوصية بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمل صحّته إذا أجاز.

في الموصى به

منفردا: (لاطلاق دليل الوصية و عدم الدليل على التقييد مثل ما في البيع).

بالمحرمات: ان لم يكن فيها حق الاختصاص باعتبار بعض الفوائد المحلّلة (و إلاّ فيصدق عنوان ما ترك و ترك خيرا).

مكلفون بالفروع: بل و ان قلنا بخلاف ذلك، كما ان الحق التفصيل بحسب التكاليف (اذ عملهم هذا غير صحيح و ان كان الشارع لا يزاحمهم كما هو مفاد قاعدة الالزام لعدم استفادة الصحة من قاعدة الالزام و من هنا يعلم الخدشة في تعليقة بعض المعاصرين حيث اعتقد الصحة لقاعدة الالزام. كما اشار الماتن: يقرّون على مذهبهم و ان لم يكن عملهم صحيحا، و قال بعض اهل العصر: ايّ معنى لإقرارهم اذا لم يكن عملهم صحيحا، و فيه ما عرفت. و كيف كان فالتكليف بالفروع ليس مبنى المسألة كما في وصية غير البالغ لمثله بالخمر، و تأمل الاستاذ في صحة وصيتهم. و الظاهر وضوح المسألة).

اذا أوصى لنفسه: (للزوم تعليق الوصية على موت العامة و هو غير المالك و المتيقن من صحة التعليق في الوصية التعليق على موت المالك، فلا وجه لاشكال السيد جمال تبعا للنائيني (قدّس سرّهما) بعدم الفرق بين الصورتين اذا اجزنا الوصية بمال الغير.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۴

المسألة ۱: يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقلّ منه فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد إلاّ مع إجازة الورثة بلا إشكال و ما عن عليّ بن بابويه من نفوذها مطلقا على تقدير ثبوت النسبة شاذّ و لا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة و لو كانت زائدة و أجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصّة المجيز فقط و لا يضرّ التبعيض كما في سائر العقود فلو خلف ابنا و بنتا و أوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلاّ ثلث من ستّة و لو انعكس كان له اثنان و ثلث من ستّة.

المسألة ۲: لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الّذي جعله الشارع له فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه و كانت بقدره أو أقلّ صحّت و لو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة و بقاء ثلثه سليما مع وصيّته بالثلث سابقا أو لاحقا بطلت مع عدم إجازة الورثة بل و كذا إن اتّفق أنه لم

و قال آقا ضياء (قدّس سرّه): يمكن الصحة بالغاء قيد لنفسه، و فيه: ان الوصية امر واحد و لا يمكن تحليلها بأصل الوصية مبهمة و لنفسه أو لغيره، و قال ايضا: يمكن تحققها بنفس الاجازة لكفاية ذلك في تحقق الوصية و تبعه النجفي (قدّس سرّه): و لكن انشاء اجازة الوصية غير انشاء الوصية).

احتمل: بل الصحة لا تخلو عن قوة (لكون الفضولي على القاعدة و لا فرق بين العقد و الايقاع و السيرة ايضا على ذلك كما ترى من كتابة علماء البلاد الوصية للناس و امضائهم لها).

المسألة ١: شاذ: (مع ان بعض ما استدل له ضعيف السند و هو ١٦ و ١٩/ ١١ الوصايا و بعضه لا يدل و هو ١١/ ١١ الوصايا فانه في مورد اجازة الورثة، فالحق هو البطلان مع عدم اجازة الورثة للنصوص الكثيرة في الأبواب ١١، ٦٦، ٦٧ الوصايا).

المسألة ٢: بطلت: الامر ليس كذلك فيما قصد كونها من الاصل لصحة الوصية حينئذ بالنسبة الى الثلث و تنطبق الوصية بالثلث سابقة أو لا حقة على ذلك و كذلك اذا لم يوص بالثلث اصلا. إلاّ فيما كان قصد الاصل أو الثلثين مأخوذا على نحو القيدية في انشاء الوصية فحينئذ تبطل، فان الميزان في احتساب الثلث انما هو حين الموت لا حين الايصاء و لذا يصح الوصية بالثلث حين ما لم يكن له مال اصلا اذا كان له مال حين الموت، و حين الموت ينطبق احدى الوصيتين على الاخرى.

و أما قصد الاصل أو الثلثين فهو لا يضرّ إلاّ اذا كان تحت الانشاء و قيدا فيه. و إلاّ فصرف

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ٧٠٥

يوص بالثلث أصلا لأنّ الوصية المفروضة مخالف للشرع و إن لم تكن حينئذ زائدة على الثلث نعم لو كانت في واجب نفذت لأنه يخرج من الأصل إلاّ مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

المسألة ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته و لم يعلم كونها في واجب حتّى تنفذ أو لا حتّى يتوقّف الزائد على إجازة الورثة فهل الأصل النفوذ إلاّ إذا ثبت عدم كونها بالواجب أو عدمه إلاّ إذا ثبت كونها بالواجب وجهان ربما يقال بالأوّل و يحمل عليه ما دلّ من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كلّه فهو جائز و أنه أحقّ بماله مادام فيه الروح لكنّ الأظهر الثاني لأنّ مقتضى ما دلّ على عدم صحّتها إذا كانت أزيد من ذلك و الخارج منه كونها بالواجب و هو غير معلوم نعم إذا أقرّ بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل بل و كذا إذا قال أعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاة أو نذرا أو نحو ذلك و شكّ في أنها

القصد لا يضر فلو اوصى بمال معين بجميعه مع اعتقاده انه جميع المال فانكشف الزائد و انه بقدر الثلث أو اقل نفذ و هذا مراد آقا ضياء (قدّس سرّه): ما لم يكن ذلك بنحو التشريع في التطبيق و إلاّ فهو صحيح.

مخالف للشرع: فيما كان بنحو القيدية في الانشاء.

واجب: مالي كالديون و الحج.

المسألة ٣: الاظهر الثاني: لكن التعليل عليل (فانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. للمخصّص كما ان التمسك بالجهل ايضا مبني على اخذ العلم في موضوع الحكم و هو مدفوع و تمسك بعضهم باطلاق ادلة نفي الزائد عن الثلث مع كثرة الابتلاء بالدين و فيه ما لا يخفى من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية للمخصص ايضا و تمسك الگلپايگاني (قدّس سرّه) بأصالة عدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلاّ بالامضاء و هو ايضا مخدوش بما ذكر و كذا الاشكال فيما جعله النجفي (قدّس سرّه) مبنى المسألة: «على القول بانتقال المال الى الورثة مع تعلق حق الغرماء يجوز التصرف لأصالة عدم تعلق حق الغرماء بالمال و على القول بعدم الانتقال إلاّ في الزائد عن الدين لا يجوز

التصرف» فان فيه ايضا ذلك الاشكال اذ لعل المورد من المال الزائد عن الدين. لكن الأمر اسهل من ذلك كله فان الأصل عدم كون الميت مدنيا، ثم الروايات التى اشار اليها هي التي تمسك بها والد الصدوق (قدّس سرّه) و قد مرت الاشارة اليه في مسألة ١).

اقّر: (و ليس اقرارا على الورثة لأن المال ماله مادام حيا و يؤخذ به فيلزم بدفع المال

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۶

واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحبيّ فانها أيضا تخرج من الأصل لأنّ الظاهر من الخمس و الزكاة الواجب منهما و الظاهر من كلامه اشتغال ذمّته بهما.

المسألة ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفات الموصي فلا إشكال في نفوذها و لا يجوز له الرجوع في إجازته و أمّا إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها و عدمه قولان أقواهما الأوّل كما هو المشهور للأخبار المؤيّدة باحتمال كونه ذا حقّ في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقّه كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالّة على أن ليس للميّت من ماله إلاّ الثلث هذا و الاجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي و ليست ابتداء عطيّة من الوارث فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أوّلا ثمّ ينتقل إلى الموصى له بل و لا بتقدير ملكه بل ينتقل إليه من الموصي من الأوّل.

المسألة ٥: ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله مثلا فأجاز الورثة ثمّ قالوا ظننا أنه قليل قضي عليهم بما ظنّوه و عليهم الحلف على الزائد فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضي عليهم

و نحوه، و يستفاد من النصوص الدالة على اخراج الحج من الأصل اذا اوصى الميت به مع ان الاشكال وارد فيه ايضا).

المسألة ٤: قولان: (بل اقوال منها التفصيل بين الوصية حال المرض فتنفذ الاجازة و إلاّ فلا، و التفصيل بين استدعاء الموصى أو فقر الوارث فلا تنفذ و غير ذلك فتنفذ).

للأخبار: (و هي العمدة منها ١ و ٢/ ١٣ الوصايا، و أما التأييد فالظاهر انه لا بأس به بكون المراد كون الوارث ذا حق في الثلثين بحسب ما بعد الموت فيمكن له الاجازة باعتبار حق ما بعد الموت و بهذا التناسب يمكن الاستفادة من الاخبار المشار اليها خلافا للخوئي و غير واحد من المحشين نظرا الى كون الوصية تتعلق بما بعد الموت فلا معنى للاجازة فعلا إلاّ على التمسك بالروايات).

تنفيذ: (فان الاجازة تتعلق باعتبار ما بعد الموت لكن عمل الايصاء حيث يكون الآن يكون في متعلقات الميت مع صحة الاجازة حال حياة الموصي فبعد الممات بالأولوية و التعبير هو الاجازة اي التنفيذ، و النصوص شاهد و ان ابيت عما ذكرنا فهي الدليلة حيث يظهر من ١/ ١١ الوصايا ان عملهم الامضاء، بل و كذا من ١٧/ ١١ الوصايا، و اما ثمرة الخلاف ففيما مات الوارث أو الموصى له قبل القبض لكن الخوئي (قدّس سرّه) يعتقد ان الحكم على خلاف القاعدة كما مرّ).

المسألة ٥: هو الأقوى: بل الأقوى القول الاول لكن المراد من الايصاء بالنصف

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۷

بصحّة الاجازة في خمسمأة درهم و أحلفوا على نفي ظنّ الزائد فللموصى له نصف ألف درهم من التركة و ثلث البقيّة و ذلك لأصالة عدم تعلّق الاجازة بالزائد و أصالة عدم علمهم بالزائد بخلاف ما إذا أوصى بعين معيّنة كدار أو عبد فأجازوا ثمّ ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فانه لا يسمع منهم ذلك لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلوم و هو الدار أو العبد و منهم من سوّى بين المسئلتين في القبول و منهم من سوّى بينهما في عدم القبول و هذا هو الأقوى أخذا بظاهر كلامهم في الاجازة كما في سائر المقامات كما إذا أقرّ بشيء ثمّ ادّعى أنه ظنّ كذا أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثمّ ادّعى أنه ظنّ كذا فانه لا يسمع منه بل الأقوى عدم السماع حتّى مع العلم بصدقهم في دعواهم إلاّ إذا علم كون إجازتهم مقيّدة بكونه بمقدار كذا فيرجع إلى عدم الاجازة و معه يشكل السماع فيما ظنّوه أيضا.

هو من جهة المالية لا النصف المشاع من العين فانه كالايصاء بالعين و الحلف على نفي الاجازة بالأكثر لا نفي الظن و العلم. و للموصى له حينئذ في مفروض المسألة ثلث الف دينار بالوصية و سدس الالف درهم بالاجازة و هو الزائد عن الثلث (وفاقا للبروجردي و الخوئي و ... (قدّس سرّهم) و الوجه واضح فان الايصاء كان بالعين و المشاع منه ايصاء بالمعين و تخيل انه كذا من باب الداعي فقط فلا يضرّ بخلاف النصف المشاع بحسب المالية تخيلا ان مجموع المالية الف مثلا اذ الظاهر تعلق الايصاء حينئذ بخمسمأة، نظير تخلف الوصف و الاشارة. و لا يفيد الحلف على نفى الظن و العلم بل على نفى الاجازة كما هو واضح. و التعبير الصحيح في مفروض المسألة ما ذكرنا تبعا للحكيم (قدّس سرّه) و تأمل النجفي في ثلث البقية، و قال آقا ضياء (قدّس سرّه) اذا كان النصف زائدا على الثلث و إلاّ فالثلث منظور فيه الى الايصاء بالنصف يشمل الثلث ايضا، و فيه: ان المراد نصف الف درهم و ثلث باقي الارث و الصحيح ما ذكرنا اي سدس الف درهم و ثلث الف دينار).

حتى مع العلم: بل يقبل قولهم مع العلم بلا احتياج الى الحلف و مع الشك يحلفون (في مقام الاثبات لما ذكرنا و ثبوت الامر على ما ذكر).

معه يشكل السماع: الظاهر صحة العبارة، و المراد انه اذا كانت الاجازة مقيدة و المفروض انه خلاف الواقع فلا اعتبار بالاجازة اصلا للتقيد بما ليس بواقع. (فلا يرد اشكال الخوئي (قدّس سرّه). و بعضهم بنى اصل المسألة على التقييد و الداعي، و فيه: ان مورد التقيد مذكور في آخر الكلام في المتن و ليس امرا على حدة).

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۸

المسألة ٦: المدار في اعتبار الثلث على حال وفات الموصي لا حال الوصية بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة فلو أوصى بحصّة مشاعة كالربع أو الثلث و كان ماله بمقدار ثمّ نقص كان النقص مشتركا بين الوارث و الموصي و لو زاد كانت الزيادة لهما مطلقا و إن كانت كثيرة جدا و قد يقيّد بما إذا لم تكن كثيرة إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدّدة و الأصل عدم تعلّق الوصيّة بها و لكن لا وجه له للزوم العمل بإطلاق الوصيّة نعم لو كان هناك قرينة قطعية على عدم إرادته الزيادة المتجدّدة صحّ ما ذكر لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة و قلّتها و لو أوصى بعين معيّنة كانت بقدر الثلث أو أقلّ ثمّ حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصية ثمّ

زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصية فيها و كذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلّي كمائة دينار مثلا.

المسألة ۷: ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنة أو بكلّي كمائة دينار مثلا أنه إذا اتلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليهما أيضا بالنسبة كما في الحصّة المشاعة و إن كان الثلث وافيا و ذلك بدعوى أنّ الوصيّة بهما ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع إلى الوصية بحصّة مشاعة و الأقوى عدم ورود النقص عليهما مادام الثلث وافيا و رجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له خصوصا في الوصية بالعين المعيّنة.

المسألة ۸: إذا حصل للموصي مال بعد الموت كما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون فلو كان أوصى بالثلث أو الربع اخذ ثلث ذلك المال أيضا مثلا

المسألة ٦: حال وفاة الموصى: إلاّ اذا قيّد بحال الوصية. (اذ الكلام في المطلق و حينئذ فالملاك صدق «ما ترك». للآية و لظاهر ١٩/ ١١ الوصايا: «مادام فيه الروح».

و صريح ٢/ ١٤ الوصايا في شمول الوصية لدية الموصي المقتول حظاً بعد الوصية ايضا. فلا يرد اشكال بعضهم التابع لما ذكره الگلپايگاني (قدّس سرّه) و جعله مبنى المسألة من كون الملاك حال الوصية أو حال الموت. اذ الكلام في المطلق. كما لا وجه لاشكال البعض في دخالة القبض فقال: هذا خلاف قواعد الارث و الملاك مال الميت حين الموت، و فيه: انه قد يكون القبض دخيلا في حصول المالية و هذا هو المراد).

المسألة ۷: و الاقوى عدم ورود: (لظاهر الوصية و دليلها و يشهد له صورة زيادة التركة).

المسألة ۸: يخرج منه الوصية: حتى فيما كان الموصى به عينا معينة أو كان وقوع

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۰۹

و إذا أوصى بعين و كانت أزيد من الثلث حين الموت و خرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها و كذا إذا أوصى بكلّي كمائة دينار مثلا بل لو أوصى ثمّ قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً بل و إن كان عمدا و صالحوا على الدية للنصوص الخاصّة مضافا إلى الاعتبار و هو كونه أحقّ بعوض نفسه من غيره و كذا إذا أخذ دية جرحه خطأً بل أو عمدا.

(تم كتاب الوصية)

الصيد بعد تقسيم الاموال. (و لا يرد عليه ان الصيد ملك جديد للوارث لكونه نتاجا لملك الوارث أو انه يلزم في الحيازة القصد و لا قصد للميت حينئذ كما قال بالبعض، لكون الصيد تابعا للصائد لا لآلة الصيد و الصائد هو الميت بنصبه الشبكة، و أيضا هو بنصبه الشبكة قصد الحيازة اجمالا و هو كاف و يجري ما ذكرنا من تبعية عمل الصيد للصائد و ما شابهه في عكس المسألة كما لو رمى فأصاب شخصا سهوا بل و كذا عمدا فمات ثم مات المصاب تخرج دية المصاب من اصل التركة).

و ان كان عمدا: (كما يستفاد حكم الدين من معتبر ١/ ٢٤ ابواب الدين و القرض، و لذا صرح في ١/ ٥٩ ابواب قصاص النفس بعدم جواز هبة اولياء المقتول هبة الدم لقاتله اذا كان للمقتول غرماء إلاّ ان يضمنوا لهم و لم يرد نص بخصوصه

في الوصية في دية العمد، لكن يستفاد حكم المسألة من صحيح ١/ ١٤ موانع الارث حيث قال (قدّس سرّه): «اذا قبلت دية العمد فصارت مالا فهي ميراث كسائر الاموال»، و كذا من صحيح ٣/ ١٤ الوصايا المتمسك به في قتل الخطأ لعدم قيد فيه يخصّه بالخطأ و ان كان ١/ ١٤ واردا في خصوص الخطأ لكن المورد غير مخصّص، و قال الخوئي (قدّس سرّه) بل جواب الامام عليه السّلام فيه ايضا عام و القيد في كلام السائل، و فيه منع فراجع. كما ان ٢/ ١٤ الوصايا ايضا مخصوص بالخطأ.

فلا يرد ان الدية في قتل العمد نتيجة مصالحة الوارث مع القاتل فهي من عملهم.

هذا مع ان ملاك الحكم في الوصية هو الملاك في الدين و هو ان مال الوارث حينئذ له من الميت لا استقلالا، و قد صرح في ١/ ١٤ موانع الارث بأن دية العمد من اموال الميت).

دية جرحه: لكنها من امواله قبل الموت، و أما الجرح الواقع عليه بعد الموت فلا تدخل ديته في الميراث.

المعلقات على العروة الوثقى، ج۴، ص ۷۱۰

و الحمد للّه على اتمام هذه التعاليق و قد وقع الفراغ منها يوم الجمعة المصادف للثاني عشر من صفر الخير من عام ١٤١٢ الهجري القمري و اهديها الى الساحة المقدسة لمولانا صاحب الزمان عجل اللّه فرجه الشريف.

و قد تم النظر الثانوي الاجمالي فيها ليلة الخميس ٢٤/ ٢ ربيع الثاني/ ١٤١٨ القمرية المطابق لـ ٦/ ٦/ ٧٦ الشمسية. و ارجو منه تعالى ان يكون آرائنا في هذه التعاليق موافقة لما رآه الشارع المقدس و نستمد منه تعالى لاتمام تعاليقي على تتمة العروة و على تحرير الاستاذ (قدّس سرّه) و ألتمس منه تعالى البركة في العمر و الغفران للزلاّت و سهولة الانتقال الى البرزخ و الآخرة في نهاية العمر، و شمول رحمته الواسعة لنا في جميع الحالات و ان لا يكلنا الى انفسنا طرفة عين و لا الى غيره تعالى و يرزقنا المرافقة مع اهل بيت العصمة عليهم السّلام في الدنيا و الآخرة انه تعالى ولي النعم.