



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية  
عليه السلام

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

# الفقيه

أبو القاسم الحسيني  
الكبير شيخنا المكي أبو القاسم الذي  
"يومئذ"

كتاب الضمان والحالة

٥١

دار العلوم  
بغداد، لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
٨	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٥١
٨	اشاره
٨	اشاره
١٢	كتاب الضمان
١٢	اشاره
٥٠	مسأله ١ لا يشترط العلم بمقدار الدين
٦٠	مسأله ٢ الضمان بضم الذمم
٦٣	مسأله ٣ إذا أبرأ المضمون له
٦٦	مسأله ٤ الضمان لازم
٧٢	مسأله ٥ اشتراط الخيار فى الضمان
٧٦	مسأله ٦ لو تبين كون الضامن مملوكا
٧٧	مسأله ٧ ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا
٨١	مسأله ٨ إذا ضمن الدين الحال مؤجلا
٨٣	مسأله ٩ إذا مات الضامن فحل دينه
٨٥	مسأله ١٠ إذا ضمن الدين المؤجل حالا
٨٨	مسأله ١١ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله
٩٠	مسأله ١٢ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه
٩٤	مسأله ١٣ إذا أدى الضامن رجوع إلى المضمون عنه
١٠٢	مسأله ١٤ لو أخذ المذموم له ثم وهبه
١٠٥	مسأله ١٥ لو باعه أو صالحه بالأقل
١٠٨	مسأله ١٦ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن
١١١	مسأله ١٧ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى
١١٤	مسأله ١٨ إذا ضمن تبرعا

- مسأله ١٩ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن ..... ١١٥
- مسأله ٢٠ ضمان الدين بأقل منه ..... ١١٦
- مسأله ٢١ جواز الضمان بغير جنسى ..... ١١٩
- مسأله ٢٢ الضمان بشرط الرهان ..... ١٢٠
- مسأله ٢٣ هل يفك الرهن بالضمان ..... ١٢٤
- مسأله ٢٤ اشتراط الضمان فى مال معين ..... ١٢٦
- مسأله ٢٥ لو أذن المولى لمملوكه فى الضمان ..... ١٣٤
- مسأله ٢٦ ضمان اثنين عن واحد ..... ١٣٥
- مسأله ٢٧ لو ضمن كل مديون صاحبه ..... ١٤٣
- مسأله ٢٨ هل يشترط علم الضامن ..... ١٥٢
- مسأله ٢٩ لو قال: على ما تشهد به البيئه ..... ١٦٠
- مسأله ٣٠ جواز الدور فى الضمان ..... ١٦٤
- مسأله ٣١ لو كان المديون فقيرا ..... ١٦٦
- مسأله ٣٢ الضمان للحاكم عن من عليه الخمس ..... ١٦٩
- مسأله ٣٣ إذا ضمن فى مرض موته ..... ١٧٢
- مسأله ٣٤ إذا اعتبر مباشره المديون ..... ١٧٤
- مسأله ٣٥ ضمان نفقه الزوجه ..... ١٧٧
- مسأله ٣٦ جواز ضمان مال الكتابه ..... ١٨٥
- مسأله ٣٧ ضمان مال الجعاله ..... ١٨٦
- مسأله ٣٨ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه ..... ١٩١
- مسأله ٣٩ ضمان درك الثمن للمشتري ..... ٢٠٠
- مسأله ٤٠ لو ظهر بعض المبيع مستحقا ..... ٢٠٩
- مسأله ٤١ ضمان ما يحدثه المشتري ..... ٢١١
- مسأله ٤٢ لو قال: ألقى متاعك فى البحر ..... ٢١٨
- تتمه ..... ٢٢٦
- اشاره ..... ٢٢٦

- مسألة ١ صور اختلاف المضمون له وعنه ..... ٢٢٧
- مسألة ٢ لو اختلف الضامن والمضمون له ..... ٢٣٠
- مسألة ٣ لو اختلفوا فى الإذن وعدمه ..... ٢٣٣
- مسألة ٤ إذا أنكر الضامن الضمان ..... ٢٣٧
- مسألة ٥ لو ادعى الضامن الوفاء ..... ٢٤٥
- مسألة ٦ لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه ..... ٢٤٧
- كتاب الحوالة ..... ٢٥١
- اشاره ..... ٢٥١
- مسألة ١ المال المحال به عين أو غيرها ..... ٢٩١
- مسألة ٢ الحوالة تبرئ ذمه المحيل ..... ٢٩٤
- مسألة ٣ لا يجب قبول الحوالة ..... ٣٠٠
- مسألة ٤ الحوالة لازمه ..... ٣٠١
- مسألة ٥ الحوالة على البريء ..... ٣٠٩
- مسألة ٦ جواز اشتراط خيار الفسخ ..... ٣١٢
- مسألة ٧ جواز الدور والترامى ..... ٣١٣
- مسألة ٨ لو تبرع الأجنبى بإعطاء الدين ..... ٣١٥
- مسألة ٩ لو اختلفا ..... ٣١٧
- مسألة ١٠ مطالبه العوض ..... ٣٢٥
- مسألة ١١ ١٢ ١٣ ثلاث مسائل ..... ٣٣١
- مسألة ١٤ لو اختلفا فى أنها حوالة أو وكاله ..... ٣٣٣
- مسألة ١٥ لو بان بطلان البيع بعد الحوالة ..... ٣٤٢
- مسألة ١٦ انفساخ البيع بالخيار بعد الحوالة ..... ٣٤٤
- مسألة ١٧ لو أحال على ما عند وكيله ..... ٣٥٢
- المحتويات ..... ٣٥٤
- تعريف مركز ..... ٣٤٢

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵ ف ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱



الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ \_ ١٩٨٨ م

مُنقَّحه ومصَّحَّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم \_ طباعه. نشر. توزيع

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

بيروت لبنان

ص: ٢

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الضمان والحواله

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٤

كتاب الضمان

وهو من الضمن

كتاب الضمان

الكتاب بمعنى الجمع، ولذا يقال لمجموعه من المسائل المدونه كتاب، فالمراد المسائل المدونه في باب الضمان.

{وهو من الضمن} كما في المسالك وغيره، لأنه يجعل ما في ذمه إنسان من المال في ضمن ذمه أخرى.

قال في الجواهر: أو لأن ذمه الضامن تتضمن الحق، فالتون فيه أصلية، فعلى الأول: يكون الملحوظ المظروف، وعلى الثاني: الظرف، فإن الذمه تضمن المال.

أما هل قيل له الضمان بملاحظه الذمه أو بملاحظه المال، احتمالان.

أما قول المستمسك في رد المسالك في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء، فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً منه، فلم يظهر وجهه، إذ الأصل اشتقاق ذى الزائد من غيره لا بالعكس، ولا شك أن الضمان أزيد حرفاً من الضمن.

لأنه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذى على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضى والمستقبل وغيرهما، وما قيل من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائده واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقاته

{لأنه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذى على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية} كما قاله المسالك والجواهر وغيرهما، مثل الرهان والدهان وغيرهما من الرهن والدهن {كما يشهد له سائر تصرفاته} الذى بمعناه {من الماضى} فيقال: ضمنه {والمستقبل} فيقال: يضمه {وغيرهما} فيقال: اضمنه، ولا يقال ضمنه ويضمه وضمه، فليس مثل الجنان والعنان من جنّ وعنّ وهكذا.

{وما قيل} والقائل به أكثر العامه.

قال فى المسالك: إنهم قالوا إن الضمان غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين لاشتقاقه من الضم والنون فيه زائده، لأنه ضم ذمه إلى ذمه أخرى، فيتخير المضمون له فى المطالبه.

{من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائده} بخلافه على ما ذكرناه {واضح الفساد إذ مع منافاته لسائر مشتقاته} كما عرفت، وذلك دليل على عدم اشتقاق أحدهما من الآخر، إذ اللفظه الزائده فى كلمه لا تدور فى سائر المشتقات، مع أنا نرى دوران النون فى المقام، والاشتقاق الكبير لا يدل على وحده المعنى، فقول المستمسك: اللهم إلا أن يكون المراد الاشتقاق الكبير، محل نظر.

لازمه كون الميم مشدده.

وله إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحواله والكفاله أيضاً فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً

{لازمه كون الميم مشدده} لما فى أصله، فإن الضمان بتخفيف الميم، بينما ضمّ بتشديد الميم، لكن لا يخفى أن هذا ليس دليلاً لكثرة الحذف والتبديل فى الحروف الأصلية، نعم الأصل عدمهما.

{وله} أى للضمان {إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحواله والكفاله أيضاً} فيقال: ضمنه إذا قبل حوالته، كما يقال: ضمنه إذا كفله، كما يشمل معنى ثالثاً وهو تعهد أنه إن لم يدفع دفع عنه مما لا ينقل الذمه {فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس} ومعنى تعهد المال أن يعطيه، وتعهد النفس أن يحضرها، وإذا لم يحضرها تحمل خساره، لكنه فى الشريعة لا يتحمل الحبس والجلد ونحوهما، بينما عند بعض الناس قديماً وحديثاً يتحملها أيضاً، فإذا لم يحضر مستحق القتل قُتل بدله.

{وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عيناً} بأن يعطى عينه {أو منفعة} بأن يعطى بدل منفعته إذا لم يسلم المؤجر الدار إلى الأجير مثلاً، {أو عملاً} بأن يعطى قيمه العمل، كما إذا استأجر الأجير فضمن الضامن عمله، فإذا لم يعمل أعطاه قيمه العمل مثلاً.

والظاهر أن الأول: معنى لغوى يستعمله العرف العام أيضاً.

أما الثانى: فهو اصطلاح فقهى.

فالمراد بالضمان المقسم فى كلام المصنف أعم منهما، وكلاهما حقيقه فلا مجاز فى البين.

وهو المقصود من هذا الفصل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال ولو بضميمة القرائن، على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون له

وبذلك يظهر لك وجه النظر في كلام جملة منهم.

{وهو المقصود من هذا الفصل} ولذا عرفه محكى المبسوط والوسيله بأنه إثبات مال في الذمه بعقد.

أقول: وسيأتى الكلام في صحة المعاطاه فيه، فالمراد بالعقد إما الأعم، أو على سبيل المثال، أو هو عند من لا يرى المعاطاه فيه.

{ويشترط فيه أمور:}

{أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال} أما اشتراط الإيجاب فلأنه حتى يتحقق العقد، وبدون ذلك لا يكون عقد حتى يكون وفاء به، وأما كفايه كل لفظ فلا إطلاق دليل العقد، ودليل الضمان بعد عدم دليل على الخصوصيه، ولذا قال: {بل يكفي الفعل الدال ولو} كانت الدلاله {بضميمة القرائن} الحالیه أو المقاليه الداله {على التعهد والالتزام بما على غيره من المال} فإن الفعل له الدلاله بواسطه القرائن على إنشاء العنوان، فيشملة الدليل، كما إذا سأل الدائن من يضمن الدين فأشار الضامن برأسه بالإيجاب.

ومنه يظهر صحة ذلك بالكتابه، كما ذكره بعض المعلقين.

أما قول السيدين البروجردى والجمال، واللفظ للأول: لو وجد فعل دال على ذلك على حد دلالة الألفاظ الداله عليه، لكن الظاهر أنه مجرد فرض. وتبعه بعض آخر، فلم يظهر وجهه، ولذا سكت على المتن السيد ابن العم، وأيده السيد الحكيم.

{الثاني: القبول من المضمون له} إذ ليس الضمان من الإيقاعات عرفاً

ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك، من قول أو فعل، وعلى هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكره ولكن لا- يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه، بل يكفي رضا المضمون له سابقاً أو لاحقاً كما عن الإيضاح والأردبيلي

حتى يكون إمضاء الشارع للضمان موجباً لكفايه الإيجاب، بل هو من العقود فاللازم فيه القبول، هذا بالإضافة إلى أن صحه ذلك بدون قبول المضمون له تصرف في أموال الناس، وهو خلاف «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(1)</sup> الذي دل عليه النص والفتوى.

{ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل} لما تقدم في الإيجاب، وقد سبق في بعض المباحث ما يفيد أنه لا دليل على كون الضامن موجباً والمضمون له قابلاً، بل يمكن العكس.

{وعلى هذا يكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب والقبول كذا ذكره}، المحققان والعلامة والشهيدان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد أن الضمان عقد إجماعاً.

{ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه} أو الجائزه كالمضاربه.

{بل يكفي رضى المضمون له سابقاً} على الضمان {أو لاحقاً} أو مقارناً، إذ لا خصوصيه للسابق واللاحق {كما عن الإيضاح والأردبيلي} اختياره، بل

ص: ٩



يظهر من الشيخ فى الخلاف عدم لزوم رضى المضمون له فضلاً عن قبوله، واحتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) وأبى قتاده دين الميت (٢)، ولم يسأل النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن رضى المضمون له.

أقول: وقد أوردهما فى الخلاف.

وروى درر اللئالى \_ كما فى المستدرک \_ عن جابر بن عبد الله، أن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) كان لا يصلى على رجل عليه دين، فأتى بجنأه فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «على صاحبكم دين»، فقالوا: نعم ديناران، فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتاده: هما على يا رسول الله، قال: فصلى عليه، قال: فلما فتح الله على رسوله قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مألأ فلورثته، ومن ترك ديناً فعلى» (٣).

وروى أيضاً، عن أبى سعيد الخدرى، قال: كنا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فى جنازه فلما وضعت، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «هل على صاحبكم من دين»، قالوا: نعم درهمان، فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «صلوا على صاحبكم»، فقال على (عليه السلام): «هما على يا رسول الله، وأنا لهما ضامن»، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فصلى عليه، ثم أقبل على على (عليه

ص: ١٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح ٣، والمستدرک: ج ٤ ص ٤٩٨ الباب ٣ فى أحكام الضمان

السلام) فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» (١).

وعن الغوالي روايتهما بإجمال (٢).

وفى روايه معاويه بن وهب التي رواها الوسائل عن الكافي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ذكر لنا أن رجلاً من الأنصار مات، وعليه ديناران فلم يصلّ عليه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، وقال: «صلّوا على صاحبكم» حتى ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «ذلك الحق» الحديث (٣).

ومثله روايه الصدوق والشيخ (٤).

وقد استدلل الجواهر على الرضا بوقوع الضمان، بأنه يدل على وقوع الرضا باعتبار أن الضمان عقد مؤلف من الإيجاب والقبول، فالإخبار عنه إخبار عنه.

أقول: كما أنه لو قال: وقع النكاح أو البيع، دل على الرضا من جانب القابل.

لكن فيه: إن احتياج الضمان إلى الرضا أول الكلام، فالاستدلال بالضمان عليه أشبه بالمصادره، اللهم إلا أن يقال: إن الجواهر استند في ذلك إلى صحيح

ص: ١١

---

١- المستدرک: ج ٣ ص ٤٩٨ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٣، وأيضاً الوسائل: ج ١٣ ص ١٥١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٤٩٧ الباب ٢ من أبواب الضمان ح ٣

٣- الفروع: ج ١ ص ٣٥٣، الفقيه: ج ٣ ص ٥٩، التهذيب: ج ٣ ص ٥٥، الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٢ في الضمان ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ١

عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال (عليه السلام): «إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمه الميت» (١).

فإنه يدل على أن لا ضمان إلا بالرضا من الغريم، لا أنه ضمان لكن بدون الرضا، حتى يؤيد استدلال الشيخ.

فما في المستمسك من أن ظاهر اشتراط الرضا في الجواب أنه أمر زائد على الضمان، وأنه يتحقق وإن لم يرض المضمون له، وعلى هذا ففوق الضمان لا يدل على الرضا ولا على القبول، غير ظاهر الوجه، فإن المتفاهم عرفاً من مثل هذا الشرط أنه من باب تحقق الموضوع، فهو مثل أن يقال: ما تقول في من تزوج امرأه، فقال: إذا رضيت لا بأس، ونحوه شائع.

أما ما ذكره المستمسك، من أن عدم سؤال الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) عن رضى المضمون له، فيه: إن عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا كما هو ظاهر، إذ من الجائز اطلاعه (صلى الله عليه وآله وسلم) على حصول الرضا فلم يسأل عنه، ولذلك قيل إنه قضيه في واقعه لا عموم فيها.

ففيه: إن المنصرف من الرويتين عدم حضور الدائن، فهما مثل ما رواه الكليني، عن فضيل وعبيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لما حضر محمد

ص: ١٢

---

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٠ الباب ٢ من أبواب أحكام الضمان ح ١، انظر الفروع: ج ١ ص ٣٥٥ وج ٢ ص ٣٤٠، والفتاوى: ج ٢ ص ٦٠ و ٣٨٠

ولا يعتبر القبول العقدي، بل عن القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال

بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم: قد عرفتهم قرابتي ومنزلتي منكم وعليّ دين فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): عليّ دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعني أن أضمنه أولاً، إلاّ كراهه أن يقولوا سبقنا» (١١).

مما ظاهره أن المديون لم يكن حاضراً.

وكيف كان، حيث إن الصحيح يستفاد منه اشتراط الرضا، لا بد وأن يحمل غيره مما دل على عدم اشتراط الرضا على غير الضمان اللازم، أي العرفي منه مما مهم المديون أن يتحملة إنسان، ولما يعلم الدائن بأن ماله لا يتلف يرضى غالباً، لأن المهم عنده المال، لا أنه من العقد الناقل لذمه المديون إلى الضامن، وأنه لازم على الضامن الوفاء، لأنه بدون الرضا من الطرف الآخر لا دليل على لزومه، فهو وعد يستحب وفاؤه، مثله مثل ما إذا قال إنسان: عليّ بناء هذا المسجد وما أشبه ذلك.

{و} حيث ثبت اشتراط الرضا نقول: يأتي الكلام في الاحتياج إلى القبول علاوه على الرضا، فقد ذكر الإيضاح والأردبيلي أنه {لا يعتبر القبول العقدي} وكأنه للأصل بعد عدم دليل عليه {بل عن القواعد: وفي اشتراط قبوله احتمال} مما يدل على احتمال عدم شرطه، بل إنه أقوى بنظره.

ص: ١٣

ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلى عليه حتى ضمنه على (عليه السلام)، وعلى هذا فلا

{ويمكن استظهاره} أى عدم اشتراط القبول {من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلى عليه حتى ضمنه على (عليه السلام)} وبهذا تكون أدله القائل بعدم اشتراط القبول الأصل والقضية.

كما أن اشتراط دليله الإجماع المتقدم من جامع المقاصد على أنه عقد، ودليل سلطنه الناس، فإن نقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن \_ وهو مال المضمون له \_ خلاف سلطنته، فالناس مسيطون(1) يمنع من ذلك، ولذا قال جامع المقاصد: لأن المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه.

وعليه فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، والأقرب الاشتراط، لأن الأصل لا يقاوم الدليل، والقضية لا دلالة فيها على أنها من الضمان المصطلح، فهى مثل ما إذا امتنع شخص من تزويج بنته لزيد بحجه أنه لا يملك داراً، فتقول أنت: أنا أبيع الدار، لأن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يصل من جهة عدم سد الدين، وبضمان على (عليه السلام) كان للدين أداء، وهذا هو المفهوم عرفاً من القضيتين.

{وعلى هذا ف\_} العمده فى الدليل قاعده السلطنه.

{لا} يقال: كما يمكن فى الخارج نقل ملك زيد كأمواله بدون رضاه من

ص: ١٤

١- البحار: ج ٢ ص ٣٧٢

يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر في قبولها، وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه إذ يصح الضمان التبرعى

مكان إلى مكان كذلك يمكن في الذمه.

لأنه يقال: قاعده السلطنه تبين عدم التسلط التشريعى فلا يقاس بالتسلط التكوينى، فحال قاعده السلطنه حال سائر الواجبات والمحرمات حيث اللزوم، والمحذور في العمل شرعاً لا تكويناً فيمكن اتخاذ المحارم زوجه تكويناً ولكنه لا يمكن شرعاً، إلى غير ذلك.

وبهذا تبين أنه لا مجال للاستدلال بأصالة عدم تسلط المضمون له على منع الضامن من النقل، إذ لا وجه لهذا الأصل بعد إطلاق دليل السلطنه.

وعليه {يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر في قبولها} لأن الأدله الداله على تلك الأمور مطلقه شامله لكل عقد، ومنها هذا العقد.

نعم قد تقدم احتمال صحه أن يكون كلّ منهما موجباً، فلا يختص الإيجاب بالضامن، فربما ينقله الضامن ويقبله المضمون له، وربما ينقله المضمون له إلى ذمه الضامن ويقبله الضامن، وإن كان ظاهرهم كون الموجب هو الضامن.

{وأما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه} كما هو المشهور، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه {إذ يصح الضمان التبرعى} وإن كان ربما

فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه

يستشكل على ذلك لولا الإجماع بأن (إذ) ليس دليلاً شرعياً، بل هو شبه المصادره، بينما مقتضى الدليل الأولى عدم الصحة إلا برضاه، حيث إنه تصرف في ذمه المضمون عنه، فهو خلاف سلطنه الناس على أنفسهم، فكما لا يصح أن يملأ الإنسان ذمه الغير بدون رضاه كذلك لا يصح أن يفرغ ذمه الغير بدون رضاه، اللهم إلا أن يقال: إن الإفراغ ليس تصرفاً، ولذا يصح إبرأؤه بدون رضاه، بل مع كرهه وعدم إرادته.

ويؤيده ما تقدم من الروايات الظاهره في عدم تحصيل رضى المضمون عنه عند الضمان، وإن كانت تلك الروايات في الميت إلا أن ذمته كانت مشغوله، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «وفك رهانك كما فككت رهان أخيك».

{فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه} وقد ورد في بعض الروايات إعطاء الزكاه عن الغير، كما ورد الحج عن الميت.

{وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء} لدين الغير {أو الضمان عنه ضرراً عليه}، مثلاً المديون لا يأخذ منه الظالم الضريبه.

أما إذا لم يكن مديوناً أخذ منه ضريبه باهضه {أو حرجاً} وهو نفسى غالباً، ولذا قال: {من حيث كون تبرع هذا الشخص} أو أى شخص {لوفاء دينه منافياً لشأنه} عرفاً، أو يزعم هو كذلك بما يسبب حرجاً نفسياً عليه.

كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبي، وإن كان

{كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلاً} حيث يقع في حرج نفسى، فدليل «لا ضرر»<sup>(١)</sup>، (وما جعل عليكم في الدين من حرج)<sup>(٢)</sup>، يقف دون صحه الوفاء، بل والإبراء، وكذلك الضمان عنه، إذ لو صحح تلك الأمور كان قد جعل الضرر والحرج.

وبذلك يظهر أن ما ذكره بعض المعلقين من أنه يصح الضمان وإن استلزم ضرراً وحرجاً غير ظاهر الوجه، إلا أن يقال: إن دليلهما لا يشمل مثل ذلك، كما لا يشمل مثل ما إذا فتح إنسان دكاناً قبال دكان إنسان آخر، حيث ذهب بعض المشتريين إلى دكان الثانى، أو كان حرجاً نفسياً على الأول، فإن دليل الضرر والحرج لا يشمل مثل ذلك حتى يقال: بأن إجازة الشارع فتح الدكان للثانى منافية لدليلهما، فاللزام عدم جواز فتحه، إذ يقال فى جوابه: إن دليلهما منصرف عن مثل ذلك.

هذا ولكن لا يخفى ما فى هذه المقاييسه، إذ عمل الضامن والمعطى تصرف فى الغير بإفراغ ذمته، فالدليلان شاملان لذلك، بخلاف مثل فتح الدكان، فما ذكره الماتن وسكت عليه غالب المعلقين، كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وأيده المستمسك، هو الأوفق بالقواعد.

{الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبي، وإن كان

ص: ١٧

١- الكافى: ج ٥ ص ٢٩٢ الحديث ٨، والتهديب: ج ٧٤ ص ١٤٧ الحديث ٦٥١

٢- المائده: الآيه ٥ و ٦



مراهقاً، بل وإن أذن له الولي على إشكال

مراهقاً { بلا إشكال ولا خلاف عندهم، بل دعوى الإجماع عليه مستفيضه، وذلك لما دل على قصور الصبي عن التصرف في ماله.

قال سبحانه: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) (١).

وقال (عليه السلام): «لا يجوز أمر الغلام» (٢).

إلى غير ذلك مما ذكره في كتاب الحجر.

وحيث لا يصح له التصرف في ماله لا يصح له التصرف في ذمته، مثل الضمان والاشتراء نسيئته وما أشبه ذلك.

{بل وإن أذن له الولي} كما صرح بذلك غير واحد، وذلك لأنه نوع تصرف في المال، فيشمله أدله المنع، وإذن الولي لا يجعل غير القابل قابلاً، بل شمول حق الولاية لمثل ذلك غير ظاهر، كعدم شموله بالنسبة إلى المجنون {على إشكال}، وقد سكت عليه غالب المعلقين.

وقال في المستمسك: لانصراف أدله المنع عن نفوذ تصرفه عن صوره إذن الولي، بل لعل قوله تعالى: (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى) (٣)، ظاهر في صحه تصرفه بإذن الولي.

وكذا روايه السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): نهى رسول الله (صلى

ص: ١٨

١- سورة النساء: الآية ٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٣ الباب ٢ من أبواب الحجر ح ١

٣- سورة النساء: الآية ٦

ولا ضمان المجنون إلا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته، وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً

الله عليه وآله وسلم) عن كسب الإمام، فإنها إن لم تجد زنت إلا أمه قد عرفت بصنعه يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده فإنه إن لم يجد سرق» (1)، انتهى.

ويؤيده ما ذكرناه فى باب المكاسب من أن ظاهر الآيه يقتضى جواز كسب الصغير مع كراهه إذا كان مميزاً وكان بإذن الولي، كما اختار الكراهه الشرائع، فلا مانع من ذلك فى المقام أيضاً، لأنهما من واد واحد، والمميز ليس كالصغير المسلوب عبارته حتى يكون كالمجنون، وتفصيل الكلام هناك.

{ولا ضمان المجنون} بلا إشكال ولا خلاف، بل دعاوى الإجماع عليه مستفيضه، وحيث إنه مسلوب العباره عند العقلاء لم يكن كالمميز فى اعتبار ضمانه بإذن الولي، إذ لا يدخل إيقاعه فى الأدله العامه، ومن أقسام الجنون العته، وكذا حال النائم والسكران الذى لا يشعر، ومن أشبههما.

أما صحه نكاح السكرى، فقد عرفت الكلام فيه فى كتاب النكاح، {إلا إذا كان أدوارياً فى دور إفاقته} حيث إنه عاقل حينئذ، فتشمله الأدله، ولم أجد هنا من أشكال فيه، وإن كان بعضهم أشكال فى بعض معاملات الأدوارى حال الإفاقه من جهه عدم الاطمينان بعقله أو ما أشبهه، مما قد فصلناه مع رده هناك.

{وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً} حيث قد تقدم اعتبار رضاه، بل كونه طرف العقد، ومن المعلوم أنه لا اعتبار برضى وعقد غير البالغ إلا

ص: ١٩

وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً، نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.

الرابع: كونه مختاراً، فلا يصح ضمان المكره.

برضى الولي في المميز، كما لا اعتبار بهما بالنسبة إلى المجنون مطلقاً، وعليه فإذا ضمن لطفل أو مجنون كان مجرد وعد.

{وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك} رضاه وعقده، لما تقدم من أنه ليس طرف عقد الضمان، ولا دخل لرضاه في الضمان.

نعم ما استثناه سابقاً يأتي هنا، مثل ما إذا كان ضرراً عليهما أو منافياً لشرفهما {فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً}.

{نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض} لما تقدم من عدم سلطنتهما، فلا اعتبار بإذنهما حتى يحق للضامن الرجوع إليها، على ما يأتي تفصيل الكلام في الرجوع.

{الرابع: كونه} أى الضامن {مختاراً} فى ضمانه {فلا- يصح ضمان المكره} كما ذكره غير واحد، بل عليه الإجماع منهم، لحديث نفى الإكراه المستفاد منه عدم صحه العقد الواقع عن إكراه، وقد ذكر تفصيل الكلام فى رفع الإكراه للعقد فى كتاب المكاسب، لكن حيث إنه امتنان ويكفى فيه رفع اللزوم كان مقتضى القاعده الصحه إذا رضى بعد ذلك، ويؤيده قوله (عليه السلام): «لم يعص الله، وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»<sup>(١)</sup>، وغيرهما مما فصل الكلام فيه هناك.

ص: ٢٠

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفهه إلا بإذن الولي، وكذا المضمون له، ولا بأس بكون الضامن مفلساً فإن ضمانه نظير اقتراضه

ومنه يعلم اشتراط أن لا يكون المضمون مكرهاً، أما المضمون عنه فلا إلا إذا كان من الاستثناء المتقدم فيه.

ولو زعم الإكراه ولم يكن كان بحكم الإكراه، ولو زعم عدم الإكراه وكان فهو بحكم عدم الإكراه، لأنه في الأول لم يصدر عن رضى، وفي الثانى صدر عنه، والرضى وجوداً وعدمًا هو المعيار.

{الخامس: عدم كونه} أى الضامن {محجوراً لسفهه} أو عته أو ما أشبهه، لما دل على حصرهم المانع عن صحه تصرفهم، والضمان تصرف فى المال، وإن فرض أن وقت الأداء يرتفع الحجر، لأن الاعتبار بحال العقد لا حال الإنجاز {إلا بإذن الولي} حيث إن السفیه ونحوه ليس مسلوب العبارة كالمجنون، فإذا كان الولي كاف فى الصحه كما فى سائر معاملاتته.

{وكذا المضمون له} لما تقدم من اعتبار رضاه وعقده، والحجر لا يدع مجالاً للرضا حتى ينقل وللعقد حتى يصح.

{ولا- بأس بكون الضامن مفلساً} إذ الممنوع فى المفلس تصرفه فى ماله، لا فى ذمته، والضمان تصرف فى الذمه لا فى المال {فإن ضمانه نظير اقتراضه} ونظير إجاره نفسه للعمل، حيث إن إطلاق أدلتهم يشمل الاقتراض والإجاره، كما يشمل الصلح والمزارعه والمساقاه والمضاربه، وقد تقدم فى تلك الكتب الإشارة إلى ذلك.

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور، لقوله تعالى: (لَا يَتَمَدَّرُ عَلَىٰ شَيْءٍ) (١)، ولكن لا يبعد صحه ضمانه، وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة والمختلف

{وأما المضمون له فيشترط له عدم كونه مفلساً} فإن المفلس لا يتمكن من تصرف مالي، والمضمون له يتصرف تصرفاً مالياً حيث يعقد عقداً مع الضامن بأن يدفع الضامن المال عن المضمون عنه إلى المضمون له، فقد نقل المضمون له المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن.

{ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً} لأنه ليس طرف العقد، ولا الضمان متوقفاً على رضاه كما سبق.

{لكن لا ينفع إذنه} إذن المضمون عنه {في جواز الرجوع عليه} لأنه نوع تصرف، وقد سبق أنه لا حق للمفلس في التصرف في ماله.

لكن ينبغي أن يقيد ذلك بما ذكره السيد البروجردى في تعليقه وتبعه غيره، قال: إنما لا ينفع إذن المفلس في جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على نصيب المضمون له من أمواله، وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب المضمون له، وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب إذنه فلا مانع منه.

ص: ٢٢

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا

ونفى القدره منصرف عما لا ينافى حق المولى، ودعوى أن المملوك لا ذمه له كما ترى، ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته.

هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحه ضمانه، وحينئذ فإن عين كونه في ذمه نفسه، أو في ذمه المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتبع، وإن أطلق الإذن ففي كونه في ذمه المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقاً برقبته وجوه وأقوال.

أوجهها الأول لانفهامه عرفاً، كما في إذنه للاستدانة لنفقته، أو لأمر آخر، وكما في إذنه في الترويح حيث إن المهر والنفقه على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة، بأن الاستدانة موجهة لملكيته وحيث إنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكية فيه، مدفوعه بمنع عدم قابليته للملكية، وعلى فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي.

{السابع: التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي} ثم أذن له {أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا} ثم لم يف إلى ذلك الزمان {أو إن لم يف أصلاً} ولم يف حتى

أو إن لم يف أصلاً بطل على المشهور، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامه، إلا دعوى الإجماع فى كل العقود

مات مثلاً {بطل} الضمان {على المشهور} بل عن تمهيد القواعد الإجماع على عدم صحه التعليق فى العقود على الشرط، وعن الرياض فى مسأله ضمان الدين لا مؤجلاً، قال: وربما يتوهم كونه ضمناً معلقاً، وهو غير جائز عندنا، مما يظهر منه الإجماع فى المسأله.

وقال فى المستمسك: الظاهر أنه من المسلّمات التى لا تقبل المناقشه والتأمل، وقد اختار قول المشهور غير واحد من المعلقين كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

{لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان} عرفاً، فيتحقق بذلك الموضوع {وشمول العمومات العامه} فيثبت الحكم، وقد ذكرنا فى كتابى المزارعه والمساقاه أن الموضوع إذا تحقق فشمله (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) كان أحكام ذلك الموضوع الخاص مرتبه عليه، لأن (أوفوا بالعقود) يقول: أوف بكل عقد بعنوان أنه عقد خاص، لا بعنوان أنه عقد عام.

نعم، إذا لم يكن له عنوان خاص شمله (أوفوا) باعتبار أنه مطلق العقد، فلا يثبت له أحكام أحد العقود الخاصه، ولا يقف أمام هذا الدليل {إلا دعوى الإجماع} على إبطال التعليق {فى كل العقود} والثى منها الضمان، أو دعوى الإجماع فى الضمان بصوره خاصه، وقد تقدم وجود الدعويين

ص: ٢٤

على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء، وفي الثاني ما لا يخفى

فالإجماع مانع عن التعليق في الضمان بما أنه عقد وبما أنه ضمان أيضاً، فقد قام الإجماع {على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير} للأثر عن المؤثر، فكيف يمكن أن ينشأ العقد الآن ويترتب الأثر عليه في المستقبل عند حصول الشرط.

{أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء} لأن الإنشاء إيجاب، والتعليق ضد الإيجاب، فالجمع بينهما كالجمع بين الضدين، وحيث لا يمكن الجمع لم يحصل الإنشاء فلا عقد.

وبهذا ظهر الفرق بين الدعويين، فالأولى ناظره إلى تخلف المعلول عن العله، والثانية ناظره إلى الجمع بين المتنافيين.

{وفي الثاني ما لا- يخفى} إذ لا- منافاه بين الإنشاء والتعليق، فإن الإنشاء قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً مثلاً في التكوين قد يقول الله سبحانه: كن الآن، وقد يقول: كن غداً، كما أن في التشريع قد يقول المولى: اضرب الآن، وقد يقول: اضرب غداً، وأى فرق بين إنشاء الضرب وإنشاء الضمان. والمنافاه إنما تكون إذا وجد الآن ولم يوجد الآن، بينما ليس الأمر كذلك حيث يعتبر الآن وجود الشيء في المستقبل، ولذا قال في المستسمك: والسرفيه أن المعلق عليه الوجود للحاظي لا الخارجي، فالإنشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك،



وفى الأول منع تحققه فى المقام، وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً

لكنه معلق على أمر ذهنى لحاظى، لا على الأمر الخارجى الاستقبالى حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق.

أقول: ولذا تصح الإنشاءات المعلقة فى الأوامر والنواهى، كقوله للرسول: إذا وصلت إلى مكان فاقرأ كتابى.

وكذلك الحال فى الوصيه التمليكيه والنذر والعهد واليمين المعلق على شرط، إلى غير ذلك.

{وفى الأول منع تحققه} أى التأخير أو الإجماع {فى المقام}، إن كان المراد (التأخير) فمنعه لأن الأثر لا يتأخر عن المؤثر، إذ المؤثر إيجاداً بعد الشرط، والأثر يكون عند ذلك الوقت، لأن الأمور الاعتباريه خفيفه المؤنه، ومثله فى المقولات الخارجيه لو رمى وبعد دقيقه وصل الرمى وقتل الطرف، فلا يقال: إن الرمى كان قبل دقيقه والقتل بعد دقيقه، فكيف أثر المؤثر المتقدم الأثر المتأخر، وإن كان المراد (الإجماع) فمنعه لأنه لا- إجماع فى المقام، وإن كان إجماع فى جملة من العقود، والأقرب إلى ظاهر عبارته المصنف إرادته منع الإجماع.

{وربما يقال: لا- يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً} ولذا قال فى الرياض: إنه تأجيل دين حال لا ضمان معلق، وقد تبعه فى ذلك الجواهر، وأشار إليه قبلهما المسالك، وعليه فالضامن يضمن حالاً، وإنما يفى إذا أذن له أبوه، أو إذا لم يفى المديون.

وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك، نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له.

{وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا- يعقل التفكيك}، لم يظهر وجه عدم المعقولية، وإن سكت على المتن أكثر الأعاظم الذين وجدت تعليقاتهم كالساده ابن العم والجمال والبروجردى، إذ الوفاء شىء غير اشتغال الذمه، فالأول عمل خارجى والثانى تعهد ذمى، فقول (يقال) لا بأس به.

لكن يرد عليه: إنه وإن كان صحيحاً، لكن ليس فيه كلام، وإنما الكلام فى تعليق الضمان، وأنه لا دليل على منعه من عقل أو شرع.

وكان الأولى بالمستمسك أن يستشكل على الماتن بما ذكرناه لا بما ذكره بقوله: إشكاله ظاهر من ملاحظه الديون المؤجله، فإن الدين فيها مضمون فى الذمه حالاً والوفاء مؤجل، وسيأتى بيان جواز الضمان للدين الحال حالاً ومؤجلاً وهو إجماعى، انتهى.

{نعم فى المثال الثانى}: أنا ضامن إن لم يف المديون {يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له}.

لكن يرد عليه:

أولاً: إنه خلاف ظاهر العبارة، فإنها مشتمله على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء.

وثانياً: إن سلم أنه صرح بذلك، يرد عليه أن مثل هذا الضمان يكون من ضم ذمه إلى ذمه، وقد تقدم أنه لا يصح على أصولنا، إذ الضمان عندنا نقل الذمه لا ضم الذمه.

لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضيه تعليقيه، إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدى.

وثالثاً: إنه بعد تسليم عدم تعلق التفكيك بين التعليقين كيف يمكن التفكيك في هذا المثال.

ولذا أشكل على المتن الساده الحكيم والبروجردى والجمال وغيرهم ببعض ما ذكرناه.

وبذلك يظهر وجه النظر في قوله: {لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونه، إذ حقيقته { أى حقيقته الضمان في الأعيان المضمونه {قضيه تعليقيه} فهو مثل أن يقول: المودع للودعى إذا تلف فأنت ضامن، أو يقول المالك للمستعير: إذا تلف فأنت ضامن فكما يصح فيهما تعليق الضمان بالتلف ولا مانع، كذلك المقام.

{إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي} الذى هو ما نحن فيه فلا يصح فيه التعليق {والضمان اليدى} كالمثالين فيصح فيه التعليق، وجه الفرق أن الضمان العقدي إنشائى، وقد تقدم عدم معقوليته التعليق فى الإنشاء كما ذكرنا، بخلاف الضمان اليدى فهو حكم شرعى غير إنشائى إذ الشارع حكم بقاعده اليد بالضمان لمن وضع اليد على مال الغير بلزوم إعطائه المثل أو قيمه لدى التلف، لكنه رفع الضمان فى الوديعه والعاريه إلا مع التفريط، إذا أطلقنا بأن عقدا العاريه والوديعه بدون شرط.

الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه

أما مع الشرط فيرجع الأمر إلى قاعده اليد، وعليه فليس الضمان فيهما إنشاءً بل جعلاً من الشارع، وعليه فلا مجال لقوله: (لأنه يصدق)، إذ الصديق العرفى المسامحى لا- يوجب صحه المستحيل الذى هو تعليق الإنشاء، على فرض استحالته كما هو مبنى المصنف (رحمه الله).

ثم إنك قد عرفت صحه التعليق فى الإنشاء، والإجماع على منعه مناقش فيه صغرى وكبرى، فمقتضى الصنائه صحته، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن تصحيح ما أفاده (قدس سره) بأن معنى هذا الضمان التعليقى هو بمعنى تعهد ما فى ذمه الغير فيشملة (أوفوا بالعقود) لا بمعنى الثبوت فى الذمه، فما ذكره (رحمه الله) قسم آخر من الضمان.

وعليه فالضمان فى مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس معناه النقل إلى الذمه، ليرجع الأمر إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما فى ذمه الغير، فمثله مثل تعهد العين الخارجيه، وعليه فلا- تعليق فى الضمان حقيقه، بل الضمان فعلى، وأثره الانتقال إلى الذمه على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن الحال كذلك فى ضمان العين الخارجيه على تقدير تلفها، فهو يضمن الآن وأثره الانتقال إلى الذمه بإعطاء مثل العين أو قيمته على تقدير تلف العين الخارجيه مثلاً.

وحيث إن الضمان بهذا المعنى أمر عقلائى لم يردع عنه الشرع صح، ولزم إذا بنيا عليه من باب: (أوفوا بالعقود) ونحوه، لما عرفت مكرراً من شموله لمثل ذلك.

{الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه} كما ذكره

سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخيارى، كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري أو المبيع الشخصى قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك

المشهور، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه، {سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه} والصلح وغير ذلك {أو متزلزلاً- كأحد العوضين في البيع الخيارى} وكل دين متزلزل {كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري} كلياً في الذمه.

أما قوله: {أو المبيع الشخصى قبل القبض، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك} فالظاهر أنه أراد المثال بالشخصى، وإلا فالمبيع الشخصى والمهر الشخصى ونحوهما ليس من المقسم الذى هو قوله: (كون الدين) فإن العين الخارجيه ليست ديناً.

وقد تبع في ذلك الشرائع والقواعد وغيرهما، قال الأول: الثانى فى الحق المضمون وهو كل مال ثابت فى الذمه، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، انتهى.

ولذا قال المستمسك: المبيع الشخصى قبل القبض مضمون بضمان المعاوضه، يعنى بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله آنأما.

أقول: كما صوره الشيخ المرتضى (رحمه الله) جمعاً بين الدليلين.

وليس مضموناً بضمان اليد، فلا يكون مضموناً فى ذمه البائع، والضمان بهذا المعنى

فلو قال: أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئته وأنا ضامن، لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو على، لم يصح إجماعاً،

حكم شرعى لا يقبل الإسقاط، ولا يمكن نقله إلى غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد، نعم إذا أتلفه البائع كان ضامناً له، لكنه بالإتلاف لا باليد.

نعم يصح المهر مثلاً إذا كان كلياً فى الذمه، أما إذا كان شخصياً أو كلياً فى المعين أو مشاعاً فليس ذلك من أمثله المقام.

ومما تقدم يظهر حال الأجره الكليه، سواء فى إجاره الأعيان أو الأشخاص وغيرهما.

وعلى ما ذكرناه من لزوم كونه ديناً فى ذمه المضمون عنه {فلو قال: أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئته وأنا ضامن} أو بعه سلفاً وأنا ضامن، أو ما أشبه ذلك مما لم يثبت فى الذمه بعد {لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع} بل هو مقتضى نفى الخلاف فى المبسوط، كما يظهر من عبارته مفتاح الكرامه فى شرح هذا الشرط من القواعد.

{قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو على، لم يصح إجماعاً} أقول: إن تم الإجماع المذكور يلزم أن يقال: إنه لو كان المعطى مغروراً كان له الرجوع إلى غاره، لا من باب الضمان بل من باب الغرور، أو من باب أنه معاملة جديده، فيشمله: (أوفوا بالعقود).

ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية، ويمكن أن يقال بالصححة إذا حصل المقتضى للثبوت، وإن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان

{ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية} كما سيأتى فى المسألة السابعة والثامنة والثلاثين، وكأنه أخذ من السيد العاملى (رحمه الله) حيث قال: وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة فى الذمه، كضمان الأعيان المضمونه وضمان العهده ونقصان الصنجه وغير ذلك، فهى إما مستثناه أو الشرط أغلبى.

{ويمكن أن يقال بالصححة إذا حصل المقتضى للثبوت} كما إذا ضمن نفقه زوجه زيد بعد الزواج، حيث إن المقتضى موجود {وإن} لم يأت بعد وقت وجوب النفقه و{لم يثبت فعلاً} حين الضمان، {بل مطلقاً} وإن لم يكن المقتضى موجوداً وقت الضمان، كما إذا امتعت المرأة عن قبول فلان زوجاً لاعتقادها أنه لا يدفع المهر أو النفقه، فضمن إنسان لها ذلك، أو امتنع عن عقد الإجاره أو البيع بزعم عدم إعطاء المستأجر والمشتري وجه الإجاره والضمن فضمنهما، حيث يصح الضمان وإن لم يثبت المقتضى أصلاً، وإنما يصح الضمان.

{لصدق الضمان} عرفاً مما يحقق الموضوع، فيشمله إطلاقات أدله الضمان:

مثل ما رواه حسن بن خالد، فيما رواه الكلينى والشيخ، قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على

وشمول العمومات العامه وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»(١).

فإنه شامل لمثل أكل المشتري والزوج والمستأجر المال، كما تقدم في الأمثلة المتقدمة.

ومثل ما رواه عن عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن رجل ضمن عن رجل ضمناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»(٢).

{وشمول العمومات العامه} مثل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(٣) و(تِجَارَةٌ عَيْنٌ تَرَاضٍ)(٤)، بعد أن عرفت أنهما شامله لغير العقود المصطلحه أيضاً.

{وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم} لما عرفت من أنه تضمن ذمه الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، والمفروض أنه ليس في المقام ذمه مشغوله.

{بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً} بتقريب أن المراد بالمال الذي على المضمون عنه، أعم من المال الذي عليه الآن أو عليه في المستقبل، سواء كان له مقتض الآن أو لم يحصل بل مقتضيه في المستقبل، ولذا يسمى بضمان ما لم يجب.

ص: ٣٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١، والتهذيب: ج ٢ ص ٦٥، الفقيه: ج ٢ ص ٣٠

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١

٣- المائدة: الآيه ١

٤- النساء: الآيه ٢٩



التاسع: أن لا- يكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثانى الكفاله والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص

لكن لا- يخفى أن دخوله فى التعريف خلاف ظواهرهم، بل تصريحاتهم، فهو ضمان بالمعنى اللغوى والعرفى، ويشمله دليل الضمان والأدله العامه.

{التاسع: أن لا- تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم} من الكفاله والحواله والضمان بالمعنى الأخص {حيث قالوا إنه} الضمان بالمعنى الأعم {بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثانى الكفاله والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص} المعنون فى كتاب الضمان، قال فى الشرائع: هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثه أقسام.

وقال فى الجواهر: التعهد بالنفس وهو الكفاله، والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الأخص الذى يدخل فيه ضمان الأعيان، بناءً عليه، وممن عليه له مال وهى الحواله، انتهى.

ومثله قال غيرهما، كالتواعد وشرحه.

لكن لا- دليل على هذا الشرط، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضماناً، فإن كان يذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً

{ولكن لا- دليل على هذا الشرط} كما لا دليل على عدم صحه الحواله على البرىء، كما ذكره المسالك والجواهر، فإنه بعد صدق عنوان الضمان على فاقده هذا الشرط، وعدم وجود دليل خاص عليه لا وجه لاشتراطه، فيشملة دليل الضمان وعمومات الوفاء بالعقد(١).

{فإذا ضمن} الضامن {للمضمون عنه بمثل ما له} للمضمون عنه {عليه} على الضامن {يكون ضماناً} عرفياً وشرعياً له أحكامه، {فإن كان} ضمانه عنه {بإذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان} لأن أحدهما لا يطلب شيئاً من الآخر، والتهاثر أمر عرفى لم يردع عنه الشارع ولو بزياده شرط أو ما أشبهه، فلا يقال: إن التهاثر خلاف الأصل.

{وإلا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه} على الضامن للأصل بعد عدم أدائه، وعدم صلاحيه ضمانه وعطائه لإسقاطه، إذ لا دليل على الإسقاط.

{وتفرغ ذمته} ذمه المضمون عنه {مما عليه بضمان الضامن تبرعاً} إذا لم يكن من الموارد التى يشترط الضمان فيها برضى المضمون عنه كما تقدم.

ص: ٣٥

وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة، ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين

{وليس} هذا {من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين} تقدير إذنه وتقدير عدم إذنه {لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة} لوضوح أن الحوالة لا تتحقق إلا بالإحالة.

{ومع الإغماض عن ذلك} بأن قيل بصدق الحوالة، وإن لم يحل المضمون عنه دائنه على الضامن {غايه ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا-العنوانين} عنوان الحوالة وعنوان الضمان، كما ذكره المسالك وغيره، فلا-حاجه إلى هذا الشرط التاسع في الضمان ليفترق عن الحوالة في المورد المذكور، قال في المستمسك: والذي يتحصل الإشكال على الأصحاب من وجوه:

الأول: إن الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل، بل تصح على البريء، على قول يأتي.

الثاني: الضمان لا يختص بالبريء، فإنه لا دليل على ذلك، والعمومات تنفيه فيصح من المديون.

الثالث: إن الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم، فإن الحوالة متقومه بالمحيل والمحال، بل والمحال عليه، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له، ولا يتوقف على رضی المضمون عنه، فالمتصدى في الضمان الضامن، والمضمون له تابع له، والمضمون عنه أجنبي عنه، والمتصدى في الحوالة المحيل، والمحال والمحال عليه تابعان له، فالفرق بين الحوالة والضمان في المفهوم

فترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

كالفرق بين البيع والرهن، وليس الفرق بينهما في حدود المفهوم كالفرق بين النقد والنسيئة مثلاً، انتهى.

أقول: وجه التبعية لهما في الحوالة ولأحدهما في الضمان أن في الحوالة إنسان يرسل شخصاً على شخص ليأخذ منه المال، فالمرسول والمرسول إليه يلزم رضاهما، وإلا فالمرسول لا يذهب والمرسول إليه لا يقبل، بخلاف الضمان، فإنه يضمن للدائن، فاللازم قبول الدائن، ولا ربط للأمر بالمديون، إلا فيما كان عسراً ونحوه للمديون كما تقدم، فأصل مفهوم الحوالة يخالف مفهوم الضمان، لا أن المفهوم الواحد يختلف حدوده في هذا عن ذاك، ليكون مثل النقد والنسيئة حيث كلاهما بيع إلا أن حد أحدهما التعاطى الآن، وحد الآخر إعطاء أحدهما الآن وإعطاء الآخر بعد مده.

ثم على تقدير أن يكون الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم، لا في حدود مفهوم واحد، فقد يقصد المتصدى هذا المفهوم وقد يقصد المفهوم الآخر وإن كانت النتيجة واحدة، فقوله: داخلاً في كلا العنوانين، إن أراد إمكان تطبيق كليهما عليه باعتبار قصده لهذا تاره ولذلك أخرى، لم يكن به بأس، وإن أراد الصدوق الخارجى في وقت واحد منع ذلك، إذ كيف يجتمع مفهومان متنافيان على مصداق واحد.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {فترتب عليه ما يختص بكل منهما، مضافاً إلى ما يكون مشتركاً}، بل اللازم أن يترتب عليه آثار ما قصده المتصدى من الضمان أو الحوالة، ولذا أشكل عليه (رحمه الله) جملة من المعلقين.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان، ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن، فالمضر هو الإبهام والترديد

{العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان} إذ بدون ذلك لا قصد فلا- عقد فإن العقود تتبع القصد، أما الاستدلال على ذلك بلا خلاف فيرد عليه إن جملة من الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الشرط، كما أن لا خلاف لا يكون مستنداً، فالمهم صدق الضمان عرفاً وقصده، إذ مع عدم الصدق لا ضمان، ومع عدم القصد لا يتحقق (عقود كم) المستفاد من (أوفوا بالعقود).

{ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن} إذ لا- دليل على غير ذلك بعد شمول العمومات لما كان متميزاً وإن لم يعلمه الضامن.

وعليه {فالمضر هو الإبهام والترديد} وقد استدل له في المستمسك بأن المبهم لا خارجيه له فلا ينطبق على فرد بعينه، فلا يترتب عليه الأثر، لأن الأثر للموجود المتعين الخارجى دون غيره، انتهى.

لكن يمكن أن يقال إن قوله: (فالمضر) غير مترتب على ما ذكره من الدليل على هذا الشرط بقوله: (على وجه)، إذ المهم كما عرفت الصدق والقصد، وليس الإبهام والترديد مما يضر ذلك دائماً.

وما استدل به المستمسك غير ظاهر، فإن المردد لا- خارجيه له بعنوان فرد خاص لا بعنوان الجامع، وعنوان الجامع كاف في الصدق والقصد، ولذا يصح أن يوصى لزيد بأحد الشئيين، أو بأن يعمل له أحد العمليين، كما يصح بيع الكلى والكسر المشاع وما أشبه ذلك

فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد، مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد

مع أنه لا خارجيه له، وحتى الكلى فى المعين لا خارجيه له، فإن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

وعلى هذا يشكل الفروع التى فرعها على الدليل المتقدم، أى (على وجه) إلخ.

كقوله: {فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد، مع فرض تحقق الدينين}، فأى مانع من الصحة بعد شمول الإطلاق له وقصده، حيث إنه أمر عقلائي، فلو طلب منه مناً من الحنطه ومناً من الشعير فضمن أحدهما كلف بإعطاء أحدهما، ولا محذور فيه عقلاً وشرعاً لتوفر الموضوع \_ أى الضمان عرفاً \_ وقصده حين العقد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله: {ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد} بل ولو لاثنتين {ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد} بل ولو على اثنتين.

بل ويصح ضمان أحد الشخصين بأن يقول زيد وعمرو: إن أحدنا يضمن دين زيد على عمرو، فيكون كالواجب الكفائى إن قام به أحدهما سقط عن الآخر، وإلا لزم أحدهما به، وكل إشكال يمكن إيراده على ذلك يجاب عنه بما يجاب به عن الإشكال على الواجب الكفائى، هذا ومع ذلك فالمسأله بحاجه إلى تأمل أكثر.

ولو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر. أو الدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً، وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس.

ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما

{ولو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر} صح حتى بناءً على الشرط المذكور {أو الدين الذى لفلان، ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً} وقد قصده مما تم به العقد والقصد.

ومنه يعلم صحه أن يقول زيد وعمر: ضمن أحداً الأكبر سنّاً دين بكر على خالد، بعد كونه متعيناً واقعاً.

ولو لم يمكن كشف الواقع فى الفروع الثلاثة كان اللازم إجراء قاعده العدل أو القرعه، وقد تقدم فى بعض المباحث السابقه أن العدل مقدم على القرعه فى المالىات، لأن قاعده العدل لا تدع إشكالا حتى يتحقق موضوع القرعه، على تأمل.

{وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس} أو على أحد هذين {أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس} أو ما كان عليك لأحد هذين، إلى غير ذلك من الأمثله.

{و} مما تقدم من صدق الضمان وقصده يظهر أنه {من الغريب ما عن بعضهم} كالمبسوط والمفاتيح وغيرهما {من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما} وإن لم تكن معرفه شخصيه.

مع أنه لا دليل عليه أصلاً

قال في محكى المبسوط: يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعامله أم لا، ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق ذلك أم لا.

وأضاف في المفاتيح: أنه لولا المعرفة كان ضرراً أيضاً.

وعن المختلف اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له.

خلافاً للخلاف حيث حكى عنه أنه قال: ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له والمضمون عنه، وقد نقل عدم الاشتراط مفتاح الكرامه عن جماعه آخرين، بل الظاهر أنه المشهور.

وعن التذكرة لا يشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ذلك عند علمائنا.

وكيف كان، فقد استدل على عدم الشرط بعموم (أَوْفُوا) (١)، وبعض إطلاقات الضمان، وبما تقدم في حديثي أبي قتاده وأمير المؤمنين (عليه السلام) (٢)، بتقريب أنهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله، حيث لم يسأل (صلى الله عليه وآله وسلم) أمير المؤمنين (عليه السلام) ولا أبا قتاده عن الميت، ولا صاحب الدين، فيدل على أنه ليس من الشرط معرفتهما.

أقول: الروايتان لا- دلالة لهما، لأن الواقعة مجمله فلا- دلالة لها، كما أشار بذلك غير واحد، {مع أنه لا دليل عليه أصلاً} بل الدليل على خلافه، وهو بناء العقلاء، ويشمله إطلاق الأدله.

ص: ٤١

١- المائدة: الآية ١

٢- انظر الوسائل: ج ١٣ ص ١٥١ الباب ٣ ح ٢ و ٣



ولم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائره من سائر العقود.

{و} يؤيده أنه {لم يعتبر ذلك فى البيع الذى هو أضيق دائره من سائر العقود}، كأنه لأجل كثره تقييداته، مثل انقسامه إلى الأقسام الأربعة: النقد والنسيئه وغيرهما، وإلى بيع الصرف وبيع الثمار، وإلى غير ذلك مما ليست سائر العقود بتلك التضيقات.

ووجه التأيد أنه إذا كان البيع مورد العنايه الأكثر ولم يذكر فيه هذا الشرط، فعدم اشتراطه فى غيره بطريق الفحوى والأولويه.

ص: ٤٢

## مسألة ١ لا يشترط العلم بمقدار الدين

(مسألة ١): لا يشترط في صحه الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه، ويمكن أن يستدل عليه مضافاً إلى العمومات العامه وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»،

(مسألة ١): لا يشترط في صحه الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه { كما هو المشهور شهره عظيمه، خلافاً لجماعه يأتي ذكرهم، حيث اشترطوا العلم.

وينبغي أن يقال: إنه إذا كان بدون العلم غررياً يشترط لإطلاق نفى الغرر(١))، وإذا لم يكن غررياً لم يشترط للإطلاق.

{ويمكن أن يستدل عليه { على عدم الاشتراط {مضافاً إلى العمومات العامه { سواء العموم في أدله الضمان كما تقدم في بعض المسائل، أو في العمومات العامه، مثل (أوفوا بالعقود) و(تجاره عن تراض) ونحوهما.

{وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»(٢)) { كما استدل به في جامع المقاصد، فإن إطلاقه يشمل المقام، والإشكال عليه بما في المستمسك من أنه غير ثابت من طرفنا، بل المروى في خبر الحسين بن خالد تكذيبه، غير ظاهر، إذ يكفي روايته في مثل جامع المقاصد وغوالي اللثالي ودرر اللثالي، وما أكثر الروايات المرويه في كتب الفتاوى.

وخبر الحسين بن خالد لا يكذبه، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على غرم، الغرم

ص: ٤٣

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ٤ من أبواب التجاره ح ١٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢

بضمان على بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (عليه السلام)

على من أكل المال»(١١).

وظاهره أن المراد كون الضامن يرجع إليه لا أنه ليس بغارم.

واستدل له في المسالك بقوله تعالى: (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)(١٢)، مع اختلاف كميته الحمل.

أقول: لا يخفى اختلافها في الجملة، فرد المستمسك بأنه كميته خاصة غير ظاهر الوجه، ويتم ذلك بضميمة استصحاب الشرائع.

{بضمان على بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (عليه السلام)}.

ففي الفقيه: روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبنى عمى على بن الحسين (عليه السلام) وعبد الله بن جعفر (عليه السلام)، فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملى مطول، وأما على بن الحسين (عليه السلام) فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (عليه السلام): «أضمن لكم المال إلى غله» ولم يكن له غله، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه، فلما أت الغله أتاه الله تعالى له المال فأداه(١٣).

أقول: لم يرد الإمام (إلى غله) غله نفسه، بل أراد وقت مجيء الغله، ولعله

ص: ٤٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١

٢- سورة يوسف: الآية ٧٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٥ من أبواب أحكام الضمان ح ١

لأن الناس كانوا يخمسون ويزكون ويعطون ما للإمام (عليه السلام) من حقه في الأوقاف وما أشبه.

ومن هذا الحديث يعلم أن الوقت يجب أن يكون معلوماً في الجملة لا بالدقه، لوضوح أن وقت الغله ليس بدقيق، وعليه فاللازم عدم الغرر لا أكثر من ذلك.

{وضمّانه (عليه السلام) لدين محمد بن أسامه}، فقد روى الكافي عن فضيل وعبيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتى منكم وعليّ دين فأحب أن تقضوه؟ فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): علي دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعني أن أضمنه أولاً إلاّ كراهه أن يقولوا سبقنا» (1).

لكن لا يخفى أنهما حكايه واقعه وهي مجمله لا دلالة فيها على المقصود نفيّاً أو إثباتاً، كما في المستمسك، فالعمده ما تقدم من الدليل، خصوصاً وفي بعض الروايات تعيين الدين.

فقد روى المفيد (رحمه الله)، عن عمرو بن دينار، قال: حضرت زيد بن أسامه بن زيد الوفاء فجعل يبكي، فقال له علي بن الحسين (عليه السلام): «ما يبكيك»، قال: يبكي أن علي خمسة عشر ألف دينار ولم أترك لها وفاءً، فقال له علي بن

لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك، كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح، ولعله مراد من قال: إن الصحه إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك.

الحسين (عليه السلام): «لا تبك فهى على وأنت برىء منها»، فقضاها عنه (١).

فهو مثل ما رواه ابن شهر آشوب \_ كما فى المستدرک \_ عن عمرو بن دينار، قال: دخل الحسين بن على (عليه السلام) على أسامه بن زيد وهو مريض وهو يقول: واغماه، فقال له الحسين (عليه السلام): «وما غمك يا أخى»، قال: دينى وهى ستون ألف درهم، فقال الحسين (عليه السلام): «هو على»، قال: إني أخشى أن أموت، فقال الحسين (عليه السلام): «لن تموت حتى أقضيها عنك»، قال: فقضاها قبل موته. (٢)

{لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح { على المشهور، بل قولاً واحداً كما عن التذکره وجامع المقاصد والمسالك، واستدل له بالغرر، وبأنه خلاف الضمان العرفى والشارع إنما صحح الضمان العرفى.

لكن ربما يقال: إنه لولا الإجماع لا وجه لعدم الصحه، إذ هو مثل الوصيه بشىء، فما أدى فهو وما لم يؤد يأخذه المضمون له عن المديون، خصوصاً إذا كان الضامن نوى قدراً خاصاً فى نفسه، كتلت الدين مثلاً، ولا يغتر المضمون له بعد أن كان يرضى بكل شىء يضمه الضامن، لأنه يصعب عليه استخراج حقه عن المديون، بخلاف الضامن لحسن معاملته.

{ولعله مراد من قال: إن الصحه إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد

ص: ٤٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح ٢

فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال فى الصحه مع فرض تعيينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم

ذلك { قال فى محكى التذكرة: إن قلنا بصحه ضمان المجهول، فإنما يصح فى صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو قال: أنا ضامن للدين الذى عليك، وأنا ضامن لثمن ما بعث من فلان، وهو جاهل بالدين والثمن، لأن معرفته ممكنه، والخروج عن العهده مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام، فإن الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان، ونحوه عن جامع المقاصد والمسالك.

{فلا يرد عليه ما يقال { والقائل الجواهر {من عدم الإشكال فى الصحه مع فرض تعيينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم { فقد قال فى الجواهر: إن كلام التذكرة وغيره جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم فى الواقع للإيهام ونحوه، وإلا كان محلاً للنظر، انتهى.

والحاصل: إن هناك أمرين:

الأول: ما ييهم واقعاً، مثل ضمنت شيئاً من دينك، وهذا ما لا يصح عندهم، على إشكال ذكرناه فيه.

الثانى: ما له واقع معلوم، ولكن يجهل به الآن، فإن أمكن العلم به بعد ذلك بالرجوع إلى الدفتر المسجل فيه أو ما أشبهه، لا ينبغى الإشكال فى صحه الضمان فيه، لإطلاق الأدله، وإن لم يمكن العلم به لعدم معرفه أى منهم قدر الدين مثلاً، فإن كان مردداً بين الأقل والأكثر كعشره وعشرين أخذ بالأقل، لأصالة

هذا وخالف بعضهم فاشتراط العلم به لنفي الغرر والضرر، وردّ بعدم العموم في الأول لاختصاصه بالبيع أو مطلق

عدم الزيادة، وإن كان مردداً بين المتباينين مثل الفرس والحمار، فالمرجع إما القرعه أو الرجوع إلى القيمة مع إجراء قاعده العدل بالنسبة إلى الزائد عن قيمه أقلهما، مثلاً- كان الفرس بعشرين والحمار بعشره، فإنه يعطى الحمار ويعطى خمسه، وإنما لا نقول بإعطاء خمسه عشر، لأن الحمار والخمسه أقرب إلى المحتمل من خمسه عشر، والأقرب لازم كما ذكره في المثلي، فإن «على اليد» و«لا يتوى» ونحوهما إذا عرض على العرف فهم المثل أو الأقرب إلى المثل.

بل يحتمل قاعده العدل في الأقل والأكثر بالنسبة إلى التفاوت بين الأقل والأكثر، فإذا كان المحتمل عشره أو العشرين أعطاه خمسه عشر أيضاً، إذ العشره الثانيه مردده بينهما، فقاعده العدل تقتضى التنصيف، وإن كان يظهر من كلماتهم في الدين ونحوه الاكتفاء بالأقل.

{هذا} هو المشهور {وخالف بعضهم} كما نسب إلى الخلاف والمبسوط والقاضى وابن إدريس وغيرهم {فاشترط العلم به} أى بمقدار الدين فى صحه الضمان {لنفي الغرر والضرر} فإن الضامن يغتر فى صوره عدم العلم، كما أنه يتضرر، لأنه إنما يريد قدراً قليلاً فيظهر قدر كثير مما يوجب ضرره بدون أن يكون قد أقدم على ذلك.

{وردّ بعدم العموم فى الأول لاختصاصه بالبيع} فقد روى الوسائل فى أبواب آداب التجاره: «نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر» (١) {أو مطلق

ص: ٤٨

المعاوضات { للإجماع أو المناط بعدم الفرق بين البيع وسائر المعاوضات.

قال فى المستمسك: وفى بعض كتب العلامة روايته: «نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر»<sup>(١)</sup>، لكنه غير ثابت، بل المظنون أن مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور، انتهى.

أقواه: رواه بلفظ الكافى وصحيفه الرضا (عليه السلام) عن على (عليه السلام) عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم).

أما ظن المستمسك فى روايه العلامة المذكوره فى التذكرة، ففيه: إنه خلاف الظاهر، وقد نقلها بهذا اللفظ جملة من الفقهاء، وعملهم غالباً على طبقه، وإلا لم يصح القول به حتى فى المعاوضات، إذ الإجماع غير محقق والمناط غير مقطوع به، فهى مرسله مجبوره بالعمل، بالإضافة إلى أنه قد يقال: إن الأمور الغررية مما لا يقدم عليها العقلاء، فإطلاق الأدلة فى المعاملات وغيرها لا يشمل الغررى منها بعد كون الإطلاق موجهاً إلى العرف الذى لا يستفيد منه إلا ذلك.

{وبالإقدام فى الثانى} لأن «لا ضرر» إنما يكون إذا لم يقدم الإنسان على ضرر نفسه \_ فى غير ما يحرم وإن أقدم، مثل ما إذا أراد إعطاء ماله إلى السفية والمبذر، حيث يحرم ذلك بدليل خاص، مثل قوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) <sup>(٢)</sup>

ص: ٤٩

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح ١٢

٢- النساء: آيه ٥



ويمكن الفرق بين الضمان التبرعى والإذنى، فيعتبر فى الثانى دون الأول

وغيره \_ فإذا أقدم لم يمنعه دليل «لا ضرر»، وذلك لأن المستفاد من دليل «لا ضرر» أنه امتنانى، ولا امتنان فى نفسه مع الإقدام.

أما احتمال المستمسك تبعاً لغيره فى وجه عدم الشمول بأن الظاهر من نفى الضرر، نفى الحكم الذى يؤدى إلى الضرر، ومع الإقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الإقدام لا من جهة الحكم، فربما يرد عليه أن الشارع لما قرر ذلك ينتهى بالآخره إليه.

وكيف كان، فقد تقدم أنه إن كان الضمان غرراً لم يصح، فالأولى فى رد قول الشيخ ومن تبعه أن يقال: إن دليلهم أخص من المدعى، إذ ليس كل جهل غرراً، وإذا لم يكن غرراً لم يكن ضرراً مرفوعاً.

{ويمكن الفرق بين الضمان التبرعى والإذنى} المراد بالأول ما كان بدون قصد الرجوع إلى المضمون عنه، وبالثنانى ما كان بقصده، وحيث إن الرجوع لا يمكن إلا إذا كان بإذنه سمي إذنياً، إذ بدون الإذن لا يحق له الرجوع، لأصالة براءة المضمون عنه عن ضمان الضامن.

{فيعتبر} علم الضامن بقدر الدين {فى الثانى} الإذنى {دون الأول} التبرعى، أما اعتباره فى الإذنى فلأنه معاملة، فاللازم عدم الغرر فيها، لنهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

وأما عدم اعتباره فى التبرعى فلأنه لا دليل على اشتراط عدم الغرر فى الأمور التبرعية، إذ المتبرع قد أقدم بنفسه على الضمان، مثل إقدامه بنفسه على الضرر، حيث لا يشمله دليل لا ضرر.

إذ ضمان على بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً، واختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجرى في مثل المقام الشبيه بالمعاضة إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

وبذلك يظهر أنه لا يمكن أن يقال: باشتراط عدم الغرر في مطلق الضمان، بدليل عدم علم على بن الحسين (عليه السلام) في الظاهر بمقدار الدين، إذ كان ضمان الإمام تبرعياً كما يظهر من القرائن، فعدم علمه ظاهراً بالقدر لا يوجب سحبه إلى الضمان الإذني.

{إذ ضمان على بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً} لوضوح أنه لم يضمن ليرجع به إلى المضمون عنه، وإن كان بإذن وطلب من المضمون عنه.

{وإن قلت: لا يحتاج الضمان الإذني إلى العلم، إذ دليل الاحتياج إلى الإذن عدم الغرر، وقد تقدم عدم ثبوت نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وإنما نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

قلت: {اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجرى} بالمناط في الحديث {في مثل المقام الشبيه بالمعاضة} وإن لم نقله بحديث نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، لما ذكرناه من المناط، هذا بالإضافة إلى أنك قد عرفت أن الحديث موجود مجبور بالعمل، {إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع إلى الآذن، وهذا التفصيل} وإن كان {لا يخلو عن قرب} عند المصنف إلا أنه بعيد، بل اللازم جعل القسمين من الضمان ذا حكم واحد، وهو عدم الغرر

لإطلاق دليله، والقول بعدم اعتبار عدم الغرر مطلقاً، لأن باب الضمان غير باب المعاوضات، فلا فرق بين القسمين في عدم ضرر الغرر فلا حاجة إلى العلم، ولذا أفتى السادة ابن العم والبروجردى والحكيم بعدم الفرق، وقال الثالث: الجواز مطلقاً أقرب لما عرفت من إطلاق أدله الصحة من دون مقيد ظاهر، انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد إطلاق نهييه (صلى الله عليه وآله وسلم)، والمناط في نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

وأما ما يرى من الصحة مع الغرر في الجملة بعدم اعتبار العلم الكامل، فلأن مبنى الضمان عند العرف على المسامحة في الجملة، فلا يسمى ذلك غرراً حتى يشمل النهي، ولذا إذا كان يزعم أن دينه مائة فضمن ولو تبرعاً، ثم ظهر عشرة آلاف، لا نقول بصحة الضمان بالنسبة إلى ذلك، بل بنسبه ما احتمله لأنه لم يحتمل الكل، بل قدر ما ظنه، والعقود والالتزامات تتبع القصد، إذ ليس (عقدكم) و(عهدكم) ما كان خارجاً عن المقدار الذي ظنه، وعليه فالأقوى اعتبار العلم بالقدر بما لا يوجب الغرر عرفاً.

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، وتبرأ ذمه المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه

(مسألة ٢): {إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة} المتقدمه {انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن وتبرأ ذمه المضمون عنه} عن ذلك الحق، فلا يصح إجراء أحكام المديون عليه، مثلاً لا يصح حبسه بمقتضى (لئى الواجد يحل عقوبته وحبسه)، ولا يصح حجره وما إلى ذلك {بالإجماع} الذى ادعاه الغنيه والتذكرة والمسالك والحدائق والجواهر وغيرهم باختلاف عباراتهم، {والنصوص} مثل صحيح ابن سنان المتقدم: «إذا رضى المضمون عنه، فقد برأت ذمه الميت».

ومثل روايات عدم صلاحه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) على الأموات حتى ضمنه على (عليه السلام) أو أبو قتاده (١)، حيث يظهر منها براءة ذمه الميت، وإن كان فى دلالة هذه الروايات على ذلك تأمل، حيث لم تدل على براءة ذمه الميت دلالة ظاهره، بل دلت على نوع من الكفايه بحيث إنه إذا لم يدفع الورثه من التركة أو غيرها كان على الإمام وأبى قتاده، ويكفى فى عدم إمكان الاستدلال بها لذلك احتمالها كذلك احتمالاً متساوياً بحيث يمنع عن الظهور.

{خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه} وقد تقدم نقل

ص: ٥٣

وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات.

ذلك عنهم فى أول الكتاب، وقد اختلفوا فى أنه هل للمضمون له مطالبه أيهما شاء، كما نقل عن الشافعى وأبى حنيفه وأحمد وغيرهم، أو أنه لا يطالب الضامن إلا إذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبه أو إفسار أو نحوهما كما عن مالك.

{وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو} فإنهم ذكروا أن الضمان عندنا مقابل الضمان عندهم وأن الصحيح هو ما عندنا.

{ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات} مثل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) وما أشبهه، لما تقدم فى جملة من الكتب من أن هذه العمومات تشمل كل عقد لم يمنع عنه الشارع، وإن كان عقداً جديداً.

وعليه فلا- يكون له أحكام الضمان المتقدم، لأن الشارع جعل الأحكام لنقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى، وإنما يترتب على هذا الضمان الأحكام العامه للعقود مثل وجوب الوفاء وعدم الغرر وما أشبه ذلك، فإذا قرر الضامن الرجوع إليه أو إلى المضمون عنه على سبيل البديل كان الضمان كذلك، وإذا قرر الرجوع إليه إذا عجز المضمون له من تحصيله من المديون أو ما أشبه العجز كان كذلك، لأن العقود تتبع القصود.

ص: ٥٤

١- المائدة: الآية ١

قال في المستمسك: ونظير ذلك الوجوب الكفائي فإنه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع وحده الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولا فرق إلا من حيث التكليف والوضع إلى آخر كلامه.

ومع ذلك فالمشهور عند المعلقين عدم صحه هذا النوع من الضمان، وقد اختار عدم الصحه الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم ولعله للإجماع، أو لأن عمومات العقود لا تشمل إلا المتعارف منها، بضميمه أن ذلك لا يصح جعله بنحو الشرط، لأنه شرط خلاف مقتضى العقد، أو خلاف الكتاب والسنة.

لكن قد عرفت أن عمومات العقود كافيها، والإجماع لو كان فهو محتمل الاستناد.

نعم جعله على نحو الشرط مشكل، لعدم استبعاد كونه خلاف مقتضى العقد المستفاد من السنة كصحيحه ابن سنان المتقدمه.

## مسألة ٣ إذا أبرأ المضمون له

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته وذمه المضمون عنه، وإن أبرأ ذمه المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمه الضامن لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان

(مسألة ٣): {إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته} لأنه حقه، فإذا أسقطه سقط، إذ ليس ذلك حكماً بل حقاً، ومعنى الحق أنه يسقط بالإسقاط، لقاعده تسلط الناس على أموالهم مما يستفاد منه تسلطهم على حقوقهم بطريق أولى.

{و} أما {ذمه المضمون عنه} فقد برأت بالضمان قبل ذلك بالنسبة إلى الدائن.

نعم فائده الإبراء بالنسبة إلى المضمون عنه أن الضامن لا يستحق الرجوع عليه إذا كان يستحق مثل الإبراء، كما إذا كان الضمان يطلبه بدون قصده التبرع فإنه قد سبق في قصة الإمام علي بن الحسين (عليه السلام) (١) أنه يمكن أن يكون الضمان بطلب المديون، ومع ذلك يكون تبرعياً.

{وإن أبرأ} المضمون له {ذمه المضمون عنه} المديون {لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمه الضامن} لأنه لم يبرأها فلا وجه لسقوط حق المضمون عنه الذي كان على الضامن {لعدم المحل للإبراء بعد براءته} أي براءة المضمون عنه {بالضمان}.

ويظهر من الشرائع أن هنالك قولاً ببراءة الضامن، قال: ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا، انتهى.

ص: ٥٦

إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمه الضامن، وأما فى الضمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه فإن أبرأ ذمه المضمون عنه برئت ذمه الضامن أيضاً.

وإن أبرأ ذمه الضامن فلا تبرأ ذمه المضمون عنه

ولذا قال المسالك: إنه يشعر بثبوت مخالف منا، لكن لم نقف عليه، وفى التذكرة ادعى إجماع علمائنا على ذلك.

أقول: لعل المحقق لم يرد أنه هناك مخالف منا، بل أراد وجود المخالف فى الجملة، فقوله مشهور لنا، فى قبال قول مشهور من العامة.

{إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً} فى مقام الإثبات، وإلا فالكلام فى مقام الثبوت {إبراء ذمه الضامن} كما ذكره الجواهر، وأشكل عليه بأنه خروج عما نحن فيه، وفيه: إن المراد تصوير المحتملات لا- خصوصيه الضامن.

{وأما فى الضمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه} مما تقدم فى المسألة السابقة صحته بعنوان عقد آخر {فإن أبرأ} المضمون له {ذمه المضمون عنه برأت ذمه الضامن أيضاً} لأنها الأصل فى الدين، فإذا سقط الأصل سقط الفرع، سواء كان الضم بمثل الواجب الكفائى، أو كان بالترتيب وأنه إذا لم يدفع المضمون عنه كان على الضامن، كما تقدم فى المسألة السابقة.

{وإن أبرأ ذمه الضامن فلا تبرأ ذمه المضمون عنه} لأن المضمون له أسقط حقه من الضامن فسقط.



كذا قالوا، ويمكن أن يقال ببراءة ذمتهم على التقديرين.

أما المضمون عنه فلم يسقط حقه من ذمته فلا يسقط حقه، بل يبقى حقه عليه على الأصل.

{كذا قالوا، ويمكن أن يقال}، الأظهر أن المصنف صور الواقع، لا أنه أراد الإشكال عليهم، إذ إمكان المصنف خروج عن موضوع البحث، وكما ذكرناه في قوله: (إلا إذا أستفيد) إلخ.

{ببراءة ذمتهم} الضامن والمضمون عنه {على التقديرين} فيما إذا فهم من كلام الدائن رفع اليد عن الدين المضمون، وإن أظهره في صورته براءة ذمه الضامن.

ومما ذكرناه يعلم أن إشكال الساده ابن العم والبروجردى وغيرهما على الماتن إنما هو في غير ما صورناه، قال ثانيهما: لكنه (أى يمكن أن يقال) ضعيف على ذاك القول، فإن إسقاط الوثيقه على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين، انتهى.

وسياتى بعض الكلام فى المسأله السادسه والعشرين.

ص: ٥٨

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا- يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين إعساره، وكذا لا- يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له { لا ينبغي الإشكال في ذلك، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه، وذلك لأصالة اللزوم في العقود، وسيأتي في المسألة الآتية صحه جعل الخيار لأحدهما أو لهما، أو وجود حق الخيار تلقائياً لبعض أسبابه.

{فلا- يجوز للضامن فسخه حتى لو كان} الضمان {بإذن المضمون عنه} إذ المعامله بين الضامن والمضمون له، ولا- شأن للمضمون عنه بعد الضمان {وتبين إعساره} فإن اشتباه الضامن بظنه يسار المضمون عنه فإذا دفع المال إلى المضمون له رجع إلى المضمون عنه، لا يوجب تزلزل العقد، لإطلاق النص والفتوى في كونه لازماً، ومنه تبين عدم حقه في الفسخ وإن تبين مظل المضمون عنه وسوء معاملته.

{وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه} بلا إشكال ولا خلاف كما في الجواهر، وذلك لأصالة اللزوم، ولأنه إذا برأت ذمه المضمون عنه لا وجه لضمانيها ثانياً إلا بدليل وهو مفقود.

{لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره} ومع ذلك قبل بضمانيه {بخلاف ما لو كان} الضامن {معسراً حين الضمان وكان}

جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً المضمون له {جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له} للمضمون له {الفسخ على المشهور} على ما وجدته المصنف في كتبهم.

{بل الظاهر عدم الخلاف فيه} كما صرح بعدم الخلاف الجواهر، وبعدم وجدان الخلاف الرياض، وعن الغنية والسرائر وجامع المقاصد وغيرهم الإجماع عليه صريحاً أو ظاهراً.

{ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً} بالإضافة إلى الإجماع المتقدم، وما استدل به الجواهر من قاعده الضرر، وبناء الضمان على الارتفاق وإرادته الأداء، وما ورد في الحوالة الداله على ذلك وهي أخت الضمان.

والظاهر أن مراده بالخبر، موثق الحسن بن جهم، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله عليّ دين، وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي، وأنت حل مما لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال (عليه السلام): «تكون في سعة من ذلك وحلّ»، قلت: وإن لم يعطهم، قال: «ذلك في عنقه»، قلت: فإن رجع الورثه على، فقالوا: أعطنا حقنا، فقال (عليه السلام): «لهم ذلك في الحكم الظاهر، وأما بينك وبين الله تعالى فأنت في حل منها إذا كان الرجل الذي أحلت يضمن رضاهم»، قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحلل، قال (عليه السلام): «نعم، إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه»، قلت: فإن لم يكن لها مال، قال (عليه السلام): «فلا»، قلت: قد سمعتك تقول: إنه يجوز

تحليلها، فقال: «إنما أعني بذلك إذا كان لها»، قلت: فالأب يجوز تحليله عن ابنه، فقال له: «ما كان لنا مع أبي الحسن (عليه السلام) \_ يعني موسى بن جعفر (عليه السلام)، هامش الوسائل \_ أن يفعل في ذلك ما شاء»، قلت: فإن الرجل ضمن لى عن ذلك الصبي وأنا من حصته فى حل، فإن مات الرجل قبل أن يبلغ الصبي فلا شىء عليه، قال (عليه السلام): «والأمر جائز على ما شرط لك»<sup>(١)</sup>. والحديث رواه الشيخ والكلينى (رحمهما الله).

لكن ىرد على الأدله المذكوره: أن الإجماع محتمل الاستناد، وقاعده الضرر ليست مطرده وإن أثبت الحكم الإيجابى بالخيار بتقريب ما ذكروه فى خيار الغبن، وإنما لم تكن مطرده لأن المديون قد يكون أيضاً معسراً حيث لا فرق بين بقائه مديوناً وانتقال دينه إلى الضامن، وبناء الضمان على الارتفاق حكمه لا عله يدور مدارها الحكم، وما ورد فى الحواله لا يقاس عليه إلا إذا قطع بالمناط، والقطع يفيد القاطع فقط.

والموثقه لا دلاله فيها لما فى المستمسك من أن مورده التحليل لا الضمان، ومفاده أن الملاءه شرط الصحه فيه لا شرط اللزوم كما هو المدعى، وأن ذلك مختص بالصبي وأمه دون البالغ وأخيه، فإن إطلاق الصحه فى الثانى يقتضى عدم الصحه فيه، فىكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار، مضافاً إلى ما فيه

ص: ٦١

والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ

من الإشكال من صحه التحليل بلا إذن الدائن، أو الضمان بلا إذن المضمون له، انتهى.

لكن يمكن منع المناقشات المذكوره في الأدله في الجمله، إذ الإجماع بعد عدم الخلاف من أحد يكفي مستنداً، وعدم الاطراد لا يضر بعد كفايه القاعده في الجمله وعدم القول بالفصل، والبناء على الارتفاق مما يستفيد العرف منه ذلك، وما ورد في الحواله يفهم منه المناط عرفاً.

قال أبو أيوب: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه، قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» (١).

ومثله سائر أخباره.

أما الموثقه (٢) فقد قال مفتاح الكرامه: إن الشهره تجبر دلالتها، بالإضافة إلى مرسله الشيخ فقد ذكر الشيخ في النهايه الحكم، ثم قال: على أن به خبراً أو أخباراً، وابن إدريس أفتى به مع أنه لا يفتى إلا بالمقطوعات، ومثل هذا يكفي مؤيداً، وعليه فلا ينبغي الشبهه في الحكم.

{والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان} فلا عبره بهما بعد ذلك {فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ} أي لا يصح الفسخ كما

ص: ٦٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٢ الباب ٤ ح ١

كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا

هو المشهور، بل عن جامع المقاصد أن ظاهرهم الاتفاق عليه، والأدلة السابقة لا تدل على الخيار هنا، فأصالة اللزوم في المقام محكمه.

أما قوله: {كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار} فدليله الاستصحاب وإن كان فيه نظر، ولذا قال الجواهر: قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره للأصل، فإن الأدلة السابقة لا تجرى في المقام، إذ لا إجماع، ولا «لا ضرر»، ولا تعليل بالإرفاق، وشمول أخبار الحوالة ولو بالمناط عرفاً غير ظاهر، وقد عرفت الإشكال في الموثق، وعليه فالحكم بما ذكره الماتن مشكل.

ومنه يعلم أن لا إطلاق لكلمات الأصحاب وإن استظهره المستمسك، ولذا استشكل على المتن بعض المعلقين، وإن سكت عليه معظمهم.

{والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا} كما في الجواهر، فإنه وإن لم يجر فيه بعض الأدلة السابقة مثل لا ضرر والإرفاق، إلا أن إطلاق بعضها الآخر، كما أن الفتاوى مطلقه أيضاً، كاف في الحكم.

ثم المراد بالعسر الذي لا يقدر على الدفع، فإذا كان معسر يقدر لم يشمله الأدلة السابقة.

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا، وجهان.

ومنه يعلم حال الموسر الذى لا يقدر على الدفع لتجميد الجائر أمواله مثلاً، لصدق المعسر عليه في هذا الحال، ويؤيده مسأله الارتفاق ونحوه مما تقدم فى الأدله.

{وهل يخلق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره فى ثبوت الخيار أو لا، وجهان} ذهب جمع منهم المسالك إلى عدم اللحق، قال: وكما لا يقدر تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

وتبعه مفتاح الكرامه وغيره، ومن المعلقين قال بذلك السيد البروجردى وبعض آخر.

لكن فى الجواهر تنظر فى عدم الخيار، وقرب الخيار ابن العم وبعض آخر.

وجه الأول: إطلاق كلماتهم، وبعض الأدله السابقه ولو بالمناط.

ووجه الثانى: جريان لا ضرر ونحوه، ولعل هذا هو مقتضى الصناعه.

أما قول المستمسك: إن العمل بقاعده نفى الضرر لإثبات الخيار ليس بناء الأصحاب عليه فى البيع، وليس من أنواع الخيار خيار المماطله للبائع أو المشتري.

فيرد عليه: إن ما ذكره فى خيار البيع مع الاستدلال بلا ضرر \_ كما فى مكاسب الشيخ (رحمه الله) وغيره \_ خلاف ما ذكره، ويكفى ذلك عن ذكرهم خيار المماطله.

ثم لو ادعى المضمون له إعساره حال الضمان، وأنكره فالأصل عدم الخيار إلا إذا قلنا بأصل العدم الأزلى، حيث يكون حينئذ كاستصحاب العسر، فيما إذا علم بإعساره ثم شك فى بقاءه وعدمه.

## مسألة ٥ اشتراط الخيار فى الضمان

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان للضامن والمضمون له

(مسألة ٥): {يجوز اشتراط الخيار فى الضمان للضامن والمضمون له} كما عن جامع المقاصد أنه الأصح، ونقل عن صريح بيع التذكرة وظاهر بيع القواعد والمعتبر وغيرهما.

لكن عن القواعد فى كتاب ضمانه: إن شرط الخيار فى الضمان مفسد، وعن التذكرة: لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً، لأنه ينافى مقتضى الضمان، فإن الضامن على يقين من الغرر.

والمشهور بين المعلقين جوازه، وهو الذى اختاره السيدان ابن العم والبروجردى، خلافاً للسيد الجمال حيث قال: جوازه فى غايه الإشكال، بل لا يبعد عدم جوازه.

أقول: مقتضى القاعده جوازه، لأن اللزوم مقتضى إطلاق العقد لا مقتضى ذات العقد، فدليل الشرط يشمله، كما أن ذلك مقتضى القاعده العقلانيه، حيث إنها تقتضى أن كل ما للطرفين إبقاؤه كان لهما فسخه، والشارع لم يخالف ذلك كما خالف فى بعض العقود والإيقاعات، مثل النكاح والطلاق والعتق والنذر ونحوها، فلم يرد دليل فى الكتاب والسنة على خلاف ذلك، وليس الضامن مستثنى عن القاعده المذكوره، ولذا يأتى فيه بعض الخيارات الأخر.

أما الذى يمكن أن يكون وجهاً للمنع، فهى أمور كلها مخدوشه، مثل ما تقدم فى كلام التذكرة، ومثل أنه حكم لا حق فلا يدخله الخيار، ومثل أن الذمه إذا برأت لا يمكن ملؤها بدون سبب شرعى.

إذ يرد على الأول: إن الخيار لا ينافى مقتضى الضمان، بل إطلاقه كما عرفت، وقوله: فإن الضامن على يقين من الغرر، لا يجعل اللزوم مقتضى ذات



لعموم أدله الشروط، والظاهر جواز اشتراط شىء لكل منهما، كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لى ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا

الضمان، وكون اللزوم حكماً لا حقاً خلاف كون الضمان حقاً لم يتصرف فيه الشارع، حيث لا دليل على التصرف، وبراءة الذمه لم تكن مطلقه بل مقيدة، فإذا ذهب سببها ذهبت البراءة كما تقدم أنه لو ظهر إعساره كان له الفسخ.

وكيف كان، فالخيار ثابت {لعموم أدله الشروط} بل وكذا مثل خيار العيب، كما إذا ضمن أن يؤدى الدين من مال خاص، ثم ظهر العيب فى ذلك إن قلنا بصحة مثل هذا الضمان، كما يظهر من العلامه فى القواعد قال: فلو شرط أحدهما \_ فى مسأله ما لو ضمن اثنان \_ الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء رجوع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء، انتهى.

{والظاهر جواز اشتراط شىء لكل منهما} أو للمضمون عنه، وذلك لإطلاق دليل الشرط إلا إذا كان هناك محذور، كما إذا شرط الضامن على المضمون عنه أن يؤدى إليه أكثر مما يؤديه إلى المضمون له، لأنه ربما يشمل مناط الربا، حيث ورد فى الحديث: «إن الله لم يحرم الربا لاسمه، وإنما لأنه سبب لفساد المال» كما يأتى.

{كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لى ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا} إلى غير ذلك من الشروط، خلافاً

لما عن التذكرة، قال: ولو ضمن رجل عن غيره ألفاً وشرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً.

قال في المستمسك: والظاهر أن دعوى الإجماع المذكورة مبنية على أنه من الربا المحرم بالإجماع، وإلا- فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط ولحكمه، فضلاً عن كونه معقد إجماع، وليس هو من الربا في البيع ولا في القرض، انتهى.

وأشكل فيه أيضاً السيد الجمال، قال: يشكل جوازه، ولو قيل به ففي كون التخلف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح وجهان، والأظهر الثاني.

أقول: إنما كان مقتضى الشرط كذلك عند المعلق، لأنه إذا لم يكن انفساخ عقد ولو بالتقاييل - كما في النكاح - فأدله الشرط لا تتمكن من جعل الخيار فيه، لحكومته دليل العقد على دليل الشرط، وإنما دليل الشرط يجعل ذلك العقد وسائر لوازم الشرط، مثل بطلان نكاح المرأة الثانية إذا شرطت عليه الأولى عدم نكاحها، فيما إذا قلنا إن الشرط يقتضى الوضع، أو عدم لزوم إطاعته إذا شرطت عليه عدم فض بكارتها مثلاً، إلى غير ذلك من اللوازم.

وكيف كان، فلو قيل بالعله في الربا لم يصح الشرط، لأن حاصل الشرط أن المضمون عنه يعطى أقل أو أكثر، والضامن يعطى أقل أو أكثر، والمضمون

ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

له أعطى أقل فأخذ الأكثر، أو بالعكس، وكله فساد للمال.

ولعل العلامة نظر إلى ذلك، فلا يرد عليه إشكال المستمسك بأنه إن تم ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط للضامن، لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع إلى الدائن دون ما يرجع إلى المديون.

{ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط} لأن ذلك مقتضى الشرط، حيث إنه لو لزم بدون الشرط كان ضرراً، فلا ضرر يرفع اللزوم، كما تقدم في أن نفي الضرر يرفع اللزوم على ما ذكروا في خيار الغبن وغيره.

هذا بالإضافة إلى أن العقد وقع قابلاً للفسخ إذا لم يأت بالشرط ولو ارتكازاً، والعقود تتبع القصود، فهو عقد هكذا، فبدون الشرط وفسخه لا يكون (عقود كم) حتى يشملها (أوفوا) (١).

ص: ٦٨

١- المائدة: الآيه ١

## مسألة ٦ لو تبين كون الضامن مملوكاً

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً، وضمن من غير إذن مولاه، أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

(مسألة ٦): {إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن} بإذن مولاه فلا إشكال، وإن ضمن {من غير إذن مولاه} وأذن فلا إشكال، لأن أعماله بالإجازة نافذة.

قال (عليه السلام): «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز» (١).

{أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق} أو ما أشبه ذلك بأن قلنا له ملك، وتمكن من الأداء في الوقت المقرر، لم ينبغي الإشكال، لإطلاق الأدلة.

نعم، إذ لم يقدر على الأداء في الوقت المقرر {لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له} لمناط ما تقدم من الخيار في إعسار الضامن، فإنه كالمفلس المحجور عليه.

وحيث إن المسألة خارجة عن محل الابتلاء فعلاً لم نفصل الكلام حولها.

ص: ٦٩

## مسأله ٧ ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً

(مسأله ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً

(مسأله ٧): {يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً} الأقسام ستة: لأنه إما حال أو مؤجل، وعلى كل حال إما أن يضمه حالاً أو مؤجلاً وإذا كان مؤجلاً- وضمه مؤجلاً فيما بقدر الأجل أو أكثر منه أو أقل، وكلا القسمين المذكورين في المتن يشملهما الإطلاق، ولا إشكال في الضمان المؤجل.

وقد ادعى على صحته عدم الخلاف أو الإجماع، المحققان والمسالك والإيضاح والتنقيح والمفاتيح والكفايه وغيرهم، وتوهم أنه لا يصح لأنه تعليق للضمان مردود بأنه لا دليل على عدم صحه التعليق أولاً، وعدم كونه تعليقاً، ولذا قال المسالك: ليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم، ثانياً.

ثم إن الأجل يلزم أن يكون محدوداً حداً لا يلزم منه الغرر، لنهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، فلا يصح أن يضمّن إلى أجل غير محدود، أما إذا ضمّن إلى مثل الغله وقدم الحاج فلا بأس، حيث لا يلزم من ذلك غرر، وقد تقدم ضمان الإمام السجاد (عليه السلام) إلى الغله.

ثم لو ضمّن مؤجلاً بدون تعيين الوقت، فإذا كان ذلك مصب العقد أو قيداً، فاللازم القول بالبطلان، لأنه عقد غررى يشمل نهى الشارع، وإن كان من قبيل الالتزام في الالتزام، كان اللازم القول بالصحه، وكان للمضمون له مطالبته حالاً.

ثم إن الضمان إلى الغله ونحوها إن كان له خارج محدود فهو، وإلا كان اللازم الرجوع إلى العرف في الصدق، هل أنه أول مجيء الغله، أو بعد ذلك،

وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص، والقول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلاً، وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف

أو آخره، والغالب أن العرف يرى ذلك في وقت الوفور ووقت تواتر مجيء الحجاج ونحو ذلك، وسيأتي الكلام في ضمان الحال حالاً.

{وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً} وذلك لإطلاق الأدله، وذلك هو المشهور فيهما، وسيأتي خلاف الشيخ والفخر في ضمان المؤجل حالاً- {بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص} لا إشكال ولا خلاف في ما كان أجل الضمان أبعد، أما في المساوى والأنقص فقد ذهب المشهور إلى الصحه، خلافاً في المساوى للشيخ، وفي الأنقص للشيخ وفخر الدين كما حكى عنهم، لكن حيث إن ما يستدل به لهما فيه ضعف كان مقتضى القاعده مع المشهور.

{والقول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلاً} كما عن الشيخ والمفيد والقاضى وابن حمزه {وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم} وإلا لم يكن سلماً فالأجل مقومه، وكذلك في الضمان.

قال الشيخ في محكى النهايه: ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم.

{ضعيف} إذ استدل له بأنه لولا الأجل كان غرراً، وقد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه [\(١\)](#)، وفيه: إن ضمان الحال حالاً لا غرر فيه، هذا مع أنه يحتمل أن يريدوا وضوح ما كان الأداء حالاً أو مؤجلاً، لا أن المراد بالأجل مقابل

ص: ٧١

كالقول بعدم صحه ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص

الحال، ولذا حمل محكى السرائر كلام الشيخ على أنه إذا اتفقا على كون الضمان بأجل، فلا بد من تعيينه.

نعم يظهر من الشرائع وغيره أنهم فهموا من كلامهم ما ذكره المصنف، ولذا قال المحقق: وفي الحال تردد أظهره الجواز.

قال فى الجواهر بعد ذكر ما تقدم: فمن الغريب ما فى المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الصور الاثنتى عشره \_ الصور الستة بضربها فيما كان الضمان تبرعياً أو بطلب المضمون عنه \_ إن كلها جائز على الأقوى، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، انتهى.

إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور.

ثم قال: وأما احتمال المنع فى ضمان الحال حالاً والمؤجل بمثل أجله أو أنقص، الناشئ من تعليل المنع للضمان الحال فى المختلف بالإرفاق، فليس خلافاً فى المسألة، وعلى تقديره فهو واضح الضعف، ضروره عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضى ذلك، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائده فيه بذلك.

{ كالقول بعدم صحه ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص } خلافاً لما عن الشيخ من أنه لا يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به، ولأن الحلول زياده فى الحق، ولهذا يختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبه على المديون ولا ثابتة فى ذمته، فىكون ضمن ما لم يجب فلا يصح عندنا.

وهذه الوجوه ذكرها المحقق الثانى ناقلاً أخيره عن فخر المحققين، والكل

ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

ضعيف، فإن الفرع لا- يكون أقوى من الأصل وجه اعتبارى لا يمكن بناء الأحكام عليه، خصوصاً بعد وجود إطلاق دليل العقد فيما إذا جعل مصباً، وإطلاق دليل الشرط فيما إذا جعل شرطاً، وكون الضمان نقل المال على ما هو به إن أريد به لزوم أن يكون على ما هو به فهو أول الكلام، وإن أريد به أن إطلاق الضمان يقتضى ذلك فلا يمكن أن يستدل به لما إذا ذكر الضمان مقيداً لما هو مقتضى الإطلاق، لا مقتضى ذات الضمان.

{ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب} كما فى الدليل الثالث {كما ترى} لما ذكره المستمسك من أن الضمان للدين وهو ثابت فى الذمه، لا للأجل فإن الأجل للوفاء بما فى الذمه، لا أنه مضمون بنفسه.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعده، ولذا سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

ومما تقدم ظهر جواب إشكال أنه مع الاختلاف فى الدين والضمان حالاً ومؤجلاً، أو بشرط وبلا شرط يلزم الربا، إذ للأجل قسط من الثمن، وكذلك للشرط.

ص: ٧٣



(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأن الذى عليه كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان.

(مسألة ٨): {إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين} فالدين موجود الآن، وإنما ليس للمضمون له مطالبته فى الحال، وإنما صار الدين الحال مؤجلاً بالشرط الذى يشمله عموم (المؤمنون عند شروطهم) فحاله حال ما إذا شرط على الدائن فى عقد أن يؤجل دينه الحال، حيث يلزم الشرط، وإنما قال بإذن المضمون عنه، لما أراد أن يتفرع عليه من قوله: فلو أسقط، إذ لو لم يكن بإذن المضمون عنه لم يكن له مطالبته المضمون عنه.

نعم لا شك فى لزوم رضى المضمون له بهذا الأجل، لأن له الدين الحال، والعقد بين الضامن وبين المضمون له.

{فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه} كما ذكره الشيخ والعلامة فى جملة من كتبه، والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبى الحدائق والجواهر وغيرهم {لأن الذى عليه} أى على المضمون عنه {كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان} إذ لا وجه لانقلابه إلى المؤجل، فالمضمون عنه عليه أن يعطى الدين إما للدائن وإما للضامن.

نعم ينبغى أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن المضمون عنه للضامن فى الضمان بشرط الأجل، حيث لا يصح للضامن الرجوع عليه حالاً، لأن معنى شرطه اشتراط الأجل فى الرجوع عليه، كما أشار إلى ذلك المستمسك.

وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته، يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيروره أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبه إلى المضمون عنه ضعيف.

{وكذا إذا مات} الضامن {قبل انقضاء أجله وحل ما عليه} لأن بالموت تحل الديون {وأخذ من تركته} أو أداه الحاكم فيما إذا لم تكن له تركه، لما ورد من أن دين المديون على بيت المال، فقد قال (صلى الله عليه وآله وسلم) فيما رواه جابر: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلى»، وحيث إن الحاكم يؤدي عن الضامن الذى اشتغلت ذمته بالضمان كان للورثه الرجوع إلى المضمون عنه، فإنه كتبرع متبرع عن الضامن أو الميت، فتأمل.

{يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه} كما عن الشيخ والعلامة فى جملة من كتبه والمحقق والشهيد الثانين وصاحبى الحدائق والجواهر، نعم يأتى هنا الاستثناء السابق.

{واحتمال صيروره أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبه إلى المضمون عنه} لأن معنى الضمان مؤجلاً أن صاحب الدين قد بعد دينه، فإذا أعطاه الضامن حالاً لا يحق له الرجوع على المضمون عنه، لأنه عمل تبرعى منه فلا يجعل الدين المؤجل حالاً، {ضعيف} إذ الضمان المؤجل لا- يجعل الأجل لنفس الدين، لما تقدم من أنه لا وجه للانقلاب، إذ لا دليل عليه من الشرع، ولم يكن العقد كذلك حتى يقال: إنه مقتضى العقد.

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته، ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين.

(مسألة ٩): {إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك} بقدر أجله مثلاً {فمات} الضامن {وحل ما عليه} من الدين {وأخذ} الدائن {من تركته} أو دفعه الحاكم كما سبق {ليس لو ارثه} وارث الضامن {الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين} الذى كان على المضمون عنه.

وقد أفتى بذلك المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد ومفتاح الكرامه والجواهر وغيرهم على ما حكى عن بعضهم.

وأشكل عليه المستمسك بأن الدين الأصلي قد فرغت منه ذمه المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، وإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضى جواز الرجوع فى المقام بعد الأداء من دون مقيد يقتضى تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذى كان على المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضى التأجيل للدين الجديد، إلى آخر كلامه.

وفيه: إن الدين الأصلي وإن فرغت منه ذمه المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، لا يستلزم أن يكون للضامن الحق فى أن يرجع إليه حالاً، إذا كان أصل الدين مؤجلاً، إذ ما يأخذه الضامن بدل ما كان يأخذه المضمون له، وحيث لم يكن الأصل حقاً على المضمون عنه حالاً، لم يكن الفرع حقاً عليه حالاً، فلا مجال لإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه، فقوله وبالجملة تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالاً ومؤجلاً بكون الدين الذى كان عليه حالاً أو مؤجلاً غير ظاهر، لعدم دخل ذلك به، إذ لو كان الدين

لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

مؤجلاً لم يكن حق على المضمون عنه حالاً، سواء رجع إليه الدائن أو الضامن.

وكذا إذا مات الضامن فحل عليه الدين {لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه} فالمرجع الدليل الأول الذى ذكرناه من كون الحق على المضمون عنه مؤجلاً، سواء أراد الدائن أو الضامن أخذه.

{وكذا لو أسقط أجله وأدى} الضامن {الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل} سواء أداه حالاً أو بأجل أقل من أجل أصل الدين، فإن المعيار فى أجل أصل الدين، لا مطلق الأجل ولو قبل أجل أصل الدين، لوحده العله فيهما، ولذا الذى ذكرناه لم يعلق على المتن أحد من المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

ص: ٧٧

## مسألة ١٠ إذا ضمن الدين المؤجل حالا

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه، يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل.

(مسألة ١٠): {إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه} فقد صار الدين حالا بالنسبة إلى الضامن، لأنه مقتضى العقد فيجب الوفاء به، إذ لا وجه لعدم وجوب الأداء حالا بعد التزامه به، وكون أصل الدين مؤجلاً ولا يزيد الفرع من الأصل غير تام، لأنه كان حق للمضمون عنه أن يؤخر فأسقط حقه باختياره.

وعليه كان اللازم أداء الضامن له حالا، فإن أداه فهل يكون حالا بالنسبة إلى المضمون عنه، بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الأداء قبل أجل أصل الدين أو لا، فيه أقوال.

{فـ} المصنف على أنه {إن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك} لكن يجب أن يقيّد كلامه بما إذا كان الرجوع إليه جزءاً أو شرطاً في ضمن عقد، أو كان الضامن مغروراً، حيث يرجع إلى من غره، وإلا فمجرد الرضى من المضمون عنه لا يوجب إلزامه، بل وإن وعد، لأن الوعد بدون العقد والغرور لا يصحح الإلزام.

{وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل} لما تقدم من أن الحلول بالنسبة إلى الضامن لا يلازم الحلول بالنسبة إلى المضمون عنه بعد أن كان أصل الدين مؤجلاً ولا سبب لانقلابه حالاً.

والإذن في الضمان أعم من كونه حالاً.

{و} إن قلت: قد أذن المضمون عنه في أن يضمن حالاً.

قلت: {الإذن في الضمان أعم من كونه حالاً} فلا غرور ولا عقد حتى يلزم على المضمون عنه إعطاؤه الضامن حالاً، كما أعطى هو للمضمون له حالاً، ولعل هذا هو مراد الذين ذكروا أنه لا يحق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه إن أداه حالاً، كما نسبه مفتاح الكرامه إلى المختلف والمسالك والروضه وظاهر التحرير ومجمع البرهان.

قال في محكى التذكرة: على قولنا إنه يصح ضمان المؤجل حالاً إذا أدى الضامن المال إلى صاحبه لم يكن له مطالبه المضمون عنه إلا عند الاجل إن أذن له في مطلق الضمان، ولو أذن له في الضمان عنه معجلاً ففي حله عليه إشكال، أقربه عدم الحلول أيضاً.

أقول: الظاهر منه ما ذكرناه من أن مجرد الإذن لا يوجب ضمانه له معجلاً إذا لم يكن عقد أو غرور.

أما من أطلق جواز الرجوع إلى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً، كما عن التنقيح وظاهر القواعد \_ وإن قال ثانيهما يحل مع السؤال على إشكال \_ فقد استدل له المستمسك بعد أن قاله إنه الأقرب: بإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر، والإذن في الضمان وإن كان أعم من كونه حالاً، لكن الإطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع.

وفيه: إن الإِذْن في الضمان بعد أن كان أعم ولم يكن غرور، لم يكن وجه لكون البديل حالاً بعد أن كان المبدل منه مؤجلاً، والإِطْلَاق لا يفيد انقلاب المؤجل حالاً.

وهناك أقوال آخر نادره لا يهم التعرض لها.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا ضمنه بأقل أجلاً من أجل أصله، ولذا قال المصنف:

ص: ٨٠

## مسأله ۱۱ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله

(مسأله ۱۱): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلاً، وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد

(مسأله ۱۱): {إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله} لأن المسألتين من واد واحد، كما ذكره الجواهر وغيره.

وقال في المستمسك: يأتي في هذه المسأله الأقوال المتقدمه هناك، لوجود مأخذ الأقوال المذكوره فيها هنا أيضاً.

ومنه يعلم حال ما ضمن إعطاء الدين بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً، مره أو أقساطاً، ومن هذه المسأله والمسأله السابقه يظهر حال ما إذا كان الدين أقساطاً مؤجلاً ومعجلاً، أو مؤجلاً طويلاً وقصيراً، ثم ضمنه بمثله أو بالاختلاف، مما لا داعى إلى تفصيل الكلام فيها.

{وإذا ضمنه بأزيد من أجله} فى المؤجل {فأسقط} الضامن {الزائد وأداه، جاز له الرجوع عليه على ما مر} إلا إذا كان الشرط عدم الرجوع إليه إلا- وقت أجل الضمان {من أن أجل الضمان لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلاً} أزيد من أجل أصل الدين.

{وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد} أو ما أشبه الموت



فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه.

كالارتداد، حيث إن ديونه تكون حاله لأنه بمنزلة الموت، كما حقق في محله.

{فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه} ولو كان له الأداء قبل الأجل في المؤجل، أو بأقل أجلاً في طويل الأجل، بأن كان الشرط إعطاء المضمون عنه له حيث أدى، فادعى الأداء فالقول قوله وإن أنكر المضمون عنه، لأنه أمين فقوله مقدم وإن كان خلاف الأصل.

ولو قال الضامن: كان الشرط عليك أن تعطيني حين ما أعطيت، وقال المضمون عنه: بل لم يكن شرط فليس لك حق على إلا بعد وصول أجل أصل الدين، كان الأصل مع المضمون عنه.

والأمين إنما يقبل قوله فيما فعل، لا- فيما يقول، لأن الأول هو الظاهر من أدله «ليس على الأمين إلا اليمين» فلو قال الودعي: أجزت لي أن أعطى الوديعة لزيد، وقال المالك: لم أجزه لك، قدم قول المالك ولا يحق للودعي دفعها إلى زيد.

نعم لو أعطها لزيد واعترض عليه المالك، فقال: إنه أجزه له، كان القول قول الودعي، لأنه أمين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو ضمنه ضمناً مطلقاً، إن حالاً دفعه حالاً، وإن مؤجلاً دفعه مؤجلاً صح، لإطلاق الدليل وعدم الغرر، وإن اختلفا بعد ذلك في أنه حال أو مؤجل كان على مدعى الأجل إقامه الدليل.

## مسألة ١٢ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برأت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره

(مسألة ١٢): {إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه} في كل الدين أو في بعضه، كما إذا أذنه في أن يضمن نصف دينه فضمنه الكل {برأت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه} في الزائد عن إذنه، فالصور أربع: لأنه إما أن يضمن بإذنه أو لا، وعلى كل أما أن يؤدي بإذنه أو لا.

ولذا قال الشرائع: يرجع الضامن على المضمون عنه بما أذاه إن ضمن بإذنه، ولو أدى بغير إذنه، ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه، وقد ادعى المحقق والشهيد الثانيان على ذلك الإجماع، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وكل ذلك حسب القاعده، إذ الضمان بالإذن يوجب الرجوع عليه كما تقدم، ولا حاجه بعد ذلك أن يكون الأداء بالإذن، لعدم الحاجه إليه بعد العقد.

نعم إذا شرط أن يكون الأداء بإذنه لم يكن له الأداء بدون إذنه، وإن كان الضمان بإذنه.

والضمان بدون الإذن يفرغ ذمه المضمون عنه، فلا فرق في عدم ضمانه للضامن كون أدائه بإذن المضمون عنه أو لا، فإنه {وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره} لم يسبب ذلك ملاء ذمه المضمون عنه بعد فراغه بالضمان بدون الإذن، فإن الإذن والأمر في أداء ما وجب على الإنسان ليس من أسباب الضمان، فهو كما لو أمر القاتل خطأً العاقله بأداء ما عليهم، فإن أداءهم للديه لا يسبب ضمان القاتل، إلى غير ذلك من الأمثله، بل هو الحال وإن كان الضامن أراد عدم الإعطاء عصيانياً فأمره المضمون عنه بالأداء، إذ الأمر بالطاعه لا يستلزم الضمان.

إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: أد ما ضمنت عنى وارجع به عليّ، على إشكال في هذه الصورة أيضاً من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به.

{إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه} وذلك لأنه ضمان عرفى أمضاه الشارع للسيره المستمره، فهو كما إذا قال: أدّ للفقير ديناراً عليّ، أو قال: ألق متاعك في البحر عليّ، ولذا مال إليه الجواهر ممثلاً له بما إذا قال للأجنبي: أدّ عن الضامن المتبرع وارجع به عليّ، فإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه صح الرجوع إليه.

وعليه فقوله: (في الأداء عنه) يراد به كون الأداء عليه، لأنه صادر عن أمره وإذنه، لا أن الأداء عنه بمعنى إفراغ ذمته، إذ قد تقدم أن الذمه تفرغ بمجرد الضمان الموجب لنقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن كما تقدم.

{كأن يقول: أد ما ضمنت عنى وارجع به عليّ، على إشكال في هذه الصورة أيضاً} كما حكاها الجواهر، وعلله بما فى المتن {من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به}، لكن الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن الوعد إنما لا يلزم الوفاء به إذا كان وعداً بالإحسان إليه مجاناً، كما إذا قال: سوف أعطيك ديناراً، أما إذا كان وعداً فى قبال شىء يفعلها الطرف، كما إذا قال: ألق متاعك فى البحر أو أعطه خبزاً أو ابن داره أو ما أشبه ذلك وعليّ كذا، أو عليّ عوضه، فهو إما داخل فى عنوان الجعالة، أو أنه عقد جديد يشمله (أوفوا بالعقود).

ويؤيده ما تقدم من السيره المستمره بين المتشرعه، كما استشهد بها المستمسك، ولذا أشكل على إشكال المصنف غير واحد من المعلقين، وإن سكت عليه أمثال

وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه.

الساده ابن العم والبروجردى والجمال.

نعم، ليس من باب الجعالة والعقد إذا لم يكن فى قبال ما يعمله الطرف مال عرفاً، كما إذا قال: زوّجه بنتك وأعطيك مائه، أو ادرس وأعطيك عشره، أو ما أشبه ذلك، فيما لم يكن داخلاً فى الإجاره بأن لا يكون من قبيل أعقد العقد وأعطيك كذا.

{وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء} فإن أدى كله رجع عليه بالكل، وإن أدى بعضه رجع عليه بالبعض، {وإن لم يكن} الأداء {بإذنه} بلا إشكال ولا خلاف، بل عليه دعوى الإجماع فى كلام جماعه، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

وذلك لما دل على أن الضمان بالإذن يوجب الرجوع، ولم يدل دليل على الاحتياج بعد ذلك إلى الإذن، بل لو صرح بأنه إن أدى إليه لم يؤده إليه لم ينفع فى دفع الضمان، فإنه بعد الضمان صار المضمون عنه أجنبيّاً وصار الدين فى ذمه الضامن، فالواجب أدائه وإن منع عن الأداء الأجنبى، واستشهد له غير واحد بما رواه المشايخ الثلاثة، عن الحسين بن خالد، قال: قلت لأبى الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال».

فإن المراد أن قرار الغرر ليس على الضامن، بل على المضمون عنه، وإطلاقه يشمل ما إذا كان الأداء بغير إذن المضمون عنه، بل مع منعه أيضاً.

أما شمول إطلاقه للضمان بغير إذن فلا، للانصراف القطعى، ولأنه خلاف سلطنه الناس، وللإجماع كما ادعاه غير واحد.

لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء، نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لأن الإذن على هذا الوجه كلاً إذن.

{ولأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء} حتى يحتاج إلى الإذن في الأداء.

{نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع عليه} سواء طلب التبرع بكل الدين أو ببعضه، فإن إقدام الضامن على الضمان بدون القرار بإعطائه بدله أوجب اشتغال ذمته {لأن الإذن على هذا الوجه كلاً إذن}، وإن لم يقصد الضامن التبرع حين الضمان أو حين الأداء.

## مسألة ١٣ إذا أدى الضامن رجوع إلى المضمون عنه

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله، إما لأن ذمه الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرد الإذن أن ذمه المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء

(مسألة ١٣): {ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن} غير التبرعي، إذ قد عرفت أن الإذن بالضمان تبرعاً كلاً إذن، {إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه} نعم حكى عن المبسوط حيث أفتى بأنه إذا ضمن بإذنه كان له المطالبة عن المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وعن العلامة في التحرير متابعه الشيخ.

{وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى} فلو أدى نصف الدين لم يكن له الرجوع إليه بالكل، وهكذا.

وإنما قال المشهور بذلك {إما لأن ذمه الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرد الإذن} أي بمجرد الضمان بدون الأداء كما تقدم من أن الضمان نقل في ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن {إلا- أن ذمه المضمون عنه لا- تشتغل} للضامن {إلا بعد الأداء وبمقداره} وكأنه لأصالة عدم اشتغال ذمه المضمون عنه قبل الأداء، فإن الاشتغال بعد الأداء متيقن، أما قبله فلا.

{وإنما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء} فالاشتغال معلق بالأداء

فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول، وعلى أى حال لا خلاف فى أصل الحكم، وإن كان مقتضى القاعده جواز المطالبه واشتغال ذمته من حين الضمان فى قبال اشتغال ذمه

وإن حصل مقتضيه بالضمان كالنذر المعلق بشيء، حيث إنه قد حصل المقتضى وإنما يلزم إذا حصل المعلق عليه النذر {فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه} أى حين الضمان.

{وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبه مشروط بالأداء}، وإما لوجه رابع احتمله الجواهر بأن يكون اشتغال الذمه حاصلًا بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالأداء، وإذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وانفسخ.

قال فى المستمسك فى الفرق بين هذا والاحتمال الثالث المذكور فى المتن: وأما الاحتمال الثالث فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان وبقاؤه، وإن لم يحصل الأداء أبدًا.

{وظاهرهم هو الوجه الأول}، وقد ذكر غير واحد أنه مقتضى القاعده أيضاً، وكأن المراد بها قاعده عدم اشتغال ذمه الإنسان بشيء إلا إذا علم بذلك، ولا علم باشتغال ذمه المضمون عنه قبل أداء الضامن، فالأصل عدم اشتغالها.

{وعلى أى حال} من الاحتمالات فى وجه عدم الرجوع إليه إلا بعد الأداء وبمقداره {لا خلاف فى أصل الحكم} كما عرفت، {وإن كان مقتضى القاعده جواز المطالبه واشتغال ذمته} ذمه المضمون عنه {من حين الضمان فى قبال اشتغال ذمه

{الضامن} فإن الضامن لما ضمن بالإذن كان معناه نقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه نفسه فى قبال اشتغال ذمه المضمون عنه بقدر ذلك الضمان.

{سواء أدى أو لم يؤد} فإن بالضمان فرغت ذمه المضمون عنه عن الدين، فى قبال ملاً- ذمته للضامن، اللهم إلا- أن يقال: إن هناك اشتغالين وأداءين، مثل البيع، فإنه بعد البيع يشتغل كل إنسان بأداء مال الآخر إليه، فإن أدى حق له أن يأخذ، وإلا فلا حق، وهنا تشتغل ذمه الضامن فى قبال اشتغال ذمه المضمون عنه، لكن أداء المضمون عنه لا يكون إلا بأداء الضامن، فليس مقتضى القاعده إلا ما ذكروه لا ما ذكره الماتن.

ولذا أشكل عليه غير واحد، لا لما ذكره السيد الجمال معللاً للقاعده المؤيده للمشهور: بأن إذن المضمون عنه فى الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا- يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه فى أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه، وظاهر أن قضيه ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، انتهى.

إذ يرد عليه أن الضمان يوجب ذلك، لما عرفت من قضيه المبادله، ولذا قال السيد الحكيم: الإشكال فيه ظاهر مما عرفت، فإن أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، وإنما يرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته، وأما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، وهو الذى أذن له فيه وأمره به، وبنفس الضمان تكون الخساره الماليه على الضامن، وهى بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً، انتهى.



فالحكم المذكور على خلاف القاعده ثبت بالإجماع وخصوص الخبر

وبذلك يظهر أن سكوت ابن العم وتأيد السيد البروجردى للماتن غير ظاهر الوجه، قال ثانيهما عند قوله (مقتضى القاعده): هذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيخ وجماعه، نعم خالفه العلامة واشتهر بعده، انتهى.

{ف\_} ليس {الحكم المذكور} بعدم الرجوع إلا بعد الأداء {على خلاف القاعده} بل طبقها، وقد ثبت {أيضاً} بالإجماع {المتقدم نقله}.

{وخصوص الخبر} الذى دل عليه، وهو خبر الحسين بن خالد الذى رواه المشايخ الثلاثة، عن أبى الحسن (عليه السلام)، قلت له: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال» (١).

بناءً على دلالة على أن استقرار الغرم على المضمون عنه، فلا غرم عليه قبل أداء الضامن.

وموثق عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه» (٢).

ونحوه موثق عبد الله بن بكير، عن أبى عبد الله (عليه السلام) (٣).

لكن الإجماع والنص لم يدل على عدم الاستحقاق، وإنما دل الإجماع

ص: ٩٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب أحكام الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح ٢

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»، بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر على عدم الرجوع خارجاً، وعدم الرجوع غير عدم الاستحقاق.

بل ظاهر عبارته الشرائع وجود الاستحقاق قال: إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه، وظاهره اشتغال ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان بالإذن، لا أنه لا اشتغال إلا بالأداء.

ولذا قال المستمسك: إن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا بما أداه، وكذا النص لم يدل على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الأداء، والخبر يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه، ولو لأجل كونه مشغول الذمه بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا دلالة له عليه، انتهى.

وعليه فالخبر المتقدم {عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذى صالح عليه»(1)} لا دلالة له على قول المدعى بعدم الرجوع إلا بعد الأداء.

وإن قيل بالدلالة {بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر} وجه عدم الدلالة أنه يدل على أنه ليس للضامن إلا مقدار ما أعطى، ولا تلازم بين ذلك وبين عدم اشتغال ذمه المضمون عنه إلا بعد الأداء، فالمورد مثل عدم استحقاق البائع من المشتري إلا مقداراً من الثمن يكون في قبالة بعض المبيع الذى يؤديه إليه،

ص: ٩١

ويتفرع على ما ذكره أن المضمون له لو أبرأ ذمه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً

فإذا باعه مناً بدرهمين وأعطاه نصف من استحق درهماً، ولا دلاله في ذلك على عدم اشتغال ذمه البائع بالبيع كل المبيع، فقد استحق الضامن على المضمون عنه كل المال في قبالة إعطائه كل المال للمضمون له، فإذا أعطى بعضه للمضمون له ولو بالمصالحة لم يستحق عن المضمون عنه إلا أخذ مقدار ما أعطى.

والحاصل: إن المصنف يقول: ليس للضامن الرجوع إلا بعد الأداء، لعدم اشتغال ذمه المضمون عنه قبل أداء الضامن، هذا هو الذي ذكره المشهور، ودل عليه الإجماع والنص، وإن كان على خلاف القاعده.

وفيه: أولاً: إن الحكم ليس على خلاف القاعده.

وثانياً: ذمه المضمون عنه مشغوله بمجرد الضمان، لا بأداء الضامن.

وثالثاً: إن النص والإجماع بعدم رجوع الضامن إلا بما أدى، لا يدلان على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، كما تقدم وجه عدم الدلاله.

{و} كيف كان {يتفرع على ما ذكره} من أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا بما أدى، في قبال احتمال المصنف الذي جعله مقتضى القاعده من الرجوع بمجرد الضمان أدى أو لم يؤدي، {أن المضمون له لو أبرأ ذمه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً} وهذا يصح أيضاً على ما ذكرناه من أن الأداء في قبال الأداء، وإن اشتغلت ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان.

وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل كما هو مورد الخبر، وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان ياذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

{وإن أبرأه من البعض ليس له} للضامن {الرجوع} على المضمون عنه {بمقداره} أى بمقدار ما أبرأه، لأنه لم يؤد إلا ذلك المقدار فقط، فليس للضامن أكثر مما أعطى.

{وكذا لو صالح} الضامن {معه} مع المضمون له {بالأقل} فله أن يأخذ من المضمون عنه ذلك المقدار الأقل {كما هو مورد الخبر} المتقدم.

{وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى}:

١- كله، فلا يحق للضامن الأول أن يأخذ من المضمون عنه شيئاً {فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه} بشيء {وإن كان} الضمان {بإذنه}.

٢- أو أدى بعضه، وأدى البعض الآخر الضامن الأول، فإن الضامن الأول حيث يؤدي بعض المال ليس له أن يأخذ من المضمون عنه إلا بقدر ذلك البعض.

{وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً} لأن الضامن لم يعط شيئاً، وقد كان أخذه من المضمون عنه باعتبار أنه أعطى، فإذا لم يعط لم يأخذ.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك كله ما إذا كان عطاء الأجنبي عن الضامن حيث يعد عطاء الضامن، فقد أعطى الضامن بسبب غيره، فله أن يأخذ من المضمون عنه، كما تأتي الإشارة إلى ذلك.

ومن الواضح أن الإجماع والنص ليسا في مثل هذا المورد، فلا يشمل الإجماع، والنص لا ينسحب إليه بالمناط، وسيأتي مسأله ما لو أدى الدين مؤد من باب الزكاه أو الخمس مثلاً.

## مسألة ١٤ لو أخذه المذموم له ثم وهبه

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاهً أو صدقته، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه، ولا يكون ذلك في حكم الإبراء

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاهً أو صدقته، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه { لأن الاحتساب للضامن حال دفع الضامن، وأى فرق بين أن يدفع المضمون له خمسه وزكاته وصدقته للضامن ثم يدفعها الضامن إليه من باب دينه الضماني، وبين أن يحتسبها عليه فلا يأخذ منه.

{و} عليه فـ {لا يكون ذلك في حكم الإبراء} أو المصالحة مما لم يدفع الضامن شيئاً، فليس له الأخذ من المضمون عنه، بل ذلك مثل احتسابه عليه من باب الإرث الذي لأب الضامن عند المضمون له، فيأخذه المضمون له من باب طلبه من الضامن.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: لعله كذلك، غير جازم بالحكم، وأشكل عليه في المستمسك بأنه لا يخلو من إشكال، إذ لا- غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه، فإن الغرم فيه على مستحق الزكاه مثلاً، لا على الشخص المذكور.

إذ فيه: إن الغرم محتمله الضامن، فإنه لولا دينه أعطاه الزكاه.

وبعد ما ذكرناه من الدليل لكلام الماتن، لا حاجة إلى ما ذكره المستمسك بقوله: اللهم إلا أن نقول: إن القاعده تقتضى اشتغال ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره، ولم يثبت في المقام ما يقتضى الخروج عنها، وإلحاقه بمورد النص غير ظاهر، إلى

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبه، وأما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان

آخر كلامه، إذ ليس الكلام فى اشتغال الذمه، وإنما الكلام فى أن الاحتساب هل هو كالإبراء فلا يكون للضامن الرجوع، أو كالأداء فله الرجوع.

{و} مما تقدم يعلم وجه قوله: و{كذا} يكون فى حكم الأداء، لا الإبراء {لو أخذه} المضمون عنه {منه} من الضامن، وفاءً {ثم رده عليه هبه} كما قرّبه التذكرة وغيره وتبعه الجواهر، لأن أخذ المضمون له أو جب حق الضامن فى الأخذ من المضمون عنه.

أما الهبه بعد ذلك فليس له دخل بالإبراء حتى يسقط عن المضمون عنه، فإنها كرده إلى الضامن جعالةً أو صدقةً أو زكاةً أو خسماً أو مظالم أو ما أشبه، ومثلها إذا ورثه الضامن.

{وأما لو وهبه ما فى ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان}:

الأول: إن له الرجوع، لأنه كما إذا وهبه خارجاً بقدره ثم أخذه منه وفاءً لدينه فقد غرم الضامن، إذ لو أعطاه الهبه ثم أخذها منه كان غرمًا عنه، وكذلك هنا، ولذا جعله غير واحد من المعلقين أقرب.

والثانى: أن لا حق له فى الرجوع، لأنها كالإبراء، لأن البراءة لم تكن بمال الضامن.

والأول هو مقتضى القاعدة، لما عرفت فى وجه الأول.

وجماعه من المعلقين كالسيدين ابن العم والبروجردى سكتوا على المتن مظهرين ترددهم فى المسألة كالمصنف.

ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

{ولو مات المضمون له فورثه الضامن، لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه} لا ينبغي الإشكال في ذلك، لأن الإرث مال للضامن تلف بسبب الضمان فلا وجه لعدم رجوعه إلى المضمون عنه.

ومنه يعلم أنه ما كان ينبغي له ترده في الهبة وجزمه هنا، لأن كليهما مال للضامن حصله هبه أو إرثاً، فاللازم الجزم بالحق في الرجوع في الهبة أيضاً.

كما أنه لا ينبغي للمستمسك جعل الإرث مبنياً على المبنيين الذين ذكرهما، فراجع كلامه.

ص: ٩٧



## مسأله ١٥ لو باعه أو صالحه بالأقل

(مسأله ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى.

(مسأله ١٥): {لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين}، بأن باع المضمون له الضامن بأقل، أو صالحه كذلك، مثلاً كان يطلب الدائن فرساً من المضمون عنه يسوى بمائه، فلما ضمنه الضامن باع المضمون له الضامن الفرس بخمسين.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: الظاهر أن أصل العبارة (لو باع أو صالح) وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل، انتهى، غير ظاهر.

{أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه} مثل أن كان يطلب منه مناً من الحنطة الجيده فوفاه بمنّ من الحنطة الرديئه، حيث كانت قيمه الرديئه أقل من قيمه الجيده، وقبل بذلك المضمون له.

{فقد صرح بعضهم} الشرائع والقواعد والتذكرة والمسالك وغيرهم، كما حكى عن بعضهم، {بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى}.

واستدلوا عليه بموثقتى عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير المتقدمتين، بتقريب أنه لم يعط إلا هذا، فلا حق له فى أن يأخذ إلا ما أعطى.

قال فى محكى التذكرة: لو صالح عن ألف على عبد يساوى ستمائه لم يرجع إلا بستمائه، انتهى.

وما ذكروه هو مقتضى القاعده والخبر، كما تقدم عند جعل المصنف

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده، وكون القدر المسلم غير هذه الصور، وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا صالحه بما يساوى أقل منه

مقتضى القاعده على خلاف الخبر، وهذا هو الذى اختاره أغلب المعلقين ومنهم الساده البروجردى وابن العم والجمال.

وقال فى المستمسك: ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذى ذكره لا يقبل الإنكار، وقد نفى الخلاف عن أنه لا يجب على المضمون عنه أن يدفع إلى الضامن أزيد مما دفعه إلى المضمون له، انتهى.

ومنه يعلم أن قول المصنف: {وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده} غير ظاهر الوجه، وقد تقدم أن الحكم على وفق القاعده، لأن الأداء لا يكون إلا بمقدار الأداء.

{و} عليه فادعاء {كون القدر المسلم غير هذه الصور} ممنوع {وظاهر خبر الصلح} كما يشمل {الرضا من الدين بأقل منه} كذلك {لا} غبار فى شموله {ما إذا صالحه بما يساوى أقل منه} ولذا تقدم من المستمسك: أن شموله لا يقبل الإنكار.

ولو باعه ما يساوى الدين، ثم أخذ منه أقل، فهل يأخذ من المضمون عنه كاملاً أو بمقدار ما أعطى المضمون له، احتمال الأمرين فى محكى التذكرة، والمسالك مال إلى رجوعه عليه بما يساوى الدين، وفى المستمسك نقل القولين بلا ترجيح، والظاهر أقربيه ما ذكره المسالك، لأنه ليس إبراء عن الدين، بل إعطاء من المضمون له للضامن فى معامله مستقلة.

وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزيادة.

ولو مات الضامن فعلم وارثه مع المضمون له الأعمال السابقه من هبه وإبراء وما أشبهه، أو مات المضمون له فعلم الضامن مع ورثه المضمون له الأعمال السابقه، كان الحكم كالسابق فى جميع الفروع، لأن العله فى المقامين لتلك الأحكام واحده.

{وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد، فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزيادة} على المشهور، بل لم نجد خلافاً فيه لا- بين من ذكره ولا بين المعلقين، فإن كلهم سكتوا على الماتن، وذلك لوضوح أن الضامن متبرع بالزيادة بدون أمر المضمون عنه، فلا وجه لأخذها من المضمون عنه بعد أن يشمل الضمان الزائد.

نعم تأتى هنا المسأله الاقتصاديه التى ألمعنا إليها فى (الفقه: الاقتصاد) من أن قيمه النقد لو تنزلت بما اضطر الضامن إعطاء الزيادة، كان مقتضى الاقتصاد السليم إعطاء الزائد، فله الرجوع بها على المضمون عنه، مثلاً ضمن مائه فيما كانت المائه تسوى داراً، وعند الأداء ارتفعت الأسعار بالضعف مما اضطر إلى إعطائه مائتين، لأن المعاملات العقلانيه على المبادلات بين الأشياء والنقد واسطه فقط، فإنه يحق له أخذ المائتين، ويكون العكس فيما إذا تنزلت الأسعار حتى صارت القيم على النصف، حيث يعطيه خمسين ويأخذ منه خمسين فقط، لكن المسأله فى مواردنا المختلفه السیاله تحتاج إلى مزيد من التأمل.

## مسألة ١٦ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال، ويكون في يده أمانه لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط، وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن

(مسألة ١٦): {إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن} أو أقل منه أو أكثر، لأن الأحكام الآتية لا تختلف من هذه الجهة، وإن اختلفت في لزوم إعطاء الناقص واستيفاء الزائد، وذلك خارج عن محل الكلام.

{فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال} في أنه يشمله دليل الأمانة بأحكامها، مثل أن تلفها بدون تعد أو تفريط من كيس الودعي لا الأمين، إلى غير ذلك من الأحكام.

{ويكون في يده أمانه لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط} ولو نوى كان نماؤه للمالك، إلى غير ذلك.

{وإن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان} لأنه في قبال اشتغال ذمه الضامن بما في ذمه المضمون عنه، {وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن} لأن الأداء في قبال الأداء، كما في البيع، حيث إن الملك في قبال الملك والأداء في قبال الأداء، كما تقدم اختياره وقلنا أنه مقتضى القاعده.

أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح ويحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني، وإن قلنا إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور، فيشكل صحته وفاءً، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد

{أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف} وهذا غير تام، إذ لا يدل عليه نص، ولا أنه مقتضى القاعده {فهو صحيح ويحتسب وفاءً} منتهى الأمر وفاء المضمون عنه قدم على وفاء الضامن، كما إذا وفي أحد المتبايعين ما عليه قبل وفاء الآخر.

{لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني} الكشف الذى لم نقل به.

{وإن قلنا أنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور} وان لم نقل به نحن تبعاً لظاهر الشرائع، ومن المعلقين السيد البروجردى، ولذا قال عند قول المصنف (فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان): وهو الأقوى.

{فيشكل صحته وفاءً لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد} كما ذكره التذكرة فى محكى كلامه، فاللازم عليه رده، حيث إن مقتضى المقبوض بالعقد الفاسد ذلك، وهذا هو الذى يظهر من كافة المعلقين الذين سكتوا على المتن، خلافاً للسيد الجمال، حيث إنه تبع المسالك فى جعله كالمقبوض بالسوم، قال: لو دفعه بدلاً عما ضمنه عنه فلا يبعد

وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.

أن يكون كالمقبوض بالسوم، ويملكه الضامن بنفس الأداء بلا حاجة إلى إذن جديد، انتهى.

فى قبال قول المصنف: {وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد، أو العلم ببقاء الرضا به}، والظاهر أنه ليس مراده إذناً جديداً إنشائياً، بل الأعم من ذلك ومن بقاء الإذن السابق، فلا يستشكل عليه بما قاله المستمسك من أنه لا حاجة إلى الإذن الجديد بل يكفى بقاء الإذن السابق.

أما توجيه المستمسك لكلام السيد الجمال بما ذكره، فغير ظاهر الوجه بعد تصريحه بأنه كالمقبوض بالسوم.

ثم إنه إذا دفع إليه قبل الأداء أمانه، ثم لم يدفع إليه بدل ما دفعه إلى المضمون عنه، كان من حقه أن يحتسب المدفوع أمانه تقاصاً، إن قلنا بصحة التقاص عن الأمانه، كما اخترناه فى بعض مباحث الفقه.

ولو دفعه وفاءً، على تقدير عدم صحه الوفاء حين الدفع، ثم دفع الضامن مما استحق أخذه من المضمون عنه ولم يأذن له المضمون عنه فى أخذه وفاءً بعد دفع الضامن، فإن دفع المضمون عنه غيره أرجعه الضامن إليه، وإلا جاز له أن يأخذ ما عنده تقاصاً، لإطلاق أدله التقاص، بلا إشكال هنا.

ولو لم يدفع الضامن إلى المضمون له، جاز للمضمون له أخذه من مال الضامن تقاصاً.

ويأتى هنا المسأله التى تقدمت فى بعض المباحث السابقه من احتياج التقاص إلى تعذر جبر الحاكم للآبى أو عدم احتياجه.

## مسألة ١٧ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان فدفع، برأت ذمتها معاً، أما الضامن فلأنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر، والأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء

(مسألة ١٧): {لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان} كلاً أو بعضاً {فدفع برأت ذمتها معاً} قاله الشرائع، وعلله المسالك قائلاً: أما الضامن فلو فاء دينه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: {أما الضامن فلأنه قد أدى دينه} فإن دفع المضمون عنه بمنزله دفعه، كما في سائر أمثال ذلك من الأوامر، مثل أن يقول: ادفع عنى المتاع إلى البائع، أو بدل القرض إلى المقرض، أو ما أشبه ذلك.

{وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر} شيئاً فلا يرجع إلى المضمون عنه.

ثم إن المسالك قال: ويمكن اعتبار التقاص القهرى لثبوت ما دفعه المديون في ذمه الضامن لأنه المديون وقد أذن له في وفائه وثبوت مثله في ذمه المضمون عنه لأدائه فيتقاصان.

وجعل المصنف هذا الوجه هو الأوجه قائلاً: {والأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء} بعد أن أداه المضمون عنه إلى المضمون له.

والمفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله له، حيث إنه أذن له في الضمان بالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمه المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه، وقد وفي الضامن فيتهاتران أو يتقاصان، وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمه الضامن بالقول المزبور

{والمفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله له، حيث إنه أذن له في الضمان بالأداء المفروض} أداء المضمون عنه عن الضامن {موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه} كون الأداء {بأمره} وقد سبق أن الأمر يوجب الاشتغال.

{ولا اشتغال ذمه المضمون عنه، حيث إن الضمان بإذنه وقد وفي الضامن} لأنه أمر غيره بأداء المال، فأداء المضمون عنه يسبب الاشتغالين.

لكن لا يخفى أن أداء المضمون عنه عن الضامن وبأمر الضامن لا يسبب اشتغال ذمه المضمون عنه، لما تقدم أن اشتغال ذمه المضمون عنه إنما يكون بالضمان بأمره لا بالأداء.

{فيتهاتران} لتساوي دين كل على الآخر، وأدله وجوب أداء الدين لا يشمل ما إذا كان على كل منهما مثل ما على الآخر.

{أو يتقاصان} كأن المصنف تبع في تسميه هذا بالتقاص المسالك، حيث جعل الباب من التقاص القهري، وإلا فليس الباب من التقاص، بل من التهاتر كما أشار إليه غير واحد من المعلقين.

{وإشكال صاحب الجواهر} على المسالك {في اشتغال ذمه الضامن بالقول المزبور} حين قال للمضمون عنه: أد عنى الدين، حيث قال الجواهر: إن في



فى غير محله.

كلام المسالك أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه، مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين فى ذمه كل منهما، فتأمل.

{فى غير محله} لأن الجواهر حصر الأمر فى كون أداء المضمون عنه قرضاً على الضامن، أو كون الوفاء بالشىء المملوك للضامن، وحيث ليس أحد الأمرين، إذ ما يعطيه المضمون عنه للمضمون له ليس بقصد القرض على الضامن، كما أنه ليس بمملوك للضامن، فلا وجه لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه بأمر الضامن.

مع أن وجه ضمان الضامن ليس أحد الأمرين، بل أمر ثالث وهو أن الضامن أمر المضمون عنه بالأداء، والأمر يوجب الضمان، كما لو قال للخباز: أعط خبزاً للفقير على ما تقدم.

وعليه فالضامن مدين للمضمون عنه بالأمر بالأداء، والمضمون عنه مدين للضامن حيث أمر الضامن بالضمان، وحيث يتساوى الدينان كان ذلك يقتضى التهاثر.

كما أنه يرد على قول الجواهر (كما أنه لا يستحق رجوعاً) إلخ، أن أداء المضمون عنه لما كان بأمر الضامن فقد حصل الأداء من الضامن، وبأداء الضامن يستحق الرجوع إلى المضمون عنه.

ص: ١٠٦

(مسأله ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برثا معاً، كما لو دفعه أجنبي عنه.

(مسأله ١٨): {إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له {الدين {من غير إذن الضامن {وأمره {برثا معاً} أما براءة الضامن فلأنه لم يبق موضع لدينه الذى ضمنه، وأما براءة المضمون عنه فلأن الضامن لم يؤد شيئاً، حيث يرجع به إلى المضمون عنه، وقد تقدم أن الضامن إنما يرجع إلى المضمون بقدر ما يؤديه.

ويكون الحال: {كما لو دفعه أجنبي عنه {أى عن الضامن، فى براءة تهما معاً، ولا فرق فى الحكم بين قصد رجوع المضمون عنه إلى الضامن وعدم قصده، وقد ذكر هذا الفرع المحقق والعلامة وغيرهما، بل فى الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

نعم إذا أداه المضمون عنه عن الضامن من باب الخمس أو الزكاه احتساباً على الضامن، كان للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، على ما تقدم فى المسأله الرابعه عشره.

(مسأله ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى، ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن، بل وكذا لو ضمن بالإذن يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسأله ١٩): {إذا ضمن} الضامن دين المضمون عنه {تبرعاً} بدون إذنه وأمره {فضمن عنه ضامن} ثان {بإذنه} إذن الضامن الأول {وآدى} الضامن الثانى الدين {ليس له} أى للضامن الثانى {الرجوع على المضمون عنه} أى المديون الأصلى، وإنما ليس له الرجوع عليه لأن الضامن الثانى لم يضمن عن المديون، بل ضمن عن الضامن الأول، فلا موجب لرجوع الضامن الثانى إلى المديون.

{بل} يرجع الضامن الثانى {على الضامن} الأول، لأن الأول أمر الثانى بالضمان عن الأول، ولا حق للضامن الأول بعد الأداء أن يرجع إلى المديون، لأنه تبرع بالضمان، وقد سبق أن التبرع بالضمان لا يوجب اشتغال ذمه المضمون عنه.

{بل وكذا} لا- حق للضامن الثانى أن يرجع إلى المديون {لو ضمن} الضامن الأول عن المضمون عنه {بالإذن} والأمر من المضمون {يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء} بأداء الثانى {يرجع إلى الضامن الأول} لأنه طرفه.

{ويرجع هو} الضامن الأول {على المضمون عنه الأول} أى المديون.

وقد تبين بذلك أحكام الصور الأربع، من كون كلا الضمانين بالأمر، أو عدم الأمر فيهما، أو كون الأمر فى أحدهما دون الآخر.

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له، وكذا يجوز أن يضمه بأكثر منه

(مسألة ٢٠): {يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له} فقد يضمن الأقل من الابتداء، وهذا ضمان بعض الدين، وقد يتصلح معه بالأقل بعد أن ضمن الكل، وهذا ما تقدم الكلام فيه، وقد يضمن بالأقل، وهذا قد يكون بإسقاط الزائد عن المديون، وقد يكون بإسقاط الزائد عن الضامن، وقد يكون بالمبادله بين الزائد والناقص من قبيل اشتراء ما يسوى بألف بتسعائه، فإذا أسقط الزائد عن المديون كان الضمان بقدر الدين، وإذا أسقط الزائد عن الضامن كان كما تقدم من أنه لا حق له في الرجوع إلى المضمون عنه إلا بمقدار ما أعطى، وإذا بدل لم يكن من الضمان المصطلح، لأنه نقل ما في الذمه، وإنما يكون عقداً جديداً لا بأس به لشمول (أوفوا بالعقود) له.

قال في المستمسك، بعد إشكاله في كونه ضماناً مصطلحاً: اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان في المقام مفهوماً آخر، وهو إثبات بدل ما في الذمه في ذمه أخرى أقل منه أو أكثر، ولا بأس بالبناء على صحته عملاً بعمومات الصحة، ولا يكون من الضمان الاصطلاحي، ولا تجرى عليه أحكامه إلا ما يقتضيه العمومات.

{وكذا يجوز أن يضمه بأكثر منه} إما على سبيل الشرط، أو على سبيل المبادله، على ما تقدم في الأقل منه.

ومنه يعلم أن إشكال السيدين ابن العم والبروجردى في الأكثر محل إشكال.

وفى الصورة الأولى لا- يرجع على المضمون عنه، مع إذنه فى الضمان، إلا- بذلك الأقل، كما أن فى الثانى لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين، إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة.

{وفى الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه، مع إذنه فى الضمان} إذ بدون إذنه لا رجوع أصلاً {إلا بذلك الأقل} على ما تقدم من أن الزائد حيث لم يؤده لم يرجع إلا بما أدى.

نعم إذا كان على سبيل المبادله مما ليس ضماناً اصطلاحياً، وبدل الدين بالأقل مع اشتراط أن يعطيه المضمون عنه كاملاً صح، لقاعده العقد وقاعده الشرط.

{كما أنه فى الثانى} وهى الضمان بأكثر منه {لا يرجع} الضامن {عليه} على المضمون عنه {إلا بمقدار الدين} لأن الضامن لا يرجع إلى المضمون عنه إلا بمقدار دينه، حيث إنه الذى انتقل من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن.

نعم إن كان الشرط على المضمون عنه ضمانه إعطاء الضامن الزائد، كان للضامن ذلك من باب الشرط، كما تقدم مثله فى صورته الضمان بالأقل.

وإليه أشار بقوله: {إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة} حيث إن الأمر والإذن أوجب استحقاقه لما أعطاه زائداً.

ومنه يعلم حال ما إذا أعطى للمضمون له المساوى وطلب من المضمون

عنه الزائد على ذلك بالشرط، أو أعطاه أقل وطلب المساوى أو الأكثر، كما يظهر حال بقيه الأقسام الحاصله من ضرب إعطاء الأقل أو المساوى أو الأكثر فى تطلب الأقل أو المساوى أو الأكثر مما هى تسع حالات.

ص: ١١١

## مسألة ٢١ جواز الضمان بغير جنسى

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين، كما يجوز الوفاء بغير الجنس، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذى عليه إلا برضاه.

(مسألة ٢١): {يجوز الضمان بغير جنس الدين} كأن يضمن الفرس بالشاه، أو الدينار بالدرهم، أو العروض بالنقد وهكذا، ويصح هذا من باب المبادله كما يصح من باب اشتراط الأداء من غير الجنس، ففي الأول يدخل البدل فى ذمه الضامن، وفى الثانى يدخل الأصل، ولكن الشرط تبديله عند الأداء، وهذا القسم يصح إما من باب عقد جديد، أو من باب قاعده الشرط، نظير اشتراط الأداء من مال معين، كما سيأتى.

{كما يجوز الوفاء بغير الجنس} بالتراضى، كما أن كل مدين له الوفاء بغير الجنس مع رضى الدائن، فإنه نوع مبادله ومراضاه، ولذا قال المستمسك: بلا إشكال، وسكت عليه من وجدته من المعلقين.

{وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذى عليه} لأنه إنما أمر بذلك فلا وجه لاشتغال ذمته بما أدى، واستدلال المستمسك عليه بقوله (عليه السلام): «ليس له إلا الذى صالح عليه» محل نظر، لأن الإطلاق ليس فى هذا السبيل، بل المنصرف جهه الكميّه لا الكيفيه، وإلا لزم أن يأخذ منه فرساً فى قبال ضمانه الحمار إذا أعطاه الفرس بدل الحمار، وذلك خلاف القاعده.

{إلا برضاه} بعد الإعطاء، أو بشرطه عليه بأخذه منه ما أعطاه عند أمره بالضمان عنه، فيصح من باب الشرط.

## مسأله ٢٢ الضمان بشرط الرهان

(مسأله ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانه فيرهن بعد الضمان

(مسأله ٢٢): {يجوز الضمان بشرط} ما على الضامن، أو المضمون عنه، أو المضمون له، والشرط على الضامن أو المضمون له يصح، لأنه في ضمن عقد الضمان، فيشمله دليل الشرط، أما الشرط على المضمون عنه أو له فإنما يصح في غير الضمان التبرعى.

أما الصحه في غير التبرعى فلأنه حيث أمر كان له الشرط، كما كان عليه الشرط إذا قبل الضامن بشرط على المضمون عنه، فإن دليل الشرط يشمله، وليس وعداً من أحدهما على الآخر، كما تقدم نحو هذا البحث في بعض المسائل السابقه.

وأما عدم صحه الشرط له أو عليه في الضمان التبرعى فواضح، لأنه ليس هناك عقد ولا أمر فلا مجال للشرط، كما إذا تبرع الضامن بشرط أن يخطط المضمون عنه ثوب الضامن مثلاً.

ومما تقدم يعرف أنه يصح الضمان بشرط {الرهانه} بنحو شرط الفعل، فيقول المضمون له للضامن: لا أقبل ضمانك إلا أن ترهن عندى رهناً، لأنى لا- أثق بضمائك، فإذا تخلفت عن الأداء كات العين المرهونه وثيقه عندى لأجل أخذ حقى منها، {فيرهن بعد الضمان} من غير فرق بين أن يكون الشرط رهناً خاصاً كهذه الدار، أو مطلق ذات قيمه تساوى الدين مثلاً، إلى غير ذلك من الكلى فى الذمه، أو فى المعين، أو الكسر المشاع، أو الفرد المردد، لإطلاق أدله



بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان.

الشرط بعد عدم محذور في أي من ذلك.

{بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان} لأنه أمر عقلائي لم يردع عنه الشارع، فيشملة دليل الشرط، بخلاف مثل النكاح والطلاق فلا يصح أن يجعل زوجيه بنت الطرف للشارط، أو طلاق زوجته عن حبالته بالشرط، لأن الشارع جعل للنكاح والطلاق سبباً خاصاً، فاحتمال أن الاستدلال بدليل الشرط لصحة هذا الشرط معناه كون الشرط مشرعاً وهو غير تام، خصوصاً وقد ورد في الشريعة شرط النتيجة في شرط الضمان في الإجاره والعاريه وشرط الأجل في النسيئه والسلف وغير ذلك.

وحيث إن المصنف لم يكن بصدد ذكر خصوصيات الرهن في المقام، لم يذكر لزوم القبض في شرط النتيجة، كما لم يذكره في شرط الفعل، وإلا فلا بد من القبض في الموردين، بناءً على اشتراطه في الرهن، كما أشار إلى ذلك جملة من المعلقين.

نعم في حاشيه السيد الجمال في اشتراط صحه الرهن حين شرط النتيجة بالقبض وعدمه وجهان.

ثم إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلم يرهن، أجبر على ذلك بسبب الحاكم، فإذا لم يمكن، فالظاهر أن له أن يأخذه رهناً بنفسه، فإذا لم يمكن حق له الفسخ، أما الأولان فلأن الشرط يقتضى الوضع، كما حقق في محله.

وأما الأخير فلخيار تخلف الشرط، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مسأله هل أن له الخيار في عرض إجبار الحاكم أو طوليه، إلى آخر ما ذكرناه هناك فراجع.

أما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، فإنه يدخل في رهانه بمجرد العقد، لكن على المشروط عليه أن يقبضه إياه، فإذا لم يقبضه أجبر عليه.

ولا فرق بين أن يكون شرط المضمون له على الضامن أو المضمون عنه أو ثالث، كأن يقول: إنى أقبل ضمانك بشرط أن يرهن ابنك عندى داره، فإذا رهن فهو، وإلا كان له الخيار، ولم يكن له الإجبار، إذ العقد لم يكن مع الولد حتى يكون ملزماً بالشرط، بل وإن وعد الولد بأنه إذا قبل الضمان رهنه الدار، إذ وعده فيه غير ملزم، بل هو مثل سائر المواعيد الابتدائية.

بل الحكم كذلك حتى فيما إذا لم يمكن من فسخ العقد، كما إذا قال: إنى أزوجك بنتى بشرط أن يقوم ولدك ببناء دارى، وقبل الولد الشرط، فلما زوجه بنته لم يفعل الولد ما وعد، فإنه ليس له حق الفسخ، إذ النكاح لا يفسخ بالشرط، كما قرر فى محله.

وكذا فى الإيقاع مثل الطلاق، كما لو قال: إنى أطلقك بشرط أن يزوجنى أبوك أخته، وقبل الأب الشرط، فلما طلقها أبى ولم يزوجه إياها، فإن الطلاق لا يفسخ بالشرط.

ثم إنه يصح شرط الرهن فعلاً ونتيجةً، من كل من الضامن للمضمون له

وبالعكس، لإطلاق دليل الشرط.

وحيث إن مسائل شرط الفعل وشرط النتيجة ومسائل الرهن المذكوره في أماكن خاص بها تركنا الإسهاب فيهما هنا، استدلالاً وفروعاً، والله سبحانه العالم.

ص: ١١٤

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا، يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء، لكنه لا يخلو عن إشكال، هذا مع الإطلاق

(مسألة ٢٣): {إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا} احتمالان، {يظهر من المسالك والجواهر} وتبعهما جملة من المعلقين كالسيد بن العم والجمال وغيرهما {انفكاكه، لأنه بمنزلة الوفاء}، قال فى الأول: لأن الضمان بمنزلة الأداء، وقال فى الثانى: لأن الضمان أداء، لكن الظاهر أن مرادهما وغيرهما ما إذا لم يكن الرهن مطلقاً، كما إذا قال: ما دام الدين باقياً فى الجملة عليك أو على غيرك كان هذا رهناً، وإلا فالظاهر بقاء الرهن، وإن انتهى دين المضمون عنه، فإن إطلاق دليل الشرط يقتضى بقاءه حسب القرار الذى قرأه.

وكيف كان {لكنه} عند المصنف والساكتين عليه {لا يخلو عن إشكال} لما علله المستمسك بأنه لا أداء ولا وفاء، وإنما كانت فائده الضمان اشتغال ذمه الضامن به وفراغ ذمه المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمه إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على بقائه بقى على حاله لعدم الوفاء، وإن كان على إفراغ ذمه المديون بطل لفراغ ذمته بالضمان، انتهى.

{هذا} الذى ذكرناه من احتمال الانفكاك وعدمه {مع الإطلاق} للرهن، بأن لم يعين الانفكاك وعدمه بالضمان.

وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع.

{وأما مع اشتراط البقاء} للرهن بعد الضمان {أو عدمه} بأن يشترط عدم بقاء الرهن بعد الضمان {فهو المتبع} عملاً بعموم «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>.

ص: ١١٨

---

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح ٤، والاستبصار: ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤

## مسأله ٢٤ اشتراط الضمان فى مال معين

(مسأله ٢٤): يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد، أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام

(مسأله ٢٤): {يجوز اشتراط الضمان} على المشهور، وفى الجواهر لا- خلاف أجد فى صحته، وفى المستمسك يظهر منهم التسالم على ذلك {فى مال معين} فىكون الأداء منه، كما عن المحقق والعلامة وغيرهما.

لكن فى مفتاح الكرامه فى مسأله ما لو حجر على الضامن فيما لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه قال: هذا الفرع من منفردات هذا الكتاب، وهو مبنى على صحه الضمان فى مال بعينه، وهو من منفردات المصنف أيضاً، انتهى.

وعلى هذا فلم أجد وجهاً لقول السيد الجمال اشتراط ذلك، وإن ادعى عدم الخلاف فى جوازه، لكنه لا يخلو عن الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقييد.

وكيف كان، فالظاهر صحه مثل هذا الأخذ {على وجه التقييد، أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام} وذلك لإطلاق ما دل على أن (العقود تتبع القصود)، ولإطلاق دليل الشرط، لكن فى تعليقه السيد البروجردى: لم يظهر لى معنى معقول لتقييد ما فى الذمه بالمال الموجود فى الخارج، وجماعه من المعلقين قالوا بصحه ذلك شرطاً لا قيداً، كما أن مفتاح الكرامه حمل كلام القواعد على ذلك، وبعض آخر أشكل فى التقييد إلا إذا كان كلياً فى المعين، لأن الكلى فى المعين لا يخرج عن الكليه والذمه فىكون

وحيث يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه

ضمانه في دائره المعين، فمع تلف الكل يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعين للأداء، ومع بقاء ما ينقص منه يبطل بالنسبه.

أقول: الذمه المشغوله قد تكون مشغوله بنحو مطلق وهو الكلى، وقد تكون مشغوله بنحو مقيد بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج ذهب الاشتغال، وهو الكلى المقيد، وقد تكون مشغوله بنحو مشروط بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج كان للشارط إبقاء الاشتغال أو رفضه، لأنه من باب الالتزام في الالتزام، لا من باب الالتزام الواحد بنحو المقيد والقيد، ولا بنحو الالتزام البسيط وهو الكلى المشروط.

ومنه يظهر أنه لا إشكال في كل الأقسام الثلاثة، خلافاً لمن قال بأنه إذا كان الضمان بمعنى نقل الذمه فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود في الخارج، شرطاً أو قيداً، أو أشكال على القيد دون الشرط فصحح الشرط فقط.

إذ يرد عليهما أن كلا القسمين \_ مثل الكلى المطلق \_ معقول، فيشملهما إطلاق ما دل على أن العقود تتبع القصد في المقيد، وإطلاق دليل الشرط في المشروط، وكأنه لذا سكت السيد ابن العم وآخرون على المتن.

{وحيث} حين كان الضمان مقيداً أو مشروطاً بالوفاء من مال معين {يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال} المعين عملاً بالقيد والشرط {بمعنى صرفه فيه} وإنما قال ذلك، لأن الوفاء من ذلك المال معناه يشمل ما إذا بدل المال بغيره أيضاً.

وعلى الأول: إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان

مثلاً يقال: أوف دينك من هذا البستان، فإنه يشمل ما إذا باع تمر البستان وأعطى دينه من ذلك التمر، والحال المراد هنا الوفاء من عين المعين، لا من الأعم من العين وبدلها، والظاهر أنه يصح كلا القسمين، فقد يكون المراد من الضمان من مال معين الوفاء من عينه.

وقد يكون المراد الوفاء سواء من عينه أو بدله، وكلاهما صحيح لما عرفت، فإن مساق الدليل فيهما واحد، كما أنه قد يكون من قبيل الكلى فى الخارج، وقد يكون من قبيل الكسر المشاع، كما أنه يصح جعله من المعين أو من أحد المالكين، لو حده الدليل فى الجميع.

{وعلى الأول} الذى هو على وجه التقييد {إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان}، وإذا تلف بعضه بطل بقدر ذلك التالف، وذلك لفوات القيد الموجب لفوات المقيد، وهذا هو المحكى عن التذكرة والشهيدين، وإن أشكل عليه المستمسك بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: بعتك هذا العبد الكاتب، فتبين أنه غير كاتب، ثم نظر ذلك بما إذا فات الشرط أو تبعضت الصفقة أو ما أشبهه، حيث يكون الخيار لا البطلان.

وفيه: إن العقود تتبع القصور، فإن كان العقد واقعاً على المقيد لا- بنحو الالتزام فى التزام لم يكن وجه للصحة، كما أن تبعض الصفقة إنما يصح ويكون له الخيار إذا كان العقد من قبيل تعدد العقود بلفظ واحد، لا ما إذا كان من قبيل الأمر الواحدانى البسيط، فإن مقتضى القاعده عدم الصحة حينئذ، لأنه إذا اختارا

ص: ١٢١



ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده

البقاء كان من قبيل ما إذا باعه لبتاً فظهر سمناً حيث يختاران البقاء، فإنه لم يكن مستنداً إلى العقد، بل تراض جديد من باب المعاطاه مثلاً، إذ لا يحقق ذلك (عقودكم) حتى يشمل (أوفوا بالعقود).

{و} إذا بطل الضمان {يرجع المضمون له على المضمون عنه} لأن الذي أفرغ ذمه المضمون عنه كان هو الضمان، فإذا بطل رجع الأمر كما كان.

لا يقال: إن الذمه إذا فرغت لم يكن وجه لاشتغالها.

لأنه يقال: الوجه هو أن الفراغ لم يكن مطلقاً بل مقيداً، وحيث ذهب القيد رجع الاشتغال، وهذا أمر عقلائي قرره الشارع كما يستفاد من الإطلاق.

{كما أنه إذا نقص} الشيء الذي كان متعلق الضمان نقصاً أوجب عدم إمكان الأداء، كما إذا كانت ذمه الضامن مشغوله بمن حنطه في ضمن عشرة أمان خارجيه من باب الكلى في المعين، فتلف منها تسعة أمان ونصف، {يبقى الناقص} وهو نصف المن في المثال {في عهده} أى عهده المضمون عنه، لأن الذي تعلق به ذمه الضامن نصف المن فقط، حيث كان ضمانه في المعين، والمعين لم يبق منه إلا نصف من، ومثله ما إذا ضمن مائة من مقيداً بكونه من الصبره الخارجيه بزعم أنه ألف من، فظهرت الصبره تسعين مناً، فإنه إنما يضمن الضامن حينئذ قدر تسعين من.

أما العشره الأخر فلا تتعلق بذمه الضامن من أول الأمر، إذ لا خارجيه لها،

وكذا إذا ظهرت العشرة الموجودة في مائه من خارجيه مستحقه لغير الضامن، حيث ليس للضامن تلك العشره، ومثله ما إذا ظهر حجر الحاكم للضامن في كل أمواله، حيث لا شيء له مطلقاً حتى يضمن ضماناً متعلقاً به، أو في بعض أمواله كالنصف من كل شيء شيء له، حيث تكون صيرته التي هي مائه من مثلاً غير ممكن التصرف في كلها بل في نصفها، فيبطل نصف الضمان، بناءً على الأقرب من صحه الحجر بالنسبه إلى بعض أموال المفلس مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومن هذا يظهر حال ما إذا ضمن الضامن ضماناً مقيداً بالخارج على نحو الكسر المشاع، لا الكلي في المعين، حيث إنه إذا كانت له صبره ذات مائه من ضمن دين المضمون عنه، حيث كان خمسين مناً، فإذا تلف من الصبره عشره أمان بطل الضمان في خمسه أمان من الخمسين، ويرجع المضمون له إلى المضمون عنه في خمسه أمان، وإنما يرجع إلى الضامن في خمسه وأربعين فقط، إذ في الكسر المشاع يذهب من الطرفين بالنسبه، بينما في الكلي في المعين لا يذهب من غير مالك الكلي ما دام بمقدار الكلي في الشيء الخارجى، كما ذكروا في مسأله من اشترى طناً من أطنان القصب فاحترق بعض تلك الأطنان.

ثم إنه إذا كان الضمان المقيد بالخارج على نحو الكلي في المعين مثلاً، وغصب الخارجى شخص، فالظاهر عدم بطلان الضمان إن أمكن الاستدراك

وعلى الثاني: لا يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما

منه، لأن الشيء الممكن الاستدراك ليس تالفاً حتى يبطل الضمان، فإذا استدرك منه الضمان أخذه المضمون له من الضامن.

وبذلك يعرف حال ما إذا كان الضمان على نحو المشاع، وما إذا لم يتمكن من الاستدراك، وما إذا كان الشيء قيمياً لا مثلياً وأعطى الغاصب قيمته، حيث إن قيمه لم تكن متعلق الضمان، بخلاف ما إذا كانت، كما إذا قال الضامن للمضمون له: إني أضمن لك مقيداً بهذا الشيء الخارجى، سواء من عينه أو من قيمته.

{وعلى الثاني} بأن كان اشتراط الضمان فى مال معين على نحو الشرط لا على نحو القيد {لا يبطل} الضمان بتلف ذلك المال الخارجى، {بل يوجب الخيار لمن له الشرط، من الضامن أو المضمون له أو هما} إذ قد يجعل الشرط بالالتزام من المال الخارجى هذا، وقد يجعله ذاك، وقد يجعله كلا منهما.

وقد أشكل على كون من له الشرط الضامن السيدان ابن العم والبروجردى، فقال أولهما: لا وجه لخيار الضامن فى فرض المسأله وهو تلف ذلك المال.

وقال ثانيهما: الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له، إذ مرجعه حينئذ إلى التزام المضمون له قبوله إن أداه الضامن إليه، فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن، انتهى.

وفيه: إن مرجع الشرط حق الضامن فى فسخ الضمان الذى كان ملتزماً

ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ، وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن بأن يكون الدين في عهده ذلك المال فلا يصح.

به لولا الفسخ، ووجود فائده أخرى للشرط لا يستلزم منه أنه لا خيار للضامن، إلا مع استنكاف المضمون له من الأخذ، ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين.

{ومع النقصان} بأن لم يتلف المال الخارجى كلاً، بل تلف بعضه، أما فى الكلى فى المعين فذلك بأن تلف ما لا يبقى منه بقدر المال المضمون، وأما فى المشاع فذلك بأن تلف منه أى جزء، إذ المشاع يتلف منهما كما تقدم، {يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ} إذ الشارط قد رفع اليد عن شرطه فيبقى الضمان.

{وأما جعل الضمان فى مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن} فلا ذمه مشغوله بل {بأن يكون الدين فى عهده ذلك المال} فيكون المال كالمال المحجور لا يمكن التصرف فيه إلا فى القدر الزائد عن قدر الضمان {فلا يصح} أى ضماناً معهوداً تقدم تقريره فى أول الكتاب.

أما عدم صحته بعنوان عقد جديد فلا وجه لعدم صحته، لإطلاق وعموم الأدله مثل: (أوفوا بالعقود) ونحوه له، فأى مانع من أن يحصر الدين الذى كان فى ذمه الشخص المضمون عنه فى هذا المال الخارجى للضامن، فتفرغ ذمه المضمون عنه ولا تشتغل ذمه الضامن، وإنما يقع الدين فى عهده المال.

وكان على المصنف أن يذكر الصحه فى هذه الصوره، كما تقدم منه وجه صحه صوره ضم ذمه إلى

ذمه بعنوان عقد جديد، وإن لم يصح بعنوان الضمان الخاص.

واحتمال صحه هذا القسم هو الظاهر من المسالك أيضاً، قال: فيما لو شرط أن يكون الضمان من مال معين، وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الدين بالجاني، وجهان:

مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمه الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمه، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبه فيه، ولم تخرج الذمه عن العهده، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها، وهذا هو وجه تعلق الرهن.

ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمه.

وأقواهما الأول.

قال في المستمسك: ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى الصحه، وهو كذلك عملاً بعمومات الصحه.

وإن لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمه فلا تجرى عليه أحكامه.

ص: ١٢٦

## مسأله ٢٥ لو أذن المولى لمملوكه فى الضمان

(مسأله ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه، فإن قلنا أن الضامن هو المولى للانفهام العرفى، أو لقرائن خارجيه يكون من اشتراط الضمان فى مال معين، وهو الكسب الذى للمولى، وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمه المولى مشغوله إن كان على نحو الشرط فى ضمن العقود، ويبطل إن كان على وجه التقييد، وإن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه.

وإن قلنا: إن الضامن هو المملوك، وأن مرجعه إلى رفع الحرج عنه بالنسبه إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شىء وتبقى ذمه المملوك مشغوله يمكن تفريره بالزكاه ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب عليه.

ص: ١٢٧

## مسأله ٢٦ ضمان اثنين عن واحد

(مسأله ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب أو دفعه، فعلى الأول الضامن من رضى المضمون له بضمانه

(مسأله ٢٦): {إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب} كما إذا ضمنه زيد ثم ضمنه عمرو {أو دفعه} كما إذا ضمنه في آن واحد، ومثله ما إذا ضمنه وكيلهما، كما إذا قال الوكيل: ضمنته عنهما، إذ الوكالة في الضمان جائز، إذ الأصل قبول الوكالة في كل شيء إلا ما خرج بالدليل، كما ذكرناه في بعض مباحث الفقه.

{فعلى الأول} الذى كان الضامن على التعاقب {الضامن من رضى المضمون له بضمانه} منهما، لما قد تقدم من أن الضمان عقد واقع بين اثنين، فلا يصح بدون رضى المضمون له، وإن قلنا إنه إيقاع وليس بعقد كان اللازم رضى المضمون له أيضاً، وحينئذ فإن رضى بأحدهما صح وبطل الآخر، سواء كان السابق أو اللاحق، فهو كما إذا قال لفرين: بعثك الكتاب، فقال أحدهما: اشتريت، حيث يبطل الآخر، أى لا ينعقد، سواء كان السابق أو اللاحق، ولو قال المضمون له: رضيت بالأول، ثم قال والثانى مثلاً، لم يصح الثانى لعدم الموضوع له، وعلة المستمسك بأنه أوجب فراغ ذمه المضمون عنه فلا معنى للضمان الثانى.

أقول: إن كان ذلك من قبيل ما لا يقبل التعدد عقلاً أو شرعاً، كما إذا قالت الاختان: زوجتك أنفسنا، فقبل إحداهما، حيث لا يصح أن يقبل الثانى، لأنه

ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعه خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً

جمع بين الأختين، تم ما ذكره، وإلا فإن لم يكن مانع شرعاً ولا عقلاً، كما سيأتى وجهه فيما لو أطلق الرضا بهما، لم يكن فرق بين الرضى بهما دفعه أو تدريجاً، فلا وجه للقول بانتفاء الموضوع بالنسبة إلى رضاه بالثانى.

{ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق} فى الضمان، وذلك لما علله فى مفتاح الكرامه بأنه إذا رضى بضمان كل منهما فقد رضى بضمان الأول، فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثانى ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه فيبطل، وهذا هو الذى رجحه غير واحد، لكن هل يقولون بمثله فيما قالت الأختان بتعاقب: أنحككتك أنفسنا، فقال الرجل: قبلتكما.

{ويحتمل قوياً كونه} فى التعاقب {كما إذا ضمنا دفعه، خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له} وأنه لا يكفى مجرد الرضا من المضمون له، فليس الضمان كالإيقاع وإنما هو عقد.

{فإن الأثر} أى تحقق الضمان، بناءً على كونه عقداً {حاصل بالقبول نقلاً}، إذ قبل القبول لا أثر، فإن الآثار فى العقود لا تحصل إلا بعد تمام العقود بإيجابها وقبولها، كما حقق فى محله.

{لا- كشفاً} فليس القبول كاشفاً عن تحقق الأثر سابقاً حتى يقال: إن الضمان للمتقدم لا للمتأخر، لأن المتقدم لم يدع مجالاً للمتأخر.



وعلى الثانى إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضى بهما معاً ففى بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر

والحاصل: إنه لو رضى بهما دفعه تكون نسبته إلى الإيجابين نسبه واحده، فلا وجه لترجيح الضمان المتقدم، فلا وجه للقول بأن الضامن هو السابق، فيكون الحكم كما إذا اقترن الإيجابان على ما سيأتى فى قولنا: (وعلى الثانى).

ثم إن قوله: (خصوصاً) فى قبال ما إذا قلنا بأن رضى المضمون له يكفى، فإنه إذا رضى بهما كان الأثر للسابق، لما تقدم من عله مفتاح الكرامه، اللهم إلا أن يقال: إن (الرضا) كالقبول لا أثر للضمان بدونه، فإذا رضى بهما دفعه كانت نسبه الإيجابين واحده، فيكون الحكم فى تعاقب الإيجابين مثله فى اقتران الإيجابين.

{وعلى الثانى} فيما كان الضمان من الاثنى دفعه {إن رضى} المضمون له {بأحدهما دون الآخر فهو الضامن} إذ لا شك فى احتياج الضمان إلى قبول أو رضى، وكلاهما مفقودان بالنسبه إلى الآخر فلا وجه لضمان الآخر الذى لم يتعقبه قبول ولا رضى.

{وإن رضى بهما معاً ففى بطلانه، كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر}.

قال الأول: وإن وقع الرضا دفعه احتمال بطلان الضمان، لامتناع انتقال الحق دفعه واحده إلى ذمم متعدده، والصحه فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع، والأقوى الأول.

أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة، وهكذا

وقال الثاني: الأصح البطلان.

وقال الثالث: لا يخفى على من أحاط خيراً بالمسألة قوه البطلان.

وقد اختار البطلان آخرون أيضاً.

وربما نظر ذلك بقبول نفرين لإيجاب واحد، سواء كان إيجاب نكاح أو إيجاب بيع أو غيرهما إذا قلنا بصحة مثل زوجت نفسي أحد كما، أو بعت الدار أحد كما، فإنه لا بأس به عرفاً، ولذا يمكن القول بصحته في مثل البيع، وإن لم يصح في مثل النكاح، لأن الركن الزوجان فهو مثل بعتك أما الفرس أو الحمار.

أو يقال: إنه لا محذور فيه وفي نظيره عرفاً، فإذا قبل أحدهما كونها زوجها له، أو قبل كون الفرس منتقلاً إلى ملكه صح عند العقلاء، وإن لم يصح شرعاً بالنسبة إلى النكاح لإجماع أو نحوه.

ويؤيده جعل القرعه حكماً في بعض أبواب النكاح والطلاق، مما يدل على الصحة في نفسه حتى شرعاً في الجملة، فإن ثبت إجماع في بطلان مثل الفرس والحمار فهو، وإلا - لزم الصحة لصدق (عقودكم) في (أوفوا بالعقود) والمفروض أن الشارع لم يمنع منه.

{أو التقسيط بينهما بالنصف} إن كانا اثنين {أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا} كما حكى عن ابن الجنيدي، واستدل له بأن الأمر دائر بين عدم الضمان، وبين ضمان كل واحد للكل، معاً أو بنحو الكلي، وبين الضمان بنسب مختلفه مثل أن يكون على أحدهما الربع، وعلى الآخر ثلاثة أرباع، وبين التقسيط،

أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبه من شاء، كما في تعاقب الأيدي، وجوه أقواها الأخير

لكن الثلاثة الأول باطله فيبقى الرابع.

إذ يرد على الأول: إنه لا وجه له بعد وقوع العقد عرفاً، ولم يمنع عنه الشرع، فلا وجه للبطلان.

وعلى الثاني: أما شقه الأول فبأنه دين واحد فكيف يتحول إلى دينين، وأما شقه الثاني فبما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمه واحده.

وعلى الثالث: إنه لا وجه للضمان بنسب مختلفه، لأنه خلاف وحده ضمانها والعقود تتبع القصود.

فلم يبق إلا التقييط.

{أو ضمان كل منهما} من قبيل الواجب الكفائي والكل في المعين فللمضمون له مطالبه من شاء كما في تعاقب الأيدي، وجوه أقواها الأخير} كما عن ابن حمزه، وجعله عكس ضمان الواحد عن الجماعه، ويحكي عن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا بهذا، وهذا القول هو الأقرب.

وجواب الإشكال على الشق الثاني من الوجه الثاني، أنه لا مانع من اشتغال الذمم المتعدده بواجب واحد، كما في الواجبات الكفائية، فإن الذمم تشتغل بواجب واحد، إن قام أحدهم به سقط عن الجميع وإلا أثم الجميع.

ثم إن كان الواجب بسيطاً كصلاه الميت لم يمكن لإقيام أحدهم، وإن كان غير بسيط كغسل الميت صح أن يأتي كل واحد بجزء منه، بخلاف الصلاه التي

لا يأتي بها إلا أحدهم، وحيث إن الملك من قبيل غير البسيط صح أن يقوم بأدائه أحدهم، كما صح أن يؤديه كلهم أو جملة منهم مقسطاً بالتساوى أو بالاختلاف.

وإن تعاسروا أجبرهم الحاكم بالنسبة المتساوية إذ لا أولويه لأحدهم على الآخر، فإذا كان الدين مائة وضمنه اثنان أجبر كل واحد على نصفه، ولو كانوا أربعة أجبر كل واحد على ربعه وهكذا.

بل يمكن أن يقال ذلك في مثل غسل الميت، فإذا كانوا ثلاثة لم يحق للحاكم الشرعي جبر أحدهم أو اثنين منهم، بل يجبر كل واحد على أحد الأغسال الثلاثة، إلى غير ذلك.

وكذلك الحال في واضعي اليد على مال إنسان بحيث كان لكل واحد منهم يد مستقلة، مثل ثلاثة اغتصبوا داراً كل مستول على كلها فتلفت، فإنه لا يحق للحاكم الشرعي أخذها من أحدهم أو اثنين منهم، بل من كل ثلثها.

نعم إن أعطى بدلها أحدهم برئ الجميع على إشكال في ذلك، إذا لم يقبل المالك إلا أخذ كل ثلث من أحدهم، مثله فيما إذا قتل ثلاثة إنساناً، فإن الولي إذا لم يقبل من أحدهم كل المديه، وإن أراد من كل واحد ثلثاً صح له ذلك، بل لو أعطاهم أحدهم فقبلها كان ذلك خلاف الأصل، وإنما صح بالتراضي، وإن كان فرق بين القتل والغصب، حيث ليس كل جزء في القتل عليهم بخلاف الغصب حيث فرض استيلاء كل واحد على كل الدار، فيشملة «على اليد» فيمكن أن يقال: لا حق للمالك في إلزامهم بالتقسيط إذا أعطاه أحدهم، بينما للولي الحق في إلزامهم بالتقسيط في القتل.

وبما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للقول بأن المقولات الاعتبارية كالمقولات الحقيقية، فكما لا يمكن وجود شيء خارجي في مكانين كذلك لا يمكن في الوجود الاعتباري، إذ بالإضافة إلى ما في الكليه المذكوره نقول: إن ثبتت القضية المذكوره في الجملة لا تثبت الكليه، فالوجود الحقيقي لا- يعقل فيه ذلك، أما الوجود الاعتباري فليس كذلك، فإن الاعتبار بيد المعبر وهو خفيف المؤنه.

وبذلك يظهر ضعف قول السيد الجمال: إن الوجه الأخير هو أضعف الوجوه مطلقاً، بل لا وجه له.

وقول السيد البروجردى: إن هذا مبنى على ما يراه العامه، إذ عليه يمكن تعهدات كثيره لما في ذمه واحده مع بقائه على ما كان عليه، بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأما على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول، انتهى.

ولذا سكت عليه السيد ابن العم وجملة آخرون من المعلقين.

وقال المستمسك: فالتحقيق جواز اشتغال ذمم متعدده بواجب واحد لمالك واحد، كجواز اشتغال ذمم متعدده بواجب واحد كما في الواجبات الكفائية، فإن اشتغال الذمم المتعدده بالواجب فيها حاصل، ولا فرق بينها وبين المقام إلا في أن المصحح للاشتغال فيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك.

{وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما} أو منهم {برأ دون الآخر} لأن الطالب برأه دون الآخر، فلا وجه لإبرائه، فهو كما إذا قال الشارع في الحرب

وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمه ذلك الواحد.

الواجب كفاءه: (لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ) (١) حيث إن إخراجها لا يوجب إخراج الآخرين.

وليس معنى إبراء أحدهم إسقاط المضمون له المال، حتى يسقط عن الجميع، بل معناه إبراء أحدهم وحيث إنه حق للمضمون له صح له الإبراء، فلا يقال: إنه يحق له التصرف في ماله، لا في ذمم الناس، إذ التصرف في الذمم خلاف سلطته الناس على ذممهم، وإلا فإن صح ذلك لزم عدم صحه الإبراء من أحد لأحد، وهو مقطوع العدم شرعاً وعقلاً {إلا إذا} أراد.

وقوله {علم} من باب الإثبات لوضوح أنه لا خصوصيه للعلم في مقام الثبوت {إرادته إبراء أصل الدين} أي إسقاطه والإعراض عنه، فإنه كالإعراض عن ماله الخارجى، حيث يسقط ماليته له، {لا خصوص ذمه ذلك الواحد} فإنه حينئذ يسقط الدين وتبرأ كل الذمم، كما ظهر وجهه.

ولو لم يعلم هل أنه برأ ذمه، أو برأ الدين، كان الأصل عدم الثانى، لأن ذمه غيره لما اشتغلت كان الأصل بقاء الاشتغال، والله سبحانه العالم.

ص: ١٣٥

## مسألة ٢٧ لو ضمن كل مديون صاحبه

(مسألة ٢٧): إذا كان على رجلين مال فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضى المضمون له بهما صح، وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدرًا

(مسألة ٢٧): {إذا كان له على رجلين مال} بأن كانت ذمه كليهما مشغوله، لا أن يكون مال واحد في ذمتها على سبيل البدل مثل الواجب الكفائي، كما تقدم في المسألة السابقة.

{فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه} لما تقدم من احتياج إذن المضمون عنه في صحه الرجوع إليه، سواء قلنا إنه عقد أو إيقاع، وإن لم يحتج أصل الضمان إلى رضى المضمون عنه.

{فإن رضى المضمون له بهما صح} لاحتياج الضمان إلى رضى المضمون له، وإلا لم ينتقل ما في ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن على ما تقدم.

قال في الشرائع: إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه.

وقال في المسالك: لا إشكال في صحه هذا الضمان، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحه.

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، لاجتماع شرائط صحه الضمان في كل منهما.

{وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدرًا} الظاهر أن مراده بالجنس أعم من الوصف، وإلا لم يكن يترتب عليه ما يأتي من الحكم، ولذا كانت عبارته الجواهر: (وتساوى المالآن من جميع الوجوه) أظهر في إفاده المراد.

تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر، ويظهر الثمر في الإعسار واليسار، وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناءً على افتكاك الرهن بالضمان.

وإن كانا مختلفين قدرًا أو جنسًا، أو تعجيلًا وتأجيلًا، أو في مقدار الأجل

{تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر} كما هو مقتضى الضمان.

{و} لا يقال: فما هي الفوائد بعد التماثل التام بين المالين.

لأنه يقال: {يظهر الثمر في الإعسار واليسار} فإذا كان أحدهما معسرًا كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان، فإذا فسخ صار تمام المال على الموسر.

{وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر} كما ذكره المسالك معلقًا له بأن الضمان بمنزله الأداء.

{بناءً على افتكاك الرهن بالضمان} كما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين، وكان أولى لو قال كما في الجواهر: (وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما لأن الضمان أداء) إذ قد يكون رهن على كل منهما فلا خصوصية لذكر ما إذا كان رهن على أحدهما.

والحاصل صيروره كل واحد منهما بضمانه فرعًا، وبمضمونيته أصلًا، فيتعا كسان، ولذا يظهر الثمر أيضًا في إبراء صاحب الدين كله أو بعضه، إلى غير ذلك من الثمار.

{وإن كانا مختلفين قدرًا أو جنسًا} الأعم من الوصف كما تقدم {أو تعجيلًا وتأجيلًا، أو في مقدار الأجل} كما إذا كان أحدهما بعد شهر، والآخر بعد شهرين



ومثله ما إذا كان أحدهما دفعه والآخر مقسماً، أى يعطيه بأقساط، سواء كان الدفعى مؤجلاً أو معجلاً، وكذا إذا كان أحدهما مشروطاً والآخر مطلقاً.

{فالثمر ظاهر} وأضاف الجواهر قائلًا: بل فى الفرض لو شرط أحدهما الضمان فى مال بعينه، وقلنا بصحته وحجر عليه لفسل قبل الأداء، أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء بسبق تعلق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه مع فرض كون الضمان بإذنه، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء، إلى آخر كلامه.

نعم إذا لم يكن أى من هذه الثمار، فهل يصح الضمان، لأنه عقد ولا يلزم أن يكون للعقد ثمر بعد إطلاق الدليل، أو لا يصح، لأنه عمل سفهائى بعد عدم أى ثمر، لأن الحال فى المستقبل كالسابق بعينه لا- يبعد الثانى، لأن الإطلاق لا يشمل الأعمال السفهائيه.

نعم ربما يقال: إنه من قبيل تبديل نفرين مالهما المشابه تماماً بالآخر، حيث يصبح ذلك مع أنه لم يؤثر شيئاً.

وفيه: إنه أثر شيئاً، حيث لم يكن لأحدهما التصرف فى مال الآخر قبل المبادله، وكان له التصرف فى ماله، وبعد المبادله انعكس الأمر، بخلاف المقام الذى ليس له حتى مثل هذا الثمر، على أن كون الضمان صحيحاً أو لا لا ثمر له، إلا فى مثل النذر الذى يكرره صاحب القوانين، إذ يفى بنذره إذا كان نذر أن يعمل ضماناً، إن قيل بصحة هذا الضمان، بخلاف ما إذا قيل بطلانه حيث لم يف بنذره.

وإنما قلنا لا ثمر له، لأنه سواء قيل بالصحة، أو بعدم الصحة

وإن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذ فإن أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى، حيث إن المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدى البعض فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع تكون ذمه كل واحد منهما مشغوله، وبعد الضمان كقبله لا يفرق الأمر.

ثم إنه يظهر الثمر أيضاً فى صورته التماثل فيما إذا كان أحدهما كافراً عنده أحكام خاصة للضمان، حيث يشمل قاعده «الزموم بما التزموا به» أو كانا كافرين لكل أحكام خاصة.

{وإن رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه} أما دينه الأول فلأنه باق عليه بدون أن يؤديه أو يضمه أحد، والمفروض أنه لم يقع أحدهما، وأما دينه الثانى فلأنه انتقل إليه بضمانه لدين صاحبه.

{وحيث إن أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى حيث} كان بإذنه ورضاه فـ {إن المفروض كونه مأذوناً منه} فى الضمان منه.

{وإن أدى البعض} أى بعض الكل الشامل لما يساوى دين نفسه أو دين صاحبه، ولما يكون أكثر من دين نفسه ولو بقدر {فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع} إذ الأداء تابع للقصد، وإن لا يقصد لم يسم أداءً.

مثلاً كان عليه خمس ودين لزيد، وكان زيد مستحقاً للخمس، فإنه إن أعطاه بقدر هذا أو ذاك، فإن قصد الخمس برأ منه وبقي الدين، وإن قصد الدين برأ منه وبقي عليه الخمس، وربما يكون للقصد آثار خارجيه مثل هذا المثال

ويقبل قوله إن ادعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد

فإنه إن قصد الدين لم يصح أن يصلى ويطوف فى لباسه غير الخمس على المشهور، بخلاف ما إذا قصد الخمس، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومما تقدم يعلم حال التبعض فى الجملة، كما إذا كان عليه خمسون ضماناً وخمسون ديناً، فأعطى عشرة، فإن له أن يحسبه لنفسه، أو للضمان، أو لهما باختلاف أو التساوى، كما أنه إذا أعطاه ستين كان له احتساب خمسين منه لنفسه والباقى لضمانه أو بالعكس، كما كان له احتساب نصفه لنفسه ونصفه لضمانه، أو الاحتساب باختلاف كأربعين لنفسه وعشرين لضمانه، أو بالعكس وهكذا.

ثم إن أعطى مثلاً خمسين {و} لم يعلم أنه هل لنفسه أو لضمانه {يقبل قوله إن ادعى ذلك} لنفسه أو لضمانه، وعلله الشرائع وجامع المقاصد وغيرهما بأنه أبصر بنيته، وغيرهم بأنه مما لا يعرف إلا من قبله، وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتابى القضاء والشهادات.

فقد بنى العقلاء على القبول والشارع لم يردعه، بل أيده بحجيه ذى اليد، ومسأله الحيض والحمل وما أشبه.

أما قول الجواهر: ويقبل قوله مع اليمين، فإنه يريد مقام النزاع، فإنه منكر لقول المدعى، وحيث لا شاهد كان عليه اليمين بمقتضى إطلاق «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان»، وقال قولين مختلفين، فهل يؤخذ بالأول أو الأخير أو يتساقطان، احتمالات، ومحلها كتاب (القضاء والشهادات).

{وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد} كما ذكره الجواهر تبعاً

فى ذلك للعلامه فى القواعد، وعالله جامع المقاصد بامتناع صرفه إلى إحداهما نظراً إلى عدم الأولويه فیتعین ذلك، قال: ویحتمل الآن صرفه إلى ما شاء، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه.

وذكر الجواهر مثل هذا الاحتمال أيضاً.

ومنه یعلم أن مرادهم بالتقسیت النسبه لا التصیف، فإذا كان دینه مائه ودين للمضمون عنه خمسين وأعطى ستین، كان أربعون له وعشرون للمضمون عنه.

لكن الأقرب أنه یقع وفاءً لما فى ذمته، فإن كان ما أداه زائداً علیه كان الزائد عن المضمون عنه وإلا بقى الضمان علیه، وذلك لأن الأداء عن الغير یحتاج إلى قصده، فما دام لم یقصد ذلك لم یکن أداءً، بخلاف ما على النفس، فإنه لا یحتاج إلى قصد النفس لیكون أداءً عنها، وكذلك فى سائر الأمور كما إذا كانت علیه صلاه ظهر أو صیام نذر أو خمس أو زكاه أو حج نذر، وكان علیه أيضاً أمثالها لغيره استیجاراً، فإنه إذا أتى بأحدها بدون قصد الغير كان ما أتى لنفسه، وإذا لم یقع ما أعطى عن المضمون عنه لا حق له فى الرجوع إليه.

ومما تقدم ظهر الإشكال فى قول المستمسك من تمثیله المقام بما إذا كان علیه صومان أحدهما للكفاره والآخر للقضاء، فصام يوماً ولم یعین فإنه یبطل، ولا یصح لأحدهما، قال: وكذا فى المقام ما دام كل واحد من الدينین متعیناً فى نفسه فى مقابل الآخر، لم یحصل الوفاء القصدى إلا بقصد أحد المتعینین، وإلا خرج عن كونه قصدياً، إلى آخر كلامه.

إذ قد تقدم أن الأصل كون الوفاء عن النفس، وإن لم یقصد كونه عن نفسه،

ويحتمل القرعه، ويحتمل كونه مخيراً فى التعيين بعد ذلك

فليس المقام من قبيل صومين كليهما عن نفسه، كما أنه ليس كذلك ما إذا كان صومان كلاهما عن غيره، مثل صوم زيد وصوم عمرو، كما أنه ظهر بما تقدم الإشكال فى التقسيط.

{ويحتمل القرعه} كما فى الجواهر وغيره، واستوجهه المحقق الثانى، وذلك لأنها لكل أمر مشكل، وقد حقق فى محله، أن المشكل قد يكون ظاهرياً وقد يكون واقعياً، أى لا واقع له، كما إذا طلق زوجته ثم شك فى أن الطالق أیتهما، أو طلق واحده بدون تعيين، حيث تعيين بالقرعه.

لكن احتمال القرعه ضعيف بعد أن كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه من أنه عن نفسه أو ما ذكروه من التقسيط، ولذا ضعف هذا الاحتمال السيدان الحكيم والجمال وغيرهما، وإن سكت على المتن جماعه من المعلقين.

{ويحتمل كونه مخيراً فى التعيين بعد ذلك} كما ذكر هذا الاحتمال غير واحد، وقد قال به المستمسك معللاً بأنه هو المتعين الذى تقتضيه الأدله، فيبقى المدفوع على ملك الدافع إلى أن يعين المراد له.

وفيه: ما تقدم من أن القاعدة تقتضى التقسيط أو كونه عن نفسه.

نعم ما ذكرناه من كون القاعدة الثانى إنما يصح إذا كان الدين عن نفسه وعن غيره، أما إذا كان الدين عن نفرين غيره، فالقاعده التقسيط بالنسبه، لما استدل له به فى المقام، فإنه وإن لم يصح فى المقام إلا أنه مقتضى القاعدة فى دين نفرين.

والأظهر الأول، وكذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه، فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع

ثم إنه تترتب بعض الآثار على قول المستمسك وقولنا وقول المقسط، حيث إنه لا خمس عليه على قولنا، إذ قد ذهب ملكه فلا شيء له عند رأس السنة حتى يخمس، بينما المستمسك يلزمه إعطاء الخمس الكامل، أما القائل بالتقسيط فاللزام عليه إعطاء خمس غير مقدار دينه، إذ ما يقع للمضمون عنه من المال يبقى بدله في كيس الضامن، وحيث إنه ربح كان عليه خمسه.

{والأظهر} ما ذكرناه، وإن كان الأظهر عند المصنف ومن لم يعلق عليه من المحشين {الأول، وكذا الحال} في التقسيط عنده {في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما} فإن المدفوع لو كان الأول بطل الرهن، وإن كان الثاني بقي الرهن فيسقط، لأن كليهما على نفسه، وليس أحدهما على غيره حتى يقال: بأن المعطى بإطلاق كان من المعطى.

فتحصل: أنه لو كان الدينان على نفسه، أو على غيره، كان مقتضى القاعده التقسيط، ولو كان أحدهما على نفسه كان مقتضى القاعده أن يكون عن نفسه لا عن غيره.

{أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع} حيث إنه إذا كان الوفاء عن القرض كان للبائع خيار عدم دفع الثمن، بخلاف ما إذا كان ثمن المبيع، أو إذا كان ثمن بيع الذهب وكان في المجلس بطل البيع إذا قصد

وهكذا فإن الظاهر فى الجميع التقييط، وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى، ويقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

به قرضه لا ثمن الذهب، ولم يدفع ثمن الذهب حتى تفرقا عن المجلس، إلى غير ذلك من الفوائد.

{وهكذا} فإن المسألة سياله {فإن الظاهر فى الجميع التقييط} إن كانا على نفسه، أو على نفرين غيره، أو على إنسان غيره، وكونه عن نفسه إن كان الدينان على نفسه وعلى غيره.

{وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد} المبرئ {كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى} فإنه يسقط بينهما بالنسبه، وعلى قول المستمسك يبقى حتى يعين أنه يريد أحدهما أو كليهما بالتنصيف أو بالتقييط أو بسائر النسب، فإن كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وإن كان من غيره رجع لما سبق من أنه لا يحق للضامن الرجوع إلا بمقدار ما دفع.

{ويقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله} وإن أنكره الطرف حلف، وقد تقدم وجه كلا الأمرين.

قال فى الجواهر: ولو ادعى أحدهما العلم على الآخر كان له اليمين على نفيه.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتاب القضاء، والله سبحانه العالم.

(مسأله ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه

(مسأله ٢٨): {لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه} وذلك لإطلاق الدليل أو مناطه بعد كونه عقلياً، ولا غرر عرفاً في ذلك، فلا يشمل نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، بل ربما استظهر من جامع المقاصد والمسالك ظهوره والتسالم عليه.

قال في المستمسك: وعمومات الصحة تقتضى عدم اشتراط ذلك، وعدم الاشتراط هو الظاهر من كاهه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم على كثرتهم، حيث سكتوا على المتن، إلا أن أحدهم تأمل فيه، بل مقتضى ذلك عدم اشتراط علم المضمون عنه ولا المضمون له، لما عرفت من الإطلاق، أو المناط العقلائي، بل لو أصر على العلم، إذ لا إطلاق في أدله الضمان نقول: بأن عمومات (أوفوا) ونحوه يشملها.

لكن قال في الشرائع: ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته صح على الأشبه، ويلزمه ما تقوم به البيه أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا ما يقربه المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه وقت الضمان، انتهى.

وقال في الجواهر بعد العبارة الأخيرة: كما في القواعد ومحكى التحرير والإرشاد والمختلف حكماً وتعليلاً، وكذا المبسوط والسرائر، بل هو المحكى عن المفيد والتقوى.



كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: عليّ ما عليه، صح

أقول: واستدل للاشتراط في مفتاح الكرامه بعد أن نسبه إلى الأصحاب بقاعده نفى الغرر وبدليل العقل، لكن قد عرفت أن المشهور عند الأصحاب عدم الاشتراط، والعقل لا يرى به بأساً، بل يعتاد ذلك العقلاء، فلا غرر عرفي حتى يشمله دليل نفى الغرر(1)، وإذ يشمله الدليل فلا مجال للتمسك بأصالة عدم الصحة في العقود المشكوكه.

{كما لا يشترط العلم بمقداره} ولا بجنسه، كما إذا لم يعلم أنه دينار أو درهم، أو لم يعلم أنه عشرة أو مائه.

نعم يلزم أن لا يكون غرراً عرفاً، ويكون مقصوداً في الضمان، فإذا كان قصده بين العشره والمائه وكان أكثر لم يكن ضامناً للأكثر منها، لأنه لم يقصده عند الضمان، والعقود تتبع القصود، وقد تقدم في المسأله الأولى عدم اشتراط العلم بمقداره.

{فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال} الضامن: {عليّ ما عليه، يصح}.

ثم إن ادعى الضامن بعد ذلك أنه لم يعلم أن مقداره كان ألفاً، وإنما ظن أنه إلى المائه مثلاً، فهل يصدق حتى يكون الباقي على المضمون عنه نفسه، لأنه لا يعرف إلا من قبله، والأصل بقاؤه على ذمه المضمون عنه، أو لا يصدق، لأنه من قبيل الإنكار

ص: ١٤٦

١- الوسائل: ج ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح ١٢

وحيث إن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه، سواء كانت سابقه أو لاحقه، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان

بعد الإقرار، كما لو أقر أن ما في صندوقه لزيد، ثم قال: ظننت أن فيه مال زيد والآن أرى أن فيه مالى وماله، أو يصدق فى ضمانه للأقل، وإنما يجب عليه أن يدفع التفاوت إذا سبب ضمانه تفويت المضمون عنه، لأنه غار، والمغرور يرجع إلى من غره، بخلاف ما إذا لم يكن غرور، احتمالات، والظاهر الأول ويلزم عليه اليمين لأنه منكر.

نعم إذا حصل الغرور، وإن كان عن جهل من الغار، كان عليه من بابه لا من باب الضمان.

{وحيث إن ثبت بالبينة { أصله ومقداره { يجب عليه أدائه سواء كانت { البينة { سابقه { على الضمان { أو لاحقه { لإطلاق دليل حجية البينة، مثل قوله (عليه السلام): «إلا أن تقوم به البينة»، كما ذكرنا تفصيله فى كتابى: التقليد والقضاء.

{ وكذا إن ثبت بالإقرار { من المضمون عنه { السابق على الضمان { لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فقد أقر المضمون عنه بأن عليه كذا فثبت عليه، فإذا ضمنه ضامن انتقل إلى الضامن.

نعم ينبغى أن يقال: إنه لو كذب الضامن المقر وأثبت ذلك بينه سقط الإقرار، لأنه لا يقاوم البينة بعد أنه طريقى لا يثبت الحق واقعاً، كما أن اليد والسوق والأرض ونحوها تسقط حجيتها بالبينة.

أو باليمين المردوده كذلك، وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردوده

{أو باليمين المردوده} وكذلك قبل الضمان، كما إذا تنازع المضمون عنه وله في أصل الدين، أو في قدره، وقد أنكر المضمون عنه الدين أصلاً أو قدرأ الذي يدعيه المضمون له، ولم يقر المضمون له البينه على دعواه، فكان على المضمون عنه اليمين على النفي فلم يحلف ورد اليمين على المضمون له فحلف حيث يثبت بذلك الدين، بل ينبغي أن يقال مثله فيما إذا قلنا بأن مجرد النكول يثبت الدين، وإن لم يرد اليمين.

{وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان} فهل يثبت على الضامن، لأن الإقرار مثبت، وقد ضمنه الضامن، وإن كان إجراء الضمان قبل الإثبات، كما إذا كان إجراء الضمان قبل البينه المثبتة للدين، كما ذهب إليه أبو الصلاح وأبو المكارم في ما حكى منهم، أو لا يثبت، كما في الشرائع على تفسير الجواهر، قال مازجاً: ولا ما يقربه المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون إقراراً في حق الغير، احتمالان.

{أو ثبت باليمين المردوده} بعد الضمان، فهل يثبت كما حكى عن المقنعه فألزمه به، وفي المسالك بناءً على كون اليمين المردوده كالبينه يتجه وجوب الأداء عليه، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه، لأن الحق يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار، أو لا يثبت كما يظهر من الشرائع قال: ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أو يفصل بين رضى الضامن فالأول، وبين عدم

فلا يكون حجه على الضامن إذا أنكره

رضاه فالثاني، كما عن النهايه والقاضى.

قال فى الجواهر نقلاً عنهما، قال: فإن حلف، أى المضمون له على ما يدعيه، واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه، لصيروره الخصومه معه أيضاً، فيكون اليمين حجه فى حقه، احتمالات.

{فـ} المصنف على أنه {لا- يكون} إقرار المضمون عنه بعد الضمان وحلف المضمون له اليمين المردوده عليه من قبل المضمون عنه {حجه على الضامن إذا أنكره}.

أما عدم الثبوت بالإقرار، فلأنه إقرار فى حق الغير، وأما عدم الثبوت باليمين المردوده، فلما ذكره المستمسك من أنها بمنزله الإقرار من هذه الجهه لا تكون حجه للحاكم فى فصل الخصومه لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك.

أما من قال بحجيه الإقرار، فقد استدل له بأنه إقرار فى حق النفس، إذ الضامن يرجع إلى المضمون عنه بالآخره، بالإضافة إلى أنه واقع كثيراً فيلزم من عدم سماع إقراره هدر الحق، فهو أولى بالسماع مما إذا أقر بأنه قتل فلاناً خطأً، حيث إن الديه على العاقله ولم يقل أحد بأنه لا يسمع الإقرار بالقتل خطأً، وكذا إذا أقر الفقير بأنه مدين لفلان، فيما إذا كان الدين على الزكاه، إلى غير ذلك من الأمثله.

وهذا أقرب إلى الصناعه، وإن كان الأصل مع المصنف.

وأما من قال بالثبوت باليمين المردوده، فقد استدل له بأنها حجه، وإطلاق أدلتها يقتضى عدم الفرق بين كونها قبل الضمان أو بعده، فإذا ثبت فى حق المضمون عنه ثبت على الضامن، فالقول بقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك غير ظاهر الوجه.

ويلزم عنه بأدائه فى الظاهر، ولو اختلف الضامن والمضمون له فى ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له

ومنه يعلم عدم الفرق بين رضى الضامن وعدمه، إذ الإطلاق شامل لهما، وهذا أيضاً أقرب إلى الصنائه، وإن كان عدم الحجية على الضامن مقتضى الأصل.

{ويلزم} المضمون عنه {بأدائه} أى أداء الدين الذى أقر به، أو رد اليمين فحلف المضمون له {فى الظاهر} حسب الإقرار والحلف، وإنما قال: (فى الظاهر) لأن الإقرار والحلف لا يثبتان الواقع فهما كالبينه طرق ظاهريه.

وقد أشكل المستمسك على الماتن بقوله: هذا اللزوم غير ظاهر للعلم بفراغ ذمه المضمون عنه، لأنه إن كان مشغول الذمه قبل الضمان فقد برأت بالضمان، وإن كان برىء الذمه قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه، انتهى.

ويرد عليه: إن الحكم ظاهرى، حيث إنه لم يدل دليل على ضمان الضامن، وقد اعترف بأنه مديون كان اللازم عليه الأداء، فهو كما إذا اعترف بأنه مديون والضامن يعلم بأنه ليس بمديون، فإنه ليس على الضامن أن يؤدى، وإن كان اللازم بحكم إقراره الأداء.

{ولو اختلف الضامن والمضمون له فى ثبوت الدين أو مقداره} سواء فى المقام أو غيره، كما إذا ضمنه على دين معلوم ثم اختلفا، سواء فى الدين لإدعاء الضامن أن المضمون أبرأ أو قبل تبرعاً من غيره فلا يطلب شيئاً، أو فى مقداره.

{فأقر الضامن} بما يقوله المضمون له {أو رد اليمين على المضمون له

فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكرًا، وإن كان أصل الضمان بإذنه.

ولا بد في البيه المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان

{فحلف} حيث لم تكن بينه {ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان} المضمون عنه {منكرًا} وذلك لأن إقرار الضامن لا يثبت الدين على المضمون عنه، فإن الإقرار يثبت على المقر لا على غيره، وكذا حال اليمين المردوده.

{وإن كان أصل الضمان بإذنه} فإن إذن المضمون عنه لا يوجب حجية الإقرار ونحوه في حقه، فإنه لا تلازم شرعى ولا عقلى بينهما.

{ولا بد في البيه المثبتة للدين} الموجه لاشتغال ذمه الضامن {أن تشهد ثبوته حين الضمان} فإن الضمان نقل ما في ذمه المضمون عنه، وحيث لا تثبت البيه اشتغال ذمته، وقد فرض عدم العلم به، لم يكن نقل، فإن البيه على خمسة أقسام:

لأنها أما تثبت الدين قبل الضمان بما يمكن بقاءه وعدمه إلى حين الضمان، كما إذا أثبت أن ذمه المضمون عنه كانت مشغوله قبل سنه من الضمان.

أو تثبت حين الضمان ومثله قبل الضمان بما لا يمكن سقوطه.

أو تثبت بعد الضمان بما لا يدل على كونه حين الضمان، إذ ربما تثبت أنه مديون مائة لا شراء الأكل لنفسه وعائلته، وقال إن دينه في شهر محرم، فإن الاثراء لم يتحقق قطعاً بهذا الثمن لشهر محرم، مما يدل على أنه كان في وقت الضمان وهو شهر ذى الحجة مديوناً.

أو تثبت مطلقاً، أى ديناً ممتداً من قبل الضمان إلى الحال.

أو تثبت في الجملة، بأن قالت إنه مديون بدون تعيين المده، مما

فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه.

يمكن انطباقه على كل من الأربعة المتقدمه، والضمان إنما يكون في صورتين: الإطلاق، وحين الضمان.

{فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه} أو أثبتت الدين السابق مما يمكن بقاؤه وعدمه حين الضمان {لم يجب على الضامن أدائه}، أما في الأولين فلعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلى ذمه الضامن والأصل عدمه، وأما في الثالث فلائذ الاستصحاب وإن كان محكماً في بقاء الدين، إلا- أن المنصرف من الضمان غير مثل الدين المستصحب.

نعم إذا كان من قصدهما حتى المستصحب منه، أي ما يثبت شرعاً، كان اللازم الأداء، وقد ذكروا مثله في باب قيام البينه بجرح الشهود بعد الحكم وأنه يوجب نقض الحكم في ما تعلق الجرح بوقت الشهاده أو كان متعلقاً بالمتد، لا ما إذا تعلق بقبل الشهاده أو بعدها أو في الجملة.

ص: ١٥٢

## مسأله ٢٩ لو قال: على ما تشهد به البيه

(مسأله ٢٩): لو قال الضامن: على ما تشهد به البيه، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه، فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه

(مسأله ٢٩): {لو قال الضامن على ما أقر أو يقر بثبوتها عليه ضمن بما حصل بالنسبه إليه إقرار، وذلك لأنه ضمان عقلائي لم يردع الشارع عنه فيشملة دليله.

فاحتمال أنه لا- يضمن مطلقاً، لأن الإقرار لا- يثبت الواقع، والضامن إنما يضمن الواقع، أو لا يضمن في الثاني، أي ما أقر بعد الضمان، لأنه حال الضمان لم يكن مشغول الذمه لا قطعاً ولا إقراراً، لفرض أن الإقرار حصل بعد الضمان، غير وجيه.

ولو قال الضامن: على ما تشهد به البيه، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام {أي حين الضمان، أي سواء شهدت امتداداً أو في ذلك الوقت، كما عرفت في المسأله السابقه، {لأنها} أي الشهاده {طريق إلى الواقع، وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه} قال (عليه السلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين، أو تقوم به البيه».

إلى غير ذلك من الأدله المثبتة لحجيه البيه.

{فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه}، قال: لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح، لأنه



إلا أن يكون مراده في صورته إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان،

لا يعلم ثبوته في الذمه وقت الضمان.

أقول: هذا الحكم محكى عن القواعد والتحرير والإرشاد والمختلف، معللين له بهذا التعليل، كما حكى عن المفيد والتقوى والمبسوط والسراير.

قال في الجواهر: وفسر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحه الضمان بثبوت الدين في الذمه حاله فضمانه حينئذ بالصيغه المزبوره شامل لما إذا كان كذلك ولما يتجدد، فلا يصح، إذ لا يدل على الضمان المتقدم، لأن العام لا يدل على الخاص. وفيه: إن المتجه \_ مع فرض إرادته العموم من الصيغه لاقتضاء لفظ (ما) ذلك \_ الصحه في الثابت بها وقت الضمان، والبطلان في المتجدد، لا الفساد في الجميع، ولعل الأولى تفسير ذلك بإرادته بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك، لأنه حينئذ من ضمان ما لم يجب، ضروره عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمته والبينه طريق لمعرفته، بل كان العنوان ما يثبت، والفرض وقوعه قبل ثبوتها، ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله: فلا يصح لأنه ضمان لم يجب، انتهى كلام الجواهر ملخصاً.

أقول: إشكال الجواهر عليهما تام، إذ لا وجه لبطلان الخاص ببطلان العام بما هو عام، هذا بالإضافة إلى أن ما فسراه ليس ظاهر كلام المحقق كما اعترفا به، أما تفسير الجواهر فسيأتى الكلام فيه.

{إلا أن يكون مراده في صورته إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان}

وأما ما فى الجواهر من أن مراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما فى ذمته لتكون البينه طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوتها، فهو كما ترى لا وجه له.

إذ قد تشهد البينه بأنه كان مطلوباً حين الضمان، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً قبل الضمان مما يحتمل بقاؤه وانتفاؤه، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً بعد الضمان، وقد تشهد بالمطلوبيه الممتده الشامله للأوقات الثلاثه، وقد تشهد بالمطلوبيه فى الجمله، فإنه فى الأخير لا يثبت، إذ لا دلالة للبينه حينئذ على الطلب حال الضمان، مع أن الضمان لا يكون إلا إذا كان الطلب حال الضمان.

{وأما ما فى الجواهر من { تفسير كلام المحقق بـ { أن مراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك { لأن الضمان لا بد من تعلقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليشار به إليه، وما يشهد به البينه ليس كذلك، فالصحيح ما كانت البينه على وجه المعرفيه والمشيريه إلى ما فى ذمه المضمون عنه، لا ما إذا كان الثبوت بالبينه على وجه التقييد.

{لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما فى ذمته لتكون البينه طريقاً، بل جعل العنوان { فى الضمان { ما يثبت بها { فى المستقبل { والفرض وقوعه { أى الضمان { قبل ثبوتها { بالبينه { فهو كما ترى لا وجه له {، كأن المصنف أراد أنه لا وجه لاستفاده الجواهر من الشرائع هذا المعنى، لا أنه على تقدير إرادته

الشرائع هذا المعنى لا وجه للحكم المذكور.

وفيه: إن المختلف قد ذكر ذلك كما تقدم مما يؤيد إرادته الشرائع هذا المعنى، فلا وجه لمنع المصنف إياه.

وإن أراد المصنف أنه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد من الشرائع ما فهمه الجواهر، ففيه: إن وجهه واضح، وهو أنه ضمان لم يجب.

وفى مفتاح الكرامه حمل العبارة على أمر رابع، وهو عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله، فيكون من ضمان مجهول الثبوت وهو غير صحيح، لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان.

ورده المستمسك بأنه بعيد عن سيره الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان، كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم لا إهماله، والإشارة إليه بمثل هذه العبارة، مضافاً على عدم الدليل عليه غير الغرر، وهو غير ثابت.

أقول: إن أراد عدم الثبوت نفى الموضوع، أى أنه لا غرر، ففيه إنه ثابت، إذ لا يرى العرف ذلك غرراً، وإن أراد نفى الحكم، أى إنه مع كونه غرراً لا- مانع منه، لعدم ثبوت نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، كما هو الظاهر منه بقريته تكراره (رحمه الله) فى جملة من كتبه من الشرح ذلك، ففيه إنه ثابت لورود الروايه، وقد عمل بها الفقهاء، بل ظاهرهم التسالم عليه.

## مسأله ٣٠ جواز الدور فى الضمان

(مسأله ٣٠): يجوز الدور فى الضمان، بأن يضمّن عن الضامن ضامن آخر ويضمّن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود، بأن الأول غير صالح للمانعيه، بل الثانى أيضاً كذلك

(مسأله ٣٠): {يجوز الدور فى الضمان، بأن يضمّن عن الضامن ضامن آخر ويضمّن عنه المضمون عنه الأصيل} كما هو المشهور، خلافاً للمحكى عن المبسوط حيث منعه.

أما المشهور فقد استدلوا بالإطلاقات مع أنه أمر عقلائى، فلا يقال: إن الإطلاق منصرف عنه لأنه غير عقلائى والأدله منصرفه إلى العقلائيه.

{وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً وبالعكس}، وظاهر الدليل عدم مثل ذلك، لأنه منصرف إلى الغالب العقلائى مما ليس منه ما يصير كذلك.

{ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان} فليس عقلائياً حتى يشمل الدليل {مردود بأن الأول غير صالح للمانعيه} إذ لا نسلم أن ظاهر الدليل عدم مثل ذلك، بل هو مثل ما إذا اشترى البائع ما باعه.

{بل الثانى أيضاً كذلك} لأن مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن إطلاق الأدله، كما فى المستمسك، فإن المعيار فى الصحه العقلائيه، وهى لا تلازم الفائدة، بل تلازم الغرض العقلائى، بل العقلاء يقدمون على ما فيه ضرر

مع أن الفائدة يظهر في الإعسار واليسار، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

لأجل حصول غرض لهم، كالبيع بالضرر لملاحظه أن المشتري قريب أو ما أشبه.

{مع أن الفائدة يظهر في الإعسار واليسار} فلو كان أحدهما معسراً ولم يعلم به المضمون له صح له الفسخ، بخلاف الموسر منهما.

{وفي الحلول والتأجيل} حيث يصح جعل الحال مؤجلاً وبالعكس، {والإذن وعدمه}، والرهن وعدمه، والإبراء ولوازمه، إلى غير ذلك.

لكن لا يخفى أنه لو لا الجواب الأول لم ينفع الجواب الثاني في كليه صحه الضمان، إذ الجواب الثاني يصحح مواضع الفائدة، نعم هو يبطل كليه عدم الصحه، لأن الموجه الجزئية نقيض السالبة الكلية.

وكيف كان، فالجواز مطلق، سواء كان بدون تعدد الوسائط أو تعدده، وهو مقتضى القاعده، ولذا قال في الجواهر: لا إشكال في جواز الدور.

{وكذا يجوز التسلسل بلا- إشكال} قاله في الجواهر، وقال في المسالك: لا شبهه في جوازه، وقال في محكى مجمع البرهان: الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب، وبذلك يظهر جواز اشتماله على الدور والتسلسل معاً.

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه، إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً

(مسألة ٣١): {إذا كان المديون فقيراً} أو مستحقاً لسهم الإمام (عليه السلام)، مثلاً من باب أنه يخدم الإسلام، فقد قال الإمام (عليه السلام): «إن الخمس عوننا على ديننا»، أو مستحقاً للزكاة من باب كونه عاملاً، أو مؤلفه أو ما أشبهه.

{يجوز أن يضمن عنه} الولي كالمجتهد، أو من عليه الخمس والزكاة، حيث يجوز لهما صرفهما بأنفسهما، ولو بأن كانا استجازا الحاكم في صرفهما بأنفسهما {بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها} كما إذا نذر أن يؤدي ديناراً إلى الفقير، أو كان بيده وقف على الطلاب أو ما أشبه ذلك {من الوجوه التي تنطبق عليه} لوضوح أن غير المنطبق من الوجه لا يصح، فهو مثل أن يضمن بمال غيره.

{إذا كانت ذمته} ذمه الضامن {مشغولة بها فعلاً} وإنما يصح ذلك لأنه من قبيل الضمان في مال معين كما تقدم في المسألة الرابعة والعشرين، فقد شغل الذي عليه الحق ذمته بالدين الذي على الفقير على وجه اشتراط، أو تقييد إعطائه من المال الخاص الذي عليه من الخمس والزكاة ونحوهما، وإنما يصح له ذلك لأنه ولي سواء كانت ولايته بالفقاهه، أو بالإجازة من الفقيه، أو لأنه الواجب عليه الحق بنفسه وله أن يضعه حيث يشاء من المصارف المقرره، وهذا مصرف مقرر شرعاً، وعليه فالذمه مشغولة.

أما الاحتمالين الآخرين اللذان ذكرهما المستمسك من نقل الدين من ذمه الفقير إلى مصرف الخمس أو غيره، بأن يكون المتعهد الصرف الخاص ومن التعهد

بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لأن التعهد كان بالوفاء لا- بالمال، فيرد عليهما أنهما ليسا من الضمان الشرعي، فإنه حيث لا ذمه للضامن تتحمل الدين لم يكن ضمان.

أما إشكاله على ما ذكرناه من الفرض بأنه يتوقف على ولايه له على الحق، وثبوت هذه الولاية غير واضح من الأدلة، خصوصاً في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها إلى الفقير، فإنه لا- تبرأ ذمه من عليه الحق إلا بالتمليك، والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً، إلى آخر كلامه.

فيرد أن الحاكم أو من أجازته، أو من عليه الحق إذا كان له التصرف كما يشاء له ولايه، فإن جعل الحق تحت اختياره هو عين الولاية، والضمان المتعقب بالعطاء وفاء، وقد ذكرنا في كتابي (الاجتهاد والتقليد) و(الحكم في الإسلام) وغيرهما شمول ولايه الفقيه لكل الشؤون في الإطار الإسلامي، كما هو المستفاد من «خلفائي» و«فارجعوا» وغيرهما.

ومنه يعلم وجه سكوت جملة من المعلقين كالسيد البروجردى وغيره على الماتن، وإن قال السيد ابن العم: بل لا يجوز مطلقاً، وقال السيد الجمال: جواز الضمان في غايه الإشكال خصوصاً في ما عدا الخمس والزكاة بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً.

{بل وإن لم تشتغل فعلاً} كما إذا لم يكن عند الحاكم خمس أو زكاة،

أو لم يخمس إلى رأس السنه من عليه الخمس والزكاه، وذلك لأن الفرض أن الضامن ينقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه نفسه مقيداً أو بشرط أدائه عن الحقوق، ولا يشترط فى ذلك وجود الحقوق الآن، نعم لا يصح أن يضمن العطاء حالاً، والحقوق ليست موجوده الآن، إذ لا موضوع حينئذ، وذلك خارج عن أصل مبحث صحه ذلك فى الجملة، فهو مثل أن يضمن بشرط أو قيد أو يؤديه من إجاره داره أو ثمره بستانه، وكلاهما لا- وجود لهما فعلاً، وانما يصح ذلك لإطلاق دليل الضمان بعد كونه عقلياً فى نفسه.

{على إشكال} إذ لا- ولا-يه للحاكم والمالك على الخمس والزكاه قبل وجودهما، فكيف يجعلهما متعلق حق الضمان، لكن الظاهر عدم الإشكال فيه، لأن السيطره الاستقباليه تصحح الولايه الحاليه، فهو نظير ما إذا اشترى ولى الزكاه محلاً- لتجميع الزكوات أو علفاً لأنعام الصدقه إلى غير ذلك نسيئه فيما لا وجود للزكاه حالاً، فإن الاشتراء يكون على الزكاه بجعله الثمن عليها حين وصولها إليه، ولذا جرت سيره الفقهاء على القرض لمشاهره الطلاب وسائر شؤون الإسلام على الخمس والزكاه الذين يحصلانها بعداً.



## مسأله ٣٢ الضمان للحاكم عن من عليه الخمس

(مسأله ٣٢): إذا كان الدين الذى على المديون زكاه أو خمساً، جاز أن يضمّن عنه ضامن للحاكم الشرعى، بل وآحاد الفقراء، على إشكال.

(مسأله ٣٢): {إذا كان الدين الذى على المديون زكاه أو خمساً} أو جزية أو خراجاً أو مقاسمه {جاز أن يضمّن عنه ضامن للحاكم الشرعى} أو للساده والفقراء وسائر المصارف، إذا كان لمن عليه الحق أن يعطيه بنفسه، إما ابتداءً أو بعد إجازة الحاكم له، ولذا قال: {بل وآحاد الفقراء}، وذلك لأن الحاكم ونحوه لهم تلك الأموال، ومن عليه الحق مديون، وإطلاق دليل الضمان يشمل الضمان فى مثل هذه الموارد.

ومنه يعلم وجه قول المستمسك: وكذلك الحكم فى الصدقات المعينه للجهات إذا كانت ديناً فضمّنه للجهه المعينه اعتبر قبول الولى الخاص إن كان، وإلا كان القبول من الحاكم الشرعى، كل ذلك لعموم الأدله المقتضيه للصحه، انتهى.

وكذلك ما إذا كان ريعه للطلبه مثلاً فى هذه المدرسه فضمّنه ضامن، إلى غير ذلك من الأمثله، وقد جرت العاده بضمان بعض لمن عليه الخمس عند حكام الشرع فى عصرنا الحاضر على ما شاهدناه.

{على إشكال} غير وجيه، وإن سكت عليه السيدان ابن العم والبروجردى، وقواه السيد الجمال، وظاهر المستمسك تأييده، حيث قال: الإشكال ظاهر، لأن آحاد الفقراء لا يملكون المال، بل ولا حق لهم فيه، إذ لا دليل لهم على شىء من ذلك فلا ولايه لهم عليه.

وفيه: أولاً: إن دليله أخص من المدعى، اللهم إلا أن يريد المصنف الإشكال في الثاني فقط، كما يقتضيه ما قالوه في الاستثناء المتعقب للجمل.

وثانياً: بأن آحاد الفقراء لهم الحق، فإن طبيعه لا تتحقق إلا في أفرادها، خصوصاً إذا انحصر الأمر، مثلاً كان في قريه لا يتمكن من إيصال زكاته إلى غير فقراء تلك القريه وكانوا عشره.

قال سبحانه: (وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) (١١)، وقال سبحانه: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ) (٢٢)، إلى غير ذلك.

بل ربما يؤيد ذلك أنه كما يصح أن يعطى المديون بالخمس ونحوه المال لإنسان حتى يوصله إلى الفقير ونحوه، يصح له أن يفرغ ذمته إلى ذمه غيره، ولا فرق بين العين والذمه.

نعم ينبغي أن يقال في المقام إن بعض الأحكام التي تقدمت في باب الضمان لا- يجرى في المقام، مثل أنه لا يحق للضامن المصالحة مع الفقير ونحوه بأقل من الخمس المقرر، لما دل على عدم هذا الحق في المديون بهما، وكذلك إذا لم يؤد الضامن كان للمصرف الحق في الرجوع إلى المضمون عنه، إذ الضمان في المقام لا يمكنه تغيير الحكم الشرعي الذي هو عدم سقوط حق

ص: ١٦٣

١- الذاريات: الآية ١٩

٢- التوبه: الآية ٩ و ٦٠

الفقير ونحوه، فالجمع بين إطلاق دليلى الضمان وأن الحق لا يضيع يقتضى ذلك.

إلى غيرهما من بعض الأحكام التى تستثنى فى المقام لأجل الدليل الخاص.

ص: ١٦٤

(مسأله ۳۳): إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض والبيع بضمن المثل نسيئه، وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات،

(مسأله ۳۳): {إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه} حيث للضامن أن يرجع إليه إذا أداه إلى المضمون له {فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه} أي الضمان بإذن المضمون عنه {ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بضمن المثل نسيئه} وما أشبه ذلك من سائر معاملات المريض، لكن إطلاق قوله: فلا إشكال محل منع، إذ قد يكون بإذنه مع أن فيه إشكالاً من جهة أنه يعلم عدم تمكن المضمون عنه من الوفاء، فيكون مثل التبرع يلزم أن يكون من الثلث على قول من يرى أن مثل ذلك من الثلث.

ونسبه المستمسك ذلك إلى المسالك مطلقاً، غير ظاهر الوجه، فإن المسالك قال فيما لو ضمن بسؤال أنه كما لو باع بضمن المثل نسيئه فالوجه حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم يمكن لإعساره ونحوه فهو من الثلث، ولو أمكن الرجوع بالبعث فهو كبيع المحاببات يتوقف ما يفوت منه على الثلث.

{وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات} على ما قويناه في بابه.

نعم على القول بالثلث يخرج منه.

{نعم على القول بالثلث يخرج منه} كما جعله الشرائع الأصح قائلاً: إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح.

وحيث رأى الجواهر الإشكال في كلام المحقق قيده بكون الضمان تبرعاً، ولعله لما ذكره المستمسك من أن قوله خرج ما ضمنه من ثلث تركته ظاهر في الضمان التبرعى الذى يحتاج إلى المخرج، إذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالى كى يحتاج إلى المخرج.

وكيف كان، فالمعلقون كافة الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن، وإن كان مقتضى القاعده ما ذكرناه.

ص: ١٦٦

## مسأله ٣٤ إذا اعتبر مباشره المديون

(مسأله ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه، كما إذا كان عليه خياطه ثوب مباشره

(مسأله ٣٤): {إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه}، لفرض أن المديون اشتغلت ذمته بنفسه، والضمان معناه انتقال ما في ذمه المديون إلى ذمه الضامن، ومن المعلوم أن ما في ذمه الضامن ليس مصداقاً لما في ذمه المديون، لكن اللازم أن يقيد المتن بما إذا كان اعتبار مباشره المديون على نحو القيد، حيث إن المقيد عدم عند عدم قيده، أما إذا كان على نحو الشرط فإذا أسقط الشرط شرطه صح أن ينتقل إلى ذمه غيره، {كما إذا كان عليه خياطه ثوب مباشره}.

ثم إنه يستثنى من صورته القيد ما ذكره المستمسك بقوله: اللهم إلا- أن يقال: لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون، فمباشره الخياطه مثلاً إنما تقتضى اعتبار صدور الخياطه من المديون ولا تقتضى اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط، بأن يستأجر زيد على خياطه ثوب، ويشترط أن يكون المباشر للخياطه عبده أو أجيده، انتهى.

أقول: ومراده ما إذا أمكن الجمع بين الضمان والمباشره، لا ما إذا كان الضمان سبباً لعدم المباشره مثلاً، فإنه حيث إن الضمان يتنافر مع المباشره لا مجال للضمان حينئذ، ولذا كان تخصيص المتن بذلك أولى من قوله: (اللهم).

وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين، كما إذا باع صاعاً من صبره معينه فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها

{وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون}، يأتى هنا ما ذكرناه من مسأله القيد والشرط، وما ذكره المستمسك من أن اعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضى اختصاص التعهد به بمالك المال بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به.

ثم إنه لا يمكن الضمان أيضاً فيما إذا كان الدين مقيداً بما لا يقدر الضامن من إنجازه، أو مشروطاً كذلك ولم يسقط الشرط، مثل كون الأداء فى زمان خاص أو مكان خاص أو ما أشبهه، فكان على المصنف أن يذكره أيضاً.

{وكذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين، كما إذا باع صاعاً من صبره معينه} إذا كان الأمر على نحو اشتغال ذمه البائع بأن ينقل إلى ذمه الضامن ما كان فى ذمه المضمون عنه، وعليه فإشكال المستمسك عليه بقوله: الكلى فى المعين ليس ثابتاً فى ذمه فلا يكون ضمانه من ضمان ما فى الذمه الذى هو موضوع كتاب الضمان، انتهى، محل نظر.

{فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها}، نعم يجوز الضمان عنه والأداء من نفسها، كما إذا كان المالك للكلى فى المعين من صبره متعددأ فضمن أحدهما عن الآخر، وقد تقدم أن ضمان الأعيان لا بأس به إذا كان على نحو اشتغال الذمه.

مع بقاء تلك الصبره.

أما قول المصنف: {مع بقاء تلك الصبره} فهو لإفاده أن التلف إذا كان بحيث لم يبطل البيع انتقل الأمر إلى الذمه ومع الانتقال إليها يصح الضمان.

قال في المستمسك: فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبره لا مانع من صحته، ولو ضمنه بقصد الأداء من صبره أخرى مع بقاء تلك الصبره لم يصح، لأن الأداء من الصبره الأخرى ليس أداءً للمضمون، بل أداءً لغيره.

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه من مقتضى القاعده وجه الإيراد في سكوت غالب المعلقين ومنهم الساده البروجردى وابن العم والجمال على المتن.

ومن الكلام في الكلى في المعين يظهر الحكم في الكسر المشاع لوحده المدرك فيهما.

ص: ١٦٩



## مسأله ٣٥ ضمان نفقه الزوج

(مسأله ٣٥): يجوز ضمان النفقه الماضيه للزوجه لأنها دين على الزوج، وكذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنه فى صبيحته لوجوبها عليه حينئذ

(مسأله ٣٥): {يجوز ضمان النفقه الماضيه للزوجه} بلا خلاف ولا إشكال كما فى الجواهر وغيره، ويظهر من جماعه كالمسالك ونحوه التسالم عليه {لأنها دين على الزوج} كما قرر فى باب النفقات، وكل دين يصح ضمانه للإطلاق.

{وكذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنه} للزوج {فى صبيحته} كما عن الشيخ والحلى والعلامه والمحققين وثانى الشهيدين وغيرهم {لوجوبها عليه حينئذ}.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: ويصح ضمان النفقه الحاضر لها أيضاً لاستقرارها وثبوتها فى ذمه الزوج بصبيحه ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه.

أقول: ظاهر المسالك أنه لا- إشكال فيه، وعمله بأنها تحتاج إلى الطحن والخبز والطبخ، لكن فى الجواهر إن أدله الإنفاق لا تقتضى الملك، فضلاً عن ثبوتها فى صبيحه اليوم، وفيه: إن ظاهر الأدله ومنها قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) هو الملك، فإن حملهما على المصدر لا العين خلاف المنصرف منهما، مضافاً إلى أن ظاهر المصدر فى الأمور الماليه أيضاً الوضع الناشئ عن التكليف، فإذا قال: أعطه ديناراً، رآه العرف مديوناً

وإن لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك

بحيث يحق له التقاص، لكن حيث إن اللازم النفقه لا- خصوصيه لها في الصباح فالمعيار وقت الأكل واللباس، فلو أعطاهما في الصيف لباس الشتاء، حيث يتعارف ذلك ولم يهب، بل بعنوان النفقه، حق له أن يأخذه ويبدله بغيره وقت إرادتها أن تلبس، إذ لا دليل على ملكها له من وقت الإعطاء بدون نيه التمليك لها.

وكذا بالنسبه إلى النفقه، فلو اشترى من أول الصباح طعاماً مطبوخاً ليومها، ثم أراد تبديله إلى غيره وقت الغداء جاز له، ولذا قال المستمسك: تعيين أول اليوم لا دليل عليه، ومقتضى الأدله حصول الملك عند الحاجة.

ثم لو أعطاهما قبل الوقت حباً فطحتته، أو صوفاً فغزلته، فهل تملك بذلك لهما، أو له الحق في أخذهما وتبديل ذلك بغيره، احتمالان، من أصل عدم الملك، وإنما لها أجره عملها، أو الشركه لها معه فيما إذا ارتفعت قيمه من باب أن العرف يراه حقاً لها، فيشملة: «لا يتوى حق امرئ مسلم» والحق فيه لا أنه أجره، ومن أن الرزق يضاف إليها فيدخل في (رزقهن) والاستصحاب يقتضى البقاء.

{وإن لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك} إذ النفقه إنما هي للمرأة الممكنه، والنشوز يكشف عن عدم الموضوع وإن ظن الرجل وجود الموضوع، ومثله عكسه، فإذا ظن بقاء النشوز فلم يدفع، وفي أثناء النهار رجعت إلى الطاعه كان الحكم وجوب النفقه.

ثم حيث إن النفقه \_ كما يراها العرف \_ لمجموع الوقت، سواء فى اللباس أو المسكن أو المأكل أو ما أشبهه، كان اللازم تقدير النفقه بقدر زمان الطاعه، مثلاً لو كانت عنده أسبوعاً، وكانت النفقه للأسبوع لباساً وأكلاً وسكنى لمدته أسبوع بمائه، ونشزت نصف الوقت لم يكن لها إلا خمسون، وعليه فإذا نشزت اثنتى عشره ساعه فى اليوم والليله لم يكن لها إلا نصف قدر النفقه، فلا اعتبار بوقت الأكل وغير وقت الأكل، بل الاعتبار بقدر الزمان، فلو نشزت من أول الصباح إلى الظهر ثم أطاعت وقت الغداء لم يكن لها الغداء الكامل.

وكذا إذا انعكس بأن أطاعت من أول الصباح إلى الظهر ثم نشزت وقت الغداء لم يسقط كل النفقه، بل بقدر النشوز، وهكذا فى الكسوه والمسكن.

هذا هو مقتضى الأصل الأولى، حيث إن الكلام ملقى إلى العرف، والعرف يفهم ذلك، فلا ينقض بأنه إذا ماتت قبل الظهر وهى مطيعه يلزم أن يكون لها بعض النفقه، مع أن العرف لا يرى لها ذلك، كما لا ينقض بأنه إذا تزوجها قبل الظهر يلزم أن لا يكون لها النفقه الكامله عند الغداء، لأنها لم تكن زوجه من الصباح إلى الظهر.

وانما لا ينقض لأن العرف يرى الفرق بين النشوز وبين الموت والزواج كذلك، وقد عرفت أن العرف هو المناط فى المقام، لأن الكلام ملقى إليه، فاللازم أن يرى أنه كيف يستفيد، وإن كانت استفادته مختلفه.

ومما تقدم يظهر أن احتمال أن موضوع النفقه هو الزوجيه فى صبيحه اليوم، فإذا كانت زوجه حينئذ استحقت نفقه اليوم تامه، غير تام، وإن قال القواعد:

وأما النفقة المستقبله فلا يجوز ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد صحته لكفايه وجود المقتضى وهو الزوجيه،

إنها إذا ماتت أو طلقها فى أثناء النهار، ولم يسترد النفقه لأنها ملكتها.

وكذلك قال فى مفتاح الكرامه عند قول المصنف: (يصح ضمان النفقه الحاضره)، لأنها تجب بطولوع الفجر وتثبت فى ذمته.

وعلى ما ذكرناه من أن العرف هو المحكم، وهو يرى التقسيط إذا كانت تأكل مرتين مره عند طلوع الشمس ومره عند غروبها، وكانت ناشزه اثنتى عشره ساعه لم تستحق إلا مره واحده، فإذا نشزت بعد أكل وجبه الفطور إلى اثنتى عشره ساعه لم تستحق وجبه الغروب، وإن كانت مطيعه عنده وهكذا، والضمان لنفقتها إنما يكون بقدر استحقاقها.

{وأما النفقه المستقبله فلا يجوز ضمانها عندهم}، قال فى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: يصح ضمان النفقه الماضيه والحاضره للزوجه لا المستقبله، كما فى المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك، وفى مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه وهو كذلك، {لأنه من ضمان ما لم يجب}.

وفى مفتاح الكرامه: لأن النفقه عندنا إنما تجب بالعقد مع التمكين الكامل، وهى أن تخلى بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً، والتمكين الكامل ليس بحاصل فى زمان لم يقع بعد.

{ولكن لا يبعد صحته، لكفايه وجود المقتضى وهو الزوجيه} وإن كان صرف المقتضى لا يجعله من الضمان المصطلح الذى هو نقل ما فى الذمه، إذ لا اشتغال بعد، وقد تقدم الكلام فى ذلك فى الشرط الثامن من شروط الضمان.

وأما نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه

ولذا تأمل فيه الوالد (قدس سره)، وقوى السيدان ابن العم والجمال عدم الصحه، وقال البروجردى إنه بعيد، فإذا لم تطمئن المرأه بإنفاقها أو بإعطائها المهر مثلاً حين أراد عقدها، صح لها أن تجعل ذلك شرعاً على الضامن فى ضمن عقد لازم أو ما أشبهه.

{وأما نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه} كما فى القواعد، وعن التذكره وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، كذا فى مفتاح الكرامه.

وعلله فى الجواهر \_ بعد ما استظهره من الشرائع \_ بعدم ثبوتها فى ذمته، وإن قصر فى دفعها لأنها من خطاب المواساه الذى لا يقتضى إثباتاً فى الذمه.

أقول: لو لا دعوى الإجماع \_ على ضعفه لأنه محتمل بل ظاهر الاستناد \_ كان مقتضى الصناعه صحه ضمان الماضيه، نحو ما تقدم فى الزوجه، لأن الظاهر من أدله المال الوضع لا التكليف المجرد.

ولذا قال فى الجواهر: قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء فى كل حق مالى لا ذمى، ودعوى كون الحق هنا خصوص السد الذى لا يمكن تداركه، واضحه المنع بعد إطلاق الأدله المزبوره، وحرمة العله المستنبطه عندنا.

أما ما فى المستمسك، حيث أشكل على الجواهر بأن أدله النفقه للأقارب قاصره عن إثبات ملك المال،

إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه

ففى خبر حريز، قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): من الذى أجبر عليه وتلزمنى نفقته، فقال: «الوالدان والولد والزوجه»، ونحوه غيره.

وهى كما ترى، لا تعرض فيها لملك عين النفقه، بل ظاهرها التكليف بالبدل للنفقه فى زمان الحاجه إليها، فلا موضوع له بالنسبه إلى الزمان الماضى، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضى للقضاء، انتهى.

فيرد عليه: أولاً: أن لا قصور فى الأدله، حيث تقدم أن المفهوم عرفاً من الأمر بالماليات الوضع.

وثانياً: إن الروايه لا دلالة فيها على العدم، بل دلالتها على الوضع أقرب، حيث أردفت الوالدين والولد بالزوجه.

ولولا- ما ذكرناه لم يبق مجال لاستثنائه بقوله: {إلا- إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه} إذ لا- دليل على أن الإذن يوجب الضمان، فهو مثل أن يقول له: أنفق على نفسك من مالك وعلّى بدله، حيث لا يلزم ذلك كونه عليه، إذ ليس هو إلا وعداً.

فقول المستمسك: هذا واضح، فإن الإذن كاف فى صحه الاستقراض، غير ظاهر الوجه، إلا إذا أريد الاستقراض على الذى أذن، فيكون المال ماله ويتصرف فيه المستقرض بإذنه، لكنه بعيد عن متبادر العبارة حيث ظاهرها أن يستقرض على نفس المستقرض.

على أى حال، فإذا قال له القريب: اقترض على نفسك وعلّى بدله، كان وعداً لم يجب، إلا أن يقال: إنه واجب عليه بعد أن كان مغروراً، وهو يرجع إلى من غر، مثله ما لو قال: ألقى متاعك فى البحر وعلّى بدله، إلى غير ذلك، و

أو أذن له الحاكم في ذلك إذ حينئذ يكون ديناً عليه، وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب، مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته

إن قال له القريب: اقترض على وتصرف فيه، كان وكياً عنه في الاقتراض، وعلى القريب البدل بلا إشكال.

{أو أذن له الحاكم في ذلك} سواء قال له: اقترض على نفسك وبدله على القريب، أو اقترض على القريب وتصرف فيه، لإطلاق ولاية الحاكم، قال في المستمسك: كما ذكره في الشرائع وغيرهما ويظهر منهم المفروغ عنه عن صحته، {إذ حينئذ يكون ديناً عليه} على ما عرفت.

{وأما بالنسبة إلى ما سيأتي} من النفقة المستقبلة {فمن ضمان ما لم يجب} لأن نفقة القريب في المستقبل ليست واجبه على قريبه الآن، فكيف يضمنها إنسان، وقد عرفت أن الضمان نقل ما في ذمه إلى ذمه أخرى.

{مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق} على الأقارب {حكم تكليفي} على ما ذكره (رحمه الله) {ولا- تكون النفقة في ذمته} إذ التكليف لا يلزم الوضع.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر النفقة الحاضرة للأقارب، والظاهر أن لهم إجباره بسبب الحاكم، ويجوز للحاكم الأخذ من ماله، وأمرهم بالاستدانة عليه، أو على أنفسهم والوفاء من ماله.

ثم إن مقتضى ما رجحناه من الاقتراض عليه، وأنه حق عليه وضعى صحه ضمانه، أما على مقتضى ما ذكره المصنف من أنه ليس حقاً مالياً، وإنما هو

ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

تكليف فلا يصح الضمان، إذ لا شيء في ذمه القريب حتى يصح ضمانه، وقد جمع في القواعد بين عدم صحة ضمان النفقه الماضيه وصحة ضمان النفقه الحاضره، قال: يصح ضمان النفقه الحاضره للقريب دون الماضيه والمستقبله، مع أن الحاضره والماضيه من واد واحد، ونسب ذلك مفتاح الكرامه إلى التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وعلله بأن الحاضره تجب بطلوع الفجر، انتهى.

وأنت خير بأن الوجوب إذا لم يكن وضعياً لم يكن في الذمه، فلا يصح ضمانها، وإن كان وضعياً كان في الذمه وصار ديناً على القريب، فيصح ضمان الماضي أيضاً.

لا- يقال: الفارق أن نفقه الأقارب من قبيل ملك الإنفاق، ونفقه الزوجه من قبيل ملك العين، والإنفاق إذا ذهب وقته \_ بالنسبه إلى الماضيه \_ لا يتعلق بالذمه شيء، لأنه لا بقاء للإنفاق، بخلاف ملك العين في الزوجه، حيث إن العين تكون في الذمه.

لأنه يقال: الكلام في أن ملك الإنفاق يوجب تعلق شيء بذمه القريب أم لا، فإن كان الأول لا فرق بين الماضي والحاضر في صحة الضمان، وإن كان الثاني فلا شيء في الحاضر في ذمه القريب حتى يصح ضمانه.

ولعله إلى بعض ما ذكرناه أشار بقوله {ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال}، وإن ذكر أغلب المعلقين أنه لا إشكال في بطلان الضمان.



## مسأله ٣٦ جواز ضمان مال الكتابه

(مسأله ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابه، سواء كانت مشروطه أو مطلقه، لأنه دين فى ذمه العبد، وإن لم يكن مستقراً لإمكان تعجيز نفسه.

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو فى خصوص المشروطه، معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم، ضعيف كتعليه.

وربما يعلل بأن لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبه إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون فى الفرع لازماً مع أنه فى الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى.

ص: ١٧٨

## مسأله ٣٧ ضمان مال الجعالة

(مسأله ٣٧): اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرمايه، فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته فى الذمه قبل العمل، والأقوى وفاقاً لجماعه الجواز، لا لدعوى ثبوته فى الذمه من الأول وسقوطه إذا لم يعمل

(مسأله ٣٧): {اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل} مع وضوح جوازه بعد الإتيان بالعمل، لأنه بالعمل صار ديناً على الجاعل، {وكذا مال السبق والرمايه}.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل، وكمال السبق والرمايه، وفاقاً للمحكى عن المبسوط والتحرير والمختلف ومجمع البرهان والتذكرة، إلا أنه قال: إذا شرع فى العمل، إلى آخر كلامه.

لكن فى الشرائع بعد ذلك قال: على تردد.

وفى القواعد صححه ضمانه، لكن فى محكى جامع المقاصد والمسالك عدم الصحه، قال أولهما: والفرق بين مال الجعالة وبين الثمن فى مدته الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذ ثابت، غايه ما فى الباب إنه مترزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصلاً، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل.

{فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته فى الذمه قبل العمل} والضمان نقل ما فى الذمه، فإذا لم يكن فى الذمه شىء كان مثل السالبه بانتفاء الموضوع.

{والأقوى وفاقاً لجماعه} تقدم ذكر جملة منهم {الجواز، لا لدعوى ثبوته فى الذمه من الأول وسقوطه إذا لم يعمل} كما ربما يظهر من عبارته القواعد وغيره

ولا لثبوتيه من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل

حيث قال: الخامس الحق المضمون وشرطه المالىه والثبوت في الذمه وإن كان متزلزلاً، كالثمن في مده الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً، لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرمايه، وكأنه أخذ من الشرائع، حيث قال:

الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمه، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مده الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، وكذا ما ليس بلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرمايه، انتهى.

وإنما يسقط إذا لم يعمل، لأنه بمنزله الفسخ، حيث إنها عقد غير لازم، ولعل وجه الثبوت في الذمه أن ذمه كل طرف اشتغل، هذا بالمال والآخر بالعمل، وإنما لم نقل بهذه الدعوى لأن الجعالة لا تقتضى ثبوت شيء في ذمه الجاعل عرفاً، وهي التي قررها الشارع، فلا صحه للضمان من هذه الجهه.

{ولا لثبوتيه} في الذمه {من الأول} حين عقدها {بشرط مجيء العمل في المستقبل} فيكون العمل بمنزله الشرط المتأخر، إن جاء العمل كشف عن ثبوت الجعل من حين العقد، وإن لم يجئ العمل كشف عن عدم ثبوتيه.

وهذان الاحتمالان جعلهما الجواهر مبني صحه الضمان، وقال بعد الاحتمال الثاني: لعل ذلك لا يخلو من قوه، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهره، انتهى.

ثم هنا احتمالان آخران في وجه صحه ضمان مال الجعالة، ذكرهما في

إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل، بل لقوله تعالى: (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)

محكى التذكرة والمختلف، وهما وجود سبب الوجود، وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مده الخيار كما في الأول، ومسيس الحاجة إليه فجاز ضمانه، كقوله: ألق متاعك وعلى ضمانه، كما في الثانى، وإن كان المحكى عن التذكرة أنه قال: إذا شرع فى العمل، وإنما لا نقول بهذه الاحتمالات لما عرفت من الإيراد على الدعوى، ولما يرد على الثانى.

{إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل} لما تقدم من أنه مقتضى الجعالة عرفاً، ولم يحدث فيه الشارع خلافاً، وبذلك يظهر أنه قد قرر ما لدى العرف.

ويرد على استدلال التذكرة أن وجود سبب الوجود لا يلازم الوجود الذى هو مناط الضمان، وعلى استدلال المختلف بأن مسيس الحاجة ليس من الأدله الشرعيه.

أما ألق متاعك، فهو مثل أعط للفقير وعلى بدله، يشملها دليل الضمان بالأمر، وأنه لا ضمان قبل الفعل، فلا يستدل به لكون الضمان قبل الفعل.

{بل لقوله تعالى: (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)} (١١)، كما استدل به غير واحد بضميمه استصحاب الشرائع السابقه، وأشكل على ذلك كما فى المستمسك بأن الآيه إنما دلت على مشروعيه التعهد على النحو المذكور،

ص: ١٨١

١- سورة يوسف: الآيه ٧٢

ولا دلالة فيها على أنه من الضمان الذى هو محل البحث، أو هو من قبيل الرعد الذى لا يجب الوفاء به، فلا دلالة لها على شىء من ذلك، انتهى.

وبأن قول يوسف (عليه السلام) حجه، وليس ظاهر الآيه إلا- أنه قول غيره، حيث قال: (قَالُوا نَفَقْتُدُّ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (١).

وبأنه لم يثبت استصحاب الشرائع السابقة، لقوله سبحانه: (لكل منكم جعلنا شرعه ومنهاجاً).  
وفى الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: إن ظاهر الآيه حسب استفاده العرف أنه تعهد لازم، لا وعد فحسب.

وإن شئت قلت: إنه بضميمة قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم» يفيد المطلوب، وحمله على الإخبار لا الإنشاء، أى إن من طبيعه الزعيم أن يغرم، خلاف ما ذكروا من أن الأصل فى كلامهم (عليهم السلام) الإنشاء لا الإخبار.

وعلى الثانى: بأن الظاهر أنهم كانوا يتكلمون عن شريعتهم، كما يدل على ذلك قولهم: (فهو جزاؤه)، وما ورد من الإشكال والجواب فى أنه كيف قال يوسف (عليه السلام): (إنكم لسارقون)، إلى غيرهما من المؤيدات.

وعلى الثالث: بأن مقتضى (قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ) (٢) إلى آخرها أن الشريعة

ص: ١٨٢

---

١- سورة يوسف: الآيه ٧٢

٢- سورة البقره: ١٣٦

ولكفايه المقتضى للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقاً.

في كل الأنبياء (عليهم السلام) واحده إلا ما غير بمقتضى الزمان ونحوه، وآيه المنهاج لا تنافى ما ذكرناه بعد ظهور الجمع بينهما بما ثبت تفسيره حسب الزمان ونحوه، وإنما عموم الأحكام واحده فالكل سواء إلا ما خرج، بل يمكن أن يقال: إن الظاهر عدم الاحتياج إلى الاستصحاب، فإن أمثال آيه (قولوا) تدل على وحده الشرائع للأمم، وهذا غير بعيد.

ولقد كان من الجميل أن يؤلف كتاب فقهي مبسوط حول ما ورد في أحكام الشرائع من الطهارات إلى الدييات مما في الآيات والروايات.

ثم إن الجواهر استدلت لمثل هذا الضمان بالحديث المتقدم: «الزعيم غارم»، كما استدلت له السيد الجمال بقوله: إنه لما تقدم من كون الضمان بالنسبه إلى هذه الأمور التراماً وتعهداً من الضامن بها، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه لا تحويلاً لها من ذمته إلى ذمه نفسه، وانطباق مفاد الآيه المباركه على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر، انتهى.

{ولكفايه المقتضى للثبوت في صحة الضمان} لأنه عرفى، ولم يعلم أن الشارع منع عنه، {ومنع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقاً} وإن كان ربما يرد عليه بأنه خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمه، وكون الضمان نقل ما في ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، ويجب بأنه نوع من الضمان، وما نذكره هنا هو نوع آخر ولا منافاه، وقد تقدم الكلام في ذلك، والله سبحانه العالم.

## مسأله ٣٨ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه

(مسأله ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعه، والأقوى الجواز، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف

(مسأله ٣٨): {اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه} على أحد قبل الضمان {كالغصب} المضمون على الغاصب {والمقبوض بالعقد الفاسد} سواء كان بدلاً كما في البيع، أو لا، في ضمن عقد كالمهر، أو غير عقد كعوض الخلع، إذا كان البيع والنكاح والطلاق باطلاً.

{ونحوهما، على قولين ذهب إلى كل منهما جماعه} قال في القواعد: ويصح ضمان عوض الجنايه، وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونه كالغصب والعاريه والأمانه مع التعدي على إشكال.

وقال في مفتاح الكرامه: صحه ضمان الأعيان المضمونه خيره المبسوط والشرائع والتحرير والإرشاد، وكذا المفاتيح، لكن عن جامع المقاصد أن عدم صحه الضمان قوى، وفي المسالك: إنه أقوى، وفي الإيضاح: إنه الأصح، ولا ترجيح في شرح الإرشاد لفخر الإرشاد ولا الكفايه، انتهى.

{والأقوى الجواز، سواء كان المراد} بالضمان {ضمانها، بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف} كما ذكر هذا المعنى التذكرة قائلاً: إن الضمان له صورتان:

الأولى: أن يضمن رد أعيانها وهو جائز، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم».

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلف، والأقوى عندي الصحة لأن ذلك ثابت في ذمه الغاصب فيصح الضمان.

{أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت} قال في الجواهر عند قول الشرائع: وفي ضمان الأعيان المضمونه كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والأشبه الجواز، بمعنى وجوب ردها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده، انتهى.

وكان عليه أن يذكر المراد ثالثاً بالتزام رد عينها.

وهناك احتمال آخر قاله السيد البروجردى، بأن المراد جعلها بأعيانها في عهده على نحو كونها شرعاً في عهده من هي في يده، المستتبع لاستحقاق مطالبته بها، موجوده أو تلفه، ثم لوجوب ردها بشخصه إن أمكن وإلا فبنوعها أو بماليتها، ولكن صحته محل إشكال، سواء أريد به نقلها عن عهده ذى اليد إلى عهده، أو ضمها إليها، لاحتمال كونها من الأحكام الشرعية، لا من الأمور التى بيد الناس وضعاً ورفعاً، انتهى.

{و} إنما قلنا: إن الضمان بكلا- المعنيين جائز {ذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»} على ما رواه المستدرک(١) عن غوالى اللثالى ودرر اللثالى، وبه يرتفع إشكال الجواهر عليه، وتبعه المستمسك بأن الحديث ليس

ص: ١٨٥

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢



والعمومات العامه، مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)

من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا، كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الإنكار عليهم، انتهى.

وأشار بالخبر السابق إلى ما رواه الشيخ، عن الحسن بن خالد، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»(١).

ورواه الصدوق أيضاً كما في الوسائل.

وفيه: إن الحديث لا يدل على إرادته بالناس العامه، والإمام لم يرد، وإنما أراد بيان أن قرار الضمان على المضمون عنه.

وأى ربط بين «الزعيم غارم» و«الضامن لا يغرم» حتى يكون أحدهما رداً على الآخر، والحاصل الأول بيان الغرامه، والثاني بيان القرار.

نعم الحديث ضعيف السند، لكن جماعه من الفقهاء استندوا إليه، ولعل المصنف يرى جبره بمثل ذلك، ولعل الساده المعلقين على كثرتهم يرون ذلك، ولذا سكتوا على استدلال المصنف به.

{والعمومات العامه مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(٢)} ولا يلزم من ذلك أن يكون عقداً جديداً ليس له أحكام الضمان، وذلك لما تقدم في شرح المضاربه وغيرها أنه لو صدق الموضوع عرفاً، وشمله العموم كان داخلاً في أحكام ذلك

ص: ١٨٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح ١

٢- المائده: الآيه ١

ودعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين، بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمه إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمه إلى أخرى وليس من مذهبنا،

العنوان، وإن لم يكن عموم بذلك العنوان نفسه، لأن المفهوم عرفاً من شمول الحكم لموضوع \_ ولو كان موضوعاً خاصاً \_ أن ذلك الحكم سار في مثل ذلك الموضوع الخاص، مثلاً إذا قال الشارع في باب صوم رمضان: إن له حكم كذا، وقال: صم يوم المبعث، فهم العرف أن حكم صوم هذا اليوم له نفس ذلك الحكم أيضاً، من باب فهمه أن حقيقته الصوم في الجميع واحده.

{و} ال \_ {دعوى} التي ذكرها في جامع المقاصد في رد التذكرة، {أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها} من الضامن {مع أن الضمان} عبارته عن {نقل الحق من ذمه إلى أخرى} فليس ضمان العين من الضمان الشرعي في شيء.

وإلى الإشكال المذكور أشار في الجواهر بأن الضمان عندنا من النواقل، وأن شرطه ثبوت المال في الذمه، والأعيان المضمونه إنما يجب ردها وهو ليس بمال في الذمه.

{وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون} الضمان {من ضم ذمه إلى أخرى وليس من مذهبنا} هذا إشكال ثان ذكره المسالك، مضافاً إلى الإشكال الذي ذكره في جامع المقاصد، وتبعهما في الإشكال المذكور الجواهر قائلاً بعد عبارته السابقة: والغاصب مثلاً مخاطب به إجماعاً فيكون الضمان

وعلى الثانى يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبه إلى رد المثل أو القيمه عند التلف، مدفوعه بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات

هنا ضم ذمه إلى ذمه أخرى، وهو ليس من أصولنا.

ثم قال: ومن الغريب ما عن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا، وفي ضمان المال والعهد إشكال أقربه عندي جواز مطالبه كل من الضامن والمضمون عنه، إذ هو كما ترى كالمتناقض، انتهى.

{وعلى الثانى} وهو إرادته مثلها أو قيمتها إذا تلفت {يكون من ضمان ما لم يجب} لأنه بالنسبه إلى المثل أو القيمه حكم تعليقى على تقدير التلف، فيكون من ضمان ما لم يجب فلا يصح.

{كما أنه على الأول} وهو ضمان العين على تقدير بقائها، ومثلها أو قيمتها على تقدير تلف العين {أيضاً كذلك} من ضمان ما لم يجب {بالنسبه إلى رد المثل أو القيمه عند التلف} ومما تقدم يظهر الإشكال على الضمان إذا كان مراد الضامن الالتزام برد العين فقط من دون إرادته رد المثل، أو القيمه عند التلف، كما تقدم أن أشرنا إليه أيضاً.

{مدفوعه بأنه لا مانع منه} من كون الضمان هنا بمعنى الالتزام بالرد، لا الانتقال من ذمه إلى ذمه، كما أنه لا مانع من ضمان الغاصب أيضاً فيكون من ضم ذمه إلى ذمه {بعد شمول العمومات} مثل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١١٢)، فقد قال الضامن

ص: ١٨٨

غايه الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح، وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى

(لك على أن أرد مالك) وهذا عقد، فيشملة (أوفوا) ونحوه.

{غايه الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح} بل إذا قلنا إنه يشمله «الزعيم غارم» كان من الضمان المصطلح أيضاً، وقول الجواهر: إن عموم (أوفوا بِالْعُقُودِ) إنما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد حسب مقتضاه، ومقتضى الضمان نقل المال من ذمه إلى ذمه، والأعيان ليست كذلك، وأن «الزعيم غارم» (١) ليس من أخبارنا، قد عرفت الجواب عنهما.

إذ يرد عليه أولاً: إنه إذا أريد الضمان المصطلح، وقد ذكر المصنف أنه لا يريده.

وثانياً: قد عرفت أنه لما سمي عرفاً ضماناً جاء إليه أحكام الضمان، و«الزعيم غارم» قد ورد من طرقنا كما تقدم، فتأمل.

{وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى} وقد تقدم أن المقتضى كاف في صحة الضمان، فالضامن يتعهد فعلاً- للعين المضمونه أن يردها مع بقائها، وأن يرد مثلها أو قيمتها مع تلفها، وهذا التعهد يشمله العمومات، بل يشمله الضمان المصطلح، حيث إنه زعيم فهو غارم.

ومنه يظهر حال ما إذا ضمن ردها فقط، أو ردّ بدلها إذا تلف فقط.

ص: ١٨٩

ولا دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا- إجماع، وأما ضمان الأعيان غير المضمونه كمال المضاربه والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته

{ولا- دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر في الألسن} وإنما يصح ذلك إذا لم يكن حتى المقتضى، والمقتضى في المقام موجود.

{بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع} وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن فراجع.

ثم إن المستمسك قد أطال الكلام حول المسألة، وفيه مواقع للنظر تظهر مما تقدم.

قال الوالد عند قوله (الأقوى الجواز): لا بالضمان الناقل لما في ذمه إلى ذمه أخرى، بل بمعنى التعهد والالتزام برد العين أو بدله، من غير أن يبرأ ذمه الغاصب والقابض، وكذا في المسائل التالية.

أقول: بل يمكن بنحو براءة ذمه الغاصب إذا تلف، فيكون الضمان بضم ذمه إلى ذمه مطلقاً، أو ضمهما عند وجود العين وذمه الضامن عند تلفها.

{وأما ضمان الأعيان غير المضمونه كمال المضاربه والرهن} أى العين المرهونه {والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط}، أما بعد السبب فإن كانت موجوده دخلت في مسأله ضمان الأعيان المضمونه، وإن تلفت دخلت في ضمان الدين {فلا خلاف بينهم في عدم صحته} كما في الشرائع والقواعد

والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً.

وجامع المقاصد والمسالك والتحرير والإرشاد ومجمع البرهان والكفايه كما حكى عن بعضهم.

قال فى التذكرة: إذا ضمن عيناً لمالكها وهى فى يد غيره، فإن كانت أمانه لم يتعد فيها الأمين لم يصح الضمان، كالوديعة والعاريه غير المضمونه ومال الشركه والمضاربه والعين التى يدفعها إلى الصانع والمال فى يد الوكيل والوصى والحاكم وأمينه إذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع، لأنها غير مضمونه العين، ولا مضمونه الرد، وإنما يجب على الأمين مجرد التخليه، فإذا لم تكن مضمونه على ذى اليد لا تكون مضمونه على الضامن، ولو ضمنها إن تعدى فيها لم يصح أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب.

وفى الجواهر إنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

{والأقوى بمقتضى العمومات} عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) وعموم «الزعيم غارم» (٢) {صحته أيضاً} والإجماع محتمل الاستناد إن لم يكن ظاهره، ودليلاً التذكرة فى ما قبل التعدى وبعده قد عرفت وجه النظر فيهما فى الفرع السابق.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمه بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذى نحن فى مباحثه ومسائله، بل بمعنى محض اشتغال الذمه، قال: ولعل من ذلك ضمان شركه

ص: ١٩١

١- المائدة: الآيه ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح ٢

التأمين المتعارف في هذا العصر، وإن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال يعطى الشركه مالا في قبال أن تضمن أو في قبال أن تنشأ الضمان، إلى آخر كلامه.

أقول: الظاهر صحه كل أنواع التأمين، سواء كان مع ملاحظه الشيء المؤمن، بأن ترسل الشركه الطيب كل ثلاثه أشهر مره لملاحظه المريض مثلاً أو نحو ذلك، أو بدون الملاحظه كان يؤمن السفينه في البحر، والطائره في الجو مثلاً، وذلك لأنه معامله عقلائيّه، فيشملة (أوفوا) (١) وما أشبهه.

وبذلك يخرج عن كونه أكلاً للمال بالباطل، فلا يشمله (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (٢).

وبذلك يظهر أنه يصح تأمين شركه التأمين في شركه أكبر أيضاً كما هو المتعارف.

نعم حيث ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) إنه لا- حق للإنسان في غير الأمور الخمسه العمليه والفكرية والشرائط والعلاقات والمواد يجب أن لا- يكون قدر بدل التأمين إجحافاً عرفياً، بحيث يكون أكثر من حق الشركه الفكرى والعملى، حتى يكون مساعداً للرأسماليه المحرمه شرعياً، فإن الرأسماليه على الأسلوب الغربى محرم شرعاً، كما قرر في محله.

ص: ١٩٢

١- المائده: الآيه ١

٢- البقره: الآيه ١٨٨

## مسأله ٣٩ ضمان درك الثمن للمشتري

(مسأله ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن

(مسأله ٣٩): {يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري} قال في مفتاح الكرامه: كما عن المبسوط والخلاف والوسيله والشرائع والتحرير واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والكفايه والمفاتيح وغيرهم، ثم نقل عن التذكرة ومجمع البرهان أن على جوازه إطباق جميع الناس في جميع الأعصار، وعن المسالك إن الظاهر الاتفاق عليه، كما نقل عن جامع المقاصد إطباق الناس على ضمان العهده، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه، وإنما سمي دركاً لأن المشتري يتدارك ما فات منه، كذا كل مكان يطلق الدرك، ولذا قال في الصحاح: الدرك التبعه، وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عند إدراك المستحق عين ماله، ويسمى بضمان العهده لالتزام الضامن ما في عهده البائع رده.

فـ {إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير} دفع الضامن الثمن إلى المشتري إذا لم يكن المبيع كلياً وبدله البائع بغيره، أولم يكن فضولياً ورضى المالك بالبيع، أو لم يرث البائع عن المالك، إلى غير ذلك من صور استحقاق المشتري.

{أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروطه صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن} بأن قبض البائع الثمن، وحيث يحتمل المشتري بطلان البيع وتمرد البائع من رد الثمن، يأخذ من البائع ضامناً أنه إذا ظهر البطلان كان على الضامن أداء ما على البائع من الثمن.



كما قيد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر وهو الأقوى

قال فى المسالك: وهذا فى الحقيقه فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونه على تقدير كونه موجوداً حال الضمان.

{كما قيد به الأكثر} كما نقله عنهم مفتاح الكرامه، قال: ما عدا المبسوط والشرائع والإرشاد واللمعه، بل فى الوسيله والتذكرة والتحرير التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان، وإن لم يكن قد قبض لم يصح، وهو أيضاً مراد فى كلام من لم يقيد به لأنهم لا يختلفون فى أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق فى ذمه المضمون عنه فى نفس الأمر وقت الضمان، بحيث يمكن تكليف غيره به، والبائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق، انتهى.

وإن شئت قلت: إن الضمان نقل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، وإن تعدينا عن ذلك قلنا ضم ذمه إلى ذمه فى ضمان العين الخارجيه \_ كما تقدم فى بعض المسائل السابقه \_ فإذا لم يقبض البائع الثمن لم يكن مشغوله الذمه كما لم يكن بيده شىء فكيف يصح ضمانه.

ولذا قال فى الجواهر: ومن ذلك يعلم إرادته المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضروره عدم دخوله فى عهده البائع الذى هو المضمون عنه إلا بقبضه.

{أو مطلقاً} وإن لم يقبض {كما أطلق آخر} ممن عرفت، وكون مراد المطلق القيد، كما حملة المفتاح والجواهر غير ظاهر، فإن إطلاق الفقهاء يؤخذ به، ولعلمهم رأوا كراى المصنف، فقول المستمسك ومن ذلك تعرف الإشكال فى قول المصنف غير ظاهر الوجه.

قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان، وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض

{وهو الأقوى} أما مع قبض البائع وتلفه فظاهر، وأما مع قبضه وعدم تلفه أو عدم قبضه، فلما تقدم فى آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الأعيان غير المضمونه، فالمشترى الذى يريد دفع الثمن إلى البائع يخاف من فوته إذا ظهر المبيع مستحقاً، ولم يمكنه استرجاع ما دفع، ولذا يأخذ ضامناً حتى يدفع إليه، وهو أمر عقلاي متعارف، فيشملة «الزعيم غارم»، كما يشمله (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ونحوه.

وبذلك يظهر وجه قول جامع المقاصد: ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجه إليه وإطباق الناس على ضمان العهده، ومثله قال غيره، فلا يرد عليهم أن مثل ذلك لا يكون دليلاً شرعاً.

وبه يظهر وجه النظر فى قول السيد البروجردى: إن ضمان درك الثمن للمشترى محل تأمل وإشكال، وعدم الخلاف فيه مع قله المتعرض له لا يفيد.

{قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان} كما هو الظاهر من المحقق والشهيد الثانين، وتبعهما الجواهر، والذى أوجب استثنائه ما تقدم من الأدله، وإن كان مقتضى «الزعيم غارم» ونحوه مما سبق الاستدلال به لضمان العين عدم كونه استثناءً، بل الضمان ضمان عين وضمان ذمه، وقد يكون بالنقل وقد يكون بالضم.

{وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض} حيث إن تلفه من المالك،

فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور، نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق

ومما تقدم يظهر حال ما إذا تلف بعد قبض المشتري فى زمن الخيار، حيث إن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، أو رد بالعيب، أو اختار الأرش، كما فى تعليقه الجمال.

{فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع} لبطلان الضمان، وذلك {لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب} وهو باطل على المشهور، سواء كان سببه موجوداً أم لا.

{بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ} بالخيار أو التقايل، أو تلف المبيع قبل القبض {لم يصح بمقتضى التعليل المذكور} بأنه ضمان ما لم يجب، كما صرح به الجواهر وغيره معللين له بما ذكر، إذ لا يصح الضمان إن لم يمضه الشارع وإن عقده الضامن والمضمون له.

{نعم} استثنوا من عدم صحه الضمان إذا حصل الفسخ صورته الفسخ بالعيب فـ {فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق} مما يكون دركه على البائع، وقد أشار بقوله: (أو اللاحق) إلى رد مفتاح الكرامه حيث قال: وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما فى الشرائع، وإلا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو فى الثلاثه، وهذا لا يكون موجوداً حاله الضمان الواقع عند البيع فيكون

اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده ويصح الضمان أو لا، فالمشهور على العدم، وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحه مع التصريح بالأولى، والأقوى فى الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحه مع التصريح، ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كالمتجدد من الأسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً، انتهى.

{اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده} عهده البائع {ويصح الضمان} عنه لأنه ليس من ضمان ما لم يجب {أو لا} يدخل فلا يصح الضمان {فالمشهور على العدم} وقد نسبه الجواهر إلى المشهور، ومفتاح الكرامه إلى الأشهر.

{وعن بعضهم دخوله} نسبه مفتاح الكرامه إلى الإيضاح وجامع المقاصد، وأشكل فيه فى القواعد قائلاً: أورد بعبء على إشكال، وإن كان ظاهر كلام له بعد أنه وافق المشهور، وعن المبسوط ذكر الاحتمالين من دون ترجيح.

{ولازمه} أى لازم من قال بدخوله فى العهده {الصحه مع التصريح بالأولى} لأنه إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مطلقاً، بأن قال: أنا ضمان لك أيها المشتري الثمن، كان الضمان صحيحاً بطريق أولى إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مقيداً، بأن قال: أنا أضمن لك أيها المشتري الثمن إذا حصل فسخ بسبب عيب سابق على العقد، أو لاحق عليه.

{والأقوى فى الجميع} الضمان قبل الفسخ، سواء كان الفسخ بعبء سابق أو لاحق {الدخول} فى العهده {مع الإطلاق، والصحه مع التصريح، ودعوى} المشهور {أنه من ضمان ما لم يجب} وهو غير صحيح، ولذا قال فى الجواهر فى

مدفوعه بكفايه وجود السبب، هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ، وأما بالنسبه إلى مطالبه الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها

تأييدهم: إن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه، لا من أصله، فلم يكن حاله الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لأنه ضمان ما لم يجب.

{مدفوعه بكفايه وجود السبب} لأنه مشمول للضمان العقلائي، فيشمله «الزعيم غارم»، بل العمومات، على التقريب الذي ذكرناه غير مره من أنها في أمثال المقام مما له موضوع عرفي يوجب صحته عقداً خاصاً، لا عقداً مطلقاً، فتترتب عليه الأحكام الخاصه بذلك العقد.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: قد عرفت أن ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح، ولا تشمله أدلته الخاصه، نعم تشمله أدله الصحه العامه، لكن شمولها لا يتوقف على وجود السبب، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه يدخل في الضمان المصطلح.

وثانياً: إنه بدون وجود السبب لا يكون ضماناً عرفياً، فلا يشمل «الزعيم غارم» ونحوه.

{هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ} بالعيب.

{وأما بالنسبه إلى مطالبه الأرش} حيث إن المشتري يتخير بين الفسخ والأرش إذا ظهر في المبيع عيب سابق على العقد، أو عيب لاحق بحيث كان العيب من كيس البائع {فقال بعض من منع من ذلك} من الضمان بالفسخ {بجوازها} أى

لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً، وأن تحقق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته

مطالبه الضامن {لأن الاستحقاق له} أى للأرش {ثابت عند العقد، فلا يكون ضمان ما لم يجب}، قال فى القواعد: ويرجع على ضامن عهده الثمن فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقاييل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع، ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبه الضامن.

وقريب منه كلام الشرائع، وعلله بأن استحقاقه ثابت حين العقد، لكنه قال: فيه تردد.

وقال العلامة قبل عبارته المتقدمه: أو أرش العيب.

وقال فى مفتاح الكرامه فى شرحه: أى يصح ضمان العهده للمشتري بالنسبه إلى أرش عيب المعيب، كما هو خيره الإرشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك، وتردد فى المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم فى التحرير.

{وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول} ضمان الثمن فى الفسخ بالعيب {أيضاً} فلا تنحصر الصحة بضمن الأرش {وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع إمكان} النقص على من يقول بالصحة بالنسبه إلى الأرش دون الثمن بـ {دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته} فكيف تقولون بصحة ضمانه، مع أنكم لا تقولون بصحة ضمان الثمن عند الفسخ، وقد أشار المصنف بذلك إلى ما ذكره

فالصحة فيه أيضاً من جهة كفايه تحقق السبب

المسالك، وتبعه الجواهر ومفتاح الكرامه حيث بينوا وجه عدم صحه ضمان الأرش أيضاً، قال الثالث: ووجه العدم أن الاستحقاق للأرش إنما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود حاله العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

أقول: قد رد المسالك عدم الفارق بين الثمن عند الفسخ والأرش قائلاً: والحق ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرش فإنه كان واجباً بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضه، انتهى.

ولكن هذا الفارق غير تام، إذ الأرش وإن كان في الحقيقه عباره عن شيء فائت\_ لأن العقلاء يقابلون بين المبيع الصحيح والثمن الكامل، أما المبيع الناقص فهو مقابل لبعض الثمن مما يكشف من أن بقيه الثمن في إزاء الشيء الفائت، إلا- أن البيع خارجاً يكون بين المثلن والثمن، ولذا يحتاج الأرش إلى اختياره، لا أنه يستحقه المشتري تلقائياً، فليس مثل ما إذا باع ما يملك وما لا يملك، حيث يبطل البيع تلقائياً بالنسبه إلى ما لا يملك، وإليه أشار المستمسك بقوله: ولذا كان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفقه، انتهى.

وكذا الحال بالنسبه إلى الغبن، فإن قدرأ من الثمن لا يكون بدون مقابل حتى يستحقه المشتري، باعتبار أن قيمه المبيع بقدر بعض الثمن لا كله.

وكيف كان {فالصحة فيما} أى فى الأرش {أيضاً من جهة كفايه تحقق السبب} وهو ضمان اصطلاحى، لا كما قاله المستمسك على ما تقدم نقله عنه والإشكال عليه.

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع.

ومما تقدم يظهر الإشكال فى كلام من قال بأن مطالبه الأرش غير اختياره، ومن قال إن الأرش ثابت فيختار لا أن ثبوته بالاختيار.

إذ يرد على الأول: إن المطالبه بعد الاختيار.

وعلى الثانى: إنه ثابت إمكاناً، أى يمكن أن يثبت بالإرادة، لا أنه ثابت خارجاً.

{ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع} عن المشتري، لوحده الدليل فى المقامين.

ص: ٢٠١



## مسأله ٤٠ لو ظهر بعض المبيع مستحقاً

(مسأله ٤٠): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقه، فيرجع على البائع بما قابله

(مسأله ٤٠): {إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً} للغير، أو ظهر عدم قابليه بعض المبيع للمبيع كالخمر والخل {فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض} لأنه القدر الذي يتدارك، أما ما بقى فلم يفت من المشتري شىء، واللازم إعطاؤه بقدر خساره المشتري لا بالنسبه، فإذا اشترى بايين فظهر أحد مصراعيه لغيره مما سبب أن يكون ثمن المصرع الباقي ربع المجموع كان على الضامن إعطاء ثلاثه أرباع الثمن للمشتري.

{وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقه} إذا لم يكن بيعان فى بيع، وإلا فلا خيار، بل حاله حال نكاحين أو طلاقين فى صيغه واحده، والفرق يكون بالقصد كما ذكرنا تفصيل ذلك فى بعض مباحث الكتاب {فـ} إذا فسخ المشتري البقيه {يرجع على البائع} لا الضامن {بما قابله} إذ الضامن لم يضمن إلا عهده الثمن الذى يظهر مستحقاً لا أنه ضمن مطلقاً، وهذا هو خيره الشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وغيرهم، بل عن الكفايه أنه المشهور، وعن التذكره عندنا، مما يظهر منه الإجماع.

وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له.

{و} لكن {عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع} مما ظهر مستحقاً ومما فسخ، وكأنه لإطلاق ضمان الضامن ولو حدث ما يقتضى انفساخ العقد بخيار أو إقاله أو نحو ذلك، وإلا فلو كان الضمان حين عقده خاصاً بالقدر الذى يظهر استحقاقه لم يكن وجه لكلامه (رحمه الله).

{و} منه يعلم أن قول المصنف: {لا وجه له} على إطلاقه غير تام، بل لا وجه له فيما إذا كان الضمان مقيداً، لا ما إذا كان مطلقاً.

كما يعلم أن إشكال المستمسك على المصنف إشكالا مطلقاً غير ظاهر الوجه، قال: بناءً على ما ذكره المصنف فى المسألة السابقة من أن الأقوى جواز الضمان، فيرجع المشتري على الضامن، وجه كلام الشيخ ظاهر وهو عموم الصحة الذى تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان، وعدم جواز الرجوع على الضامن، فالجمع بين كلامى المصنف فى المسألتين غامض، انتهى.

وكيف كان، يظهر من الكلام فى مسألة ضمان عهده الثمن مسألة ضمان عهده المثلث.

ثم إنه لو اختلفا فى أنه هل كان الضمان مطلقاً للكل، أو مقيداً للقدر الذى يظهر مستحقاً، كان القول قول الضامن لأصالة عدم ضمان الزائد.

ولو اختلفا فى أنه هل كان بنحو بيعين فى بيع أو بنحو بيع واحد، فالظاهر أنه مع القائل الثانى لأصالة عدم قصد بيعين، وإن كانت المسألة بحاجة إلى تأمل.

ولو اختلفا فى أنه هل ظهر الجميع مستحقاً أو بعضه، فيما كان الضمان خاصاً بالقدر الذى يستحق منه لا مطلقاً، وحتى لما يفسخه، فالأصل عدم ضمان الأكثر مما اتفقا عليه.

كل ذلك إذا لم تكن للطرف بينه كما هو واضح.

## مسألة ٤١ ضمان ما يحدثه المشتري

(مسألة ٤١): الأقوى وفاقاً للشهيدين صحه ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراه إذا ظهر كونها مستحقه للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفايه السبب

(مسألة ٤١): {الأقوى وفاقاً للشهيدين صحه ضمان ما يحدثه المشتري} أو البائع فيما كان الثمن أرضاً {من بناء أو غرس في الأرض المشتراه إذا ظهر كونها مستحقه للغير} ولم يمض البيع {وقلح البناء والغرس فيضمن الأرش} كما يضمن كل قيمه إذا كان مثل طم النهر، حيث أجرى النهر في تلك الأرض، إذ الكل قد انهدم فلا يبقى شيء حتى يكون هناك تفاوت وتصل التوبه إلى الأرش.

{وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع} (عن) متعلق بالضمان، وهذا هو الذى احتمله فى التحرير على ضعف \_ كما فى مفتاح الكرامه \_ وهو قال به مستدلاً له بمسيس الحاجه إليه وقضاء الضروره به.

{خلافاً للمشهور} فلم يجوزوا الضمان، كما عن المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن التذكرة عدم ترجيح أحد الجانبين.

وإنما ذهب المشهور إلى ذلك {لأنه من ضمان ما لم يجب، و} لكن يرد عليهم ما {قد عرفت} من {كفايه السبب} ومشهور المعلقين وافقوا المشهور، خلافاً للسيدى الوالد وابن العم، حيث سكتا على المتن، ومقتضى القاعده ما

هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، وقيل بالصحة لأنه لازم بنفس

ذكره المصنف، وإن قال المستمسك: إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه وهو مفقود، وإن أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان، فإنه يرد عليه أنه ضمان عقلائي يشمل «الزعيم غارم»<sup>(1)</sup>، والعمومات على التقريب المتقدم في المسائل السابقة.

{هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي} قال في القواعد: وفي ضمان البائع ذلك إشكال.

وقال في مفتاح الكرامة: جزم في المبسوط بعدم الصحة، لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب.

ونحوه ما في التحرير والإيضاح والمسالك والروضه من أن الأقوى عدم الصحة.

وقرب في التذكرة الصحة.

{و} إن قلت: إن البائع ضامن بنفسه لأنه غارم، والمغرور يرجع إلى من غر.

قلت: {ثبوته} على البائع {بحكم الشرع} لأنه غارم {لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان} لأن الضمان كما تقدم في أول الكتاب نقل ذمه إلى ذمه، ولا اشتغال لذمه المضمون عنه في المقام حتى ينقل إلى ذمه البائع.

والحاصل: إنه ليس هناك حق مضمون حال الضمان فلا يصح.

{وقيل بالصحة} كما عرفت عن التذكرة، وقال في الشرائع: الوجه الجواز {لأنه لازم بنفس

ص: ٢٠٥

العقد فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفايه تحقق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان، نفس العقد والضمان بعقده، ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد

العقد { إذ العقد سبب الغرور الذي ينشأ من الضمان في وقته {فلا مانع من ضمانه لما مر من كفايه تحقق السبب}.

وضعه في المسالك والروضه بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

كما أشكل عليهم في مفتاح الكرامه بأنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره، وإن لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره، فما الوجه في تجويزهم هذا ومنعهم ذاك.

وأخذ المستمسك منه ذلك فقال: الإشكال على المحقق ومن وافقه في التفصيل بين الأجنبي والبائع متوجه على كل حال، وربما أشكل على ذلك بأنه لا معنى ل ضمان الشخص عن نفسه، وفيه: إنه لو أريد بالضمان نقل الذمه أو الضم كان الإشكال وجيهاً، بينما لا يراد به إلا تدارك الخساره وهو معنى عقلائي يشمل الدليل.

{فيكون حينئذ} حين ضمن البائع {للضمان سببان، نفس العقد} حيث إنه بالعقد حصل الغرور {والضمان بعقده} حيث ضمن البائع عند العقد {ويظهر الثمر} في الضمانين على ما ذكره المسالك والروضه {فيما لو أسقط المشتري عنه} أى عن البائع {حق الضمان الثابت بالعقد} أى عقد البيع بأن قال: لو كنت

مغروراً فلا أرجع إليك، بمقتضى «المغرور يرجع إلى من غر»<sup>(١)</sup>، وهذا الحق قابل للإسقاط لتحقق سببه حال العقد.

{فإنه يبقى الضمان العقدي} إذ لا وجه لسقوطه.

كما أنه إذا أسقط بعد الضمان العقدي حقه الثابت من الضمان العقدي يبقى الضمان الغررى، إذ من الواضح أنه لا تلازم بينهما فى السقوط، كما لا تلازم بينهما فى الثبوت.

ومنه يعلم أن قول المستمسك فى رد المسالك: إن من المعلوم أن الرجوع ليس من الحقوق التى تسقط بالإسقاط، بل من الأحكام، ولو أسقطه لم يسقط، وجواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن لا يقتضى جواز التعدد فى ذمه واحده، غير ظاهر الوجه، إذ بعد أن كان رجوع المغرور حقاً \_ كما يفهم عند القاء «المغرور يرجع إلى من غر» على العرف \_ لم يكن وجه لعدم قابليته للإسقاط، فليس ذلك حكماً حتى لا يقبل الإسقاط، والتعدد معناه أن له أن يرجع بهذا السبب أو بذاك.

والحاصل: إن للمشتري أن يرجع إلى البائع لكونه غاراً، وله أن يرجع لكونه ضمن بمعنى أنه التزم تدارك الخساره، وأى مانع للجمع بينهما بعد كونهما شرعياً وعرفياً.

وبذلك يظهر وجه النظر فى سائر كلام المستمسك المستشكل عليهم بأنه

ص: ٢٠٧

---

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢. والمستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح

كما إذا كان لشخص خياران بسبيين فأسقط أحدهما، وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل، ويمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجبهه

لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجرى الفائدة المذكوره من سقوط أحدهما وبقاء الآخر.. فحال المقام:

{كما إذا كان لشخص خياران بسبيين} كخيار الغبن وخيار العيب وهكذا {فأسقط أحدهما} حيث يبقى الآخر، إذ لا تلازم بينهما في السقوط، كما لا تلازم بينهما في الثبوت.

{وقد يورد عليه} على الضمان العقدي {بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه} كما أورده صاحب الجواهر.

{والمقام من هذا القبيل} فكيف يضمن البائع خساره المشتري إن ظهر كون المبيع للغير {ويمكن أن يقال} في رده إنه {لا مانع منه مع تعدد الجبهه} مثل كون الإنسان يضرب نفسه، أو يطبب نفسه، فهو ضارب ومضروب، ومريض وطبيب من جهتين، والأمر في المقام كذلك، فهو من حيث كونه بائعاً مضمون عنه، ومن حيث كونه يلتزم درك الخساره ضامن.

وهذا المعنى هو الذى فهمه جملة من المحشين فأشكلوا على المصنف بما فى تعليقه السيد البروجردى بأن الأقوى عدم صحه مثل ذلك الضمان، وتعدد الجبهه لا يجدى، وبما فى تعليقه السيد الجمال أن عدم الصحه عندهم تام، ولا يرجع تعدد الجبهه فى المقام إلى محصل.

هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان، وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد.

أما ما ذكره المستمسك في شرح عبارته بقوله: فإن أحد الضامنين قائم بالغرور، والضمان الثانى قائم بالعقد، فلم يظهر وجهه، إذ كلام المصنف في رد إشكال أنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه.

وكيف كان {هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان} فهو محل كلامهم، ومورد الإشكال والجواب.

{وأما إذا اشترط ضمانه} فلا يكون الضمان عقداً، بل حسب الشرط، فهو مثل شرط أنه إذا ظهر عيب كان دركه على البائع {فلا بأس به} لإطلاق دليل الشرط {ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد} من أن المغرور يرجع إلى من غره، مثل اشتراط كون دركه على البائع إذا ظهر فيه العيب.

لكن يرد على ذلك أنه إذا بطل البيع لظهور كونه مستحقاً لغير البائع لم يبق عقد حتى يلزم الشرط الذى فى ضمنه، ولذا قال بعض المعلقين: مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير وردّ المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحة شرط الضمان الواقع فى ضمن العقد، وكونه مؤكداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد، إلا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر عبارته.

أقول: نعم تتصور صحة ذلك فيما ظهر بعض المبيع مستحقاً ولم يرد المشتري البعض الآخر، فإن العقد باق حينئذ والشرط فى ضمنه يكون مدلولاً للعمومات، إذ لا يلزم فى لزوم الشرط بقاء كل متعلق العقد.



نعم يمكن أن يقال: إن للمشروط عليه أن يبطل بعض الشرط إذا بطل بعض العقد، فإن إطلاق لزوم الشرط لا يشمل إلا الشرط الذي كان في ضمن عقد كل متعلقه كان باقياً، مثلاً باع زيد للخياط مائه جريب من الأرض بشرط أن يخيط له ثوبين، فإذا ظهر الخمسون منه مستحقاً للغير كان للخياط \_ بعد أن لم يأخذ بتبعض الصفقة \_ أن يمتنع عن خياطه أحد الثوبين، لأن الشرط في الحقيقيه منحل إلى كون كل ثوب في مقابل نصف المبيع، فتأمل، والله سبحانه العالم.

## مسأله ٤٢ لو قال: ألق متاعك في البحر

(مسأله ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينه: ألق متاعك في البحر

(مسأله ٤٢): {لو قال} لغيره فيما كان الغير بالغاً عاقلاً جامعاً لسائر الشرائط: اعمل كذا من جرح نفسه، أو هدم داره، أو إتلاف متاعه، وكان ذلك جائزاً شرعاً لذلك الغير، قبل ما إذا كان حراماً عليه، مثل أن يكون اللازم إخراج الدم من جسده وإلامات مثلاً، أو كان بقاء داره هلكه له، لأن الظالم أمر بذلك، فإذا لم يطعه قتله، أو كان بقاء متاعه سبباً لبطئه عن الحركة مما يسبب بقاءه في الصحراء وافتراس الأسد له.

فهو على قسمين: لأنه إما أن يأمره بذلك بدون أن يظهر التحمل لضرره، ولا ينبغي الإشكال في أنه لا يضمن ذلك، للأصل بعد عدم وجود الدليل للضمان، بل وإن كان لولا تشويق الأمر لم يفعل المأمور ذلك، إذ مجرد التشويق لا يسبب الضمان.

نعم فيما كان السبب أقوى من المباشر، كقول الطبيب للمريض اشرب هذا الدواء، فشرب فعطب فمات كان ضامناً، كما ذكرناه بتفصيله في كتاب الدييات.

وكذا إذا قال لمجنون أو سكران أو شارب مرقد أو نام نوماً مغناطيسياً أو لطفل أو ما أشبهه، مما عد السبب بنظر العرف أقوى من المباشر.

وإما أن يأمره بحيث إنه لو لا الأمر لم يفعله، كما لو قال: {عند خوف غرق السفينه}، أو سقوط الطائره، أو وقوف السياره في محل الخوف لنوئها عن السير بالأحمال الثقيله، وكذلك في حمل الدابه: {ألق متاعك في البحر} أو على الأرض

وعلى ضمانه، صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه وهو الدليل عندهم

{وعلى ضمانه} أو بدله أو ما أشبه مما يفيد فائدته ولو بالإشارة المفهمه {صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه} وقد ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم فى كتاب الديات، ونحن أشرنا إلى المسأله هناك.

وفى كشف اللثام بلا خلاف إلا من أبى ثور، كما فى المبسوط والخلاف، وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل وبين غيرنا إلا من أبى ثور، وعن المبسوط نفى الخلاف فيه، وعن الخلاف إن عليه إجماع الأمه عداه.

وهذا هو الذى قرره كافه المعلقين لسكوتهم على المتن، عدا السيد البروجردى فقال عند قول المصنف (فلا يصح): وهو الأقوى، بل الأول أيضاً موضوعاً وحكماً محل تأمل.

{وهو الدليل عندهم} بالإضافة إلى ما ربما يستدل له بأنه مقتضى احترام المال عرفاً، وحيث إن الشارع احترام المال كان لازمه أن يجعل الضمان على الأمر، وبأنه مقتضى العرف والشارع لم يردع عنه فهو تقرير منه، وبأنه مثل إتلاف وقت الغير بالأمر، حيث يوجب الضمان، فإذا قال لإنسان: اكس الشارع وعلى بدله، كان عليه، لأنه قد أتلف وقته، وكذلك إذا قال: ألق متاعك، وبأنه نوع من العهد، والعهد واجب الوفاء لقوله سبحانه: (إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) (١).

والفرق بين الوعد مما لا يجب العمل به على المشهور، والعهد الذى يجب

ص: ٢١٢

العمل به أن الأول بدون مقابل والثاني بمقابل، فإذا قال: وعدتك أن آتيك كان وعداً، وإذا قال: أعاهدك إن فعلت كذا أعطيتك كذا، كان لازماً.

وفي المستمسك يحتمل أن يكون عقداً، ويكون قبوله فعلياً وهو الإلقاء، وأن يكون قولياً كما إذا قال: قبلت، فيلزمه الإلقاء عملاً بالعقد، ولا يلزم في الصورة الأولى لعدم تحقق القبول، ويحتمل أن يكون إيقاعاً نظير: خط ثوبى ولك درهم، أو رد عبدى ولك نصفه، وهذا هو الأقرب، انتهى.

أقول: الأقرب أنه وإن كان عقداً لم يكن لازماً، فإذا قال: قبلت، لم يلزم الوفاء لأصالة عدم اللزوم، وإنما قال (نظير) للفرق بين المقامين، حيث إن المال في (ألق) مقابل ما أتلف من ماله، في (خط) مقابل العمل، نعم إذا كان المال في (ألق) مقابل عمل الإلقاء، كان المقامان من باب واحد.

وكيف كان، فقد يستدل للمقام أيضاً بأنه حق عرفاً، فيشمه «لا يتوى حق امرئ مسلم» (١).

ولو كان السبب أقوى من المباشر عرفاً دخل في تلك المسألة، كما إذا أجبره الأمر، أو كان المأمور طفلاً أو مجنوناً أو ما أشبهه، وقد يستدل له بأنه نظير ضمان الشاهد ما تلف بسببه من نفس أو مال أو عرض، حيث وردت الأدلة وقام الإجماع على ضمانه.

ومنه يعلم وجه ضمانه في المقام إذا قال لغيره: ألق زيدا في البحر، حيث كان الأمر أقوى من المباشر.

ص: ٢١٣

وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه أو نحوها، فلا يصح عندهم ومقتضى العمومات صحته أيضاً.

{وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى} عقلائيّه {من خفه السفينه أو نحوها} كسرعه سيرها حيث تخف، والوصول الأسرع مطلوب عقلائياً، إلى غير ذلك من الأمور العقلائيّه، {فلا يصح عندهم} كما هو المشهور الذى ذكره المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن الإيضاح: لو خلى عن الفائده بالكليه لم يصح قطعاً، بل عن الأول الإجماع عليه.

{و} لكن {مقتضى العمومات صحته أيضاً} فإن الأدله السابقه آتیه هنا، بل فى بعض الحواشى أن السيره القطعيه العقلائيّه قائمه على الصحه.

أقول: الظاهر أنه إن كان العمل حراماً وعلم المأمور بذلك، لم يكن على الأمر الضمان، لأن الأدله المتقدمه لا تشملها، فهو مثل أن يقول زيد لعمره: اقطع يدك وعلى ديتها، وعلم عمره بحرمة القطع، فإن دليل العقد ودليل العهد والسيره ولا يتوى وما أشبه لا يشمل ذلك.

وأما إذا كان العمل حلالاً، أو حراماً ولم يعلم بالحرمة المأمور، كان على الأمر الضمان، فإنه مثل خطأ القاضى والشاهد، حيث إن الجلاذ لو أجرى القتل ونحوه كان العمل حراماً، لكن لا شيء على الجلاذ المجرى، بل الديه ونحوها على القاضى من بيت المال أو الشاهد، ولذا قال فى المستمسك: وإذا لم يترتب عليه فائده لم يجز مع الضمان وبدونه، وإذا أمره أمر على شرط الضمان فالضمان باطل، لأنه تعويض على الحرام، وتضييع المال، ولا يبعد

أن تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع ومورد الإجماع عليه.

أقول: والظاهر أن قول المصنف بالصحح ناظر إلى ذلك، فإشكال المستمسك عليه بأن إطلاقه الصحح عملاً بالعمومات غير ظاهر، واللازم التفصيل بين صورته وجود الفائدة العقلية وعدمه، انتهى، محل نظر.

ثم إنه لو قال لصديقه: أهدم دارك لتبنيها من جديد، أو قال: انكح امرأه بمهر كذا، أو أعتق عبدك، أو طلق زوجتك، أو ألق متاعك في البحر، أو ما أشبه ذلك، ففعل ما أمره لم يضمن الأمر، إذ لا وجه للضمان، سواء قصد المأمور كون ضمانه على الأمر أم لا، إذ لا ضمان على أحد بقصد إنسان آخر.

نعم لو قال: أهدم دارك علي، أو بمهر كذا علي، أو ما أشبه، كان عليه، لما تقدم من الأدلة في ألق متاعك علي.

ولو ظن الفاعل أنه ضمن ذلك لم ينفذ، لأن الظن لا يوجب الضمان، وقاعده الغرور لا مجال لها لأن القائل لم يغر، وإنما ظن الفاعل، فهو كما إذا قال له: توضأ، فظن أنه قال له: ألق متاعك، فإن الظن لا يوجب كون القائل غاراً.

ولذا قال في الشرائع: إذا كان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك، واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل، وليس عليه ضمانه.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخين والفاضلين وثاني الشهيدين وغيرهم للأصل، كما لو قال: أعتق عبدك، فأعتقه،

أو طلق زوجته، فطلقها، انتهى.

ولو قال للطبيب: عالجنى، أو للحلاق: أحلق رأسى، أو للبناء: ابن دارى، أو قال لهم: عالج هذا الفقير، أو أحلق رأسه، أو ابن داره، فمقتضى القاعدة الضمان، لأن الأمر بأمره استوفى وقت غيره فى المقامين، ولا فرق بين أن يصرف وقته لنفس الأمر، أو لمن أمره الأمر.

ومثله لو قال للخباز: أعطه خبزاً، أو أعطنى خبزاً، إلى غير ذلك، لأنه استوفى مال المأمور فى كلا الحالين.

نعم لو قصد الأمر أمره بالخير، أى عالجنى قربه إلى الله، أو أعطه خبزاً قربه إليه تعالى، لم يكن وجه للضمان، وكذا الحال لو قال له: أد دينه، أو أد دينى.

والحاصل: إن المأمور قد يقصد التبرع، سواء للأمر، أو للمأمور له، وسواء فى عمله كالبناء، أو فى ماله كالخباز، وسواء يعود النفع لأحدهما، أو يعود إلى نفس المأمور، كما إذا كان المأمور راكباً فى السفينه المشرفه على الغرق، فقال له من على الشاطئ: ألق متاعك فى البحر، أو يكون حاجه للأمر، كما إذا قال عابر شارع لكناس: اكسس الشارع.

ففى كل هذه الصور إذا قصد المأمور التبرع لم يضمن الأمر، سواء قصد الأمر الضمان، أو التبرع، أو لم يقصد شيئاً، بل ولو قال: (على).

وقد لا يقصد المأمور التبرع، بل الضمان، فإن صدق على الأمر (من أتلف مال الغير) أو (من أتلف وقت الغير) لأن الوقت محترم أيضاً، أو (من استوفى مال غيره لنفسه أو لغيره) أو (من استوفى وقت الغير) ضمن، لأنه مشمول لدليل احترام مال

الناس (١١) ووقتهم، ولو بالملازمه العرفيه، وإلا لم يضمن للأصل.

ومنه يعلم عدم ضمانه إذا قال له: أدّ دينك، أو قال له: ألق متاعك في البحر، فيما كان المأمور وحده راكباً في السفينه مما يخشى منه تلفه، وكان الأمر على الشاطئ، إلى غير ذلك من الأمثله.

نعم إذا كان الأمر لمصلحه المأمور، أو غيره مما كان واجباً على المأمور لم يكن ضمان، فإنه لا ضمان إذا فعله نفس الأمر، فكيف إذا أمر المأمور، كما إذا قلع لوح السفينه لثلا تؤخذ غضباً، كما في قصه موسى (عليه السلام)، أو قطع الطيب يد المجزوم خوفاً من سرايه الجذام حتى يهلكه، أو كان راكباً في السفينه فرآى أنها مشرفه على الغرق من جراء ثقل متاع زيد، فألقاه بنفسه في البحر، أو أمر مالكه بالإلقاء، أو أمر الثالث بذلك، إلى غيره من الأمثله.

والكلام في المقام طويل نكتفى منه بهذا القدر.

ومما سبق ظهر أنه ليس من الضمان العقدي مثل هذه الضمانات، وإنما ذكرها المصنف هنا استطراداً، والله سبحانه العالم.

ص: ٢١٧

١- المستدرک: ج ٤ ص ١٤٦





قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقيه أو الخلافيه أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمه إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل.

{قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقيه أو الخلافيه، أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان {المصطلح {وأنه نقل الحق الثابت من ذمه إلى {ذمه {أخرى، وأنه لا يصح {الضمان {في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان {إلى غير ذلك {لا وجه له {، بل الضمان المستفاد من الأدله يشمل غير ما ذكره أيضاً {وأنه أعم من ذلك {المذكور {حسب ما فصل {، وحيث قد تقدم الكلام في كل ذلك فلا داعى إلى إعادته.

ثم حيث إن المسائل الآتية مرتبطه بالمنازعات والشبهات الموضوعيه جعلها مسائل مستقله، فقال:

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله، وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه، ولو اختلفا في إفسار الضامن حين العقد ويساره

(مسألة ١): {لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى {المضمون عنه {أنه ضمنه ضامن { فبرأت ذمته، ولا- حق للمضمون له في مراجعته {وأنكره المضمون له { بل قال: إن ذمته مشغولة، فله مراجعته دون سواه، {فالقول قوله { أى المضمون له، فله مطالبه المضمون عنه، لأصالة عدم الضمان، فإذا جاء المضمون عنه بالبينه فهو، وإلا حلف المضمون له وأخذ المال من المضمون عنه.

نعم لو علم المضمون عنه بالضمان كانت دعواه في نفسه باطله، ولا يحق له التصرف في المال.

{وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له { وقال: إنما ضمن بعض الديون، فلى حق الرجوع في البعض الآخر إلى المضمون عنه، فإن القول قول المضمون له، لأن الأصل عدم ضمان تمام الديون {لأصالة بقاء ما كان عليه { في كلا الفرعين.

{ولو اختلفا {المضمون عنه والمضمون له {في إفسار الضامن حين العقد { فلا يصح ضمانه مع جهل المضمون له {ويساره { بأن ادعى المضمون عنه اليسار فانتقل المال إلى ذمته، ولا حق للمضمون له في الرجوع إلا إلى الضامن،

وقال المضمون له: بل كان معسراً، وأنا لا أعلم بذلك فلى حق الرجوع إلى المضمون عنه، فادعى المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه { لأصالة الصحة واللزوم فى العقد والإيقاع، ومدعى البطلان بحاجه إلى الدليل.

ولا ينفع الاستصحاب لو كان سابقاً معسراً، فإن الاستصحاب لا يقاوم أصالة الصحة واللزوم بعد الوقوع، فإذا عقدا وبعد مده شكاً، أو ادعى أحدهما أن أحدهما كان حال العقد صغيراً، أو كان صبيحه عقده سكراناً حتى يستصحب السكر الموجب لسلب العبارة أو ما أشبهه، كان الأصل الصحة، والذي يريد البطلان عليه الاستدلال.

وكذا لو عقد على امرأه وشك بعد مده هل كان حال العقد متزوجاً بأختها، حيث كان سابقاً متزوجاً بأختها متعه، لكن لم يعلم هل بقى زواجه بها إلى حين عقد الثانية حتى يبطل عقد الثانية، لم يستصحب بما يوجب البطلان، إلى غير ذلك من موارد استصحاب حاله توجب بطلان العقد أو جوازه.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم وجماعه من المعلقين على المتن، خلافاً للساده الوالد والبروجردى والحكيم، حيث قال الأول: ما لم يثبت سبق إعساره، وقال الثانى: إذا لم يكن مسبقاً بالإعسار، وقال الثالث: كأنه لأصالة اللزوم لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجرى استصحابه فيثبت إعساره حال الضمان فيكون مدعيه منكرأ لا مدعيأ، إلى آخر كلامه.

وعليه، فلا اعتبار بالأصل، سواء كان مسبقاً باليسار، أو العسر، أو مجهول الحال مطلقاً، أو مجهول الحال لتوارد الأمرين عليه ولم يعلم تقدم وتأخر أيهما.

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها.

{وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه} لأصالة عدم اشتراط الخيار، ولا يخفى أنه إنما جعل الأصل للمضمون عنه لأنه يدعى عدم الخيار غالباً.

أما لو ادعى هو الخيار \_ لأنه حقيقه يرى ذلك، أو لمصلحة له في الخيار بالنسبة له \_ وأنكره المضمون له، كان الأصل مع المضمون له.

والحاصل: إن الأصل مع منكر الخيار.

وكذا إذا اتفقا في أصل الخيار، لكن اختلفا في مده الخيار، فإنه مع مدعى الزمان الأقل، كما هو واضح.

{وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها} فالأصل مع مدعى الصحة، لما ذكره في كتاب المكاسب من الدليل القائم على أصالة الصحة في كل عقد وإيقاع شك في صحته وبطلانه.

ص: ٢٢٢

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً، أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين

(مسألة ٢): {لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان}، فقال الثاني: أنت ضمنت، وقال الأول: لم أضمن {أو في ثبوت الدين وعدمه} فقال الضامن: لم يكن دين على المضمون عنه حتى ينتقل إلى ذمتي، وقال المضمون له: بل كان دين فأنت الآن مدين، {أو في مقداره} فقال الضامن: كان الدين مائه، وقال المضمون له: بل مائتين.

{أو في مقدار ما ضمن} فقال المضمون له: ضمنت كل الدين، وقال الضامن: بل نصفه.

{أو في اشتراط تعجيله} فقال الضامن: ضمته مؤجلاً كما كان، وقال المضمون له: بل ضمته معجلاً.

{أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً} بأن كان أجله شهراً، فقال المضمون له: ضمته إلى عشرة أيام، وقال الضامن: بل كما كان، أو إلى عشرين يوماً.

{أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين} وذلك لصحة الشرط في عقد الضمان، لإطلاق أدله الشرط، كما إذا قال المضمون له: اشترطت أن يعطيني الضامن الدنانير التي على المضمون عنه جديداً، وقال الضامن: لم يكن هذا الشرط.

ولو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زياده أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفاءً، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شىء على المضمون له

{فالقول قول الضامن} المنكر لكل ذلك، لأصالة عدم الضمان الذى يدعيه المضمون له، ولأصالة عدم الدين الذى يدعيه، ولأصالة عدم الزيادة التى يدعيها، ولأصالة عدم الضمان فى الزائد الذى يدعيه، ولأصالة عدم اشتراط التعجيل الذى يدعيه، ولأصالة عدم اشتراط تنقيص الأجل الذى يدعيه بكلا شقيه، ولأصالة عدم اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين.

{ولو اختلفا فى اشتراط تأجيله مع كونه حالاً}، بأن كان الدين حالاً فادعى الضامن أنه اشترط تأجيله، أو كان مؤجلاً أجلاً قليلاً فادعى الضامن تأجيله أجلاً أكثر، ولذا قال: {أو زياده أجله مع كونه مؤجلاً، أو} ادعى الضامن {وفاءً} أى أنه أعطى المضمون له المال، فهو يريد أخذه من المديون، المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه} فلا يطالبه المضمون له بشىء، {أو} ادعى الضامن {تقييده} أى الضمان {بكونه من مال معين والمفروض تلفه} فبطل الضمان وبرأت ذمته من المال.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط خيار الفسخ للضامن} فأخذ بالخيار فعليه الرجوع إلى المضمون عنه لأنه إذا بطل الضمان رجع الدين إلى ذمه المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط شىء على المضمون له} كأن شرط الضامن

أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين، قدم قول المضمون له.

على المضمون له أن يخطط ثوب الضامن، فهو يطالبه بشرط، والمضمون له ينكر الشرط المذكور.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين} فلا حق للمضمون له فى أكثر من ذلك.

{قدم قول المضمون له} المنكر للتأجيل، ولزياده الأجل، أو أن الضامن وفى كله أو بعضه، أو أن المضمون له أبرأه، أو أن الضمان كان مقيداً بمال معين، أو قال إنه كان مقيداً ولكنه لم يتلف ذلك المال المعين، أو أنه لا خيار للضامن، أو لأنه لا شىء قرر عليه من الشرط، أو أنه لم يقبل بأن يكون الدين أقل، كل ذلك لأصالة عدم ما يدعيه الضامن، فهو مدع لا بد عليه من البيئه، فإذا لم تكن له بينه حلف المضمون له، وكان الحق معه.

ومن هذه المسائل تفرع سائر أقسام ادعاء الضامن، وإنكار المضمون له.

كما أنه لو كان الأمر من التداعى جرت قواعده، مثل أن يسلم كلاهما بأن الضمان من مال معين، لكن قال أحدهما: إنه من هذا المال المعين، وقال الآخر: إنه من المال المعين الآخر، إلى غير ذلك من الأمثله.



(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه أو اشتراط الخيار للضامن

(مسألة ٣): {لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه} فادعى الضامن أن المضمون عنه أذن، فإذا أدى الدين رجع إلى المضمون عنه، وقال المضمون عنه: إنه لم يأذن له، فلا حق للضامن في الرجوع إليه.

{أو في وفاء الضامن} بأن ادعى الضامن أنه وفي، فطالب المضمون عنه بما أدى، وأنكر المضمون عنه أن الضامن وفي، {حتى يجوز له الرجوع} في صورته الإذن والوفاء {وعدمه} في صورته عدم الإذن والوفاء.

{أو في مقدار الدين الذي ضمن} فقال الضامن: أنه ضمن بإذنه مائة، وقال المضمون عنه: إن ضمانه بإذنه كان بمقدار خمسين.

{وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو} اختلفا {في اشتراط شيء على المضمون عنه} إما بأن قال: أنا أضمن عنك بشرط أن تخيط ثوبي مثلاً، فالظاهر أن الشرط واجب عليه حينئذ، وإن لم يكن المضمون عنه في طرف عقد الضمان، وذلك لما تقدم في مسأله: ألقى متاعك في البحر وعلى بدله.

وإما المراد باشتراطه عليه في ضمن عقد خارجي، وبهذا فسرهُ السيدان البروجردى والحكيم، وتبعهما غير واحد من المعلقين.

{أو اشتراط الخيار للضامن} فقال الضامن: إنه اشترط لنفسه الخيار، وقد فسخ عقده فرجع المال إلى ذمه المضمون عنه، وأنكر ذلك المضمون عنه

وقال: إن ذمه الضامن مشغوله، لأنه لم يشترط الخيار.

{قدم قول المضمون عنه} لأنه ينكر الإذن في الأول، وينكر الوفاء في الثاني، وينكر الزيادة في الدين في الثالث، وينكر اشتراط شيء عليه في الرابع، وينكر اشتراط الخيار للضامن في الخامس، والأصل يوافق كل ذلك، فإن الأصل عدم الإذن وعدم الوفاء وعدم زيادة الدين وعدم اشتراط شيء عليه وعدم اشتراط الخيار للضامن، فيكون منكرًا، والقول قوله إذا لم يقره البينه.

أما قول المستمسك: لأنه يدعى عدم الإذن في الفرض الأول إلى آخره مما سمي كل ذلك ادعاءً، فهو تعبير عرفي، لا أنه أراد الادعاء الذين يقولونه في كتاب القضاء في قبال المنكر، كما هو واضح.

ثم إنه قد ذكر المصنف في الفرض الثاني أنه لو اختلف الضامن والمضمون عنه في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع، وعدمه حتى لا يكون له الرجوع، قدم قول المضمون عنه، وهل يختلف الأمر فيما إذا أنكر المضمون له قول الضامن أو أقر به، أو سكت ولم يرد ولو لموت ونحوه، أو لا- يختلف، كما أطلق المصنف وتبعه غالب المعلقين، كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم، احتمالان.

قال القواعد: يحتمل عدم سماع إنكار المضمون عنه فيما إذا أقر المضمون له بالوفاء، لسقوط المطالبه بالإقرار الذي هو أقوى من البينه، كما احتمل السماع

أيضاً لأن قول المضمون له ليس حجه.

وأشكل على كلا الاحتمالين محكى جامع المقاصد، أما عدم السماع بأن الإقرار إنما يقتضى سقوط المطالبه ظاهراً لا واقعاً، إذ من الجائز كذبه فى الإقرار فىكون دينه باقياً وتجاوز مطالبته، وأما السماع فلأن المضمون له إذا لم يطالب لم يؤد الضامن شيئاً، فكيف يأخذ شيئاً من المضمون عنه.

أقول: إذ ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون عنه، ووافق فى الإنكار المضمون له، فلا إشكال فى أن القول قول المضمون عنه، لأنه لا شىء فى قبال إنكار المضمون عنه، وكذا إذا سكت المضمون له ولو لموت ونحوه، وأما إذا ادعى الضامن الوفاء ووافق المضمون له، وأنكر المضمون عنه، فهنا أمران:

الأول: الحكم ظاهراً، وهنا يكون الحق مع المضمون عنه، إذ ليس الإقرار من المضمون له من الأدله، فإن إقراره مثبت فى حق نفسه، لا- فى حق غيره، والقول بأن الإقرار أقوى من البينه غير ظاهر الوجه، فإن كل لوازم البينه حجه، بخلاف كل لوازم الإقرار، ولذا تقدم البينه على الإقرار إذا تعارضا، كما ذكرناه فى كتاب الشهادات.

والثانى: الحكم واقعاً، وفيه يكون الأمر مدار الوفاء وعدمه، والإقرار لا- يؤثر فى تغيير الواقع، ولذا لو توافق المضمون عنه والمضمون له بأن الضامن وفى، وهو يعلم عدم وفائه لم ينفع توافقهما فى براه ذمه الضامن، وعدم

ولو اختلفا فى أصل الضمان، أو فى مقدار الدين الذى ضمنه، وأنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن.

جواز مطالبته المضمون له ظاهراً بعد إقراره لا يسقط حقه واقعاً.

نعم، ورد أن الحلف تسقط الحق، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب بعد أن حلف غريمه، وذلك ثبت بدليل خاص على خلاف القاعدة، وعدم الحق فى المطالبة لا يسقط الحق واقعاً، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «اقتطعت له قطعه من نار».

{ولو اختلفا فى أصل الضمان} فادعى المضمون عنه الضمان، فلا يحق للمضمون له مطالبه المضمون عنه، {وأنكر الضامن} الضمان {أو} اختلفا {فى مقدار الدين الذى ضمنه} فادعى المضمون عنه أن الدين مائة، وادعى الضامن أنه خمسون مثلاً، {وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن} لأن قوله موافق للأصل، لوضوح أن الأصل عدم الضمان، وعدم الزيادة.

ص: ٢٢٩

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه، ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً، نعم لو كان مدعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، ولم يكن منكراً لأصل الدين

(مسألة ٤): {إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى} المضمون له {الحق منه بالبينه} أو بالبينه واليمين، لما حقق في محله من ثبوت الحقوق الماليه بالشاهد ويمين صاحب الحق، {ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن، أو} المنكر {الدين} لأنه قد ينكر أصل الدين، وقد ينكر الإذن مع قبوله الدين.

أما إذا أنكر الدين وأثبت الإذن، كما إذا ادعى المضمون له الدين على المضمون عنه وخاف من سمعته، فقال للضامن اضممه فضممه وأداه، كان للضامن الرجوع، لأنه مثل أن يقال له: أعط ديناراً للفقير وعلى بدله، وإن لم يكن من حقيقه الضمان في شيء.

{لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً} حيث إنه يقر بأن لا دين على المضمون عنه، أو أنه لم يأذن له في الضمان، فكيف يكون له أن يأخذ المال من المضمون عنه.

{نعم لو كان مدعياً مع ذلك} الذى يعترف بأنه لا ضمان {للإذن} من المضمون عنه، له {فى الأداء بلا ضمان} عقدى ينقل المال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن {ولم يكن منكراً لأصل الدين} بل قد عرفت أنه يصح مع إنكاره

وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان، جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاه بين إنكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم، غايه الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى

أصل الدين أيضاً، لأنه دفعه بإذن المضمون عنه، فالمضمون عنه ضامن للمؤدى.

{وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان} بل بالإذن فقط كما عرفت وجهه {جاز} أى حق {له الرجوع عليه} وإنما حق للمعطى الرجوع {إذ لا منافاه بين إنكار الضمان وادعاء الإذن} من المضمون عنه {فى الأداء}.

وتحصل أن مقتضى القاعده أن الضامن لو أنكر الضمان واعترف بإذن المضمون عنه له فى الأداء، واعترف المضمون عنه أنه أذن له فى الأداء، فأخذ المضمون له المال عن الضامن بالبينه، حق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، لأن المضمون عنه أذن له فى إعطاء المال.

{فاستحقاقه الرجوع} إلى المضمون عنه {معلوم} لأنه أدى بإذنه {غايه الأمر أنه} أى الضامن {يقول إن ذلك} طلبه من المضمون عنه {للإذن فى الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن فى الضمان} أو للإذن فى الأداء إذا قال المضمون عنه: إنه لم يكن مديوناً، ولكنه أذن له فى الأداء خوفاً من سمعته، حيث إن المضمون له يطلبه بشده وعنف.

{فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، والمدعى

ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم

ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم}.

وقد أكثر المعلقون الكلام حول ما ذكره، خلافاً للسيدين الوالد والبروجردى حيث سكتا على المتن، فقال السيد الجمال: لا يخفى ما فى هذا الفرض بقيوده من التشويش، ولعله أراد ما ذكرناه من عدم الاحتياج إلى بعض القيود، وقال بعضهم: إن للضامن الرجوع إذا أداه بقصد ما أذن له، وأما إذا أخذه منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه، لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غصباً.

أقول: إذا لم يقصد إذن المضمون عنه لم يفعل أمره فلا حق له فى الرجوع عليه، فهو كما إذا أمره ببناء داره، لكنه لم بين انطلافاً من أمره، بل جبره جابر بالبناء، حيث لا حق له فى الرجوع إليه، اللهم إلا إذا كان لعمله قيمة فى البناء حيث يشترك معه بمقدار قيمه عمله، أو أمره بقراءة سورة من القرآن له أجره، لكنه لم يقرأها انطلافاً من أمره، بل من جبر جابر، حيث ليس له الرجوع إلى الأمر.

أما قول السيد ابن العم ومعلق آخر عند قوله (جاز له الرجوع إليه): مقاصه، أى لما أخذ منه قهراً، فنقول: لا وجه للتقاص إذا لم يعترف المضمون عنه بالدين، وإن أذن له فى الأداء إذا لم يؤد بعنوان أمره.

واما إذا اعترف بالدين وأذن له فى الأداء، وأخذ المضمون له منه قهراً بدون

قصده الأداء، فهناك طلب من الضامن عن المضمون له الغاصب الآخذ قهراً، وطلب من المضمون له عن المضمون عنه، حيث يعترف المضمون عنه بأن المضمون له يطلبه، فيصح أن يتراضى الضامن والمضمون عنه بأن يكون ما أخذه المضمون له من الضامن في قبال ما أخذه المضمون عنه من المضمون له، وهذا وإن كان نوع تقاص لكنه يحتاج إلى التراضى، ولا يكفى فيه إذن المضمون عنه للضامن فى أداء الدين، لأنه لم يؤد الدين بل أخذ منه جبراً.

ومما تقدم تعرف وجه قول المستمسك بأن الإذن فى الأداء إنما يقتضى جواز الأداء لا وجوبه، كما لا تقتضى ولايه الدائن على الآخذ من المديون ولا جواز إجباره على الأداء، فإذا أجبر على الأداء لم يكن الأداء صحيحاً. (أقول: أى إذا لم يقصد الأداء) بل المال باق على ملك المالك، ولا يدخل فى ملك الدائن، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الإيجابى إذ الرجوع إنما يكون إذا كان الأداء صحيحاً مفرغاً لذمه المضمون عنه، والحال أن هذا الأداء كلا أداء. نعم إذا رضى به بعد ذلك، بناءً على صحه احتساب دينه على الغاصب وفاءً على دين الغاصب على شخص آخر، جاز رجوعه على الإذن، إلى آخر كلامه، انتهى ملخصاً.

بقى شىء، وهو هل أن مثال المصنف صحيح فى نفسه، أم محل تأمل؟

لأن المدعى إذا أنكر القرض وقال: إنه ثمن المبيع، والمطالب ينكر ثمن المبيع، حق للمدعى أن لا يدفع المال إليه، لأنه لم يثبت عليه القرض



ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينه فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه

الذى يدعيه المطالب فيحلف على عدمه، والمطالب لا يأخذه ثمن المبيع، لأنه يعتقد أنه ليس ثمن المبيع. نعم حق له أن يأخذه مقاصه، حسب اعتقاده، وفي مثل هذه الموارد لم يعلم أنه يكفى الجامع، كما فى باب الشهاده، فلو شهد اثنان بسرقة الكتاب ليلاً، وآخرا ن بسرقة نهاراً.

لا يقال: إن الجامع مقطوع، فعليه الرد والحد، إلى غير ذلك من الأمثله مما تعرضنا له فى كتاب الشهادات، فتأمل.

ثم إنه قد تقدم من المصنف فرع فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً {و} كذا ذكر هنا فرع ما لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينه، فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه {،} وذلك لعدم الفرق بين اعتراف المضمون عنه، وبين قيام البينه بوجود الدين والإذن فى الضمان، لأن البينه قائمه مقام الاعتراف، ويأتى هنا كل ما تقدم من الكلام فى الفرع السابق.

وبذلك يظهر الإشكال فى جمله من التعليقات، ولذا سكت على المتن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وآخرون، وقد أطال المستمسك الكلام فى المقام، وفيه مواقع للنظر، كما لا يخفى على من راجعه مع ملاحظه ما تقدم.

وهل يجوز للشاهدين على الإذن فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن فى الضمان أو كونه الإذن فى الأداء، الظاهر ذلك، وإن كان لا يخلو عن إشكال

{وهل يجوز للشاهدين على الإذن} من المضمون عنه {فى الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن} فقط {من غير بيان كونه الإذن فى الضمان} حتى يكون ضامناً وتفرغ ذمه المضمون عنه بضمانه.

{أو كونه الإذن فى الأداء} حتى يبقى الدين على المضمون عنه، وإنما يكون المأذون مأذوناً بالدفع فقط من غير اشتغال ذمه المأذون، لأنه ليس بضامن حينئذ؟

{الظاهر ذلك} لأن لكلا الإذنين أثر، وإن اختلفت الآثار، فإن المأذون إذا دفع له الرجوع إلى المضمون عنه على الأول من باب الضمان، وعلى الثانى من باب أنه استوفى المال من المأذون، فهو كما إذا قال له: أعط الفقير درهماً، كما تقدم فى مسأله: ألق متاعك فى البحر.

{وإن كان لا يخلو عن إشكال} باعتبار أن مجرد الإذن لا يدل على الضمان، ولا على أنه إذن من قبيل أعط الفقير، فلعله كان إذناً فى التبرع بدون تحمل البدل، من قبيل افعل كذا قرباً إلى الله تعالى.

ومن ذلك يعرف أن القاعده: التفصيل فى سماع الشاهدين إذا كان كل طرف له أثر، وعدم سماعهما إذا كان بعض الأطراف لا أثر له، وكأن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال فهموا الأول، ولذا سكتوا على المتن، والبروجردى والحكيم فهما الثانى، فأشكلوا عليه.

قال أولهما: الظاهر عدم أن يكون للشاهد ذلك، إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً

وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته 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.

له أحكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البينه عليه بدون ذكر متعلقه، وليس مثل الدين فإنه له في حد نفسه تحصلاً وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه.

وقال ثانيهما: لا أثر لمثل هذه الشهادة بخلاف الدين، وإن لم يذكر السبب المقتضى له من بيع أو قرض أو غيرهما.

{وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد} عند نفسها {بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب} بأن يقولوا- إن الطالب يطلبه بكذا من المال {من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع} لأنه ليس بلازم الشهادة بكل الخصوصيات، إلا إذا كانت الخصوصيات مغيرة للحكم.

{على إشكال} في غير المغيرة للحكم أيضاً، مثلاً قد يرى الشاهد أن الوالد سرق من مال ولده، حيث التعزير لا القطع، أو يرى الشهود الأربع أن الزاني زنا بمحارمه، حيث القتل لا الجلد، وهنا ليس لهم أن يشهدوا بالسرقه المطلقه بدون ذكر أن السارق كان والدًا، أو الزاني كان بالمحارم، لأنه يوجب تغيير حكم الله والإغراء بالجهل، فتقطع يد الوالد ويجلد الزاني، بينما ليس حكمهما القطع والجلد.

وقد لا تكون الخصوصيات مغيرة للحكم، كما إذا علما بأنه مديون لزيد من باب إرثه أبيه، لا من باب ثمن المبيع، فقالا إنه

مديون كذا بدون ذكر الإرث، فإنه لا بأس بمثل هذه الشهادة لأنه لا تغير الحكم.

ولعل وجه قول المصنف: (على إشكال) أن الشاهد يجب عليه أن يشهد بكل الخصوصيات، لأنه المنصرف من (أقيموا الشهادة لله)، كما أنه المنصرف من (لا ياب الشهداء إذا ما دعوا)، لكن الظاهر أن الانصراف بدوى، ولذا قال بعض المعلقين: الشهادة على أصل الدين من دون ذكر السبب، لا إشكال فيه ظاهراً.

ومما تقدم في أداء الشهادة من جهة ذكر الخصوصيات وعدمه، يظهر حال تحمل الشهادة وأن اللازم تحقيق الشاهد عن الخصوصيات إن كانت الخصوصيات تغير الحكم، بينما أراد الشهادة بعد ذلك، كما إذا شهد سرقة، فاللازم أن يحقق هل أنه والد أم لا، إذ لا حق في الشهادة المضللة إذا كانت شهادته توجب الضلال، بأن لا يتمكن الحاكم من التحقيق أو ما أشبه ذلك، وإذا شهد عند الحاكم بما يتردد بين القطع والتعزير أو الجلد والقتل كما تقدم في المثالين، رتب الحاكم الأثر المقطوع، إذا لم يقدر على تحقيق الحال، بأن يعزره مثلاً على كل حال، إذ تركه بدون عقاب مقطوع العدم، وحيث لا يعرف قدر العقاب يتمسك بإطلاقات أدله العقاب. أما الجامع بين الأمرين، مثل سقوط العدالة عن الزانى، فهو مرتب على كل حال.

والمسألة بحاجه إلى التفصيل مما لا يسعه المقام، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه وتقبل شهادته له بالأداء

(مسألة ٥): {إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و} كانت للضامن بينه كان القول قول الضامن ووجب على المضمون عنه إعطاؤه ما أدى، لأن البينة مقدمه على إنكار المضمون له كما هو واضح.

وإن لم تكن للضامن بينه و{حلف} المضمون له على عدم الوفاء {ليس له} أي للضامن {الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه} المضمون عنه {في ذلك} الوفاء، لعدم ثبوت الأداء، بل ثبوت عدمه فلا وجه لرجوعه إلى المضمون عنه.

{وإن صدقه} المضمون عنه {جاز} أي حق {له الرجوع إذا كان بإذنه} لأن المضمون عنه أقر بأنه أدى فاستحق عليه البديل، وإن كان المضمون له كذبه وحلف مما كان الحكم أدائه إليه، إذ تصديق المضمون عنه للضامن لا يثبت على المضمون له أنه أخذ المال.

{وتقبل شهادته} أي المضمون عنه {له} أي للضامن {بالأداء} إذا كان المضمون عنه أحد شهود الأداء، وذلك لأن المديون الآن بعد الضمان الضامن، ويكون المضمون عنه كالأجنبي، وإن كان المال إلى أخذ الضامن من المضمون عنه، فلا تدخل المسألة في من جر نفعاً، حيث لا- تقبل شهادته مثله، لما ذكرناه في كتاب الشهادات من أنه ليس كلياً، بل خاص بموارد مخصوصه.

ومما تقدم ظهر أن الضامن لو ادعى الأداء فقد يكون له حجه فهو، وقد

إذا لم يكن هناك مانع من تهمه أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.

لا تكون له حجة، وحيث أن صدقه المضمون عنه كان له الرجوع إليه، وإن لم يصدقه كان عليه الأداء إن حلف المضمون له بعدم الأداء، وإن لم يحلف ففيه احتمالان على ما ذكروا في كتاب الشهادات، من أنه هل بمجرد النكول يكون الحق مع المدعى، أو لا يكون الحق معه إلا بحلفه اليمين المردودة، والله سبحانه العالم.

فقوله: {إذا لم يكن هناك مانع من تهمه} التواطى بين المضمون عنه والضامن على المضمون له، في شهادته المضمون عنه للمضمون له {أو غيرها} من فقد المضمون عنه بعض شروطه قبول الشهادة، إنما يتم في (غيرها) {مما يمنع من قبول الشهادة}، أما التهمة فقد عرفت الحال فيه وأنها ليست عامه تشمل كل تهمه، وإلا- لم تقبل شهادته الزوجين أحدهما للآخر، والوارث لمورثه، إلى غير ذلك، وتفصيل الكلام في باب الشهادات.

ثم إنه لو ادعى الضامن أنه أدى ولم يمكن الاستعلام من المضمون عنه، فاللزام على المضمون عنه الأداء إن لم يعلم صدقه أو كذبه، لأن الضامن أمين ويقبل قول الأمين، منتهى الأمر أن يطلب حلفه، فإنه ليس على الأمين إلا اليمين، كما قرر في محله.

ولو ادعى الوارث للمضمون له عدم أداء الضامن، وادعى الضامن الأداء، فالظاهر أن على الضامن البينة والحلف لأنه ادعاء على الميت.

ولو ادعى الضامن الوفاء وأنكر ولي المضمون عنه فيما إذا مات، لم يكن له على الضامن إلا اليمين، فإن الأمين لم يخرج عن أمانته بموت الذي ائتمنه.

## مسألة ٦ لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه بلا ضمان فوفى، جاز له الرجوع عليه

(مسألة ٦): {لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه} لم يكن من الضمان الناقل لذمه المديون إلى ذمه الضامن فهو أمر خارجى {بلا ضمان} اصطلاحى ليكون له أحكام الضمان.

{فـ} {إن {وفى} والحال هذه {جاز له الرجوع عليه} إذا كان قصده إعطاءه بدله ولم يقصد المأذون التبرع، لأنه حينئذ يدخل فى قاعده (من استوفى مال غيره أو وقت غيره كان عليه بدله)، المستفاده من قاعده احترام مال الناس وعملهم، أو كان صدق على المديون الغار \_ وإن لم يقصد إعطاء بدله \_ لقاعده المغرور يرجع إلى من غره.

ومنه يعلم أنه إذا لم يقصد المأذون التبرع، لكن لم يقصد الأذن إعطاء بدله، ولم يكن المأذون مغروراً، لم يكن وجه لرجوع المأذون إلى المديون، لأصالة عدم ضمان المديون.

وعليه فاحتمال القواعد فى المسألة محل نظر، قال: ومن أدى دين غيره بغير ضمان ولا- إذن لم يرجع، وإن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجع، ولو لم يشترط الرجوع احتمال عدمه، إذ ليس من ضروره الأداء الرجوع وثبوته للعاده، انتهى.

أى احتمال ثبوت الرجوع، لأن العاده تقتضى أن المديون إذا أذن أراد الرجوع عليه بعد أداء المأذون، ومثلها ما حكى عن التذكرة، بل اللازم التفصيل

ولو ادعى الوفاء وأنكر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله، ولو قيد الأداء بالشهادة وادعى الإشهاد وغيبه الشاهدين، قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لأن الغرض من الإشهاد

الذى ذكرناه، كما أن اللازم حمل كلام المصنف والساكتين عليه كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على ما ذكرناه.

{ولو ادعى} المأذون {الوفاء وأنكر الآذن} بصيغه اسم الفاعل، ولم يأت المنكر بالدليل {قبل قول المأذون لأنه أمين من قبله} كما فى الجواهر وغيره، والأمين يقبل قوله، كما ذكرناه فى كتاب الطهاره وغيرها.

نعم للآذن عليه الحلف، لأنه على الأمين {ولو قيد} الآذن {الأداء بالشهادة، وادعى} المأذون {الإشهاد} عند أدائه الدين {و} لكن ادعى {غيبه الشاهدين} حيث طلب منه أن يأتى بهما أو موتهما {قبل قوله أيضاً} لأنه أمين كما تقدم.

{ولو علم عدم إشهاده} حين الأداء {ليس له الرجوع} كما فى الجواهر وغيره، لأن الإذن انتفى بانتفاء قيده، فلم يكن الدفع بإذن المديون حتى يكون للمأذون الرجوع عليه، ومثله ما لو قيد الإذن بشرط آخر وانتفى الشرط، وحينئذ كان للمأذون الرجوع بما أعطى لأنه لم يقع عن الإذن ولم يكن المعطى متبرعاً بعطائه.

{نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد} أو لم يأت بالشرط الآخر المشروط عليه للوفاء {يحتمل جواز الرجوع عليه} على الآذن {لأن الغرض من الإشهاد



العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه، والأولى أن يفصل في المسألة بأنه إن كان الإذن مقيداً لم يحق له الرجوع، لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه وإن حصل الغرض، وإن لم يكن الإذن مقيداً حق له الرجوع وإن لم يحصل الغرض، لأنه وقع على الوجه المأذون فيه.

ولذا أشكل على المتن السيد الجمال بقوله: لكنه ضعيف، وتعليه بحصول الغرض أضعف.

ثم إنه إذا اشترط عليه الإشهاد، فدفع المأذون المال إلى الدائن بحضور الآذن، لم ينفع في الرجوع عليه، لأنه أتى بغير الشرط، أما ما في القواعد من أنه لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب إليه، انتهى، فهو في مسأله أخرى لا في محل الكلام.

ولو شرط عليه الإشهاد، فإن أراد مجرد حضور شاهد أو شاهدين ولو غير جامعين للشرائط فهو، وإلا لزم الإشهاد الحجه شرعاً من عادلين، أو رجل وامرأتين، وعليه يحمل كلام القواعد والتذكرة وجامع المقاصد.

قال في الأول: ولا- تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين أو مستورين، فإنه لا بد وأن يحمل على إرادته من ظاهره العدالة، كما في الحديث أن يكون ساتراً لجميع عيوبه.

قال في مفتاح الكرامه: ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك، والأقرب أنه ليس بمفطر، لأن عليه أن يشهد من يكون عادلاً

فى نظر الشرع حين الإشهاد وقد فعل.

وفى المقام فروع كثيرة، نكتفى منها بما تقدم.

والحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين.

قم المقدسه

محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

ص: ٢٤٣

كتاب الحواله

اشاره

كتاب الحواله

ص: ٢٤٤

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمه إلى ذمه

كتاب الحوالة

بفتح الحاء على وزن غزاله، وهي مشروعها عقلاً وشرعاً.

وعن التذكرة إنها جائزه بالنص والإجماع، وعن المبسوط والسرائر إنها مشروعها بالنص وإجماع الأمة، وقد ذكر ذلك الجواهر ومفتاح الكرامه والمستمسك وغيرهم ساكتين عليه، مما يدل على أنهم موافقون للإجماع المنقول في كلام أولئك.

والمراد بكتاب الحوالة، كتاب هو حوالة، أو بطريقه الإضافة.

والحوالة كانت قبل الإسلام، وإنما قررها الشارع وزاد ونقص في بعض خصوصياتها، ولذا كان المرجع العرف إذا شك في تصرف الشارع في خصوصيه، لإطلاق الدليل.

{وهي عندهم} غالباً لا جميعهم {تحويل المال من ذمه إلى ذمه}.

قال في الشرائع: فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه مشغوله بمثله، ومراده بمثله ليس لزوم التطابق حتى لا تصح حوالة مائه على من ذمته مشغوله بألف، بل المراد لزوم أن تكون تلك الذمه مشغوله بما

ص: ٢٤٥

والأولى أن يقال: إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمه غيره، وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان

لا يقل من مائه، وإنما قلنا (غالباً)، لأن العلامة لا يرى لزوم اشتغال ذمه المحال عليه مشغوله.

ولذا قال في القواعد: وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى أخرى، ونحوه المحكى عن تحريره وتذكرته، وكذا عن الوسيله والسرائر.

{و} على هذا فـ {الأولى} لا الأفضل، بل من قبيل (أولى لك فأولى) {أن يقال} في تعريفها {إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره}، وإذا قيل بصحة الحوالة من البرى إلى البرى، مثل إحالة شخص الفقير إلى غيره، كما هو متعارف، بل قد يجب إذا وقع ضمن شرط عقد ونحوه، لم يحتج التعريف إلى ذكر الدائن والمديون.

والظاهر صحة أن يحيل إلى ذمه غيره كلياً أو في عين خارجيه، كما تقدم مثله في الضمان، ولعله لذا أسقط (ذمه) غيره.

{و} كيف كان، قال في مفتاح الكرامه: لما لم يشترط المصنف في الحوالة شغل ذمه المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه.

قال في المسالك: لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك، وهو انتقاضه في طرده، وكأنه إلى رد ذلك أشار المصنف بقوله: {على هذا فلا ينتقض طرده بالضمان}، وجه الانتقاض ما ذكره بقوله:

فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكوره، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه.

ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار

{فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمته} فيشبهه من هذه الجبهه بالحواله {إلا أنه ليس فيه الإحاله المذكوره} لأن التحويل والنقل إنما هو عن ذمه المحيل والمحول، والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً، والنتيجه وإن كانت نقل ما في ذمه إلى ذمه إلا أن الناقل قد يكون من شغلت ذمته كما في الحواله، وقد يكون غيره كما في الضمان.

{خصوصاً إذا لم يكن} النقل {بسؤال من المضمون عنه} فإن الفرق أوضح، وإن كان حتى في سؤاله لا- حواله، إذ لا يحيل المضمون عنه، بل يسأل الضامن الإحاله، ولذا قال في المستمسك: لأن الذى يسأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل.

أقول: وما يعبر به في العرف أحياناً حيث يقال: إن المضمون عنه أحاله إلى الضامن من باب التوسعه لا- الحقيقه، كما يقال للمحال عليه عند قبوله الحواله أنه ضمنه.

{ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ} لحديث رفع القلم وحجر الغلام، إلا- أن يقال: بكفايه الرشد في الجمله مما يكفى في المعاملات الجزئيه، حيث تقدم كراهه معاملته لا بطلانها.

{والعقل} حيث لا تشمل الأدله مسلوب العقل، والأدوارى إنما تصح معاملته حال إفاقته.

{والاختيار} إذ لا تصح معامله المكره، وإن كان ربما يستشكل في اشتراط

وعدم السفه فى الثلاثه، من المحيل والمحتال والمحال عليه، وعدم الحجر بالسفه فى المحتال والمحال عليه

اختيار المحال عليه المديون للمحيل إذا أحوال عليه بمثل ما يطلبه، لأن الحواله مثل أن يرسل وكيله إلى المديون لقبض دينه، فلا يحق للمديون أن يقول: لا أسلم الدين إلا إلى الدائن نفسه.

نعم، إذا كانت الحواله على برىء أو بغير الجنس الذى كان مديوناً فيه اشترط رضاه، لأن كرهه خلاف دليل سلطنه الناس على أموالهم، وهو مديون بشىء فمبادلتة بشىء آخر فى الحواله عليه بغير الجنس مبادله، وفى المبادله يعتبر رضى الطرفين.

{وعدم السفه} لأن السفه ممنوع من التصرف فى ماله، وكل من الثلاثه متصرف فى ماله {فى الثلاثه من المحيل والمحتال والمحال عليه}.

ومنه يعلم أن قوله: {وعدم الحجر بالسفه} من غلط النساخ، والصحيح بالفلس، كما نبه عليه الساده الوالد والحكيم والبروجردى وغيرهم.

{فى المحتال والمحال عليه} فإن المحتال إذا كان محجوراً لم يحق له نقل ما له على المحيل إلى المحال عليه، لأنه تصرف فى ماله، والمحال عليه إذا كان محجوراً لم يحق له أن ينقل ما عليه للمحيل إلى أن يكون عليه للمحتال.

وقد أشكل على (المحال عليه) المستمسك بقوله: يشكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفاً فى ماله الذى هو موضوع حق الغرماء، وإنما هو تصرف فى نفسه وفى ذمته فلا مانع منه، نعم هو تصرف مالى فلا يجوز من السفه، ويجوز من المفلس نظير الاقتراض الذى سيذكره، انتهى.

بل والمحيل إلا إذا كانت الحوالة على البريء، فإنه لا بأس به، فإنه نظير الاقتراض منه.

أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة

وحاصله: إن المحال عليه نقل لذمته المشغولة بدين المحيل إلى المحتال فصارت مشغولة بدينه، وفيه: إنه نوع تصرف مالى، فيشملة دليل الحجر، كما هو كذلك فى السفية، ولذا سكت على المتن الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وجمله آخرون من المعلقين.

{بل والمحيل}، لا حاجة إلى (بل) وكأنه جاء به بقصد ما ذكره من الاستثناء، وذلك لأن المحيل المحجور عليه فى ماله لا يحق له نقل الدين إلى ذمه المحال عليه ليكون وفاؤه مما فى ذمته فتكون الحوالة تصرفاً فى ماله الذى فى ذمه المحال عليه وهو متعلق حق الغرماء.

{إلا- إذا كانت الحوالة على البريء فإنه لا بأس به فإنه} بناءً على صحه الحوالة على البريء يكون {نظير الاقتراض منه} وذلك ليس تصرفاً فى ماله.

وعلى هذا فلا يعتبر عدم الفليس فى المحال عليه أيضاً، كما نبه عليه السيد البروجردى وغيره.

{أمور} بعضها مورد الخلاف وبعضها مورد الاتفاق:

{أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم}، وفى المستمسك: بل الظاهر أنه من المسلّمات من دون خلاف ولا إشكال.

{حيث عدوها من العقود اللازمة} ولذا قال فى المسالك: لأن الحوالة

ص: ٢٤٩



فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً

عقد لازم من جملة العقود اللازمة فلا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ويعتبر فيها ما يعتبر في غيرها من اللفظ والمقارنه وغيرهما.

أقول: كونه عقداً يدل عليه ما سيأتي، وأما كونه لازماً فلأنه الأصل في العقود، قال سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، ولذا كان جواز عقد ما محتاجاً إلى دليل مخرج له عن الإطلاقات والعمومات.

{فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال} لأن المحيل يحيل المحتال، لكن ربما يقال بصحة العكس، بأن يكون الإيجاب من المحتال والقبول من المحيل، فيقول المحتال: أحيل نفسي منك إلى مديونك، فيقول المحيل: قبلت، وذلك لأنه كالعكس له اعتبار عقلائي، وقد ذكر المصنف في كتاب النكاح صحة الإيجاب من كل من الزوج والزوجه، فيكون الآخر قابلاً، والمقام ليس فوق النكاح.

{وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً} بريئاً كان أم لا، كما يأتي الكلام في أنه هل يعتبر رضى المديون للمحيل أم لا.

{أو إذا كان بريئاً} لوضوح أنه باطل بدون رضاه، لأن الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم، فلا يحق للمحيل إشغال ذمه البريء بدون رضاه، وإنما لم يكن المحال

ص: ٢٥٠

فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا- يدل على كونه طرفاً وركناً للمعامله، ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين

عليه من أركان العقد، وإن اشترط رضاه.

{فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا- يدل} ولا يلزم \_ لأن الكلام في مرحله الثبوت لا الإثبات كما لا يخفى \_ {على كونه طرفاً وركناً للمعامله}، فهو كرضى الأب بتزويج بنته البكر على القول بلزوم رضاه، فإن ذلك لا يجعل أركان العقد ثلاثه.

{و} لكن مع ذلك {يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين} أو من إيجابين وقبول، وذلك لأن المقوله الحقيقيه المتقومه بأكثر من طرف قد يكون طرفاه بالتأثير والتأثر، مثل الكسر للكوز والانكسار، وقد يكون بإيجادين يكملان حقيقه واحده كشفى الباب حيث إنهما إيجادان لا تأثير لأحدهما في الآخر.

وكذا الحال إذا كانت الأطراف أكثر من اثنين، وإذا كانت المقوله الحقيقيه هكذا كانت المقوله الاعتباريه كذلك، مع وضوح أن الاعتبار أخف مؤنه، ففي البيع والنكاح مثلاً- يمكن إيجاب من جانب أحدهما وقبول من الآخر، ويمكن إيجابان من كل جانب إيجاب، فالأول يكون من قبيل التأثير والتأثر، والثاني يكون من قبيل الإيجادين، فهذا يجعل نفسه زوجاً لتلك، وتلك تجعل نفسها زوجة لذاك.

وهذا يوصل علاقته ماله بذاك، وذاك يوصل علاقته ماله بهذا، على نحو عمليه

واحد لها طرفان، وإذا صح ذلك في المقوله الاعتباريه يكون المقام كذلك: إيجاب لقبولين، أو إيجابان لقبول واحد، أو إيجابات ثلاثه، كان الموجود الاعتبارى الذى هو الحواله يوجد كل واحد من الثلاثه ثلثه، فقد يفعل هذا الوجود الاعتبارى أحدهم، والآخران يقبلانه، وقد يفعله اثنان والثالث يقبله، وقد يفعله كل الثلاثه.

ولذا احتمله الجواهر كما يظهر من قوله: لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم.

ثم إن السيدين الوالد والبروجردى قويا احتمال الماتن:

قال الأول: بل هو الأقوى إذا كانت الحواله على البرىء أو بغير الجنس.

وقال الثانى: هذا لا يخلو من قوه، فيما إذا كانت الحواله على البرىء أو بغير جنس ما على المحال عليه، نعم لا يبعد عدم بطلان الحواله بالفصل على النحو المتعارف فيها، انتهى.

وأراد (رحمه الله) بذلك رفع إشكال أنه كيف يتأخر القبول من المحال عليه من إيجاب الحواله، وهو كذلك لما تقدم من أنه أمر عرفى أمضاه الشارع، كما ورد فى الروايات جمله من صغريات المسأله، وشملها (أوفوا بالعقود) ونحوه على التقريب الذى ذكرناه فى كتاب الضمان وغيره، من أنه يشمل الأمر العرفى فيكون ذلك العقد المعروف باسمه، لا أنه يجعله عقداً جديداً، وإن قال الماتن والمستمسك فى جمله من مسائل المضاربه والمزارعه والمساقاه والضمان بالثانى، فراجع.

وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاه بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة، ولكن الذى يقوى عندي كونها من الإيقاع

أما قول السيد الجمال فى تعليقه على إيجاب وقبولين: أو منحلاً إلى عقدين، فلا يخفى ما فيه، إذ هو شىء واحد لا شيئين، ولذا لم أجده من غيره.

{وعلى ما ذكره} من أن الحوالة عقد {يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمة من الموالاه بين الإيجاب والقبول} لكن اللازم القول بذلك بالقدر العرفى لا- أكثر، إذ لا دليل على الأكثر، وعليه {ف-} قوله: {لا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما، بأن أوقع الحوالة بالكتابة} غير ظاهر الوجه، إذ هى حوالة عرفيه، فيشملها (أوفوا).

{ولكن الذى يقوى عندي} خلافاً للمشهور، بل ظاهرهم التسالم عليه {كونها من الإيقاع} وكأنه أراد بذلك التخلص من احتياجها إلى قابلين، ومن صحه انفصال القبول عن الإيجاب وما أشبهه، مع أنه وقع فى الأكثر إشكالا، حيث إن الفرق بين العقد والإيقاع أن الأول إعمال السلطه من نفرين، بينما الثانى إعمال السلطه من شخص واحد، ولذا كان النكاح حيث بحاجه إلى إعمال سلطه كل من الزوجين عقداً، بينما الطلاق حيث لا يحتاج إلا إلى إعمال سلطه الرجل فقط إيقاعاً.

ولا ينقض ذلك بمثل الخلع حيث يحتاج إلى بذل المرأة، إذ الكلام فى أن الإيجاد هل يحتاج إلى نفر أو إلى نفرين، والخلع

غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً وذلك لأنها

يوجد له نفر واحد، وإن كان مشروطاً بشيء، وليس الكلام فى الشرط، بل الكلام فى المقوم، وحالهما كحال الجزء والشرط حيث إن الأول مقوم والثانى خارج لكنه مرتبط.

ولذا الذى ذكرناه أشكل غير واحد على المتن، فقال السيد الوالد: بل الأقوى كونها عقداً بين اثنين تاره وبين ثلاثة أخرى، والوجه المذكور ممنوع من وجوه، كما أن الأقوى كون الضمان والوكاله عقداً أيضاً.

وكذا أشكل عليه الساده ابن العم والجمال والبروجردى، قال ثالثهم: هذا ضعيف جداً، وما استدل به عليه أضعف منه، إذ الوفاء هو تأديه العين إلى مالكة، والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه، والمحيل لا يؤدي ما فى ذمته إلى مالكة، بل ينقله إلى ذمه أخرى، وهو تصرف فى ملك الغير، وفى ذمه الغير بلا سلطنه منه عليها، فلا يصح بدون قبولهما، فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً إلى القبول، انتهى.

ثم إنه يظهر مما تقدم أن ليس مناط الإيقاع والعقد كونه تحت سلطان أو سلطانين فقط، كما جعله المستمسك المعيار، بل يحتاج مع ذلك إلى بيان الفارق بين ما كان تحت سلطانين على نحو الجزء الذى يكون عقداً، أو على نحو الشرط الذى يكون إيقاعاً.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر فى استدلال المصنف بقوله: {غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال، أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً} إذ الرضا غير كونه جزءاً الذى هو ميزان العقد {وذلك} الذى ذكرناه من أنها

نوع من وفاء الدين، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع

إيقاع {لأنها نوع من وفاء الدين}، فيه: إن نقل المحتمل دينه من ذمه إلى ذمه أخرى غير الوفاء الذى هو وصول الدين إلى الدائن.

نعم كلاهما يوجبان فراغ ذمه المديون، لكن الاشتراك فى ذلك لا يوجب كون أحدهما كالآخر فى كونه إيقاعاً، ولذا لم يكن وجه ظاهر لقوله: {وإن كانت} الحوالة {توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه والانتقال نوع من الوفاء وهو} أى الوفاء {لا يكون عقداً} لأنه تحت سلطه إنسان واحد، حيث يفرغ المديون ذمته بدون اختيار للدائن، ولذا لا يحق للدائن الامتناع. لكن فيه: إن الانتقال ليس وفاءً، ولذا يحتاج إلى رضى الدائن.

ولذا استدركه بقوله: {وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك إيقاع}.

لكن فيه: إن الوفاء بغير الجنس معاوضه، فهو عقد وليس بإيقاع، ولذا قال المستمسك: فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضه بين الدين والجنس الآخر.

{ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً} ليس {من الإيقاع}، لأنه يحتاج إلى رضى المضمون له وتحت سلطنه كليهما، لا تحت سلطنه واحد، وليس مثل

فإنه نوع من الوفاء، وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، ويتحققان بالكتابة ونحوها، بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك، كما أن الجعالة كذلك، وإن كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر،

الخلع على ما تقدم، {فـ} الاستدلال على كونه إيقاعاً {إنه نوع من الوفاء} غير ظاهر الوجه.

{وعلى هذا فـ} اللانتم أن {لا} يكونا كالإيقاعات بل {يعتبر فيهما} كل {شيء مما يعتبر في العقود اللازمة}، أما على قول الماتن فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في أي عقد، لازماً كان العقد أو جائزاً، فتخصيصه باللائمة من باب أنه محل الكلام.

{و} أما أنهما {يتحققان بالكتابة ونحوها} كالإشارة، فلأنها كافية في كليه العقود، إذ لا دليل على اللفظ كما ذكر في باب المعاطاة، ولذا قال في المستمسك: لو بنى على المنع في العقود بنى عليه في الإيقاع، لاشتراكهما في دليله نفيًا وإثباتًا.

ومنه يظهر وجه النظر في قوله: {بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك} من الإيقاع، لأن الوكيل يوقعها، فليست كالبيع عقداً مما يعطى هذا شيئاً لذاك وذاك شيئاً لهذا، ولا كالنكاح مما يعطى كل نفسه للآخر.

{كما أن الجعالة كذلك} إيقاع {وإن كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الآخر} إذ اعتبار الرضا لا يوجب كونها عقداً، وجه النظر فيه: إن الوكالة والجعالة تحتاجان

ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع دارى أو قال أنت وكيل مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

إلى القبول، والقبول غير الرضا، وبدون القبول لا تحقق الوكالة والجعله عرفاً.

ولذا إذا قال له: أنت وكيلى، وقال: لم أقبل، لا يراه العرف وكيلاً.

وعليه فإذا أراد من قيل له التصرف بعد رفضه لم يحق له ذلك بخلاف المأذون، فإذا قال له: أنت مأذون في كذا، وقال: لم أقبل، لم يرفع ذلك إذن الآذن، ولذا قيل في باب الوكالة أنها عقد لها آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافته مخصوصه بين الوكيل والموكل من آثارها سلطته الوكيل على الموكل سلطته مخصوصه ليست هي في المأذون فيه.

وإن شئت قلت: إن الإذن يستند بالآذن، وإن لم يرض المأذون، بينما ليست الوكالة كذلك.

ومن الكلام في الوكالة يعرف وجه كون الجعله عقداً، وليس إيقاعاً وإذناً مجرداً.

وبذلك ظهر ضعف قوله: {ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع دارى، أو قال أنت وكيل} في ذلك، وإذ لا فرق بينهما {مع أن الأول من الإيقاع قطعاً} إذ الإذن لا يحتاج إلى القبول، فإن معناه أن تصرفك ليس ممنوعاً من قبلى فهو مربوط بالإذن فقط، كان اللازم أن يكون الثانى إيقاعاً أيضاً، لأن المساوى لشيء محكوم بأحكامه كما هو بديهي، وإنما ظهر ضعف ذلك لأن الإذن رخصه، أما الوكالة فهي إعطاء سلطته، والأول لا يحتاج إلى القبول، أما الثانى



فيحاجه إليه، لأنه إذا لم يتحقق الأخذ لم يتحقق الإعطاء، فهو فعل قائم بالطرفين، ولذا اختلفت آثارهما.

قال في المستمسك: الفرق بين الأمرين ظاهر، فإن الوكيل كأصيل، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبه، والمأذون في الأداء ليس كذلك، وأيضاً فإن الوكيل تجوز مطالبته في الوفاء ومخاصمته، والمأذون ليس كذلك، وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكاله فلا- يكون وكيلاً والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الأذن، والوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكاله ويرد الإيجاب فلا- يكون وكيلاً والمأذون ليس كذلك، والوكاله المعلقه باطله بخلاف الإذن، والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل، وليس كذلك المأذون، ومن ذلك تبين أن الوكاله قائم باختيار الوكيل، وتتوقف على قبوله، وليس كذلك الإذن، انتهى.

أقول: ما ذكره من الآثار، وإن كانت بعضها محل مناقشه، إلا أن جملة منها مما دل عليه العقل وقرره الشرع بالإمضاء، وبعضها مما دل عليها الشرع بنفسه، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الوكاله.

ولو تنازعا في الإذن والوكاله، كان من التداعى، لأنه لا أصل في أحدهما، وإن كان الأصل في بعض الآثار يقتضى أثر الوكاله عدم جواز التصرف إذا رد ما قال له، بدون أن يدرك أنه إذن له أو وكله، وفي بعض الآثار يقتضى أثر الإذن كأصالة عدم نفوذ التصرف بعد سحب ما أعطى أو أذن، وإن كان النفوذ مقتضى الدليل إذا كانت وكاله.

الثانى: التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور، لكن الأقوى عدم اعتباره كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين.

وعليه، فلو شك المعطى له بينهما كان عليه أن يرتب الأثر الموافق للأصل، ولزوم التفكيك بين المتلازمين فى الأحكام الشرعية غير عزيز، كما لا يخفى.

{الثانى: التنجيز}، ذكره هنا غير واحد، وسكت عن ذكر هذا الشرط آخرون، ولعل الساكت هنا اكتفى بذكره فى بعض الكتب الأخرى.

مثلاً الشرائع والقواعد سكتنا عن ذكر هذا الشرط فى الحوالة، مع أنهما ذكراه فى بعض الكتب الأخرى، ولذا أشكل فى هذا الشرط هنا غير واحد، وإن جعله بعضهم أحوط.

{فلا تصح} الحوالة {مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور} فقد ادعوا الإجماع على عدم صحة التعليق فى العقود والإيقاعات، ولعل الذين لم يذكروه هنا اكتفوا بذكوره فى غير المقام.

{ولكن الأقوى عدم اعتباره، كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين} وهذا هو الأقرب، ولذا سكت عليه ابن العم والبروجردى وغيرهما، وإن جعل الاشتراط الوالد أقوى، والجمال الصحيح.

وقال المستمسك: العمده فى اعتباره الإجماع المدعى على اعتباره فى كليه العقود الذى لا مجال لرفع اليد عنه، بعد دعواه من الأساطين وتلقى الباقيين له بالقبول، وإلا فلم يذكر هذا الشرط هنا فى جملة من الكتب.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال، وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى، وحينئذ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل، لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان

{الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا- إشكال} قال فى مفتاح الكرامه: إنه حكى عليه الإجماع فى التذكرة والمسالك والروضه والمفاتيح والكفایه. ونفى عنه الخلف فى مجمع البرهان والرياض، وفى الغنيه الإجماع على الأول، ونفى الخلاف عن الثانى، إلا من داود، ومراده بين المسلمين، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر.

{وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى} فإنه تصح حواله وإن لم يرض المحيل.

{وحيئنذ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل} وهذا هو المحكى عن التذكرة والمسالك والروضه والحدائق، لكن فى المسالك زياده: فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره، انتهى.

لكن فى صحه كون هذه حواله {لا وجه له} عند المصنف وآخرين {إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان} ولذا قال فى الجواهر: فيه

إمكان منع صحه هذه الحواله، لعدم إطلاق فى نصوص المقام يتناولها، و(أفوا بالعقود) إنما يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع والصلح والحواله ونحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

ثم استدل بالإجماع على اشتراط رضى المحيل، وبالاتفاق على أن المحيل والمحتال من أركان العقد، لعدم اختلاف أركان عقد الحواله، وأشكل عليه المستمسك بأن التعارف لا يقيد الإطلاق، ولو بنى على ذلك لزم تأسيس فقه جديد.

أقول: ما ذكره المستمسك تام، لكن لا يكفى فى رد الجواهر إلا بعد إثبات أن هذا القسم حواله متعارفه، فيشمله دليل الحواله، إن كان هناك إطلاق فى دليل الحواله، أو المناط فى جزئيات الحواله الوارده فى النصوص، حيث يفهم منها أن الشارع أمضى الحواله المتعارفه، والذى منه ما استثناه الجماعه فهما بالمناط، أو يقال كما تقدم منا غير مره أن الشىء لو كان داخلاً فى مفهوم عرفى يشمله (أفوا بالعقود) بذلك العنوان، لا بعنوان عقد جديد، فإذا قال العرف: إنه حواله، وشمله (أفوا بالعقود) كان حواله شرعاً أيضاً، لا عقداً جديداً.

وحيث يتم الثانى والثالث أى المناط وشمول (أفوا) لا بد من ملاحظه هل أن العرف يراه حواله أو لا، والظاهر العدم، فلا يقول الدائن: إن لى حواله، ولا- يقول المحال عليه: إن على حواله، وعليه يتم قول المصنف، ولذا سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، أمثال الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

ومنه يعلم وجه النظر فى إجماع الجواهر واتفاقه، الذين استشهد بهما لمطلبه

حيث إنه كيف يمكن دعوى الإجماع مع خلاف مثل هؤلاء الأساطين.

وكيف كان، فهل ما ذكره المصنف من أنه ضمان هو الصحيح، أو ليس ضماناً أيضاً، بل نوع عقد جديد، كما استظهره المستمسك قائلاً: إن ما ذكره المصنف يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما فى ذمه إلى ذمه كما ذكره الأصحاب.

أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور، وإن كان التعهد من لوازمه، وحينئذ لا بد من الرجوع فى تصحيحه إلى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) ونحوه، وعليه فلا يختص بصوره ما إذا كان المحال عليه بريئاً، بل يجرى فى غيره، فليس وفاءً من مال المحيل وإنما من مال المحال عليه، ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله، انتهى.

أقول: الظاهر كونه ضماناً، لأنه هو الذى يفهم العرف فيقال ضمن فلان دين المحال، فإنه لا اعتبار عندهم بالألفاظ بل بالواقعات ولذا يلزم، وإلا كان وعداً فقط.

ثم إن كلام المستمسك أخيراً وإن كان فى نفسه صحيحاً، إلا أنه ليس وارداً على التذكرة وغيره ممن شرطوا فى صحه هذه الحواله المستثناه، صحه الحواله على من لا- دين عليه، إذ مرادهم أن مثل هذه الحواله خارجه من كيس المحال عليه لا كيس المحيل، واشترطهم صحه الحواله على البرىء للإفاده ذلك، لا أنه لا تصح مثل هذه الحواله على المديون، لوضوح أن وجود الدين على المحال عليه للمحيل وعدم وجود الدين سواء من هذه الجبهه.

وكيف كان، فكون ما ذكره هو الضمان لا العقد الجديد هو الظاهر من المعلقين.

ص: ٢٤٢

وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه

الساكتين على المصنف أمثال الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وغيرهم.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان المحيل هو المحال أو الأجنبي، كما إذا قال المحال للمحال عليه: أحلت ديني عليك، فقال: قبلت، أو قال الأجنبي للمحال عليه: أحلت دين المحال عليك، فقال: قبلت، فإنهما نوع ضمان، لأن المحال عليه قبل بالدين الذى على غيره، سواء كان لذاك الغير دين على المحال عليه أو لم يكن له دين عليه، والله سبحانه العالم.

{أو كذا} يشترط الرضا {من المحال عليه إذا كان بريئاً}، قال فى مفتاح الكرامه: وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور، كما فى المختلف والمهذب البارع والمتقصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه والمفاتيح، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، ونسبه إلى علمائنا فى المختلف، ونسب الخلاف فى كشف الرموز إلى التقى.

{أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه} نقل فى الجواهر عن التنقيح أنه قال: إن اعتبرنا شغل الذمه والحواله بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً، قال: وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً، نعم هو كذلك فى سابقه، أى الحوالة على البرىء، بناءً على صحتها، كما اعترف به غير واحد من الأفاضل.

وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف

أقول: وذلك لتسلط الناس على أموالهم ودممهم (1)، فلا حق لأحد أن يحول على البرىء.

نعم إذا رضى فقد أباح بنفسه التسلط على ذمته وماله، كما لا يحق لأحد أن يبدل ماله بمال غيره إلا برضاه، فلا يحق للمحيل أن يحول المحتال بغير جنس ما على المحال عليه، فإنه كان مشغول الذمه بشيء خاص فاشتغال ذمته بدون رضاه بجنس آخر خلاف سلطنته، فهو كما إذا أحال دائته الذى يطلبه الدنانير إلى مديونه الذى يطلبه شيا، بأن يأخذ منه شيا بدون رضى المحتال، فكما أنه خلاف دليل سلطنته المحتال، كذلك إذا أحاله على أن يأخذ منه دنانير، فهو خلاف سلطنته المديون المحال عليه.

{وأما إذا كانت} الحوالة {بمثل ما عليه ففيه خلاف} هل يعتبر رضى المحال عليه أم لا، فالمشهور اعتبار رضاه، وعن الأردبيلي لم يظهر فيه مخالف، وعن التذكرة والمختلف الإجماع عليه.

لكن عن أبى الصلاح عدم اعتبار رضاه، وعن المختلف الميل إليه، ومر المحكى عن المقتصر والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضه وغيرهم، فراجع كلماتهم فى مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما.

استدل المشهور: بأن الأصل بقاء الحق فى ذمه المحيل بعد أن لم يرض المحال عليه بالحواله.

وبأن المتيقن من صحه الحواله ما إذا كان المحال عليه

ص: ٢٦٤

راضياً.

وبأن نقل المال من ذمه المحيل إلى المحال عليه تابع لرضاه، فإنه كيف يتصرف المحيل في ذمه المحال عليه بدون رضاه.

وبأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبهه المحيل والمحتال في اعتبار رضاه.

وبأن الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهوله وصعوبه، وقد لا يريد المحال عليه أن يكون طرف المحتال، بينما كان راضياً أن يكون طرف المحيل، فهو كما إذا باع زيد داره لعمره ولم يرد أن يكون القابض لها إلا نفس عمرو ولا وكيله، حيث إن عمرواً لين العريكة حسن الاقتضاء بينما وكيله بذىء اللسان شديد الاقتضاء يكرهه الناس، حتى أنه إذا كان هو المقتضى للبيع لم يبعه البائع.

وبالإجماع المتقدم كما في الجواهر.

واستدل غير المشهور الذين لم يشترطوا رضی المحال عليه، بإطلاقات الحوالة، بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للاحتياج إلى رضی من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه، كذا في المسالك.

وبأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في قبض دينه، فلا وجه لاعتبار رضی المقبوض منه.

وبأن الحوالة إيفاء بماله الذي في ذمه المحال عليه.

وبأن الحوالة بمنزله توكيل المحال عليه في وفاء دينه.

أقول: قد يكون الوسط وكيلاً في قبض حق الأول عن الثالث، وهذا لا يعتبر فيه رضی الثاني، لكنه ليس من الحوالة في شيء، إذ الحوالة عبارته عن نقل ما في ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فتبرأ ذمه المحيل، وقد ادعى في المسالك الاتفاق على أن الحوالة نقل ما في ذمه إلى ذمه أخرى.

ص: ٢٤٥



ولا- يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذى لى عليك، فلا يعتبر رضاه فإنه بمنزله الوكيل فى وفاء دينه، وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءه ذمه المحيل بمجرد الحوالة بخلاف ما إذا وكله فإن ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء

وفى باب الوكاله لا يشترط رضى المديون للأصل وغيره مما تقدم فى دليل المشهور.

وقد يكون الوسط محتالاً بأن ينقل المحيل ما فى ذمته إلى ذمه المحال عليه فيبرأ ذمه المحيل عن دين المحتال وتبرأ ذمه المحال عليه عن دين المحيل، وتشتغل ذمه المحال عليه إلى دين المحتال، وهذا يلزم فيه رضى المحال عليه لأنه تصرف فى ذمته من قبل المحيل، وهو خلاف الناس مسلطون على ذمهم، ولذا كان مقتضى القاعده مع المشهور.

وقد وافق غالب المعلقين المشهور، وإن سكت السيد الوالد وبعض آخر على المتن، مما يدل على تصديقهم لتفصيل المصنف حيث قال: {ولا- يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذى لى عليك، فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزله الوكيل فى وفاء دينه} وحيث يلزم على المديون الوفاء لم يفرق بين أن يؤدى الدين إلى الأصيل أو الوكيل فلا حق له فى الامتناع.

{وإن كان} فرق بين الوكاله والحواله فالمقام هو {بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءه ذمه المحيل بمجرد الحواله} بينما الوكاله ليست كذلك.

ولذا قال: {بخلاف ما إذا وكله فإن ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء}

وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذى له عليه على نحو الحوالة على البرىء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده، وقد يعلل باختلاف الناس فى الاقتضاء فلا بد من رضاه، ولا يخفى

إذ لم ينتقل المال للوسط من ذمه الموكل إلى ذمه أخرى {وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذى له عليه} فيكون المقام {على نحو الحوالة على البرىء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده} لكن هذا التفصيل ضعيف، ولذا أشكل عليه الساده ابن العم والبروجردى.

قال الأول: لا يبعد اعتبار رضاه، ولا محصل لهذا التفصيل.

وقال الثانى: الأحوط للمديون قبول الحوالة فى هذه الصوره.

وقال الثالث: لا محصل لهذا التفصيل، فإنه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشره دنانير وأحال زيدها عليه بعشره دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه فى ذمته، سواء قيده بكونه له فى ذمته أو أطلقه.

وقال فى المستمسك: إن جعله بمنزله الوكيل فى الاستيفاء ينافى كون الحوالة نقلاً، فالمصنف جمع بين دعويين متنافيين.

ثم إن بعض أدله الطرفين وإن كانت مخدوشه كما لا يخفى، إلا أنك قد عرفت أن مقتضى القاعده مع المشهور.

{وقد يعلل} كلام المشهور كما فى المسالك ومفتاح الكرامه وغيرهما {باختلاف الناس فى الاقتضاء، فلا بد من رضاه} كما سبق توضيحه {ولا يخفى

ضعفه، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه.

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً

ضعفه { إذ ذلك ليس دليلاً شرعياً {وإلا} نقض بموارد كثيره، مثلاً {لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه} كما ذكره في كتاب الدين، ولزم أن لا يصح إرسال الوكيل للاقتضاء ديناً كان أو عيناً، ولزم أن لا يصح الأمر فيما انتقل حق الاقتضاء إلى الوصي أو الولي أو المولى عليه، إلى غير ذلك، مع أنه لا إشكال لأحد فيها.

{الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل} نقل هذا الشرط في مفتاح الكرامه عن المبسوط والشرائع والتذكرة والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير، وعن الكفايه نسبه إلى الشهره، وفي مجمع البرهان نقل عن بعضهم حكاية الإجماع عليه، وعن التحرير لو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعاً.

{سواء كان مستقراً أو متزلزلاً} كما صرح جملة منهم بذلك، واستدل له بأن موارد الحواله في الروايات في المال الثابت في الذمه، فالتعدى إلى غيره مع عدم العلم بالمناط غير تام، وبأنه مقتضى التحويل عرفاً، وهو الذى أمضاه الشارع، إذ الحواله عرفاً نقل ما في ذمه إلى ذمه، فهو يتوقف على وجود شيء في الذمه.

وإنما عممنا الامر إلى المتزلزل، لأن التزلزل لا يضر بالثبوت في الذمه، كما إذا اشترى بالخيار، فإن المال ثابت في ذمه المشتري لكن بتزلزل، فإذا حول البائع إلى مديون له صحت الحواله.

فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحواله بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور، لكن لا يبعد كفايه حصول السبب كما ذكرنا في الضمان

{فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه، كمال الجعالة قبل العمل} فإن سبب الاستحقاق الجعل، وقد حصل.

{ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق}، والنصف الثاني من الصداق المتوقف على الدخول، وكالجرح إنساناً حيث أشرف على الموت/ مما يوجب عليه الديه، إلى غير ذلك.

{أو لم يوجد سببه أيضاً كالحواله بما يستقرضه} أو يشتريه أو بمهر بعد أن يتزوج في المستقبل أو ما أشبه ذلك {هذا ما هو المشهور} كما عرفت، بل قد تقدم نقل الإجماع عليه.

قال في مفتاح الكرامه بعد نقل الشهره عن الكفايه كما تقدم: ولعل نسبته إلى الشهره، لعدم تعرض جماعه كثيرين له، ولعل السر في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحواله، قال: وفي الحدائق حكايه على البت وهو منه عجيب، انتهى. ولعل المصنف نسبه إلى الشهره لا الإجماع لذلك.

{لكن لا يبعد كفايه حصول السبب كما ذكرنا في الضمان} إذ أراد بذلك الحواله بمعنى الالتزام والتعهد، كما قاله الوالد في تعليقه حيث قال: لو تم ذلك لكان من باب الالتزام والتعهد لا الحواله، انتهى.

بل لا يبعد الصّحه فيما إذا قال: أقرضنى كذا وخذ عوضه من زيد، فرضى ورضى زيد أيضاً، لصدق الحواله

تم ما ذكره، لكنه ليس من هذا الباب.

وإن أراد الحواله المصطلحه ذات الأحكام الخاصه، فيرد عليه ما ذكره غير واحد من المعلقين كالساده البروجردى والحكيم والجمال وغيرهم من تقويه قول المشهور، لأنه إذا لم يكن دين على المحيل لم تتحقق الحواله العرفيه حتى تشملها الأدله الشرعيه، إذ الحواله عرفاً عباره عن نقل المحيل ما فى ذمته إلى ذمه المحال عليه، والمفروض أنه لا دين فى المقام، فتأمل.

ومنه يعلم حال فرضه الثانى الذى عنوانه بقوله: {بل لا يبعد الصّحه فيما إذا قال: أقرضنى كذا وخذ عوضه من زيد، فرضى} المقرض {ورضى زيد أيضاً لصدق الحواله} إن أراد صدقها بتوسعه، فذلك لا يصحح موضوع الحواله العرفيه والشرعيه، فهو مثل صدق البيع والتجاره والاشتراء والشراء فى قوله سبحانه: (فاسْتَبْتِرُوا بَيْنِعَكُمْ) (١)، و(تِجَارَةٌ لَنْ تَبُورَ) (٢) و(إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى) (٣) و(الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا) (٤)، ومثل صدق النكاح فى الوطى واللواط بما دون الدبر، وغير ذلك من الألفاظ الصادقه مجازاً على غير حقائقها المتبادره منها، وان أراد صدقها حقيقه، ففيه إنه إذا

ص: ٢٧٠

١- التوبه: الآيه ١١١

٢- فاطر: الآيه ٢٩

٣- التوبه: الآيه ١١١

٤- النساء: الآيه ٧٤

وشمول العمومات، فتفرغ ذمه المحيل وتشتغل ذمه المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر

لم يكن دين لم يصدق حقيقه، ولذا يصح السلب فيقول المحال عليه: علينا حوالة، إذا تحقق قرضه، مثل قوله: (علينا دين) إذا تحقق الزواج من جهة مهر الزوجه، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{و} عليه فلا {شمول} لـ {العمومات}، ومنه يعلم الحال في التفريع بقوله: {تفرغ ذمه المحيل وتشتغل ذمه المحال عليه بعد العمل} في الجعالة والسبق والرمايه {وبعد الاقتراض} فإنه إذا كان معنى أقرضنى إلخ، أن العوض يؤخذ من زيد، لم يكن انتقال دين، فلا يتحقق التحويل والتحول حتى يصدق الحوالة، إلا إذا قيل بصحة العقد المعلق، والله سبحانه العالم.

{الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا} كيفاً وكماً {للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور}، قال في مفتاح الكرامه: نبه على هذا الشرط المبسوط والخلاف، وبه صرح في الشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير، بل قال في الأخير: إجماعاً، وفي مجمع البرهان: لعله لا خلاف في الاشتراط، وفي جامع المقاصد والكفايه: إن المشهور اشتراط علمهم بالقدر.

ثم قال السيد: لم نجد المخالف، وإنما احتملت الصحة مع الجهل، في

ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره، على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن

التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً، إلا أن نقول: إن الخلاف يفهم من الوسيله والغنيه وغيرهما، حيث لم يذكروا هذا الشرط فيها.

أقول: وعن النهابة الإجماع عليه، وقد أيد المشهور السيدان ابن العم والجمال، وإن سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردى، وكذا اختلف سائر المعلقين بين مؤيد لهم أو له (للغور)، وذلك لما تقدم في جملة من الكتب من أن حديث نفي الغور (١١) مروى عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) بطرقنا وطرقهم والعمل به صحيح، وإن كان طريقنا ضعيف السند، فإشكال المستمسك في المستند محل إشكال.

{ويمكن أن يقال بصحته} إذا كان الجهل لا- يوجب غرراً عرفياً، إذ لا- تلازم بين الأمرين، فإذا كان الدين بين دينار ودينار ونصف لا يسمى غرراً عرفياً وإن كانت جهاله، وكذا إذا لم يعلم أن المنّ المطلوب هل هو حنطه أو شعير مثلاً.

أما ما ذكره المصنف من إمكان صحته {إذا كان آثلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره} يعرفانه إذا راجعاه {على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين} كما أو كيفاً، لا أن يكون أصل الدين وجوداً وعدمًا مجهولاً، إذ الكلام

ص: ٢٧٢

بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينه وثبت خذه من فلان، نعم لو كان مبهماً كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك على خذ من فلان، بطل

فى الجهل بهما لا بأصله.

{بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتقين} كما إذا تردد بين الخمسه والعشره، فإن الأصل البراءه من الزائد، أو بعد إمكان الوفاء، كما إذا علم أنه يطلب زيداً أو عمرواً ديناراً، ويطلب الآخر دينارين، وكلا المحيل والمحال لا يعلم قدر طلبه من هذا ومن ذاك، فإذا أحلاه صحت مع الجهل بالقدر وعدم الأول إلى العلم.

{بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينه وثبت خذه من فلان} إلى غير ذلك من الأمثله ففى إطلاقه نظر.

لأنه إذا كان فى شىء من ذلك الغرر لم يصح لما عرفت، وإن لم يكن غرر صح.

ولم يعلم هل أن المصنف لا يعتبر عدم الغرر لضعف سنده، أو يعتبره ولكن يرى أنه لا غرر فى أمثال المقام، فإن كان الأول فقد عرفت ما فيه، وإن كان الثانى ففيه: إن الأول لا يوجب رفع الغرر حين المعامله، وذلك هو المناط وإلا لصح أن يقول له: بعثك ما فى هذه الغرفه، وكلاهما لا يعلم بما فيها، لكنهما يعلمان به بعد فتح بابها.

{نعم لو كان مبهماً، كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك على خذه من فلان، بطل} علله فى المستمسك بأن المبهم المردد لا مطابق له فى الخارج إذ كل ما فى الخارج



وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان،

متعين غير مردد، وإذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع أن يثبت لم حكم شرعى يترتب عليه عمل.

وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

لكن مقتضى القاعده الصحه فيما إذا لم يكن غرر عرفاً، وذلك للمناط في الحواله الوارده في الروايات وللعموامات، بعد أن لم يكن مانع من غرر ونحوه، كما إذا كان الدائن يطلب زيداً عشره دناينر ومائه درهم، وهما معادلان، فقال له المدين: خذ أحدهما من المحال عليه، فإنه لا غرر عرفاً.

وما استدل به فى المستمسك له أشبه بالأأمور العقلية، إذ المعيار فى الموضوعات المترتبه عليها الأحكام العرفيات كما قرر فى محله، والعرف لا يشك فى أن المولى إذا قال لعبده: أحد الدارين لك، أو لك حق أن تسافر أحد سفيرين، أو تزوج إحدى الفتاتين أو ما أشبهه، لم يكن فيه محذور.

وكذا فى المقام إذا لم يكن دليل خاص أو كان غررياً.

وكذا فى كل المعاملات والإيقاعات، ولذا صح مثل ذلك فى باب إبقاء الزوجه فىمن أسلم عن أكثر من أربع، وفى باب الطلاق، إلى غير ذلك.

{وكذا لو قال: خذ شيئاً من دينك من فلان} للإبهام الموجب للغرر.

أما إذا كان من قبيل ما لو أوصى بشيء أو جزء أو كثير أو ما أشبهه، كما قالوا فى باب الوصيه، فمقتضى القاعده الصحه إذا قلنا إنه لا خصوصيه لباب الوصيه، وإلا أشكل للغرر، ولذا سكت على المتن كافة المعلقين وقرره المستمسك.

هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري، أمكن الحكم بصحته، لعدم الإبهام فيه حينئذ.

{هذا ولو أحال الدينين} بأن قال: خذ أحد الدينين {على نحو الواجب التخييري، أمكن الحكم بصحته} وذلك {لـ} عموماً الأدله بعد {عدم الإبهام فيه حينئذ}، وقد قرره على ذلك السيدان الوالد وابن العم، وقال السيد البروجردى: فيه تأمل، وقال السيد الجمال: لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذى صرح ببطلانه، والمستمسك قرر الفارق قائلاً: يفترق الواجب التخييري عن المردد أن المردد لا- يكون موضوعاً لحكم شرعى، لعدم المطابق الخارجى له، والواجب التخييري يكون موضوعاً للوجوب التخييري، وله مطابق خارجى، فإن الوجوب التخييري ليس قائماً بالمردد بين الخصال، وإنما قائم بكل واحده من الخصال، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحده من الخصال، وكذلك الوجوب الكفائى، إلى أن قال: فإذا تعلق الحواله بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعاً، فإذا وفى أحد الدينين بطلت الحواله بالنسبه إلى الآخر ولم تقتض وفاءه، انتهى.

أقول: فى مقام الخارج لا- يوجد إلا- الفرد، وفى مقام الذهن يوجد الفرد المردد، كما يوجد الجامع بين الفردين، ولا بد فى الواجب الكفائى والتخييري ملاحظه مقام الذهن، وهما سواء من هذه الجهه، فالفرق بين المردد والجامع غير ظاهر الوجه، والقول بأن المردد لا خارج له بخلاف التخييري والكفائى غير تام، فالقول بصحة كليهما هو مقتضى القاعده.

السادس: تساوى المالىن، أى المحال به والمحال عليه، جنساً ونوعاً ووصفاً، على ما ذكره جماعه، خلافاً لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عاماً إلا أن مرادهم بقريته التعليل بقولهم تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به

{السادس: تساوى المالىن، أى المحال به والمحال عليه، جنساً ونوعاً ووصفاً} مثل كون كليهما حباً وحنطهً وبغداديةً، مع وضوح عدم الحاجة إلى ذكر الثلاثه، ولذا اقتصر فى الشرائع إلى ذكر الجنس والوصف {على ما ذكره جماعه} كالشيخ وابن البراج وابن حمزه {خلافاً لآخرين} كالعلامه والشهيدين.

وقال فى الشرائع: ويشترط تساوى المالىن جنساً ووصفاً، تفصيلاً عن التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه، وفيه تردد.

قال فى الجواهر: وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضى مستقلة أو وفاءً للأدله الخاصه التى لا تشتمل الحواله قطعاً، وإن كان لها حكم الوفاء فى بعض الأحوال دون بعض.

{وهذا العنوان} تساوى المالىن {وإن كان عاماً} يشمل الحواله على المديون والحواله على البرىء، {إلا أن مرادهم} خصوص الحواله على المديون، وذلك {بقريته التعليل} فى كلماتهم لهذا الشرط {بقولهم تفصيلاً من التسلط} للمحيل والمحتال {على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به} وهو خلاف تسلط المحال عليه على ذمه نفسه.

إذ لا- يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، فيما كانت الحوالة على مشغول الذمه بغير ما هو مشغول الذمه به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم

{إذ لا- يجب عليه أن يدفع إلا- مثل ما عليه، فيما كانت الحوالة على مشغول الذمه بغير ما هو مشغول الذمه به} (فيما) متعلق {بمرادهم}، و(بقريته) إلى (ما عليه) جملة معترضه دليلاً على مرادهم، وإنما كان مرادهم ذلك بقريته قول جماعه منهم كالعلامه فى القواعد، قال: وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأى، انتهى.

مما يظهر منه أن موضع الخلاف كون ما حوله المحيل مخالفاً لما للمحيل على المحال عليه، ومراده (برأى) ما أظهره فى مفتاح الكرامه من أنه رأى المبسوط فى موضع منه، والتذكره والتحرير والحواشى واللمعه والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح.

{كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم} فالمحتال له على المحيل دراهم ويطلب المحيل من المحال عليه دنانير فيقول المحيل للمحتال: اذهب وخذ دراهمك من المحال عليه، والحال أن المحيل لا يطلب من المحال عليه إلا الدنانير.

ولا يخفى أن هذا هو محل الكلام، لا عكسه، وهو أن يكون التبدل فى مال المحتال، كأن يطلب المحتال من زيد دراهم، فيقول له: اذهب وخذ عوض دراهمك دنانير.

إذ الصور المتصوره أربع، لأنه إما لا تبدل، أو تبدل عند كليهما المحتال والمحال عليه، كأن يقول لمن يطلبه دنانير: اذهب وخذ دراهم ممن

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم لى عليه شياه، أو تبدل عند المحتال فقط، أو تبدل عند المحال عليه فقط، وكلام المصنف هنا فى الرابعه.

{فلا يشمل} كلامهم {ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير} فإنه خرج بالقيد الأول حيث قال: (على مشغول الذمه)، هذا بالإضافة إلى أنه صار التبدل عند المحتال، لا عند المحال عليه.

{أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم}، الظاهر أن فى العبارة نوع التواء، واللازم أن تكون هكذا (بأن يأخذ بدل ماله غيره) إشاره إلى كون التبدل لدى المحتال، وقد أوجز مفتاح الكرامه معنى كلامهم بقوله:

إن الحواله تتصور على وجهين:

الأول: أن يكون على المحيل لزيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير، والحال أن له على عمرو دنانير.

والثانى: أن يحيله على عمرو الذى ليس له عليه إلا الدنانير بدراهم، وهذا هو الذى فرضوا النزاع فيه، انتهى.

أقول: أما فى فرض المفتاح فالظاهر صحته، لأنه إذا تراضى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التى للمحتال فى ذمه المحيل إلى الدنانير، وصار الدين دنانير جاز التحويل حينئذ، وكان تحويل لما ثبت فى ذمه المحيل بعد قبول المحتال، لكن الكلام فى أنه هل نفس الحواله بذلك وقبول المحتال كاف فى لزوم هذا التحويل، حتى إذا لم يدفع المحال عليه صار طلب المحتال

ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن، فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس، والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه

من المحيل غير ما كان طلبه سابقاً، أو لا يلزم هذا التحويل، وإنما يكفي لأنه عقد عرفاً، فيشمله (أوفوا بالعقود)، أو لا يلزم لأنه لا يسمى عقداً.

نعم إذا أخذ المحتال من المحال عليه غير طلبه لزم، لأنه من قبيل المعاطاه، وقد ذهبنا إلى لزوم المعاطاه في باب البيع، خلافاً للمشهور بينهم، وقد ذهب المستمسك إلى اللزوم مع تردد فيه، قال: ولعل إنشاء الحوالة كاف في حصول هذا التحول، ومن الكلام في صورتين \_ أي كون التبدل لدى المحتال أو لدى المحال عليه \_ ظهر الكلام في الصورة الثالثة، وهي ما إذا كانت التحول لذيهما معاً، فإنه يلزم بالنسبة إلى المحتال \_ إذا قلنا بكلام المستمسك \_ ولا يلزم بالنسبة إلى المحال عليه.

{ولعله} أي ما كان التبدل عند المحتال إنما لم يكن فيه خلافهم {لأنه وفاء بغير الجنس برضى الدائن} حيث إن الدائن المحتال قبل أن يأخذ بدل حقه شيئاً آخر من المحال عليه، والحق لا يعدو المحيل والمحتال.

ثم لا يخفى أن قوله: (وفاء) فيه تسامح، إذ الحوالة ليست وفاءً، بل هي نقل وتحويل لما في ذمه إلى ذمه أخرى كما تقدم.

وكيف كان {فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس} هل يصح أو لا يصح، {والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه} في قولنا (تفصياً) {من أنه} {المحال عليه} {لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه} فكيف يلزمه بالحوالة

وأيضاً الحكم على خلاف القاعده، ولا إطلاق في خصوص الباب، ولا سيره كاشفه، والعمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه، ووجه الصحه أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى

أن يدفع غير ما عليه، فإنه مستلزم لتسلط المحيل على ذمه المحال عليه، مع أن المحال عليه هو وحده مسلط على ذمته.

{وأيضاً الحكم على خلاف القاعده} كما ذكره الجواهر، فإن تبدل ما على المحال عليه إلى غيره بدون رضاه الأصل عدمه، حتى وإن لم تكن قاعده السلطنه.

{ولا إطلاق في خصوص الباب} باب الحواله حتى يرفع الأصل {ولا سيره كاشفه} عن تقرير المعصوم (عليه السلام) حتى تقوم قبال الأصل، {والعمومات} مثل: (أَوْفُوا) (١) ونحوه {منصرفه إلى العقود المتعارفه} لأن الشارع لم يغير العقد إلا نادراً، فالمرجع فيها العرف، وليس هذا يراد به لزوم أن يكون العقد في زمان الشارع حتى يرد عليه عدم تماميه ذلك، كما تقدم الكلام مناهيه، بل المراد لزوم أن يكون عرفياً، سواء كان قديماً أو حديثاً، ولذا صححنا عقد التأمين ونحوه.

{ووجه الصحه} لمثل هذه الحواله بغير الجنس الذي على المحال عليه {أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى}

ص: ٢٨٠

ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لى عليك من الدينانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم من الدينانير التى عليه، وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدينانير فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير مع رضى المحال عليه، كما قيده به الساده الوالد والبروجردى وغيرهما.

وقال فى المستمسك: إذ الإشكال المشار إليه فى الشرائع لا مجال له مع التراضى، لأن التسليط يكون بسلطنته، انتهى.

لكن ربما يقال: إنه بمجرد قبول المحال عليه لم يحصل وفاء، فليس إلا وعداً منه بالتبديل والوعد ليس واجباً، فهو كما إذا قال البائع: اتنى أبع لك البضاعه، فله أن لا- يبيع، ولذا احتاط بعض المعلقين بقلب ما على المحال عليه بناقل شرعى بالجنس ثم الحواله، فتأمل.

{ثم لا- يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لى عليك من الدينانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم} مع اعتبار أن تكون تلك الدراهم {من الدينانير التى عليه} حتى إذا أعطى عشره دراهم نقص من دين المحال عليه دينار مثلاً.

{وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدينانير} كما إذا نسى المحيل أن له على المحال عليه دنانير، أو ما أشبه النسيان، فأحال عليه بدراهم {فلا ينبغى الإشكال فيه} لأنه لا تبديل عند المحال عليه {إذ هو نظير



إحاله من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، وحينئذ فتفرغ ذمه المحيل من الدراهم وتشتغل ذمه المحال عليه بها، وتبقى ذمه المحال عليه مشغوله بالدنانير، وتشتغل ذمه المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك، ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصوره الأولى، لا ما يشمل هذه الصوره أيضاً، وعلى هذا فيختص الخلاف بصوره واحده وهى ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمه بأن يدفع من

إحاله من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير { مع رضى المحال عليه، على ما تقدم من الحوالة على البريء. }

{ وحينئذ فتفرغ ذمه المحيل من الدراهم وتشتغل ذمه المحال عليه بها { حيث رضى بالحوالة { وتبقى ذمه المحال عليه مشغوله بالدنانير { للمحيل { وتشتغل ذمه المحيل له بالدراهم { حسب الحوالة { فيتحاسبان { المحيل والمحال عليه { بعد ذلك { الأداء، إذ يطلب أحدهما من الآخر دراهم، والآخر منه دنانير. }

{ ولعل الخلاف أيضاً { (أيضاً) أى كما أن الدليل للبطلان { مختص بالصوره الأولى { من باب التبديل { لا ما يشمل هذه الصوره {، أى ما ذكرناه بقولنا: (وأما إذا) إلخ، { أيضاً { لأنها المنصرف من كلماتهم، حيث يريد المحيل التبديل، لا مثل ما إذا كان حوالة على البريء. }

{ وعلى هذا { الذى من (لعل) { فيختص الخلاف بصوره واحده، وهى ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمه { وذلك { بأن { يحوله عليه لكى { يدفع من

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدينانير التي عليه دراهم.

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدينانير التي عليه دراهم { وحيث يأتي في المسألة الآتية أقسام من الحق الذي عليه من العين والمنفعة والعمل، لا- فرق فيما ذكرناه من مورد الاختلاف بين كل الأقسام، والتي منها ما إذا اختلف الوصف وان اتحد النوع، كما إذا كان يطلبه حنطه بغداديه فيحول عليه بحنطه بصريه، وذلك لأن التبديل بينهما أيضاً يحتاج إلى رضى الطرفين المحيل والمحال عليه، أو المحتال والمحال عليه.

ص: ٢٨٣

## مسألة ١ المال المحال به عين أو غيرها

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمه أو منفعه أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة

(مسألة ١): {لا- فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمه} كأن يطلبه المحيل مائة دينار {أو منفعه} كخياطه الثوب {أو عملاً} كأن يخيط ثوباً، والفرق بين المنفعة والعمل أن المنفعة أثر العمل، فقد يطلب المحيل من المحال عليه أن يخيط له ثوباً، وقد يطلب منه خياطه ثوب، فالفرق بينهما كالفرق بين الإيجاد والموجود.

{لا يعتبر فيه المباشرة} إذ لو اعتبر فيه المباشرة على نحو مصب العقد أو القيد لم تصح الحوالة، مثلاً يطلب المحتال من المحيل أن يخيط ثوبه بنفسه، بأن وقع بينهما عقد مصبه ذلك، أو مقيد بمباشرة المحيل، فإنه لا يصح حينئذ حوالة ليخيط ثوبه المحال عليه.

نعم إذا كان بنحو الشرط من المحتال على المحيل صح للمحتال أن يرفع يده من شرطه ويقبل بالحوالة، وكذا في عكس المسألة، كما إذا طلب المحيل من المحال عليه أن يخيط ثوباً للمحيل، فإن كان بنحو المصّب أو القيد لم يصح أن يحول المحيل المحتال بذلك على المحال عليه، إلا بنحو الحوالة على البريء، وإن كان بنحو الشرط صح رفع يده عن الشرط، وحواله المحيل المحتال على المحال عليه.

وعليه فقوله: {لا- يعتبر فيه المباشرة} يراد به ما كان الاعتبار بنحو لا يمكن فيه غير المباشرة، لا مطلقاً حتى يشمل مثل المشروط بالمباشرة بعد رفع اليد عن الشرط.

ولو مثل الصلاه والصوم والحج والزياره والقراءه، سواء كانت على البرىء أو على مشغول الذمه بمثلها

{ولو مثل الصلاه والصوم والحج والزياره والقراءه} مما كان الغرض منه الثواب والأجر الأخرى {سواء كانت على البرىء أو على مشغول الذمه بمثلها} لإطلاق الأدله.

قال فى الجواهر: بل لا يبعد إن لم يكن إجماعاً جواز الحواله بالأعمال على البرىء، أو على مشغوله الذمه للمحيل بمثلها، بناءً على أنها بحكم المال، بدليل وقوعها ثمناً للمبيع، وعوضاً للخلع، ومهراً فى النكاح، من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره، وحينئذ فيصح إحاله مشغول الذمه بقراءه القرآن وزياره أو صلاه أو حج أو غير ذلك على برىء، أو على مشغول الذمه بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه، انتهى.

أقول: لا- إجماع فى المسأله، كيف ولم يتعرض لها غير واحد ممن وجدتهم من الفقهاء، أما المعلقون كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم سكتوا على المتن، وقد ورد جعل سوره من القرآن مهراً كما ذكر فى باب النكاح.

وقوله: (الثواب وغيره) مراده بالغير ما كان لحاجه، لا- لصرف الثواب، وإلا- فالثواب \_ أى الأمر الأخرى \_ والقربه متلازمان، ومثل هذه الأعمال لابد فيها القربه.

قال فى الجواهر: لكنى لم أجد مصرحاً به، كما أنه لم أجد فى نصوص الحواله ما هو صريح فيه، أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبء والثوب، والقول بعدم الصحة فى القيمى للجهاله ضعيف، والجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها.

أقول: نعم لا- يأتى هنا جمله من المسائل المتقدمه فى المال، مثل الحواله بغير الجنس فيما إذا كان يطلبه صلاه فيحواله إلى من يطلبه صوماً، إلى غير ذلك، مثل صحه العباده على المحال عليه مثل أن يكون مسلماً فى الصلاه والصوم طاهراً، لا مثل الجنب والحائض وهكذا.

{وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبء والثوب} فيما لم يكن الثوب مثلياً، كما صرح بعدم الفرق الشرائع وغيره، وإنما لا فرق لإطلاق الأدله.

{والقول بعدم الصحة فى القيمى} كما عن الشيخ وابن حمزه، بل نسبه الحدائق إلى الشيخ وجماعه {للجهاله}، مثلاً لو كان على المحيل شاه فأحالهها على المحال عليه، يجهل المحال عليه خصوصياتها مما يوجب الغرر، وقد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

{ضعيف و} ذلك لضعف دليله، إذ {الجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها} مما يوجب عدم الغرر عرفاً.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك على الاستدلال، بأن الجهاله لا- تقدح فى الحواله وليس من شرائطها العلم، كإشكاله فى الجواب غير ظاهر الوجه.

والظاهر أن التبدل عند المحال أو المحال عليه جائز فى المثلى على ما تقدم، لو حده الدليل فى كليهما.

ومنه يعلم صحه الحواله فى المثلى بالقيمه، سواء وجد المثلى أو لم يوجد فرضاً.

## مسألة ٢ الحوالة تبرئ ذمه المحيل

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برأت ذمه المحيل وإن لم يبرئه المحتال، والقول بالتوقف على إبرائه ضعيف، والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال

(مسألة ٢): {إذا تحققت الحوالة برأت ذمه المحيل وإن لم يبرئه المحتال} إذا لم يكن المحتال مغروراً، وكان قاصداً إلى مثل هذه الحوالة، خلافاً لما إذا غره المحيل بأن أوهمه أن ذمه المحال عليه تشتغل بالإضافة إلى ذمه نفسه، كأنه من ضم ذمه إلى ذمه، حيث دليل أن «المغرور يرجع إلى من غر» (١) يشمل المحيل حينئذ.

كما أنه إذا لم يكن غرور، لكن المحتال زعم عدم فراغ ذمه المحيل بالحوالة فقبل على ذلك، بحيث كان قاصداً حين عقد الحوالة للحوالة التي هي ضم ذمه إلى ذمه، لم تصح الحوالة، لأن الحوالة الناقله لم تكن مقصوده للمحتال، والعقود تتبع القصود.

نعم إذا قلنا في الحوالة بصحتها عند ضم ذمه إلى ذمه، كما تقدم القول به في الضمان، صحت الحوالة المذكوره ولم تبرأ ذمه المحيل.

{والقول بالتوقف على إبرائه} كما عن نهايه الشيخ وأبي علي والقاضى والحلبى والمقداد استناداً إلى روايه تأتى، {ضعيف و} ذلك لأن {الخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال} لا يمكن العمل به بظاهره، وذلك لابتلائه بالمعارض الأقوى.

ص: ٢٨٧

١- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦

المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضاً

فقد روى زراره فى الصحيح، عن أحدهما (عليهما السلام)، فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك، فقال (عليه السلام): «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع إلى الذى أحاله» (١).

ويؤيده خبران آخران نقلهما المستدرک عن الدعائم (٢).

فقد روى عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه قال: فى رجل كانت له على رجل دراهم فأحاله بها على رجل آخر، فقال: «إن كان حين أحاله أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يأخذ أيهما شاء إذا تكفل له المحال عليه».

وعنه (عليه السلام) أنه قال: «إذا كان لرجل على رجل دين وكفل له به رجلان، فله أن يأخذ أيهما شاء، فإن أحاله أحدهما لم يكن له أن يرجع على الثانى إذا أبرأه» (٣).

والمراد منه القبول لا- اعتبارها { أى الإبراء {بعده} بعد القبول {أيضاً} وإنما نحمله على هذا المحمل لأنه بظاهره معارض بأخبار عمل بها المشهور، فاللازم تأويل تلك الصحيحه بما لا ينافى الروايات المذكوره، وهناك محامل آخر

ص: ٢٨٨

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ٢
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٢٩٨ الباب ٨١ من أبواب الضمان ح ٢
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٢٩٨ الباب ٨١ من أبواب الضمان ح ٢

يأتي ذكر جملة منها.

فقد روى الكليني، عن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه، قال: «لا يرجع أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» (١).

وروى الشيخ عن زراره مثله.

ويأسناده عن أبي أيوب الخزاز، أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) وذكر مثله.

وعن عقبه بن جعفر، عن أبي الحسن (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع إلى صاحبه إذا احتال ورضى، قال (عليه السلام): «لا» (٢).

فإن هذه الروايات لا جمع عرفي بينها وبين الصحيحه السابقه، ولذا قال في المستمسك: حمل هذه النصوص على صوره الإبراء فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيّد بعيد، فإن الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر، ولا سيما وأن اعتبار الإبراء بعيد عن المرتكزات العرفيه جداً، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صوره الإفلاس، انتهى.

ثم إنهم حملوا الصحيحه على محامل، أشهرها ما تقدم من المصنف، وقيل بحملها على ما إذا شرط المحيل البراءه حتى وإن ظهر إفلاس المحال عليه

ص: ٢٨٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ١، الفقيه: ج ٢ ص ١١ ٣١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١١ من أبواب الضمان ح ٣، الفقيه: ج ٢ ص ٦٦



وتشتغل ذمه المحال عليه للمحتال، فينتقل الدين إلى ذمته وتبرأ ذمه المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به

فإنه يبرأ بذلك وإن ظهر الإفلاس أن يقبل المحتال الشرط ويقول: برئت مما لي عليك.

وقيل بحملها على ما إذا ظهر بعد التحويل إفسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل، فإنه لا حق له في الرجوع بعد ذلك.

قال في الجواهر: بل رد هذا القول مضافاً إلى ما ذكرنا، بالإجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، ثم ناقش في الإجماع.

ومما تقدم ظهر أنه يلزم أنه يؤول قوله (عليه السلام) في روايه الدعائم: «فله أن يأخذ أيهما شاء»، إما على إرادته الانضمام مع القول بصحة ذلك، وإما على إرادته أنه إن قبل رجوع إلى المحال عليه، وإن لم يقبل رجوع إلى المحيل.

لكن في المسالك قال: إن بعض العامة جعل الحوالة كالضمان بمعنى الضم، وفساده ظاهر.

{وتشتغل ذمه المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته} نصاً وإجماعاً على ما عرفت {وتبرؤ ذمه المحال عليه للمحيل} فيما كان المحال عليه مديوناً للمحيل {إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به} فإذا كان طلب المحيل مائة وحول إليه مائة برأت ذمه المحال عليه، وإن حول عليه تسعين برأت من التسعين، وإن حول عليه مائة وعشره برأت من المائة وكان بالنسبه إلى العشره من الحوالة على البرىء.

ولا فرق في أن يأخذ المحال عين ما أحيل أو غيره برضايه المحال عليه، وإن لم يرض المحيل بالتبديل، لأن الأمر خرج عن يده.

وتشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

وقد روى الشيخ، عن داود بن سرحان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له على رجل دنانير فأحال عليه رجلاً بدنانير يأخذ بها دراهم، قال (عليه السلام): «نعم» (١).

ورواه الصدوق بإسناده عن البنظي كما في الوسائل (٢).

{وتشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء} وقبل المحال عليه، بلا إشكال ولا خلاف، إذا لم يقصد المحيل التبرع وقبل المحال عليه وإلا لم تشتغل ذمته، لأنه لا دليل اليد ولا الاستهلاك يشمل المقام كما هو واضح.

{أو كانت بغير المثل} ولم يقصد المبادل بين ما عليه وبين ما حوله على المحال عليه، وإلا فإذا قصد المحيل المبادل وقبلة المحال عليه لم يكن وجه لاشتغال ذمه المحيل، وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة تبادل الدين عند المحتال، أو عند المحال عليه.

نعم إذا كانت الحوالة بغير المثل بدون التبدل عند المحال عليه، اشتغلت ذمه المحيل للمحال عليه بمثل ما أحال عليه.

{ويتحاسبان بعد ذلك} فإذا طلب من المحال عليه عشرة دنانير وحول عليه تسعين درهماً، وتحاسباً بقى من طلبه عليه دينار إذا كان كل دينار عشرة دراهم مثلاً، وقد تقدم مسأله التحاسب.

ص: ٢٩١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان ح ١، التهذيب: ج ٢ ص ٦٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان، ذيل الحديث السابق

ثم إن بعض المعلقين أشكل على المتن بقوله: اشتغال ذمه المحيل في الحوالة على البريء بمجرد الحوالة محل منع، والمحقق اشتغال ذمته بعد أداء المحال عليه كما في الضمان، وقد مر أنه مطابق للقواعد، وأما الحوالة على المشغول بغير الجنس، فقد مر منه (قدس سره) أنه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته له، انتهى.

ويرد عليه:

أولاً: إن الحوالة توجب اشتغال ذمه المحال عليه إذا رضى في البريء، فصار المحال عليه مديوناً، وفي قبال صيرورته مديوناً يكون المحيل مديوناً له فلا شأن للوفاء في اشتغال ذمه المحيل، وهذا هو مقتضى إطلاق النص والفتوى، حيث قال (عليه السلام): «لا» في جواب (أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضى) كما في روايه عقبه المتقدمه (1)، والتنظير بالضمان غير ظاهر الوجه، حيث هناك دليل خاص غير موجود مثله هنا.

وثانياً: قد مر الإشكال على المصنف في جعله الحوالة على المشغول بغير الجنس وفاءً فراجع، وسيأتي في المسألة العاشره بعض الكلام في ذلك، ولذا سكت على المتن الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

ص: ٢٩٢

### مسأله ٣ لا يجب قبول الحوالة

(مسأله ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملىء.

(مسأله ٣): {لا- يجب على المحتال قبول الحوالة} بلا- إشكال ولا- خلاف، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنيه والتذكرة وغيرها إجماع المسلمين عليه إلا من شذ، ويدل عليه أنه خلاف سلطنه المحتال على نفسه وماله.

كما أنه لا يجب على المحيل قبوله الإحالة إذا طلب منه الدائن له، لأن وجوب القبول خلاف سلطنته.

نعم للحاكم الشرعى \_ باعتبار أنه الممتنع \_ جبر المحيل على الحوالة إن انحصر وفاء دين المحتال على ذلك، وإن لم يقبل أحاله الحاكم بنفسه.

{وإن كانت} الحوالة {على ملىء}، وينقل عن داود الظاهرى وجوب القبول حينئذ للنبوى: «إذا أحيل على الملى فليحتل».

وفيه: إن ضعف السند واحتمال إرادته القبول استجاباً، مما يؤيده النص والإجماع على العدم، مانع عن العمل به.

(مسألة ٤): الحوالة لازمه، فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كل من الثلاثه، نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز

(مسألة ٤): {الحوالة لازمه، فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كل من الثلاثه} المحيل والمحتال والمحال عليه، وهذا هو الذى ذكره غير واحد، بل ادعى المختلف وغيره الإجماع عليه.

قال فى الجواهر: إن الحوالة من العقود اللازمه، مضافاً إلى النصوص السابقه، خصوصاً خبر عقبه منها، بل عن الخلاف إنه المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، فما عن أبى حنيفه من أن له الرجوع إذا جحد المحال عليه أو مات مفلساً، وعن عمرو أبى يوسف ومحمد بن الحسن: إذا أفلس وحجر عليه الحاكم، واضح الفساد، ثم استند إلى النص والإجماع وأصل اللزوم.

ونقل عن سلار جواز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمه القبول بدونه، قال: وهو شاذ نادر واضح الضعف، ومعنى عدم جواز الفسخ عدم صحته، وعدم جواز ترتيب أثر الفسخ إذا فسخ، فإذا فسخ لم يجز له أخذ الدين من المحيل، كما أنه إذا أخذه منه كان اللازم على المحال عليه \_ إذا لم يكن بريئاً \_ أن يرد المال على المحيل، لأن الحوالة قد بطلت، مثل ما إذا لم يسلم أحد المتعاملين المال إلى الآخر، أما إذا كان بريئاً فلا شيء لأحد من المحال عليه والمحيل على الآخر.

{نعم لو كانت} الحوالة {على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز} له

البقاء لأنه حقه في البقاء، كما يجوز {له الفسخ والرجوع على المحيل} بلا إشكال ولا خلاف.

قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، كما عن الغنية الاعتراف به، بل في محكي التذكرة نسبه إلى علمائنا، والسرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

أقول: يدل عليه بالإضافة إلى دليل «لا- ضرر» بالتقريب الذي ذكره في خيار الغبن، روايتا أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية.

ثم إن مرادهم بالرجوع على المحيل أعم من تركته بعد موته، فإذا علم المحتال بالإعسار، وقد مات المحيل رجع إلى تركته وهو مقدم على الإرث، قال سبحانه: (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) (١١)، وهل للمحتال أن يرجع في بعض الحوالة دون بعض الظاهر ذلك، لأن المعاملات قابله للتبعض، وهي تعقد غالباً كمعاملات متعدده، ولذا قالوا به في مسألة تبعض الصفقة.

نعم لكل من المحيل والمحال عليه \_ إذا اشترط رضاه \_ أن يفسخ الحوالة حينئذ، لتبعض الصفقة عليه.

ثم إن المحتال إذا علم بإعسار المحال عليه ورجع إلى المحيل بطلت

والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين

الحواله، كما هو المستفاد من النص والفتوى، فليس له أن يرجع إلى المحال عليه بعد الرجوع.

نعم لو شك في أنه هل رجع أم لا، كما إذا نوى في نفسه الرجوع من غير مظهر له، كان الأصل بقاء الحواله.

والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين { وإذا تحقق الإعسار أو الفلاس كما في الروايات، وكان مع ذلك المحال عليه باذلاً - بأن يبيع داره مثلاً، أو يطلب من غيره إعطاءه تبرعاً على المعسر لا ديناً مثلاً، فهل له الفسخ والرجوع إلى المحيل، احتمالان، من إطلاق النص وكلماتهم، ومن أنه لا ضرر على المحال حينئذ، والأدله منصرفه إلى صورته عدم البذل، لكن يأتي عدم فائده الغنى بعد العسر.

وكيف كان، فقد اختلف عباراتهم في هذا الشرط، قال العلامة في القواعد: وعلم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم.

وقال في موضع آخر: ولو ظهر له فقره حاله الحواله تخير في الفسخ.

وقال في مفتاح الكرامه: فلو كان معسراً واحتمال عليه مع جهله بإعساره كان له فسخ الحواله، سواء شرط اليسار أو أطلق، عند علمائنا، كما في التذكرة. ونسب في السرائر إلى أصحابنا اعتبار الملائه وقت الحواله، أو علم المحتال بإعساره.

وفي الخلاف: الإجماع على الأول.

وفي الغنيه: نفى الخلاف عنه.

نعم فى الشرائع عبر بلفظ الفقر، قال: ولو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود إلى المحيل، وفى الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

والظاهر أن كلا الطرفين أراد شيئاً واحداً، والذى يفهم من الروايات ولو بمعونه القرينه الخارجيه أن المعيار الوفاء وعدمه، فلو كان مفلساً ويفى لم يكن له الرجوع، وإن كان مفلساً بحيث لا- يفى أو معسراً بدون التفليس ولا- يفى كان له الرجوع، فليس المعيار الفليس والعسر والفقر، أما إذا كان ملياً ولا يفى لا حق له للزوم العقد وإجبار الحاكم له.

ومنه يعلم عدم كون المناط الزيادة على مستثنيات الدين وعدمها، وعليه فإذا كان فقيراً شرعاً، أى لا يملك قوت سنته قوه أو فعلاً، ويملك زائداً على مستثنيات الدين، كان للمحتال الفسخ إذا لم يستعد لدفع الحوالة، إذ لا يحق للمحتال جبره، حيث إن زائده لا يجبر على أخذه منه، إذ لا يحق للحاكم الجبر إلا فى الزائد عن مؤنه السنه، وإنما ليس للحاكم الجبر لأنه إذا لم يملك قوت السنه قوهً وفعلاً صدق عليه ذو عسره، فشمله قوله سبحانه: (فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ)، وعليه لم يملك الحاكم جبره.

فتحصل: إن المحتال ليس له حق الفسخ فى صورته ملاءه المحال عليه \_ إلا إذا كان البقاء ضرراً حيث يماطل فله حق الفسخ بدليل لا ضرر على ما استدلوا به فى خيار الغبن \_ وفى صورته استعداد المحال عليه الدفع ولو كان مفلساً، بأن يدفع بعد طلبه من متبرع دفعه، إذ



وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم، ولا يعتبر فيه كونه محجوراً، والمناطق الإعسار واليسار حال الحوالة وتاماميتها  
الدليل الدال على رجوعه، إذا أفلس منصرف عن ذلك.

أما المليء، فإن أمكن جبره بسبب الحاكم أو التقاص لا يحق له الفسخ، وإلا حق له الفسخ.

ومما تقدم ظهر وجه قول المصنف: {وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم}، حيث قلنا: (والظاهر أن كلا الطرفين...).

{ولا- يعتبر فيه كونه محجوراً} إذ ليس المراد بالفلس في الرواية إلا الموضوع العرفي، كما هو المنصرف منه، وما ذكرناه أولى  
مما ذكره المستمسك بقوله: لإطلاق النصوص التي أخذ موضوعها المفلس واقعاً في مقام الثبوت فلا يعتبر أن يكون في مقام  
الإثبات.

{والمناطق الإعسار واليسار حال الحوالة} لقوله (عليه السلام): «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»<sup>(١)</sup>.

وفي روايه أخرى: «ثم يتغير حال الصيرفي»<sup>(٢)</sup>.

فالمعيار في اللزوم الإعسار بعد تمام الحوالة، ولذا قال: {وتاماميتها} فإذا كان قبل الحوالة معسراً أو كان حين الحوالة معسراً كان  
له الفسخ، فإنه وإن لم يذكر حال الحوالة في الروايات، بل ظاهر الروايات التدافع في ما أعسر حال الحوالة،

ص: ٢٩٨

---

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٨ الباب ١١ ح ١

٢- المصدر: ص ١٥٩ ح ٣

ولا يعتبر الفور فى جواز الفسخ، ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه

حيث إن قوله فى خبر أبى أيوب: (قبل ذلك) يدل على عدم حقه فى الفسخ إذا أفلس حال الحوالة، وقوله فى خبر عقبه: (ثم يتغير) يدل على أن التغير بعد الحوالة لا يدع مكاناً للفسخ، مما يفهم منه أن التغير حال الحوالة يوجب الفسخ، إلا أن المتفاهم عرفاً بعد الجمع بينهما أنه إذا تمت الحوالة فى حال اليسار لا حق له فى الفسخ، فالعسر حال الحوالة حاله حال العسر قبل الحوالة.

ولذا قال فى المستمسك: ظاهر روايه أبى أيوب اعتبار الإفلاس حال الحوالة، والتعبير بذلك مبنى على الغالب لندرته المقارنه بينهما حدوداً.

ولو اختلفا فى أنه هل افتقر قبل الحوالة أو بعدها، فإن كانت حاله سابقه استصحت، وإلا فالأصل صحه الحوالة لأصالة اللزوم، فالبينه على مدعى الفقر.

{ولا يعتبر الفور فى جواز الفسخ} كما اختاره الجواهر وغيره، واستدل له بإطلاق النص والفتوى، أما احتمال الفور، وقد أفتى به محكى الحواشى، فقد يتمسك له بإطلاق أصالة اللزوم، والخارج منه بالقطع الفور فيبقى الباقي تحت الأصل، وقد استدلوا بمثل ذلك فى خيارات المعاملات، وحيث إن تفصيل الكلام فى المكاسب فلا داعى إلى تكراره هنا.

ومما تقدم ظهر الإشكال فى الاستدلال للفور بأنه المتيقن بعد الشك فى إطلاق النص، لأنه لم يعلم نظره إلى هذه الجهه، بالإضافة إلى أنه لو شك فى الإطلاق كانت أصالة الإطلاق محكمه كما قرر فى محله.

{ومع إمكان الاقتراض} للمحال عليه {والبناء عليه} بما لا يكون حوالتة موجه

يسقط الخيار للانصراف على إشكال، وكذا مع وجود المتبرع.

لغرر المحتال {يسقط الخيار للانصراف} أى انصراف ما دل على الخيار له عن هذه الصورة، خلافاً للجواهر حيث قال: نعم الظاهر ثبوت الخيار له، وإن بذل المال بقرض ونحوه، بل ولو تبرع متبرع عنه للإطلاق.

أقول: ولعله الوجه فى قول المصنف: {على إشكال}، إلا أن الأقرب لسقوط الخيار، أما ما ذكرناه من التقييد فلأنه مع الغرر لا وجه لسقوط الخيار، وإن أمكن الاقتراض وبنى، والسيد الجمال ذهب إلى رأى الجواهر، بينما الساده الوالد وابن العم والبروجردى سكتوا على المتن.

أما قول المستمسك: من أن العمل بإطلاق دليل الخيار المقتضى للتراضى متعين، وأما دعوى الانصراف فممنوعه، ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجباً لثبوته بتجدد الإعسار وهو خلاف النص، فمناً الانصراف مخالف للنص، انتهى.

فيرد عليه: إذا سلم الانصراف هنا لم يكن وجه لقياسه بمسأله أخرى، بجعل الجميع من باب واحد مع وجود الفارق بين هذه المسأله ومسأله تجدد اليسار أو الإعسار.

{وكذا مع وجود المتبرع} لكون الاقتراض والتبرع من باب واحد، فالكلام فى أحدهما بعينه هو الكلام فى الآخر.

ثم إن الفقهاء فرضوا المسأله فى ما إذا علم بسبق وتجدد اليسار، قال فى القواعد: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر إشكال.

قال فى مفتاح الكرامه: ينشأ هذا الإشكال من زوال الضرر، ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب، وهذا هو الأظهر من إطلاق النص والفتوى، ثم نقله عن جامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه والرياض.

وعليه فى الجواهر بتحقيق المقتضى له فيستصحب، وليست العله الإعسار ما دام ليزول بزواله، ودعوى كون المنشأ فى ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق.

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره للإطلاق، ولا دليل على أن الضرر عله، بل الغالب أن تكون العلل المذكوره فى الأدله حكماً، وإلا فالأحكام جاريه من باب ضرب القاعده وإن لم توجد تلك العلل، وإنما لم يأخذ بالإطلاق فى فرض المصنف للانصراف.

أما كلام الفخر حيث بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات أو عللاً حقيقيه، وعلى الثانى: هل الباقى مستغن عن المؤثر أو محتاج، فعلى الأولين يثبت الخيار، وعلى الثانى من الثانى يزول.

فلا يخفى ما فيه، إذ هو خلط بين الأدله اللفظيه التى هى المعيار، والاستحسانات العقليه، مع أن مبنى الفقه الأول فقط، ولذا أشكل عليه المستمسك وغيره، وإن قال فى مفتاح الكرامه: إنه تحقيق قوى، وقال فى الجواهر: إنه لا بأس به.

وعليه فمع تجدد اليسار يبقى الخيار، ومع تجدد الإعسار يبقى الزوم، ولو اختلفا فقال المحتال: لى الخيار لتجدد اليسار، وأنكره المحال عليه، كان القول قوله لأصالة الزوم.

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البريء

(مسألة ٥): {الأقوى جواز الحوالة على البريء} كما هو المشهور شهره عظيمه، وعن السرائر الإجماع عليه.

قال في الجواهر: وهو الحجة بعد إطلاق النصوص السابقة، وعموم (أوفوا بالعقود) والسيره على فعلها بحيث يعلم شرعيتها.

أقول: بل ويدل عليه العقل أيضاً، حيث إنه عمل عقلائي لا مانع منه.

وعليه فالأدلة الأربعة تقتضى ذلك، والمراد بإطلاق النصوص ما تقدم من أخبار أبي أيوب ومنصور وعقبه، واحتمال أن لا إطلاق لها لأنها في مقام بيان حكم آخر خلاف المستفاد منها عرفاً، فهنا دليلان من النص، دليل عام مثل: (أَوْفُوا) (١)، ودليل خاص مثل الروايات، وقد سبق أن (أَوْفُوا) لا يدل على أنه عقد ما، بل ما يسمى في العرف بشيء يشمل: (أَوْفُوا) بنفس ذلك العنوان.

هذا ومع ذلك فالمنقول عن الشيخ في آخر الباب من المبسوط، والقاضى وابن حمزه عدم صحه الحوالة على البريء، وكأنه لأصالة عدم ترتب الأثر، وفيه: إنه لا مجال للأصل بعد الأدلة المذكوره.

أما ما في جامع المقاصد من أن مبنى القولين على الخلاف في أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا تجوز، وعلى الثانى تجوز، وهو المحكى عن الشهيدين فى الحواشى والمسالك.

ص: ٣٠٢

ولا يكون داخلاً في الضمان.

ففيه: ما ذكره مفتاح الكرامه والجواهر وتبعهما المستمسك، من أنها أصل برأسه وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال والاعتياض في بعض آخر، فهي مثل الصلح حيث إن لحقوق أحكام متعدده به لا- يجعلها من تلك العناوين ذات الأحكام المذكوره.

ولذا قال الشيخ في محكى الخلاف: إن الذى يقتضيه مذهبنا أن نقول إنها عقد قائم بنفسه، انتهى.

ويؤيد عدم كونها أحدها أن المفهوم من الحواله شىء، بينما المفهوم من الوفاء والاعتياض شىء آخر، أما ما تقدم من المصنف من أنها وفاء كما سبق فى الشرط السادس، فقد تقدم أنه من باب التوسع فى التعبير.

ثم إنه قد سبق أن الحواله على المديون قد ينخرط فى ضمن الحواله على البرىء، باعتبار أن المحيل لا يريد حواله المحتال على ما يطلب، بل على غير ما يطلب، ولعل مرادهم هنا الأعم من القسمين عند ذكرهم البرىء.

{ولا- يكون داخلاً- فى الضمان} لما عرفت من تعدد المفهوم، وإن جعلها جماعه كالشرائع والقواعد أشبه بالضمان، بل عن الكاشانى الأظهر أنها ضمان، والظاهر أنهم لاحظوا أن الحواله خاصه الضمان فى انتقال الدين إلى ذمه المحال عليه كانتقاله إلى ذمه الضامن البرىء.

لكن فيه: ما ذكره الجواهر من عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحواله التى

هي حينئذ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في ذمه البريء أو الاعتياض عنه بذلك، وهو معنى غير معنى الضمان، إلى آخره.  
وكيف كان، فاشتراكهما في بعض الآثار لا يجعلهما شيئاً واحداً، ولعل الفاضلين عبرا بالأشبه لهذا السبب.

ص: ٣٠٤

## مسأله ٦ جواز اشتراط خيار الفسخ

(مسأله ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه.

(مسأله ٦): {يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه} أحدهم، أو اثنان منهم، أو ثلاثهم، كما ألمع إلى ذلك الجواهر، وقرره كافه المعلقين، وفي المستمسك: بلا إشكال ظاهر عملاً بعموم نفوذ الشرط وصحتها.

ومنه يعلم صحه جعل أحدهم الخيار لأجنبي، كما إذا قال: إنى أقبل الحواله لكن لأبى الحق فى فسخها، كما ذكروا مثله فى باب المؤامره.

وفى المقام سائر ما ذكروه فى باب الخيار من كونه مطلقاً أو ذا مده، إلى غير ذلك.

ص: ٣٠٥



## مسأله ٧ جواز الدور والترامى

(مسأله ٧): يجوز الدور فى الحواله، وكذا يجوز الترامى بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال

(مسأله ٧): {يجوز الدور فى الحواله} بأن يحيل المحال عليه فى بعض مراتب الحواله على المحيل الأول، أو غير الأول، فيرجع المحتال أولاً أو وسطاً بعد ذلك عليه، وقد ذكر الدور فى الحواله العلامه وغيره، بل فى الجواهر لم نجد خلافاً هنا، وإن سمعته فى الضمان.

أقول: ويدل عليه بالإضافة إلى دليل الحواله عموماً أو منطاً، إطلاقات أدله العقود بالتقريب الذى ذكرناه غير مره من أنها تقتضى جريان الأحكام الخاصه بالعقد المذكور عرفاً، لا أنه عقد جديد، وقد تقدم الإشكال والجواب فى باب الضمان عن الضمان الدورى فراجع.

ولذا الذى ذكرناه من عدم الإشكال فى الدور سكت على المتن كافه المعلقين، وأيده المستمسك وغيره.

{وكذا يجوز الترامى} كما ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل الظاهر أنه لا إشكال فيه عندهم، ولذا أرسلوه إرسال المسلمات.

والترامى على قسمين: فهو إما {بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال} كأن يحيل زيد عمرواً على محمد، ويحيله محمد على على، وهكذا، فيكون المحتال واحداً والمحيل متعدداً، ويدل عليه دليل الحواله والإطلاقات، كما تقدم مثله فى الدور.

أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه.

{أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه} كأن يحيل زيد عمرواً على محمد، ويحيل عمرو المحتال علياً على محمد، ويحيل على الحسن على محمد وهكذا، فإن المحتال تعدد وإن اتحد المحال عليه، والدليل عليه ما تقدم.

ثم إن التعدد في المحتال والمحال عليه، قد يكون بالنسبة إلى كل مال الحوالة، وقد يكون بالنسبة إلى بعضه، كما إذا أحال المحال عليه ببعض مال الحوالة ودفع هو البعض الآخر، وكذا بالنسبة إلى تعدد المحتال، وذلك لإطلاق الأدله.

ص: ٣٠٧

## مسألة ٨ لو تبرع الأجنبي بإعطاء الدين

(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برأت ذمته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وكذا لو تبرع المحيل عنه.

(مسألة ٨): {لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برأت ذمته} إذا أخذه المحتال، وذلك لا إشكال فيه ولا خلاف على ما وجدت من كلماتهم.

قال في المستمسك: ضروره جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه، وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً، ويقتضيه جواز وفاء الوارث دين المورث، وما دل على وفاء دين الفقير من الزكاه، وما ورد في وفاء الولد دين والده وأنه يكتب بذلك باراً.

أقول: وما ورد من وفاء المشتري دين البائع من باب الزكاه التي على البائع، وما ورد من قبول الإمام السجاد (عليه السلام) دين أسامه، وغير ذلك من الموارد المتعدده، وقد ذكرنا بعضها في كتاب الضمان.

نعم إذا لم يقبل المحتال أن يأخذه من غير المحال عليه، حق له ذلك، خصوصاً إذا كانت فيه عليه منه، لتسلط الناس على أنفسهم، وكذا كل من أراد دفع دين الآخر ولم يقبل المدين ذلك.

{وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال} وقد تقدم في كتاب الضمان وجهه، وكأن قوله: (برضى) راجع إلى كلتا الجملتين، لا الجملة المتأخره فقط.

{وكذا لو تبرع المحيل عنه} لما تقدم من تبرع الأجنبي.

ولو لم يرض

ص: ٣٠٨

المحال عليه بإعطاء المحيل أو الأجنبي دينه فأعطاه أحدهما وقبله المحتال، كان مثل إبراء المحتال له، حيث إن الإبراء لا يحتاج إلى إجازة المدين، فإن ذمته تبرأ وإن كره، لأن الإبراء إيقاع فلا يحتاج إلى طرف آخر، وقد ألعنا إلى ذلك في كتاب الضمان.

قال في مفتاح الكرامة: وفي جامع المقاصد إن الترامى وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغايه مخصوصه، وفي مجمع البرهان: إن الترامى إلى غايه فتأمل، ثم قال: وليعلم أنه يصح ترامى الكفاله دون دورها، لأن حضور المكفول يبطل ما تأخر منها.

(مسألة ٩): لو أحال فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينه، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه، لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل

(مسألة ٩): {لو أحال عليه فقبل وأدى، ثم طالب المحيل بما أداه فادعى} المحيل {أنه كان له عليه} أى على المحال عليه {مال} وأنه كان من الحوالة على المديون {وأنكر المحال عليه} أنه كان مديوناً، قال: بل كان من الحوالة على البريء، ولذا إنى أطلب من المحيل ما أديته.

{فالقول قوله} أى المحال عليه {مع عدم البينه} للمحيل {فيحلف} المحال عليه {على براءته ويطالب عوض ما أداه} من المحيل، وذلك {لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل}، إذ قول المحال عليه ببراءة ذمته موافق للأصل، فالبينه على خصمه واليمين عليه، فإذا حلف المحال عليه فهو، وإن لم يحلف بينى على ثبوت الأمر بمجرد النكول لخصمه، أو الاحتياج إلى حلف المحيل اليمين المردودة، كما فصلناه فى كتاب القضاء.

وبذلك يظهر ضعف قول بعض المعلقين: من أن كون القول قول المحال عليه إنما هو إذا لم يكن المتعارف \_ ولو فى نوعه \_ اشتغال ذمه المحال عليه، وإلا فيقدم قول المحيل لكونه موافقاً للظاهر، انتهى.

إذ الظهور لا حجية له فى أمثال المرافعات.

أما ما فى الدعائم \_ كما فى كتاب المستدرک باب آداب القاضى \_ عن على

ودعوى أن الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمه المحيل بهذا الأداء مدفوعه بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسيب عن الشك في اشتغال ذمه المحال عليه وعدمه

(عليه السلام)، أنه كتب إلى رفاعه لما استقضاه على الأهواز: «واقض بالظاهر، وفوض إلى العالم، ودع عنك الباطن»<sup>(١)</sup>. فليس المراد الأخذ بالظاهر على خلاف قاعده «البينه على المدعى، واليمين على من أنكر»، وإلا لزم اختصاص القاعده بما لا ظاهر وهو خلاف إطلاقها، وخلاف الموارد الجزئية الواردة في الروايات والسيره المستمره، بل المراد الظاهر المدعوم بالدليل، مثل سوق المسلم ويد ذى اليد، وما يقتضيه الإقرار ونحو ذلك، فليس على القاضى أن يحقق، وإن كان كثير من الظواهر المدعومه على خلاف الباطن لو حقق حولها.

{ودعوى أن الأصل أيضاً} في جانب المحيل فيتساقط الأصلان، إذ هو يقتضى {عدم اشتغال ذمه المحيل بهذا الأداء} فيكون الأمر من باب التداعى، كما هو كذلك في كل مورد لا أصل في جانب حتى يتحقق المدعى والمنكر، وفي التداعى يعمل بقاعده العدل من التنصيف أو القرعه.

{مدفوعه بأن} أصل عدم اشتغال ذمه المحيل غير جار، لأن {الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسيب عن الشك في اشتغال ذمه المحال عليه وعدمه} فإن ذمه المحيل إنما تشتغل بمثل ما أداه المحال عليه، إذا لم تكن ذمه المحال عليه مشغوله للمحيل، فإذا شك في أنه هل اشتغلت ذمه المحيل يلزم ملاحظه:

ص: ٣١١

وبعد جريان أصاله براهه ذمته يرتفع الشك، هذا على المختار من صحه الحواله على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لأن مرجع الخلاف إلى صحه الحواله وعدمها

هل أن ذمه المحال عليه كانت مشغوله أم لا، فإذا جرى الأصل في أن ذمه المحال عليه لم تكن مشغوله لم يبق مجال لإجراء أصاله عدم اشتغال ذمه المحيل، بل تشتغل ذمه المحيل من جهه أنه بأمره أعطى المحال عليه المال للمحتال، فهو نظير ما إذا اشترى المشتري من البائع، ثم ادعى أنه كان يطلب البائع بمقدار الثمن وأنكر البائع، فإنه لا يقبل قول المشتري بطلبه إلا بالبينه، فإذا لم تكن له بينه كان البائع منكراً ويحلف ويثبت حقه على المشتري، فإن أصاله براهه المشتري لا مجال لها بعد جريان أصاله برائه البائع عن طلب المشتري منه.

وإن شئت قلت: إن مجموع (كون المشتري استوفى المبيع، وأصاله براهه ذمه البائع) يوجب كون الحق مع البائع إلا- إذا أقام المشتري دليلاً على أنه كان يطلب من البائع، وحيث لا دليل له فالحلف على البائع، وكذا الكلام في المحيل والمحال عليه في المقام.

{وبعد جريان أصاله براهه ذمته} ذمه المحال عليه {يرتفع الشك، هذا على المختار من صحه الحواله على البرىء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل} بأنه كان يطلب المحال عليه بمقدار ما أداه المحال عليه على المحتال {لأن مرجع الخلاف} بينهما {إلى صحه الحواله} التي يدعيها المحيل، لأنه كان يطلب من المحال عليه، {وعدمها} الذي يدعيه المحال عليه، لأنه يقول: إنه

ومع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه وهو المحيل

كان بريئاً، فلما دفع المال إلى المحال عليه طلب بدله من المحيل.

{ومع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه وهو المحيل} لأصالة صحه العقد فى ما إذا شك فى صحته وبطلانه، وإذا ثبتت صحه العقد لزم ذلك براءه ذمه المحيل، وذلك لأخصيه دليل أصل الصحه من أدله الأصول المقتضيه للفساد، إذ أصل الصحه وضع فى محل أصل الفساد، فإذا لم يقدم أصل الصحه على أصل الفساد كان تشريع أصل الصحه بلا مورد.

وبهذا تبين أن جعل المحقق والشهيد الثانين التعارض بين أصل الصحه مع أصل براءه ذمه المحال عليه غير ظاهر الوجه، ولذا أشكل عليهما مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما بتقديم أصل الصحه على أصل براءه ذمه المحيل.

وقد سكت على المتن جمله من المعلقين كالسيدين الجمال وابن العم، خلافاً لآخرين، ومنهم السيدان الوالد والبروجردى، حيث أشكلا فى تقديم قول المحيل بناءً على عدم صحه الحواله على البرىء.

وهذا هو الأظهر، لأن المعيار فى المرافعات مصب الدعوى، لا ما يؤول إليه النزاع، على ما ذكرناه فى كتاب القضاء، وأمعنا إليه فى كتاب المضاربه وغيرها مكرراً، فإن النزاع بين المحيل والمحال عليه فى أن المحال عليه هل يطلب المحيل أم لا، المحال عليه يقول: إنى دفعت مالاً بأمرى إلى المحتال، فاللازم عليك إعطاء بدله، سواء كانت الحواله صحيحه، لأنها حواله على المديون، أو باطله لأنها حواله على البرىء، فإن بطلان الحواله على البرىء لا يستلزم عدم مديونيه



ودعوى أن تقديم قول مدعى الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه المحيل للمحال عليه، فإن من أخذ من غيره مالا بعقد باطل كان مديوناً للمأخوذ منه.

وكذا إذا كانت الحوالة باطله فقد استوفى المحيل مالا من المحال عليه بسبب المحتال، فاللازم عليه أن يعطى بدله للمحال عليه إلا إذا أثبت أن المحال عليه كان مديوناً له، وحيث لا بينه للمحيل يحلف المحال عليه على براءة ذمته من دين للمحيل ويستوفى المال من المحيل.

وقد أشكل المستمسك على المتن بصوره أخرى قال:

يشكل ما ذكر بأن أصل الصحة وإن اقتضى اشتغال ذمه المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة لا بلحاظ أثر آخر، فإذا وقع عقد أو إيقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحة يقتضى تحقق البلوغ لم تجز ترتيب آثار البلوغ كليه، بل يختص بصحة العقد المذكور.

وكذلك إذا شك في الطهاره بعد الفراغ من الصلاه، فإنه لا يترتب على أصله صحة الصلاه إلا الطهاره من حيث الصلاه الواقعه فلا يجوز له أن يصلى صلاه أخرى بلا طهاره اعتماداً على أصله صحة الصلاه المثبتة للطهاره، فلا تثبت الطهاره بلحاظ سائر آثارها، كما بنى على ذلك المصنف فى مباحث الشك من مباحث الخلل، وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه.

{و} الـ {دعوى} التى ذكرها فى الجواهر معترضاً على نفسه فى إشكاله على المحقق والشهيد الثانيين فى كلامهما المتقدم من {أن تقديم قول مدعى الصحة} فى صورته تعارض أصلى الصحة وبرائه المحال عليه {إنما هو إذا كان النزاع بنى المتعاقدين، وهما فى الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها، مدفوعه.

أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحوالة مركبه من إيجاب وقبولين.

وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجه عليه بالحمل على الصحة

فليس طرفاً { للعقد { وإن اعتبر رضاه في صحتها { على ما تقدم { مدفوعه { بالإضافة إلى أن جريان أصل الصحة لا يختص بطرف العقد، بل يجرى بالإضافة إلى كل من ابتلى بتلك القضية، وإن لم يكن طرف العقد، فلو اختلف رجل وامرأة في صحة عقدهما وبنى على الصحة لم يجز لثالث أن يتزوج بتلك المرأة عملاً بأصالة أنها خليه، إذ أصل صحة العقد جار بالنسبة إلى الثالث أيضاً، كما أنه جار بالنسبة إلى نفس الزوجين.

{ أولاً: بمنع كونه طرفاً فـ { قد تقدم { أن الحوالة مركبه من إيجاب وقبولين { فيقدم قول المحال عليه إذا ادعى الصحة.

{ وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة { فإنه لو لم يرض لم تصح الحوالة، وإن لم يكن طرفاً في المعاملة، { في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة { الحوالة { حجه عليه بالحمل على الصحة { فهو إذا قال بأنه أحيل إليه حملت الحوالة على الصحيح، ولازم صحة الحوالة أنه كان مديوناً، فلا حق له في الرجوع إلى المحيل.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة، لا ما أشكل عليه المستمسك قائلًا: لا يتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه، بل إذا ثبت وجود الحوالة وشك في صحتها

نعم لو لم يعترف بالحواله بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه، يقدم قوله لأصالة البراءه من شغل ذمته، فبإذنه في أداء دينه له مطالبه عوضه

لزم ترتيب الأثر عليها، وإن لم يعترف بها أحد المتنازعين، فإن القاضى الشرعى يجرى الأصل المذكور، ويعمل عليه فى تشخيص المدعى والمنكر وترتيب الأحكام، انتهى.

إذ يرد عليه أن مدعى الصحه لو لم يكن طرفاً لم يثبت قوله بالصحه، الصحه المترتبه عليها آثارها، وإن كان رضاه معتبراً، فأب البكر المعتبر رضاه فى العقد إذا اعترف بالعقد، فهل ينفع ذلك بالنسبه إلى الرجل والبنت المنكرين للنكاح.

نعم إن الأيب بنفسه حسب اعترافه لا- يمكنه إجازة ثانيه بالنسبه إلى عقدها من رجل آخر، لقاعده إقرار العقلاء على أنفسهم، وكذا فى أمثال ذلك، فقوله إذا ثبت وجود الحواله غير تام، إذ من أين ثبت وجود الحواله.

{نعم لو لم يعترف بالحواله، بل ادعى أنه أذن له فى أداء دينه} أو أنه أمره، حيث قد سبق أن الأمر يوجب الضمان لأنه نوع استيفاء، فيشملة: «من أتلف» و«لا يتوى» ونحوهما.

{يقدم قوله} أى المحال عليه، فاللازم أن يوفى المحيل ما أداه إلى المحتال {لأصالة البراءه من شغل ذمته} أى ذمه المحال عليه، إذ الإذن والأمر ليسا حواله حتى تحمل على الصحه، وحيث لا تكون الصحه إلا بكون المحال عليه مديوناً، مما لازمه عدم شغل ذمه المحيل للمحال عليه بوفائه المال إلى المحتال.

{فبإذنه} أو أمره {فى أداء دينه، له مطالبه عوضه} بعد الأداء، لما عرفت من

ولم يتحقق هنا حواله بالنسبه إليه حتى تحمل على الصحه، وإن تحقق بالنسبه إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.

أنه نوع استيفاء {ولم يتحقق هنا} فى الإذن {حواله بالنسبه إليه} إلى المحال عليه {حتى تحمل على الصحه} ويكون لازمه عدم اشتغال ذمه المحيل للمحال عليه.

{وإن تحقق} عقد الحواله {بالنسبه إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها} فأحكام الحواله تترتب عليهما دون المحال عليه المنكر لها، فالمحال عليه هنا حاله حال أب البكر، فإن اعتراف البنت وزوجها بأنهما عقداً عقداً صحيحاً، مع إنكار الأب الإذن إن قلنا بتوقف النكاح على إذنه، لا يوجب حجيه ذلك الاعتراف على الأب، والله سبحانه العالم.

ص: ٣١٧

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقه حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل وأدى) فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبه العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبه إلى المحيل والمحتمل، لكن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء

(مسألة ١٠): {قد يستفاد من عنوان المسألة السابقه حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل وأدى) فجعلوا محل الخلاف} في أن الحق مع المحيل أو المحال عليه {ما إذا كان النزاع بعد الأداء} لقولهم: (أدى)، يستفاد من ذلك {أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبه العوض إلا بعد الأداء} كما تقدم في كتاب الضمان أن الضامن لا يأخذ البديل من المضمون عنه إلا بعد أن أداه إلى المضمون له.

{فقبله} أي قبل أداء المحال عليه {وإن جعل الوفاء بالنسبه إلى المحيل والمحتمل} فإن الحوالة أداء من المحيل للمحتمل لفراغ ذمه المحيل بمجرد الحوالة.

{لكن ذمه المحيل لا- تشتغل للمحال عليه البريء إلا- بعد الأداء} وإنما قال: (البريء) لأنه إذا كانت ذمه المحال عليه مشغوله بدين المحال، لا يكون المحيل مشغوله ذمته للمحال عليه حتى بعد الأداء.

ثم إن قوله: (قد يستفاد) أراد به قول مثل الشرائع (أدى ثم طالب) وإلا- فجامع المقاصد والمسالك ومفتاح الكرامه والجواهر وآخرون، قد صرحوا

والأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجرد فكذا في حصوله بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له

بذلك، مثلاً قال أولهم: لا يرجع المحال عليه مع براه ذمته إلا بعد الأداء، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان، انتهى.

وكذا عبارته غيره، وعلوه بما ذكره من مشابهة الحوالة بالضمان، لأنها نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه البريء، وقد ورد الدليل في باب الضمان بأنه لا تشتغل ذمه المضمون عنه بالمال إلا بعد أداء الضامن، فليكن الحوالة الشبيهة به حكمها حكمه من هذه الجهة.

وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين ومنهم السيد الجمال، خلافاً لجماعه حيث سكتوا على المصنف، مما يظهر منهم موافقته، ومنهم السيدان الوالد وابن العم.

{والأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى} ذمه {المحيل بمجرد قبول المحال عليه} البريء، لأن الكلام فيه كما هو واضح.

{إذ كما يحصل به} أي بسبب عقد الحوالة {الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجرد} من دون الوفاء الخارجي، فإن المحيل إذا أحال على البريء برأت ذمته بمجرد الحوالة، لأن الدين ينتقل من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فيما إذا قبل المحال عليه، فيبرأ المحيل من الدين، ولذا إذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل يسقط دينه بمجرد الحوالة.

{فكذا في حصوله} أي الوفاء {بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له} فقد وفي المحال عليه للمحيل بمجرد الحوالة، لأن ذمته قد

وحصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً، ومقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه

اشتغلت للمحتال فلا شغل لذمته للمحيل.

{وحصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً} والحاصل: إن أموراً ثلاثة تقع بمجرد الحواله:

الأول: إن المحيل تبرأ ذمته من المحتال.

الثانى: إن المحال عليه تبرأ ذمته من المحيل، إذا كان مديوناً للمحيل.

الثالث: إن المحيل تشتغل ذمته للمحال عليه إذا كان المحال عليه بريئاً.

{ومقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل} ذمه {المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه} لأن الضمان يوجب نقل ذمه المضمون عنه إلى الضامن، فإذا اشتغل الضامن بالدين كان اللازم أن يشتغل المضمون عنه للضامن أيضاً ولو قبل الوفاء من الضامن، إذ الاشتغال على الضامن فى مقابل الاشتغال له، وإلا لزم أن تشتغل ذمه الضامن بدون أن يكون للضامن فى قبال شغل ذمته شىء، وذلك خلاف قاعده المبادله.

{إلا- أن الإجماع} فى الضمان {وخبر الصلح} الذى مر هناك {دلا على التوقف} توقف اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن {على الأداء} من الضامن للدين {فيه} أى فى الضمان، فرفعنا اليد عن القاعده فى باب الضمان كان لأجل

وفى المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة

دليل خاص على خلاف القاعده.

{و} لكن {فى المقام} باب الحواله {لا إجماع} على التوقف {ولا خبر} يدلان على أن الشغل بعد الأداء حتى نرفع اليد عن القاعده بسببهما.

{بل لم يتعرضوا لهذه المسألة} أصلاً، فكيف يكون إجماع فى الحواله كما كان إجماع فى الضمان.

أقول: فيه ما عرفت أول المسألة من تعرضهم لها.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى قول جماعه من المعلقين حيث ذكروا أن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلا بعد الأداء إذ به يتحقق استيفاؤه لماله بأمره، وعليه يترتب أن حال الحواله حال الضمان فى بقيه الجهات المذكوره فى المتن مثل الصلح والإبراء والوفاء بالأقل.

أقول: هذا المعلق وغيره استدلوا بأن كون الحواله كالضمان من باب القاعده، لأنهم استدلوا لذلك بقولهم: إذ به، إلخ.

وبعض المعلقين الأخر استدلوا لتساويهما بأن الحواله ضمان، ولذا كان لها حكم الضمان.

قال السيد البروجردى: الظاهر أن حكمها حكم الضمان فى ذلك، إذ هى مع براءه المحال عليه ضمان فى المعنى وإن اختلف اللفظ، وخصوصيه اللفظ لا دخل لها فى نظر العرف، بل الظاهر أن الإبراء والوفاء بالأقل كذلك، انتهى.



وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

وفيها ما لا يخفى، إذ تخلص المحيل استيفاء لا أداء، والحواله غير الضمان مفهوماً، ووحده الحقيقي لا توجب وحده الأحكام، وإلا فالهبة المعوضه والبيع لهما وحده الحقيقيه وهكذا.

{وعلى هذا} الذى ذكرناه من أن براءة ذمه المحيل عن المحال بمجرد الحواله توجب اشتغال ذمته للمحال عليه بمجرد ما أيضاً {فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء} بمجرد الحواله.

{بل وكذا} له الرجوع {لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل} أو نحو ذلك مما يسبب عدم إعطائه له، أو إعطائه الأقل، كما إذا صار المحتال كافراً حربياً، حيث هدر ماله فلم يؤد المحال عليه له شيئاً.

{فله} للمحال عليه {عوض ما أحاله} المحيل {عليه بتمامه مطلقاً} دفع الكل أو البعض، أو لم يدفع شيئاً {إذا كان} المحال عليه {بريئاً}.

وما ذكره الماتن هو الذى أيدته المستمسك، حيث نقل إشكال بعض الأعاظم على المتن بأن استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالأداء لا بمجرد الاشتغال، فقال: ليس الأمر كذلك لأن الأداء إنما يكون لمصلحه المحال عليه لا لمصلحه المحيل، فإن مصلحه المحيل حصلت بمجرد الحواله بما كان فراغ ذمته وصلاح حاله، والأداء له دخل فى فراع ذمه المحال عليه ولا يرتبط بالمحيل

حتى يكون له استيفاء بالمحيل، إلى آخر كلامه.

ومما تقدم ظهر عدم الفرق في مآل الأمر بين الحوالة على البريء والحوالة على المشغول الذمه، ففي كليهما ينتقل الأمر من المحيل إلى المحال عليه، فإن كان مديوناً للمحيل برأت ذمته منه، وإن كان بريئاً اشتغلت ذمه المحيل له، من غير فرق بين أن يدفع المحال عليه للمحتال كل الدين أو صالحه أو أبرأه المحتال.

ص: ٣٢٣

(مسأله ۱۱): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوتہ فی ذمتہ، والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غايه ما يكون كونه مترزلاً- فيكون كالحواله على المشتري بالثمن في زمان الخيار، واحتمال عدم اشتغال ذمه العبد لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفاً كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحواله يتحرر، لحصول وفاء مال الكتابه بالحواله ولو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه، وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأن الحواله ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابه ولم يسقط عن المكاتب مال الحواله لأنه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحواله، فيه نظر من وجوه.

وكان دعواه أن الحواله ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شغل ذمه المحيل للمحال عليه على الأداء، كما في الضمان، فهي وإن كان كأداء بالنسبه إلى المحيل والمحتال، فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمه المحيل، لكن بالنسبه إلى المحال عليه والمحيل

ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمانها صح، لأن حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيده وغيره، وما عن الشيخ من المنع ضعيف.

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح، فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجباً لانعاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

ص: ٣٢٥

## مسألة ١٤ لو اختلفا في أنها حوالة أو وكاله

(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكاله، فمع عدم البيهه يقدم قول منكر الحوالة، سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده

(مسألة ١٤): {لو اختلفا} المحيل والمحتال {في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكاله} فقال المحيل: كانت وكاله، فاللازم عليك أن تدفع المال إليّ، وقال المحتال: بل حوالة فالمال صار لي. أو قال المحيل: كانت حوالة فلا حق لك أيها المحتال عليّ، لأن ما في ذمتي نقلت إلى ذمه المحال عليه، وقال المحتال: بل كانت وكاله، فالمال كان لك، فمثلاً إذا تلف في يدي ذهب من كيسك لأنني أمين، وقد بقي طلبى عليك. إلى غير ذلك من وجوه نفع مدعى الوكاله أو مدعى الحوالة.

{فمع عدم البيهه يقدم قول منكر الحوالة} كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير على ما نقل عنهم مفتاح الكرامه، ونسب إلى أولهم أنه لا خلاف فيه، وعلة بأن الأصل عدم الحوالة، واستمرار حق القابض على المديون في مفروض القواعد، حيث قال: ولو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: أحلتنى، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني، صدق المديون.

{سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده} أشار بذلك إلى جماعه منهم، حيث فرقوا قبل القبض وبعده.

هذا، ولكن الأقرب أن المسألة من التداعى، لأن كل واحد منهما يدعى خلاف

وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال

ما يدعيه الآخر، وقد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن المعيار في كون الشخص مدعياً أو منكرًا مصب الدعوى، لا الغرض المقصود من التداعى، لأن المصعب هو المنصرف من «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر»، وهو الذى جرت عليه سيره القضاء، فإذا تنازع رجل وامرأه فى أنهما زوجان أو لا، وكان غرض المرأة المدعية للزواج تحصيل النفقة فقط، وغرض الرجل المنكر عدم إعطائها لم يلاحظ القاضى الغرض المقصود، بل لاحظ المصعب، وكذا فى سائر أمثاله.

وعليه فالمقام من التداعى، من غير فرق بين أن يكون الخلاف بين المحيل والمحال عليه كما فى المتن، أو بين المحيل والمحتال، أو بين المحتال والمحال عليه، مثلاً يدعى المحال عليه أنك كنت وكياً وعزلت بموت الموكل، ويقول المحتال: بل كنت محالاً عليك وأطلب منك الآن وإن مات المحيل، إلى غير ذلك من الفوائد فى صورته ادعاء المحتال الحوالة والمحال عليه الوكالة أو صورته عكسها.

{و} منه يعلم أن قول المصنف بتقديم منكر الحوالة لأن {ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و} أصالة {بقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال} محل منع، ودعوى المبسوط عدم الخلاف بالإضافة إلى أنه ليس بإجماع، يرد عليه ظهور الاستناد إلى القاعده المذكوره فى ميزان المدعى والمنكر، لأن غير واحد استدلوا لتقديم مدعى

الوكاله بذلك، وقد عرفت الإشكال فى الميزان المذكور، فلم يصح الاستناد إلى عدم الخلاف.

ثم إن غالب المعلقين، ومنهم الساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى ذهبوا إلى ما فى المتن وسكتوا عليه، إلا أن بعضهم ذكر بعض التفاصيل فى المسأله، والمستمسك حيث يجعل المعيار فى المدعى والمنكر الغرض المقصود لا مصب الدعوى، ذهب إلى ما ذكره المصنف، وبعضهم أشكل على عدم فرق المصنف بين قبل القبض وبعده بما لفظه:

لا إشكال فى جريان الأصول المذكوره قبل القبض، وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، لأنه على فرض الحواله تبرأ ذمته بمجردھا، وعلى فرض الوكاله تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنها، وكذلك ذمه المحيل فى الحواله تبرأ بمجردھا، وفى الوكاله بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضاً عن دين المحيل. نعم لو كانت الدعوى الوكاله فى أخذ المحال بوكاله المحيل والبقاء عنده أمانه فيصح استصحاب اشتغال ذمه المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه، انتهى.

{و} الـ {دعوى} التى ذكرھا فى الجواهر وجهاً لتردد الشرائع، حيث قال المحقق: إذا قال أحلتك عليه فقبض، وقال المحيل قصدت الوكاله، وقال

أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحال، فيكون المنكر للحواله مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصوره، مدفوعه بأن مثل هذه اليد لا يكون أماره على ملكيه ذبيها، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى أنه دفعه أمانه

المحتال إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بنيته، وفيه تردد.

أما لو لم يقبض إلى آخر كلامه مما يدل على أن كلامه السابق كان بعد القبض، {أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحتال، فيكون المحيل المنكر للحواله مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصوره} التي كانت الدعوى بعد القبض، وعليه فإذا قبض البعض كان لكل بعض حكمه، وإن أورث التفكيك بين المتلازمين، لأنه غير عزيز بمقتضى الأدله.

{مدفوعه بأن مثل هذه اليد لا تكون أماره على ملكيه ذبيها} وذلك لأن النزاع في سبب هذه اليد، وما دام يكون النزاع هناك لا تحكم اليد لوجود الحاكم على اليد السابق عليها، ولذا اشتهر بينهم أن ذا اليد إذا ادعى الملكيه عن سبب معين كان مدعياً، لأنه كما في المستمسك: اليد إنما تدل على المليكه في الجملة، ولا تدل على السبب المدعى، فالمدعى له تخالف دعواه الأصل، انتهى.

والسبب أن أدله حجه اليد لا تشمل مثل ذلك.

{فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى} الدافع {أنه دفعه أمانه



وقال الآخر دفعتنى هبه أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذى اليد، هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً  
فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع

وقال الآخر {القابض {دفعتنى هبه أو قرضاً} أو إعراضاً عن ماله أو ما أشبه ذلك} فإنه لا يقدم قول ذى اليد {باعتبار كونه ذا  
يد، بل اللازم التحالف، كما نراه من كون المعيار فى المنازعات مصب النزاع، لا ملاحظه الغرض وجعل النزاع من باب المدعى  
والمنكر، على ما اختاره بعضهم كما تقدم.

وبذلك يظهر، وجه النظر فى قول المستمسك:

إن المدار فى كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى، والغرض هو الملكيه لا السبب المعين، فالعمده فى عدم حجيه  
اليد فى المقام عدم الدليل على حجيه اليد، لأن أدله الحجيه منزله على الارتكاز العقلائي وهو يختص بغير هذه الصورة.

{هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما} عند العقد، ولم يكن إلى العلم به سبيل، إذ اللازم فى المرافعات فحص الحاكم عما  
له مدخله فى إحقاق الحق لأنه الموضوع لذلك.

{وأما إذا علم} اللفظ {وكان ظاهراً فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع}، وإن قال أحدهما إنه حين التللفظ لم يرد مفاده، بل  
أراد غير ظاهره، إذ الإنسان مأخوذ بظاهر كلامه، وإلا لملك كل إنسان أن ينكر أن مراده ظاهر لفظه فى الأقارير وما أشبه، مع  
أنه خلاف المتيقن من سيره المتشرعه التى أمضاها الشارع، حيث لم يردع عنها، فإذا قال له: على ألف درهم، أو قد طلقت  
زوجتى، أو أنها تطلب النفقه منى أو ما أشبه، أخذ بظاهر كلامه، ولم يقبل أنه أراد غير الظاهر من

ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا في أنه حواله أو وكاله، فربما يقال: أنه يقدم قول مدعى الحواله

هذه الجمل، مثل حذف جملة شرطيه في الأول بأن قدر (إن اقرضنى) وإرادته إعطائها الاختيار والإطلاق في الثانى، وحذف لفظه: (في المستقبل) في الثالث، إلى غير ذلك.

ولذا قال في مفتاح الكرامه: لو جرى بين اثنين لفظ الحواله مع العقد، فإن كان قال له: أحلتك بالمائه التى لك على زيد، فهذا لا يحتمل إلا حقيقه الحواله، فالقول قول مدعيها قطعاً، كما في التذكرة والتحرير، انتهى.

فإن مراده بـ (لا يحتمل) من جهه الظهور لا النصوصيه، ولما ذكرناه في وجه قول المصنف سكت عليه كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

{ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا في أنه حواله أو وكاله، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحواله} كما عن التحرير وجامع المقاصد وتبعهما الجواهر، واستدل له ثانيهما: بما نبه عليه في محكى التذكرة من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حملة على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينه إذا أراد المجاز، فالتجرد دليل إرادته الحقيقه، وإلا لزم الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفه للأصل، ثم ذكر أنه إذا لم يقدم قول مدعى الحواله لزم القدح في جميع أبواب البيع والصلح والإقرار والنكاح وغيرها.

أقول: وكأنه أراد إن عدم القدح فيها مقتضى السيره الواصله من الشارع، فلزم أن يكون المقام كذلك.

لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحه، واستعماله فى الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة، وفيه منع الظهور المذكور، نعم لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحه، وأما ما يشتق منها كلفظ

والمصنف ذكر نصف الاستدلال، أى الصغرى، وأحال الكبرى على وضوحها، قال: {لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحه واستعماله} أى لفظ: أحلت {فى الوكالة مجاز، فيحمل على الحوالة} لما تقدم من السيره ونحوها.

ومقابل قول من يقول بتقديم قول مدعى الحوالة قول الشيخ فى محكى المبسوط وجماعه على ما نسبه إليهم المسالك، وتبعهم القواعد، فقالوا بتقديم قول المحيل.

واستدل له فى الأخير بأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، لكن تردد أخيراً فقال: ويحتمل تصديق المستحق عملاً- بشهادة اللفظ، كما أن التردد محكى عن التذكرة والشرائع والكفايه، وقد أطال المسالك فى تصحيح كلام الشيخ وردّ جامع المقاصد.

ومما تقدم ظهر أن القائلين بتقديم قول المحيل لم يستشكلوا فى ظهور لفظ (أحلت)، بل استشكلوا من جهه الأصل، وأنه أعرف بنيته.

فقول المصنف: {وفيه منع الظهور المذكور} محل منع، ولذا قال ابن العم: لا يبعد ظهوره فى الحوالة المصطلحه، وقال الوالد: إن (ربما يقال) هو الأظهر، وإن سكت على المتن جماعه منهم السيدان البروجردى والجمال.

{نعم لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحه، وأما ما يشتق منها كلفظ

أحلت فظهوره فيها ممنوع، كما أن لفظ الوصيه ظاهر في الوصيه المصطلحه، وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك

أحلت { وإحاله، ولم يرد كل مشتق وإلا يشمل مثل: المحيل، والمحتال، والمحال عليه، مع وضوح ظهورها في المصطلحه.

{فظهوره فيها ممنوع} لعدم التلازم بين ظهور المبدأ وظهور المشتق، فهو مثل صحه استعمال أحدهما دون الآخر في بعض المجالات، مثلاً ورد في القرآن الحكيم: (وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ) (١) و(أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ) (٢) و(يُضِلُّ مَنْ يَشَاءُ) (٣)، مع أنه لا يصح إطلاق المعلمم والزراع والمضل بالنسبه إليه سبحانه.

أما ما ذكره المستمسك على قوله (ممنوع) بقوله: فيه نظر، لأن المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له في ماده الاشتقاق، نعم كان الأولى له أن يمنع أن يكون (أحلتك) مشتقاً من الحواله، فلعله مشتق من التحويل، وحينئذ يتخلص من الإشكال المذكور، إلى آخر كلامه.

فيرد عليه، أولاً: إن التبعية في الاشتقاق لا يلزم التلازم في الظهور.

وثانياً: إن الحواله هي الأصل حتى بالنسبه إلى التحويل، فلا ينفع جعل المشتق منه التحويل.

{كما أن لفظ الوصيه ظاهر في الوصيه المصطلحه، وأما لفظ (أوصيت) أو (أوصيك بكذا) فليس كذلك}، ولذا قال سبحانه: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) (٤)

ص: ٣٣٣

١- البقره: الآيه ٣١

٢- الواقعه: الآيه ٦٤

٣- الرعد: الآيه ٢٧

٤- النساء: الآيه ١١

فتقديم قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه محل منع.

واستعملت (وصيتى) فى نهج البلاغه فى غير المصطلحه، إلى غير ذلك.

وكيف كان {فتقديم قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه} فيما قال: أحلتك على فلان، {محل منع}، وفى المستمسك: إنه هو المتعين.

أقول: فى كلام المصنف نظر، لعدم تسليم منعه الظهور، وإذا كان ظاهراً أخذ بالظهور إلا أن يثبت خلافه، لما عرفت من أن ذلك مقتضى السيره.

ومنه يعلم أن تجويز المسالك كون لفظ الحواله مشتركاً بينها وبين الوكاله، لا- يصحح كلام الشيخ، لأنه على تقدير تسليم الاشتراك - وهو غير قابل للتسليم - لا ينفع بعد ظهورها فى المصطلحه، فإن صرف الاشتراك لغه لا يلازم منع الظهور الذى هو المعيار، والله سبحانه العالم.

ص: ٣٣٤

## مسأله ١٥ لو بان بطلان البيع بعد الحواله

(مسأله ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع بطلت الحواله فى الصورتين لظهور

(مسأله ١٥): {إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن} الذى يطلبه البائع من المشتري، وكذا لو أحال المؤجر الذى يطلبه الأجره دائنه على المستأجر، إلى غير ذلك كما لو أحالت المرأه دائنها إلى زوجها الذى يطلبه المهر، {أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري} حيث إن بناء الحواله فى الأمثله المذكوره على صحه البيع والإجاره والنكاح، {ثم بان بطلان البيع} وغيره {بطلت} أى ظهر بطلان {لحواله فى الصورتين} المذكورتين فى المتن، كما فى الشرائع والقواعد والمسالك وجامع المقاصد ومفتاح الكرامه والجواهر وغيرها، بل عن الفخر الإجماع عليه.

وكذا يظهر بطلان الحواله فى الصور التى ذكرناها، نعم إذا ظهر بطلان النكاح وقد دخل بها من دون علم منها ببطلان النكاح استحققت المهر بسبب الدخول، وإن لم تستحق بسبب النكاح، فلا تبطل الحواله، لأنها تطلب منه المهر.

أما إذا كانت عالمه بالبطلان ومع ذلك أعطته نفسها كانت زانيه ولا مهر لبعى فتبطل الحواله أيضاً.

وإنما تبطل الحواله فى الصور المذكوره {لظهور

عدم اشتغال ذمه المشتري للبائع، واللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال، هذا في الصورة الثانيه.

وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالاً- عليه ويجوز الحوالة على البريء إلا- أن المفروض إرادته الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه

عدم اشتغال ذمه المشتري للبائع { وعدم اشتغال ذمه المستأجر للمؤجر، والرجل للمرأة.

نعم إذا استفاد المستأجر من الدار مع بطلان الإجاره كانت الحوالة صحيحه أيضاً، وكذلك إذا استفاد المشتري من المبيع بيعاً باطلاً، إذ البطلان لا يوجب عدم الضمان، لقاعده اليد والاستيفاء، فمرادهم صوره عدم الاستيفاء.

{واللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال} كما علل البطلان بهذه العله غير واحد منهم {وهذا في الصورة الثانيه} أى ما ذكره بقوله: أو أحال المشتري إلخ.

{وفي الصورة الأولى} ما إذا أحال البائع على المشتري {وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء} كما اخترناه فى بعض المسائل السابقه {إلا- أن} مقتضى كون العقود تتبع القصد، ولا- قصد للحواله حقيقه، فلا- حواله، بالإضافة إلى أن {المفروض إرادته} البائع {الحواله عليه} على المشتري {من حيث ثبوت الثمن فى ذمته} أى ذمه المشتري {فهي فى الحقيقة حواله على ما فى ذمته} ذمه المشتري {لا عليه} حتى يكون من الحواله على البريء، لكن ربما يمنع كلا الإشكاليين.

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك

أما الأول: فلأنه إنما تبطل الحوالة إذا كان من قبيل التقييد، لا من قبيل تخلف الداعي، وإلا لم يكن وجه للبطلان، كما لا تبطل سائر العقود والإيقاعات إذا تخلف الداعي فيها.

وأما الثانى: فلأنه لا معنى للحوالة على ما فى الذمه، فقد سبق فى تعريف الحوالة أنها نقل ذمه إلى ذمه، منتهى الأمر أن المحال عليه لو كان مشغول الذمه للمحيل كانت الحوالة استيفاءً من المحيل لدينه، بخلاف ما إذا كان المحال عليه بريئاً.

ومنه يعلم عدم وجه لسكوت جملة من المعلقين أمثال الساده الوالد والبروجردى وابن العم وغيرهم على المتن، وإن أشكل عليه السيدان الجمال والحكيم وغيرهما، قال ثانيهما: فيه إن الحوالة نقل الدين إلى ذمه المحال عليه لا إلى ما فى ذمته.

نعم قد يلحظ ما فى ذمته قيداً للتحويل، وقد يلحظ داعياً، وقد لا يلحظ أصلاً، وفى الأول تبطل الحوالة بفقده لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، ولا تبطل فى الأخيرين لانتفاء المقتضى.

أقول: وقد يكون ما فى ذمته مصباً، وهو مثل القيد فى البطلان، إذ لا مصب، كما تقدمت الإشارة إلى ذلك فى بعض المسائل السابقة.

{ولا- فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض} للمحال من المحال عليه {ويكون المقبوض باقياً على ملك



المشترى فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى، وعلى البائع في الثانية.

المشترى { أى فى الصورة الأولى، وعلى ملك البرىء أو مديون المشتري فى الثانية، كما فى تعليقه الوالد، فإنه إذا أحال المشتري البائع على البرىء يكون المقبوض باقياً على ملك البرىء، فله الرجوع به، وإذا تلف جاز له الرجوع على كل من المحيل والمحتال ليأخذ بدله.

{فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال} لأنه القابض ما ليس له {فى الصورة الأولى، وعلى البائع فى الثانية} لأنه القابض لما ليس له.

ثم من سوق الكلام فى البائع والمشتري تعرف كيفية سوقه فى المؤجر والمستأجر وغيرهما، مما ألمعنا إليه فى أول المسألة، لوحده الدليل فى الكل.

وإذا تلف البعض، فهل الرجوع بقدر نفس ذلك البعض، أو بقدر ما تلف عليه، إذا كانت قيمة البعض تختلف بالانضمام وعدمه كمصراعى الباب والحذاء، المسألة مرتبطة بباب الغصب، ولذا فلا حاجة إلى إطالة الكلام فيه هنا.

ص: ٣٣٨

## مسألة ١٦ انفساخ البيع بالخيار بعد الحوالة

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم إنفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة، لوقوعها في حال اشتغال ذمه المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ، فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع، ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده.

(مسألة ١٦): {إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين} ذكر في أول المسألة الخامسة عشر.

{ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات} حيث اختار من له الخيار الفسخ، ومنه يعلم حال ما إذا حصل الانفساخ في البعض، حيث إن ذلك يؤثر في عدم تمامية كل الحوالة، مثلاً كانت الحوالة بمائه، فإذا بطل نصف البيع أثر في نصف الحوالة {فالحوالة صحيحة} لشمول الأدلة لها بدون محذور في بقائها {لوقوعها في حال اشتغال ذمه المشتري بالثمن}، نعم لو كانت الحوالة مقيدة بالمديونية للمشتري، أو كون ذلك مصباً، بطلت لذهاب الحكم بذهاب موضوعه أو بذهاب قيده.

أما إذا كانت مشروطة حق له الفسخ أخذاً بالشرط، {فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ} للبيع بالإقالة أو الخيار {فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع} كما قرر في بحث الخيارات.

{ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده} لأن الدليل

فهى تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري بالثمن، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطان فى الصورة الثانية، وهى ما إذا أحوال المشتري البائع بالثمن على أجنبى، لأنها تتبع البيع فى هذه الصورة، حيث إنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى، ضعيف

المتقدم فى عدم ضرر ذلك بالحواله شامل لكلتا الصورتين {فهى} أى الحواله {تبقى بحالها ويرجع البائع} المحيل {على المشتري بالثمن} لأن البائع قد قبض الثمن من المحال عليه، فاللازم عليه أن يرد الثمن بعد بطلان البيع.

{وما عن الشيخ} فى المبسوط {وبعض آخر} وهم أصحاب الإيضاح وجامع المقاصد ومجمع البرهان على ما حكى عنهم {من الفرق بين الصورتين، والحكم بالبطان فى الصورة الثانية، وهى ما إذا أحوال المشتري البائع بالثمن على أجنبى} بل فى مفتاح الكرامه: إن البطان هو مذهب كل من قال إن الحواله استيفاء {لأنها تتبع البيع فى هذه الصورة، حيث إنها بين المتبايعين} فإذا بطل البيع بطلت الحواله.

{بخلاف الصورة الأولى} وهى ما إذا أحوال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، فإنها لا تبطل، {ضعيف} لعدم الفارق بين الصورتين، فاللازم إما بطلان الحواله فيهما، أو صحه الحواله فيهما، لأن الحواله فى الصورة الأولى وقعت من البائع على الثمن، وفى الصورة الثانية وقعت من المشتري بالثمن، فإن كان بطلان الثمن لفسخ المعامله موجباً لبطلان الحواله لزم بطلانها فى كلتا الصورتين، وإن لم

والتبعيه فى الفسخ وعدمه ممنوعه

يكن بطلان الثمن موجبا لبطلان الحواله لم تبطل الحواله فى كلتا الصورتين.

وكأنه لذا تردد المحقق فى الشرائع والعلامه فى الإرشاد فى البطلان، ونقل مفتاح الكرامه التردد عن التحرير والتذكره وغايه المراد والمسالك.

{والتبعيه} أى تبعيه الحواله للبيع {فى الفسخ وعدمه} فإذا فسخ البيع بطلت الحواله، وإن بقى البيع بقيت الحواله {ممنوعه} إذ الحواله تكون على الذمه لا على المال والذمه باقيه.

نعم إذا كان الثمن مأخوذاً مصباً أو قيداً بطلت الحواله، لأنه لا مال بعد الفسخ.

أما إذا أخذ الثمن شرطاً، كان له الفسخ للحواله باعتبار تخلف الشرط، وإذا أخذ داعياً، أو لم يلحظ أصلاً لم يكن وجه لبطلان الحواله.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: المال مأخوذ قيداً تارةً، وداعياً أخرى، وغير ملحوظ ثالثه، والتبعيه تختص بالصوره الأولى لا غير، وفيها أيضاً لا تبعيه فى الفسخ، انتهى.

يرد عليه أولاً: إنه لم يذكر الشرط والمصب مع أنهما اعتباران يختلف الحكم حسبهما باعتبار أن العقود تتبع القصود.

وثانياً: إن التبعيه ليست خاصه بصوره واحده فقط.

وثالثاً: إنه لا بد من القول بالتبعيه فى الفسخ فى القيد، لأن المقيد عدم عنه عدم قيده.

ص: ٣٤١

ومما تقدم يظهر وجه التأمل فى كلام الشرائع، حيث فصل بين الموضوعين، قال:

إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لأنها تتبع البيع وفيه تردد، أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، انتهى.

إذا لا فرق بين الصورتين، سواء فيما أخذ الثمن مصباً أو قيداً، أو شرطاً أو داعياً، أو غير ملحوظ فى الانفساخ فى الأولين، وعدمه فى الأخيرين، ومراعى فى الأوسط، كما يظهر وجه التأمل فى قول المحقق بعد ذلك، ولو ثبت بطلان البيع \_ أى من أصله لا من الفسخ \_ بطلت الحوالة فى الموضوعين، انتهى.

إذ اللازم نفس ذلك التفصيل بين المصب والقيد وغيرهما هنا أيضاً، ولا يقف أمام هذا التفصيل الذى ذكرناه قول الجواهر فى تعليل كلام الشرائع بقوله: لظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه، وإن قلنا بجواز الحوالة على البرىء فإن الفرض إرادته الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته، فهى حوالة على ما فى ذمته لا عليه، انتهى.

إذ لماذا فرض كون الحوالة هنا مقيدة أو جعل الثمن مصباً، ولم يفرض ذلك فى الصورتين المتقدمتين، مع أن عقد الحوالة يمكن تصوره على كل الأنحاء الخمسة فى كل فروض الشرائع الثلاثة.

نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعه على الثمن، وبهذا المعنى لا- فرق بين الصورتين، وربما يقال: بطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض، والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع

{نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعه على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين} وإن حاول المستمسك جعل الفرق بينهما بما ليس بفارق {وربما يقال} والقائل العلامة في القواعد والتذكرة {بطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى} الحوالة على حالها بعد الفسخ أيضاً {إن قلنا إنها اعتياض} قال كما في الأولى بما لفظه:

ولو احتال البائع ثم ردت السعلة بعيب سابق، فإن قلنا إن الحوالة استيفاء بطلت لأنه نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحاً، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب.

{والأقوى البقاء} للحوالة {وإن قلنا إنها استيفاء} بالمعنى الأعم، وبذلك يظهر وجه النظر في قول السيد الجمال كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض، ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر {لأنها معاملة مستقلة} فليس إيفاءً مجرداً حتى تبطل الحوالة ببطلان البيع، بل هي {لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع} بل ولو لم تكن الحوالة لازمه كان الأمر كذلك، فقوله (لازمه) من باب بيان الحقيقة، لا من باب توقف عدم البطلان عليه.

وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمه، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسره

{وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمه} حتى ترتبط بالبيع {كما} مثال (ليس) {إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً}.

أقول: الشيء الآخر قد يكون بينه وبين الثمن نوع قريب كالحيوان المدرب والحيوان غير المدرب، وقد يكون بينهما نوع بعيد كالشجر والحجر، وكلاهما يصلح وفاءً إذا لاحظ المالكه دون الخصوصيه، فإنه إذا لوحظت الخصوصيه كان في كليهما اعتياض، وإذا لوحظت المالكه كان في كليهما وفاء، فقول المستمسك: في كون ذلك من الوفاء إشكال، لأن الوفاء أرادها في الذمه والجنس الآخر أجنبي عما في الذمه فلا يكون أداءً له، نعم إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح المكسره يمكن تنازل المشتري عن الوصف فيدفع غير الموصوف، كالصحيح بدل المكسور، فيكون الوفاء بالنسبه إلى الذات، وهذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد ظهر أن الاختلاف بقصدهما المالكه أو مع الخصوصيه، ففي الأول يكون كلاهما وفاءً، وفي الثاني يكون كلاهما اعتياًضاً.

{حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسره} التي وقع عليها البيع.

فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث إن الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

لا يقال: بل اللازم أن يرجع إليه الدراهم المكسره، لأن المعطى أعرض عن صفه الصحه عند إعطاء الصحيحه، فالذى يطلب منه بعد الفسخ المكسره فقط، أى بدون صفه الصحه، وكذلك إذا أعطاه دابه غير معلمه مكان الدابه المعلمه ورضى به المشتري، لأن الصفه سقطت بالإعراض.

لأنه يقال:

أولاً: الفسخ يجعل البيع كأن لم يكن، فيرجع كل شيء إلى صاحبه.

وثانياً: كان الاعراض مقيداً، فإذا ذهب القيد ذهب الاعراض.

ولا يقال: إنه كالإبراء لا يمكن الإرجاع فيه.

لأنه يقال: حيث كان القيد اعتباراً عقلائياً وأنهم يرون الرجوع حيث الفسخ لم يكن كالإبراء، فإن الشرع في المعاملات أمضى العقلانيات إلا ما استثنى، وليس المقام من المستثنى، إذ لا دليل على الاستثناء.

{فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه، بل يتبع البيع في الانفساخ} فيرجع كل شيء إلى حاله ما قبل البيع {بخلاف ما نحن فيه} من الحوالة {حيث إن الحوالة عقد لازم، وإن كان نوعاً من الاستيفاء}.

ثم إذا قبض المحتال المال ثم ظهر بطلان البيع رجع المحال عليه على المحتال بعين ماله إن كانت موجوده، وببديلها إن كانت تالفه لقاعده «على اليد»<sup>(١)</sup>.

وللمسأله فروع تظهر مما ذكر.

ص: ٣٤٥

---

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٢ الباب ١ من أبواب الوديعه الحديث ١٢



## مسألة ١٧ لو أحال على ما عند وكيله

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده، فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحه، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته

(مسألة ١٧): {إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال} إذ يحق له أن لا يقبل، لأنه مقتضى تسلطه على نفسه وماله، {والمحال عليه} إذ يحق له أن لا يقبل لأنه مكلف بدفعه إلى المالك، لا إلى من أحاله عليه، فإن جبره أن يدفعه إلى المحتال خلاف سلطته على نفسه.

{وجب عليه الدفع إليه} الظاهر أن قبول الوكيل الدفع إلى المحتال لا يسقط سلطته على نفسه، إذ القبول ليس عقداً لازم الوفاء، فلو كبل بعد أن قبل أن يرجع من قبوله، ويدفعه إلى نفس المحيل، ولذا أشكل المستمسك في وجوب ذلك قال: وكما يمكن الفرار عن التصرف في المال بغير إذن مالكة بالدفع إلى المحتال يمكن بإرجاعه إلى المالك.

نعم إذا تعذر الدفع إلى المالك حينئذ وجب الدفع إلى المحتال، لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير إذنه، وحينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة.

{وإن لم يكن من الحوالة المصطلحه} لأنه ليس انتقال الدين من ذمه إلى ذمه.

{و} حينئذ {إذا لم يدفع} المحال عليه المال إلى المحتال {له الرجوع على

ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت خسارته الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

المحيل لبقاء شغل ذمته { بل له الرجوع وإن استعد المحال عليه الدفع، إذ قد تقدم أن القبول لا يسبب اللزوم، لأنه ليس بعقد لازم الوفاء.

{ولو لم يتمكن} المحتال {من الاستيفاء منه} أى من المحيل بعد أن أحاله {ضمن الوكيل المحال عليه} فللمحتال إجباره، وإن لم يكن فالتقاص منه، {إذا كانت خسارته الواردة عليه} على المحتال {مستنداً إليه} إلى المحال عليه {للغرور} فإن المحال عليه حيث قبل إعطاء المحتال المال، كان غاراً له، فإنه إذا لم يكن قبل أجبر المحتال المحيل على الدفع، فقبول الوكيل تغيير، والمغرور يرجع إلى من غر، فهو مثل ما إذا قبل المحال عليه وسافر أو مات المحيل مما أوجب تعذر الرجوع عليه.

وهذا هو الذى أیده غالب المعلقين بالسكوت على المتن، كالساده الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم، وإن أشكل عليه السيد الجمال بأن التشبث بقاعده الغرور ضعيف غايته، وفيه ما تقدم، ولذا قال المستمسك: قاعده الغرور شامله للمقام، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لا يمنع من صدق الغرور، فإن الغرور لم يكن مستنداً إلى وجوب الوفاء، بل مستنداً إلى الثقة بالوفاء بالوعد، انتهى.

أما ما أشكل على المتن بعض المعلقين من الاغتشاش فى هذه المسأله،

ففيه: إنها كسائر المسائل التي تختلف أنظار الفقهاء فيها، فلا ترمى بالاعتشاش، وإنما باختلاف النظر.

والله سبحانه العالم.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

قم المقدسه

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

ص: ٣٤٨

## المحتويات

المحتويات

كتاب الضمان

٥ \_ ٢٤٢

- مسألة ١ \_ لا يشترط العلم بمقدار الدين..... ٤٣
- مسألة ٢ \_ الضمان بضم الذمم..... ٥٣
- مسألة ٣ \_ إذا أبرأ المضمون له..... ٥٦
- مسألة ٤ \_ الضمان لازم..... ٥٩
- مسألة ٥ \_ اشتراط الخيار فى الضمان..... ٦٥
- مسألة ٦ \_ لو تبين كون الضامن مملوكا..... ٦٩
- مسألة ٧ \_ ضمان الدين الحال حالا ومؤجلا..... ٧٠
- مسألة ٨ \_ إذا ضمن الدين الحال مؤجلا..... ٧٤
- مسألة ٩ \_ إذا مات الضامن فحل دينه..... ٧٦
- مسألة ١٠ \_ إذا ضمن الدين المؤجل حالا..... ٧٨
- مسألة ١١ \_ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله..... ٨١
- مسألة ١٢ \_ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه..... ٨٣
- مسألة ١٣ \_ إذا أدى الضامن رجوع إلى المضمون عنه..... ٨٧
- مسألة ١٤ \_ لو أخذه المذموم له ثم وهبه..... ٩٥
- مسألة ١٥ \_ لو باعه أو صالحه بالأقل..... ٩٨
- مسألة ١٦ \_ إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن..... ١٠١

مسأله ١٧ \_ لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عنى..... ١٠٤

مسأله ١٨ \_ إذا ضمن تبرعا..... ١٠٧

مسأله ١٩ \_ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن..... ١٠٨

مسأله ٢٠ \_ ضمان الدين بأقل منه..... ١٠٩

مسأله ٢١ \_ جواز الضمان بغير جنسى..... ١١٢

ص: ٣٤٩

- مسأله ٢٢ \_ الضمان بشرط الرهان..... ١١٣
- مسأله ٢٣ \_ هل يفك الرهن بالضمان..... ١١٧
- مسأله ٢٤ \_ اشتراط الضمان فى مال معين..... ١١٩
- مسأله ٢٥ \_ لو أذن المولى لمملوكه فى الضمان..... ١٢٧
- مسأله ٢٦ \_ ضمان اثنين عن واحد..... ١٢٨
- مسأله ٢٧ \_ لو ضمن كل مديون صاحبه..... ١٣٦
- مسأله ٢٨ \_ هل يشترط علم الضامن..... ١٤٥
- مسأله ٢٩ \_ لو قال: على ما تشهد به اليينه..... ١٥٣
- مسأله ٣٠ \_ جواز الدور فى الضمان..... ١٥٧
- مسأله ٣١ \_ لو كان المديون فقيرا..... ١٥٩
- مسأله ٣٢ \_ الضمان للحاكم عن من عليه الخمس..... ١٦٢
- مسأله ٣٣ \_ إذا ضمن فى مرض موته..... ١٦٥
- مسأله ٣٤ \_ إذا اعتبر مباشره المديون..... ١٦٧
- مسأله ٣٥ \_ ضمان نفقه الزوجه..... ١٧٠
- مسأله ٣٦ \_ جواز ضمان مال الكتابه..... ١٧٨
- مسأله ٣٧ \_ ضمان مال الجعاله..... ١٧٩
- مسأله ٣٨ \_ هل يجوز ضمان الأعيان المضمونه..... ١٨٤
- مسأله ٣٩ \_ ضمان درك الثمن للمشتري..... ١٩٣
- مسأله ٤٠ \_ لو ظهر بعض المبيع مستحقا..... ٢٠٢
- مسأله ٤١ \_ ضمان ما يحدثه المشتري..... ٢٠٤

مسأله ٤٢ \_ لوقال: ألق متاعك فى البحر..... ٢١١

ص: ٣٥٠

تتمه..... ٢١٨ .....

مسألة ١ \_ صور اختلاف المضمون له وعنه..... ٢١٩ .....

مسألة ٢ \_ لو اختلف الضامن والمضمون له..... ٢٢٢ .....

مسألة ٣ \_ لو اختلفوا فى الإذن وعدمه..... ٢٢٥ .....

مسألة ٤ \_ إذا أنكر الضامن الضمان..... ٢٢٩ .....

مسألة ٥ \_ لو ادعى الضامن الوفاء..... ٢٣٧ .....

مسألة ٦ \_ لو أذن المديون لغيره فى وفاء دينه..... ٢٣٩ .....

كتاب الحوالة

٢٤٣ \_ ٣٤٨

مسألة ١ \_ المال المحال به عين أو غيرها..... ٢٨٤ .....

مسألة ٢ \_ الحوالة تبرئ ذمه المحيل..... ٢٨٧ .....

مسألة ٣ \_ لا يجب قبول الحوالة..... ٢٩٣ .....

مسألة ٤ \_ الحوالة لازمه..... ٢٩٤ .....

مسألة ٥ \_ الحوالة على البرىء..... ٣٠٢ .....

مسألة ٦ \_ جواز اشتراط خيار الفسخ..... ٣٠٥ .....

مسألة ٧ \_ جواز الدور والترامى..... ٣٠٦ .....

مسألة ٨ \_ لو تبرع الأجنبى بإعطاء الدين..... ٣٠٨ .....

مسألة ٩ \_ لو اختلفا..... ٣١٠ .....

مسألة ١٠ \_ مطالبه العوض..... ٣١٨ .....

مسألة ١١ \_ ١٢ \_ ١٣ \_ ثلاث مسائل..... ٣٢٤ .....



مسأله ١٤ \_ لو اختلفا فى أنها حواله أو وكاله ..... ٣٢٦

مسأله ١٥ \_ لو بان بطلان البيع بعد الحواله ..... ٣٣٥

مسأله ١٦ \_ انفساخ البيع بالخيار بعد الحواله ..... ٣٣٩

مسأله ١٧ \_ لو أحال على ما عند وكيله ..... ٣٤٦

ص: ٣٥١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

