



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرأيا
عليكم يا صابغين

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

مباني

العروة الوثقى

بمحاضرات شيخنا العلامة الفاضلة الشيخ محمد الطاهر بن عبد الرحمن

السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي

دامت بركاته

الجزء الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مباني العروة الوثقى

كاتب:

آيت الله سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

دار العلم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	مبانى العروه الوثقى المجلد ٢
١١	اشاره
١١	[كتاب المساقاه]
١١	اشاره
١٣	[او يشترط فيها أمور]
١٣	اشاره
١٣	[(الأول): الإيجاب و القبول]
١٥	[(التانى): البلوغ و العقل]
١٥	[(الثالث): عدم الحجر]
١٦	[(الرابع): كون الأصول مملوكه عينا و منفعته، أو منفعه فقط]
١٦	[(الخامس): كونها معينه عندهما معلومه لديهما]
١٦	[(السادس): كونها ثابتة مغروسه]
١٦	[(السابع): تعيين المده بالأشهر و السنين]
١٧	[(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ]
١٨	[(التاسع): أن يكون الحصه معينه مشاعه]
١٩	[(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال]
١٩	[مسائل]
١٩	[(مسأله ١): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر]
٢٠	[(مسأله ٢): الأقوى جواز المساقاه على الأشجار التى لا ثمر لها]
٢١	[(مسأله ٣): لا يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابتة]
٢١	[(مسأله ٤): لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى]
٢٢	[(مسأله ٥): يجوز المساقاه على فسلان مغروسه]
٢٣	[(مسأله ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاه على ودى غير مغروس]

- ٢٣ [(مسألة ٧): المساقاة لازمه لا تبطل الا بالتقابل]
- ٢٤ [(مسألة ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين]
- ٢٥ [(مسألة ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاة جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك]
- ٢٦ [(مسألة ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك]
- ٢٨ [(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال]
- ٢٩ [(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح]
- ٣٠ [(مسألة ١٣): لا يشترط ان يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه]
- ٣٢ [(مسألة ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل]
- ٣٣ [(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه]
- ٣٥ [(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر]
- ٣٦ [(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف- مثلا- ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح]
- ٣٧ [(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضه أو غيرهما]
- ٣٧ [(مسألة ١٩): في صورته اشتراط شىء من الذهب]
- ٤٤ [(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائدة ملك حصه من الأصول مشاعا أو مفروزا]
- ٤٦ [(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المده عدم خروج الثمر أصلا]
- ٤٦ [(مسألة ٢٢): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمره]
- ٤٩ [(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك]
- ٥٠ [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاه في عقد مساقاه]
- ٥١ [(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل]
- ٥٢ [(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو في الأثناء]
- ٥٥ [(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره]
- ٥٦ [(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل]
- ٥٨ [(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه]
- ٥٩ [(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينه أو غيرها أن الأصول كانت مفضوبه]
- ٦٥ [(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره]
- ٦٧ [(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضى الخراجيه على المالك]

- [(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره] ----- ٦٧
- [(مسألة ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره] ----- ٧٤
- [(مسألة ٣٥): إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها] ----- ٧٥
- [(مسألة ٣٦): قالوا المغارسه باطله] ----- ٧٧
- [(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل] ----- ٨٢
- اشاره ----- ٨٢
- [تذنيب] ----- ٨٣
- [كتاب الضمان] ----- ٨٤
- اشاره ----- ٨٤
- [و يشترط فيه أمور] ----- ٨٥
- اشاره ----- ٨٥
- [أحدها: الإيجاب] ----- ٨٥
- [الثاني: القبول من المضمون له] ----- ٨٥
- [الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً] ----- ٨٩
- [الرابع: كونه مختاراً] ----- ٩١
- [الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه إلا بإذن الولي] ----- ٩١
- [السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه] ----- ٩٤
- [السابع: التنجيز] ----- ٩٧
- [الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتاً فى ذمه المضمون عنه] ----- ١٠١
- [التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه] ----- ١٠٣
- [العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان] ----- ١٠٥
- [مسائل] ----- ١٠٦
- [(مسألة ١): لا يشترط فى صحه الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه] ----- ١٠٦
- [(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن] ----- ١١٠
- [(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه] ----- ١١١
- [(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له] ----- ١١٣

- [(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان] ١١٧
- [(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه] ١٢٠
- [(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا و مؤجلا] ١٢١
- [(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين] ١٢٣
- [(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته] ١٢٤
- [(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه] ١٢٥
- [(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه] ١٢٥
- [(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته] ١٢٥
- [(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورته الإذن] ١٢٧
- [(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاه أو صدقه] ١٢٩
- [(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين] ١٣١
- [(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه] ١٣٢
- [(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «دفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع] ١٣٤
- [(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برثا معا] ١٣٥
- [(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه] ١٣٦
- [(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له] ١٣٦
- [(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين] ١٣٨
- [(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانه] ١٣٩
- [(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا] ١٤٢
- [(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد] ١٤٣
- [(مسألة ٢٥): إذا إذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه] ١٤٥
- [(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد] ١٤٧
- [(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه] ١٥١
- [(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه] ١٥٥
- [(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البينه»] ١٥٨
- [(مسألة ٣٠): يجوز الدور فى الضمان] ١٦٠

- [(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم] ----- ١٦١
- [(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي] ----- ١٦٢
- [(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته] ----- ١٦٤
- [(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه] ----- ١٦٤
- [(مسألة ٣٥): يصح ضمان النفقة الماضيه للزوج، لأنها دين على الزوج] ----- ١٦٧
- [(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابه] ----- ١٧٠
- [(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل] ----- ١٧٢
- [(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه - كالغصب] ----- ١٧٤
- [(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير] ----- ١٧٨
- [(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا] ----- ١٨٣
- [(مسألة ٤١): الأقوى (٢) - وفاقا للشهيدين - صحه ضمان ما يحدثه المشتري] ----- ١٨٤
- [(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينه: «لق متاعك في البحر و على ضمانه» صح] ----- ١٨٦
- اتتمه فيها مسائل] ----- ١٨٨
- اشاره ----- ١٨٨
- [(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان] ----- ١٨٨
- [(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين و عدمه] ----- ١٩٣
- [(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه في الأذن و عدمه] ----- ١٩٤
- [(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع] ----- ١٩٥
- [(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف] ----- ١٩٩
- [(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه] ----- ٢٠١
- [كتاب الحوالة] ----- ٢٠٣
- اشاره ----- ٢٠٣
- [أو يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار أمور] ----- ٢٠٦
- اشاره ----- ٢٠٦
- [(أحدها): الإيجاب و القبول] ----- ٢٠٦
- [(الثاني): التنجيز] ----- ٢١١

- ٢١٢ [(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال]
- ٢١٥ [(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمه المحيل]
- ٢١٦ [(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال]
- ٢١٨ [(السادس): تساوى المالىن]
- ٢٢٠ [مسائل]
- ٢٢٠ [(مسألة ١): لا فرق فى المال المحال به بين أن يكون عينا فى الذمه أو منفعه أو عملا لا يعتبر فيه المباشره]
- ٢٢١ [(مسألة ٢): إذا تحققت الحواله برئت ذمه المحيل و ان لم يبرئه المحتال]
- ٢٢٤ [(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحواله]
- ٢٢٤ [(مسألة ٤): الحواله لازمه]
- ٢٢٧ [(مسألة ٥): الأقوى جواز الحواله على البرى]
- ٢٢٨ [(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه]
- ٢٢٨ [(مسألة ٧): يجوز الدور فى الحواله]
- ٢٢٨ [(مسألة ٨): لو تبرع أجنبى عن المحال عليه برئت ذمته]
- ٢٢٩ [(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما اداه]
- ٢٣٥ [(مسألة ١٠): حال الحواله حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء]
- ٢٣٧ [(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صح]
- ٢٤٠ [(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمانها صح]
- ٢٤٢ [(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبى فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح]
- ٢٤٢ [(مسألة ١٤): لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حواله أو كاله]
- ٢٤٤ [(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن]
- ٢٤٦ [(مسألة ١٦): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات فالحواله صحيحه]
- ٢٤٩ [(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجى، فأحال دائنه عليه]
- ٢٥٢ [تعريف مركز]

مباني العروه الوثقى المجلد ٢

اشاره

نام كتاب: مباني العروه الوثقى

موضوع: فقه استدلالى

نويسنده: خويى، سيد ابو القاسم موسى

تاريخ وفات مؤلف: ١٤١٣ هـ ق

زبان: عربى

قطع: وزيرى

تعداد جلد: ٢

ناشر: منشورات مدرسه دار العلم - لطفى

تاريخ نشر: ١٤٠٩ هـ ق

نوبت چاپ: اول

مكان چاپ: قم - ايران

مقرر: خويى، شهيد، سيد محمد تقى موسى

تاريخ وفات مقرر: ١٤١٥ هـ ق

[كتاب المساقاه]

اشاره

كتاب المساقاه و هى معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرها، و لا إشكال فى مشروعيتها فى الجملة، و يدل عليه مضافا إلى العمومات (١)، خبر يعقوب بن شعيب (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يعطى الرجل أرضه، و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج، قال: (ع) لا بأس» (١) و جملة من اخبار خير، منها: صحيح الحلبي قال:

(١) قد عرفت غير مره أن العمومات و الإطلاقات لا تشمل المعاملات التي تتضمن تمليك المعدوم، فإنه أمر غير جائز و لذا لا نعهد فقيها يلتزم بصحة ذلك في غير المضاربه و المزارعه و المساقاه.

و من هنا: فلا مجال للتمسك بها، و لا بد في الحكم بالصحة من التمسك بالدليل الخاص.

(٢) الروايه صحيحه السند و واضحه الدلاله.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢

«أخبرنى أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله (ص) أعطى خيبرا بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه.» «١» هذا مع أنها من المعاملات العقلانيه و لم يرد نهى عنها (١) و لا غرر فيها حتى يشملها النهى

عن الغرر.

[ويشترط فيها أمور]

إشارة

و يشترط فيها أمور:

[(الأول): الإيجاب والقبول]

(الأول): الإيجاب و القبول (٢) و يكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور (٣) ماضيا كان أو مضارعا أو أمرا، بل الجملة الاسمية مع قصد الإنشاء بأى لغة كانت، و يكفى القبول الفعلى بعد الإيجاب القولى، كما انه يكفى المعاطاه (٤).

(١) ظهر الجواب عن ذلك فيما تقدم، فان كل معاملة لا تكون من التجاره عن تراض تكون منها بمقتضى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، و لما لم تكن هذه المعاملة منها لما عرفته من تضمنها لتمليك المعدوم كانت محكومته بالفساد لا محاله.

(٢) على ما يقتضيه كونها من العقود. فإنها متقومه بالإيجاب و القبول و المعاهده من الطرفين.

(٣) إذ ليس الإنشاء إلا إبراز الاعتبار النفساني بمبرز في الخارج فيكفى كل ما قام بهذا الدور ما لم يرد الدليل على اعتبار لفظ معين بخصوصه.

(٤) و هو بناء على ما اخترناه من كون صحة المعاطاه على القاعده

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٠ من أبواب بيع الثمار، ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣

.....

واضح، و أما بناء على خلاف ذلك فالقول بصحتها فى المقام يحتاج إلى الدليل الخاص.

و من هنا فقد استشكل فيها بعضهم من جهه أنها ليست كسائر المعاملات، فإنها تختلف عنها بلحاظ غرريتها و احتمال عدم

تحقق الحاصل فيها بالمره أو قلته.

و قد أجب عنه فى بعض الكلمات بكفايه العمومات و الإطلاقات للحكم بصحتها فى الفرض، فإنها شامله لها على حد شمولها لسائر المعاملات.

الا- انه مردود بما عرفته غير مره من ان العمومات و الإطلاقات لا تشمل مثل هذه المعامله المتضمنه لتمليك المعدوم بالمره، و عليه فلا يمكن التمسك بها لإثبات

مشروعيتها فضلا عن القول بعدم اعتبار اللفظ فيها.

و من هنا: فلا بد من ملاحظه مقدار دلالة النصوص الخاصه الوارده فى المقام على المدعى.

فنقول: اما صحيحه يعقوب بن شعيب فلا- إطلاق فيها ليشمل العقد المعاطاتى حيث ان المفروض فيها إنشاء العقد باللفظ، فالتعدى عنه إلى الفعل يحتاج إلى الدليل.

نعم حيث ان اللفظ و هو قوله: «اسق هذا من الماء و اعمره.»

وارد فى كلام السائل دون الامام (ع)، فمن القريب جدا دعوى ان المنصرف العرفى من ذكره و المتفاهم منه كونه لمحض إنه أسهل طريقه لابرار ما فى نفسه من الاعتبار و المعاهده مع الطرف الآخر خاصه من دون ان يكون فيه اى خصوصيه تلزمه، و الا للزم الاقتصار فى مقام الإنشاء على هذا اللفظ الوارد خاصه كما هو الحال فى الطلاق بل و عدم كفايه ترجمته أيضا و هو مما لا يقول به أحد.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤

[الثانى: البلوغ و العقل]

(الثانى): البلوغ و العقل و الاختيار (١).

[الثالث: عدم الحجر]

(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس (٢).

و الحاصل: ان المتفاهم العرفى من صحيحه يعقوب بن شعيب كون ذكر اللفظ المعين، مبرزا من المبرزات من دون ان تكون له خصوصيه ملزمه.

و من هنا: تكون هذه الصحيحه مطلقه من هذه الجبهه.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بعدم دلالة صحيحه يعقوب بن شعيب على المدعى فالروايات المعتمده الوارده فى إعطاء النبى (ص) لأرض خيبر كافيته فى إثباتها، حيث لم يذكر فى جملة منها لفظ مطلقا، و انما المذكور فيها انه (ص) أعطاهم أرض خيبر. و هو كاف فى إثبات المدعى.

هذا كله مضافا إلى إمكان الاستدلال عليه بالأولويه القطعيه، فإنه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنيه على الضبط و الدقه بالفعل، جاز إنشاء المعاملات المبنيه على التسامح به بطريق أولى.

(١) و هي شروط المتعاضدين في جميع العقود بقول مطلق، سواء في ذلك البيع و الإجاره و المزارعه و المساقاه و غيرها.

و قد عرفت أدلتها في كتاب البيع فإن الصبي لا يجوز أمره حتى يحتلم و المجنون بحكم البهائم و المكره غير ملزم بشئ ء.

(٢) لما تقدم، غير انه كان على الماتن (قده) التنبيه على اختلاف نحو شرطيه هذا عما تقدم عليه، فان الشروط الأول مشتركه بين المالك و العامل حيث تعتبر فيهما معا، في حين أن هذا مختص بالمالك خاصه دون العامل فان المفلس و السفيه انما هو ممنوعان من التصرف

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥

[(الرابع): كون الأصول مملوكه عينا و منفعته، أو منفعه فقط]

(الرابع): كون الأصول مملوكه عينا و منفعته، أو منفعه فقط أو كونه نافذ التصرف فيها لولايه أو و كاله أو توليه (١).

[(الخامس): كونها معينه عندهما معلومه لديهما]

(الخامس): كونها معينه عندهما معلومه لديهما (٢).

[(السادس): كونها ثابتة مغروسه]

(السادس): كونها ثابتة مغروسه، فلا تصح في الودى (٣) اى الفسيل قبل الغرس.

[(السابع): تعيين المده بالأشهر و السنين]

(السابع): تعيين المده بالأشهر و السنين (٤) و كونها

في مالهما خاصه، دون الكسب و تحصيل المال، إذ لا حجر عليهما من هذه الجهه.

(١) إذ لولاها كان العقد فضوليا محكوما بالبطلان.

(٢) لا لاستلزام عدمها الغرر حتى يقال انها معامله مبنيه عليه و على الجهاله، و انما لعدم الدليل على صحتها في هذه الصوره، فإن عمدته الدليل على صحه المساقاه منحصره- و كما عرفت- في صحيحه يعقوب بن شعيب و اخبار إعطاء رسول الله (ص) لأرض خبير، و حيث ان موردها جميعا معلوميه الأرض لدى الطرفين، فلا يبقى دليل على صحتها مع عدم المعلوميه حتى و لو لم نلتزم بنفى الغرر في جميع الموارد و التزمنا باختصاص دليله بالبيع كما هو الصحيح.

(٣) و هو يتنافى ما سيأتى منه (قده) في المسأله السادسه من الالتزام بصحتها للعمومات و ان لم تكن من المساقاه المصطلحه.

و كيف كان: فما ذكره فى المقام هو الصحيح، فان العمومات و الإطلاقات غير شامله لما يتضمن تملك المعدوم بالفعل على ما تقدم غير مره.

(٤) لما تقدم، و لان ما لا تعين له فى الواقع لا يمكن الإلزام أو

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦

بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا (١). نعم لا- يبعد جوازها فى العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، و يكفى ذلك فى رفع الغرر (٢) مع انه الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمه (٣).

[الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ]

(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ (٤) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر،

الالتزام به، فإنه غير قابل له كما هو واضح.

نعم لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا أنشأ على نحو الدوام،

ولعله هو الظاهر من اخبار خبير حيث لم يرد في شىء منها تحديد فتره كون الأرض بيدهم، بل وفي بعض روايات العامه انه (ص) جعل لنفسه الخيار وانه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك فإنه كالصریح في التأييد و عدم التحديد بمدته معينه، والحاصل: انه لا- يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد وإن كان غير معين عند الطرفين، إذ يكفي فيه كونه معيناً في الواقع.

ولعل هذا هو المتعارف في العقود الخارجيه في المزارعه و المساقاه معا، فإن أرباب الأراضى و البساتين يعطون أراضيهم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعامله بحد معين.

(١) و الا حكم بطلان العقد للغويته نظرا للعلم بعدم تحققه في الخارج.

(٢) على انه لا دليل على استلزامه للبطلان في غير البيع.

(٣) حيث لم يذكر فيها تحديد المده بحد معين.

(٤) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، فان مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر و عدمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧

و أما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (١) و ان كان محتاجا إلى حفظ أو قطف أو نحو ذلك.

[التاسع): أن يكون الحصة معينه مشاعه]

(التاسع): أن يكون الحصة معينه مشاعه (٢)، فلا- تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعه بأن يجعل لأحدهما مقدارا معيناً و البقيه للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجارا معلومه و للآخر اخرى (٣)، بل و كذا لو اشترط اختصاص

(١) و لعل وجه احتمال الصحه هو التمسك بالعمومات و الإطلاقات و الا فالروايات الوارده في المقام لا تشمل مثله حيث ان جميعها وارده في مورد حاجه

الزراع و الثمر للسقى و العماره فلا تشمل الحفظ و القطف.

و سيأتى التعرض إلى المسأله ثانيا إنشاء الله.

(٢) لعدم الدليل على صحتها من دونهما، فان الدليل - على ما عرفت - منحصر فى صحيحه يعقوب بن شعيب و اخبار خبير، و هى بأجمعها وارده فى مورد وجود القيدىن، على انه مع عدم التعيين لا يكون العقد قابلا للإلزام به من الطرفين فيحكم ببطلانه من هذه الجبهه أيضا.

(٣) تعرض (قده) لنظير هذا الفرع فى المزارعه أيضا، و قد صرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعه.

و من هنا: فيرد عليه (قده) عدم وضوح الفرق بين المقامين مع تصريحه باعتبار الإشاعه أيضا، فإنه ان صح التمسك بالعمومات و الإطلاقات فهو غير مختص بالمقام، و ان لم يصح - كما هو الصحيح - وجب الحكم بالفساد فى المقامين.

و كيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان فى المقام و فى المزارعه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨

أحدهما بأشجار معلومه (١) و الاشتراك فى البقيه، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك فى البقيه إذا علم كون الثمر أزيد من المقدار و انه تبقى بقيه.

[العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال]

(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور و ما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.

[مسائل]

[(مسأله ١): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر]

(مسأله ١): لا - إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر (٣)، كما لا خلاف فى عدم صحتها بعد البلوغ و الإدراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ و الاقتطاف (٤) و اختلفوا

معا، لعدم الدليل على الصحه.

(١) التزام (قده) بذلك فى المزارعه أيضا، لكنك قد عرفت هناك ان دليل الصحه انما يقتضى صحتها فيما إذا كان النتاج بأجمعه مشتركا بينهما، فلا يشمل صورته اختصاص أحدهما ببعضه و كان الباقي مشتركا بينهما، و الإطلاقات و العمومات لا تنفع فى تصحيحها.

و الأمر فى المقام كذلك أيضا، فإن النصوص بأجمعها وارده فى فرض إشاعه الحاصل بأجمعه بينهما و كونه مشتركا كذلك، و من هنا فلا تشمل ما نحن فيه.

(٢) على ما تقدم بيان الوجه فيه فى المزارعه، حيث لا يمكن إلزام كل من الطرفين بشىء، فىحكم ببطلان العقد لا محاله.

(٣) فإنها القدر المتيقن من المساقاه الصحيحه.

(٤) نسبته (قده) إلى عدم الخلاف ينافى ما تقدم منه فى الشرط الثامن من الاستشكال فى صحتها.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩

فى صحتها إذا كان الظهور قبل البلوغ (١)، و الأقوى (٢) - كما أشرنا إليه - صحتها، سواء كان العمل مما يوجب الاستزاده أو لا، خصوصا إذا كان فى جملتها بعض الأشجار التى بعد لم يظهر ثمرها (٣).

[مسأله ٢): الأقوى جواز المساقاه على الأشجار التى لا ثمر لها]

(مسأله ٢): الأقوى جواز المساقاه على الأشجار التى لا ثمر لها و انما ينتفع بورقتها (٤)،

و كيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان، لقصور نصوص صحه المساقاه عن شمول مثلها، فان جميعها وارده فى فرض احتياج الأصول إلى العمل فيها.

(١) بحيث يكون الثمر محتاجا للعمل و لو بلحاظ كونه موجبا لوجودته.

(٢) لإطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، فان مقتضى ترك استفصاله (ع) هو عدم الفرق بين كون

احتياجه للعمل بعد ظهور الثمر أو قبله على ما تقدم.

(٣) فتكون محتاجه للعمل قبل ظهور الثمر و بذلك فيكون المورد من مصاديق القسم الأول المتيقن صحته.

(٤) تمسكا بالعمومات و الإطلاقات حيث ان مقتضاها عدم الفرق في الصحة بين ماله ثمر و ما لا ينتفع إلا بورقه.

إلا إنك قد عرفت غير مره، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات لتضمنها لتمليك المعدوم بالفعل، فلا بد من الرجوع إلى الأدله الخاصه و هي قاصره الشمول للمقام، فإن صحيحه يعقوب بن شعيب وارده في الأشجار المثمره فلا تشمل الأشجار التي ينتفع بورقها فضلا عن الزرع المثمر أو غير المثمر. و في اخبار خبير انه (ص) أعطاهم

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠

كالتوت و الحناء و نحوهما.

[مسأله ٣): لا يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابتة]

(مسأله ٣): لا- يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابتة كالبطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و نحوها و ان تعددت اللقطات فيها كالأولين، و لكن لا يبعد الجواز للعمومات (١) و ان لم يكن من المساقاه المصطلحه، بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك، فان مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلانيه، و لا يكون من الغريره عندهم غايه الأمر أنها ليست من المساقاه المصطلحه (٢)

[مسأله ٤): لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى]

(مسأله ٤): لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض و ان احتاجت إلى أعمال آخر، و لا- يضر عدم صدق المساقاه حينئذ، فإن هذه اللفظه لم ترد في خبر من الأخبار (٣) و انما هي اصطلاح العلماء و هذا التعبير منهم

ارض خبير و فيها النخيل و الأشجار، فلا تشمل غيرها.

(١) قد عرفت الحال فيه في المسأله السابقه فلا نعيد.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(٣) و فيه: انها وردت في صحيحه يعقوب بن شعيب التي ذكرها الماتن (قده) في صدر الكتاب فإنه ورد فيها «و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره.» فما أفاده (قده) يعد غريبا منه.

الا ان ذلك لا ينافى القول بالجواز فى المقام، فان المتفاهم العرفى

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١

مبنى على الغالب و لذا قلنا بالصحة إذا كانت المعامله بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقى، و ان ضويق نقول بصحتها و ان لم تكن من المساقاه المصطلحه (١).

[مسأله ٥): يجوز المساقاه على فسلان مغروسه]

(مسأله ٥): يجوز المساقاه على فسلان مغروسه و ان

من هذه الكلمه مقدمه لتحصيل المطلوب، فالمعامله فى الحقيقه انما هى لأجل العمران و تهيئه مقدمات حصول الثمر و ليس السقى إلا كمقدمه من تلك المقدمات و الا فلا خصوصيه له بذاته، و لذا لا يحكم بالبطلان فيما إذا كانت محتاجه إلى السقى قبل المعامله ثم ارتفع الاحتياج بعدها لكثرة المطر و نحوها.

و مما يشهد لما ذكرناه الاطمئنان بعدم احتياج جميع بساتين النخيل فى خبير إلى السقى، فإن النخل و بفضل عمق عروقه فى الأرض يكون مستغنيا عن السقى غالباً.

و الحاصل. ان ورود لفظ السقى فى النصوص لا يوجب الحكم بالبطلان فى

المقام، فإن الصحيح هو القول بالصحة فإن اللفظ محمول على كونه من مقدمات العماره و حصول الثمر من دون ان تكون له خصوصيه تحتم وجوده.

(١) و قد تقدم الكلام فيها غير مره، و قد عرفت انه لو لم يكن الدليل الخاص على صحة المعامله فى الموارد الخاصه لما أمكن إثبات صحتها بالعمومات، و لذا لا يقول احد من الأصحاب بصحتها فى غير هذه الموارد تمسكا بالعمومات كما لو كان له قطيعا من الغنم فأعطاه إلى غيره ليرعاه، و يقوم بواجباته من العلف و غيره على أن له النصف من حاصلها من الحليب و الأولاد.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢

لم تكن مثمره إلا بعد سنتين (١)، بشرط تعيين مده تصير مثمره فيها (٢) و لو خمس سنين أو أزيد.

[مسأله ٦: قد مر أنه لا تصح المساقاه على ودى غير مغروس]

(مسأله ٦): قد مر أنه لا تصح المساقاه على ودى غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله فى المعامله على الأشجار المغروسه، بأن يشترط (٣) على العامل غرسه فى البستان المشتمل على النخيل و الأشجار و دخوله فى المعامله بعد أن يصير مثمرا، بل مقتضى العمومات (٤) صحة المعامله على الفسلان الغير المغروسه إلى مده تصير مثمره و ان لم تكن من المساقاه المصطلحه.

[مسأله ٧: المساقاه لازمه لا تبطل الا بالتقاييل]

(مسأله ٧): المساقاه لازمه (٥) لا تبطل الا بالتقاييل

(١) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب حيث لم يفرض فيها كون الثمر فى نفس سنه العقد، بل و كذا اخبار خبير حيث لا- يحتتمل عاده ان تكون بساتينه و بأجمعها مثمره فى سنه الإعطاء فإنها لا تخلو من الفسلان و هى لا تثمر الا بعد مرور سنتين.

(٢) على ما تقدم بيانه فى الشرط السابع.

(٣) تقدم غير مره ان دليل نفوذ الشرط لا يدل على لزوم الوفاء به فيما إذا كان سائغا فى نفسه و مع غض النظر عن الاشتراط، و الا فالشروط غير مشرعه.

و عليه: فحيث ان تملك المعدوم أمر غير مشروع فى نفسه فلا يمكن تصحيحه بالاشتراط.

(٤) تقدم الكلام فيها فراجع.

(٥) و يقتضيه مضافا إلى أدله لزوم الوفاء بالعقد، إطلاقات دليل

أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلك.

[مسأله ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين]

(مسأله ٨): لا تبطل بموت أحد الطرفين (١)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٢)، و مع موت العامل يقوم مقامه وارثه. لكن لا- يجبر على العمل (٣) فان اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، و الا فيستأجر الحاكم من تركته (٤) من يباشره الى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه و بين المالك (٥). نعم لو كانت المساقاه مقيده بمباشره العامل تبطل بموته (٦). و لو اشترط عليه (٧) المباشره

صحته- على ما تقدم منا بيانه غير مره.

(١) على ما يقتضيه كون العقد لازما، فان مقتضاه بقاء العقد على حاله و قيام وارث الميت منهما مقامه.

(٢) فان البستان انما ينتقل الى ورثته متعلقا لحق الغير، فيكون حالهم فى ذلك

حال المورث فلهم مطالبه العامل بالعمل و ما تعهد به.

(٣) إذ المنتقل إلى الورثه انما هو ما للميت خاصه دون ما عليه.

(٤) لان العامل انما مات مطلوباً للغير بحقه، فإذا لم يقم الوارث بفكّه يبقى الحق متعلقاً بتركته لا محاله.

(٥) على ما يقتضيه قانون المساقاه، فإن الحاصل انما يكون مشتركاً بين مالك البستان و العامل فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، و ليس للأجير إلا الأجره المسماه،

(٦) لعدم إمكان الوفاء بها من قبل الوارث.

(٧) بالتصريح أو نصب القرينه و الا فظاهر الاشتراط فى هذه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤

لا بنحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ - لتخلف الشرط - و إسقاط حق الشرط و الرضا باستئجار من يباشر (١).

[مسأله ٩: ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك]

(مسأله ٩): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه جملة من الأعمال على العامل و جملة منها على المالك، و ضابط الأولى ما يتكرر كل سنه، و ضابط الثانية ما لا يتكرر نوعاً و ان عرض له التكرار فى بعض الأحوال. فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج اليه، و ما يتوقف عليه من الآلات و تنقيه الأنهار و السقى و مقدماته كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و استقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه و إزاله الحشيش المضره و تهذيب جرائد النخل و الكرم و التلقيح و اللقاط و التشميس و إصلاح موضعه و حفظ الثمره إلى وقت القسمه. و من الثانى حفر الآبار و الأنهار و بناء الحائط و الدولاب و الداليه و نحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً.

و اختلفوا فى بعض الأمور أنه على المالك أو العامل مثل البقر الذى يدير الدولاب و الكش للتلقيح و بناء الثلم و وضع الشوك

على الجدران و غير ذلك. و لا دليل على شىء من الضابطين (٢). فالأقوى أنه ان كان هناك انصراف فى

الموارد كونه على نحو التقييد.

(١) على ما يقتضيه قانون الخيار عند تخلف الشرط.

(٢) لأنهما و ان ذكرا فى كلمات الأصحاب الا انه لم يدل عليهما

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥

كون شىء على العامل أو المالك فهو المتبع (١)، و الا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، و مع الإطلاق و عدم الغرر يكون عليهما معا، لان المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٢).

[مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك]

(مسألة ١٠): لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم فى البطلان، لانه خلاف وضع

و لا خبر ضعيف.

(١) لكونه بمنزلة التعيين.

(٢) تبع (قده) فى ذلك صاحب الجواهر (قده)، و المراد به ان العقد لما كان لازما و جب الوفاء به على كل منهما بحيث لا بد لهما من الالتزام به و انهاءه. فإذا كان متوقفا على شىء نسبته إليهما على حد سواء، و جب عليهما تحصيله تحقيقا للوفاء بالعقد و انهاءه.

و من هنا فلا- يرد عليه ما فى بعض الكلمات من ان الإلزام ليس من آثار الشركه و لذا لا يجب على الشركاء فى دار فعل ما يقتضى بقاءها من تعميم و نحوه.

فان هذا ليس من باب الشركه و انما هو من باب لزوم العقد و وجوب الوفاء به.

نعم يرد عليه انه فرع اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد و هو أول الكلام فإنه انما هو فيما التزم به خاصة دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه، فان المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض و الأشجار للعامل ليعمل فيها، و كذا العامل

فعل ما عليه بالسقى و الرعايه و اما الباقي كتهيئه المقدمات و نحوها فلم تلتزم كل منهما بشىء منها، و من هنا فلا- وجه لالتزامهما بها و إجبارهما عليها.

فالصحيح فى المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين لعدم إمكان إلتزام كل منهما بها، كما التزم به الماتن (قده) فى نظير المقام من المزارعه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦

المساقاه (١). نعم لو أبقى العامل شيئا من العمل عليه و اشترط كون الباقي على المالك فان كان يوجب زياده الثمره فلا إشكال فى صحته (٢)، و ان قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضا منه، و الا- كما فى الحفظ و نحوه- ففى صحته قولان أقواهما الأول (٣). و كذا الكلام (٤) إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل الا مثل الحفظ و نحوه، و ان كان الظاهر فى هذه الصوره عدم الخلاف فى بطلانه، كما مر.

(١) فإنه إذا قام المالك بعمران بستانه كان جعله لبعض الحاصل للعامل من الوعد بالنتيجه خاصه، فيحكم ببطلانه لكونه من تمليك المعدوم، و لا يكون ذلك من تخلف الوعد، لانه ليس من الوعد بالفعل كى يكون عدمه موجبا لتخلف الوعد.

(٢) فإنه لا- دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل، و انما العبره بصدق العمران و تربيه الأشجار- إذ قد عرفت انه لا خصوصيه للسقى بما هو- و لو بنحو الموجه الجزئيه، فإنه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولا لصحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه.

(٣) و يؤكّد ذلك الحكم بصحة العقد جزما فيما إذا أوقعه المالك بعد قيامه بعمل بعض ماله دخل فى تربيه الأشجار مع بقاء الحاجه إليه بعد ذلك أيضا،

فإنه مشمول لصحيحه يعقوب بن شعيب جزما و بلا خلاف، و إذا صح ذلك في طول الزمان و بنحو الترتيب صح في عرض الزمان أيضا.

(٤) بل الثاني، لما عرفته فيما سبق من عدم شمول الدليل الخاص لمثله، و العمومات و الإطلاقات قاصره عن إثبات الصحة فيما يتضمن

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧

[مسأله (١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال]

(مسأله ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال، فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل (١) و ان لم يمكن فله الفسخ (٢). و إن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط (٣). و هل له أن لا يفسخ و يطالبه بأجره العمل بالنسبه إلى حصته (٤) بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ و بين المطالبه بالأجره؟ و جهان بل قولان: أقواهما ذلك (٥).

(١) لأنه حق له بموجب الشرط و العامل ملزم به.

(٢) بل مع التمكن من الإجبار أيضا، إذ لا موجب لتقييد حق الفسخ بصوره تعذر الإجبار، و ذلك لما تقدم منا غير مره من أن مرجع اشتراط العمل و حقيقته انما هو إلى تعليق الشارط التزامه بالعقد على التزام المشروط عليه بالعمل المشروط و معنى ذلك جعل الخيار لنفسه عند عدم تحقق العمل في الخارج، و من هنا فله الفسخ سواء تمكن من إجبار العامل على العمل أم لم يتمكن، و لا وجه لتقييده بعدم التمكن منه فإنهما في عرض واحد.

(٣) لانتفاء موضوع الإجبار، فينحصر حقه في الفسخ خاصه.

(٤) تخصيصه (قده) لمطالبته بالأجره بما يقابل حصته، ناشئ من اختصاص محل كلامه (قده) بالعمل المتعلق بالمساقاه، و إلا فلو كان العمل أجنيا عنها كما لو اشترط فيها خياطه ثوبه - مثلا - فله المطالبه بتمام قيمه بناء على

ثبوت أصل الحكم.

(٥) بل أقواهما عدمه، وقد ظهر وجهه مما تقدم فإنه لا بد للملكية

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨

(و دعوى): ان الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل و إجباره عليه و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به.

(مدفوعه): بالمنع من عدم افادته التمليك و كونه قيذا في المعامله لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافى افادته لملكيه من له الشرط إذا كان عملا من الاعمال على من عليه. و المسأله سياله في سائر العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري - مثلا - خياطه ثوب في وقت معين و فات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبه بأجره الخياطه و هكذا.

[مسأله (١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح]

(مسأله ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح (١)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل

من سبب فإنها لا تحصل من دونه إطلاقا، و حيث لا سبب لها في المقام فلا يمكن الالتزام بها، فان الاشتراط في الأعمال - كما عرفت - ليس الا تعليق الالتزام بالالتزام و تخلفه لا يوجب غير الخيار.

و الحاصل: ان الملكيه لما لم تكن طرفا للعقد و لم تنشأ من قبلهما بل و لم يلتزما به، لأنهما لم يجعلوا الا العمل في البستان في قبال الحصه من النماء، فلا وجه للالتزام بها.

و المسأله سياله في جميع العقود.

(١) فإنه فعل سائغ في نفسه، فلا مانع من أخذه شرطا في العقد

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩

على غلام المالك فهو كما لو شرط ان يكون تمام العمل على المالك، و قد مر عدم الخلاف في بطلانه، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاه (١) و لو

شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا- ينبغي الإشكال في صحته، و ان كان ربما يقال بالبطلان، بدعوى: أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه و لا يخفى ما فيها (٢) و لو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاه، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل- ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٣)، لأن الغلام حينئذ كأنه نائب عنه في العمل باذن المالك،

و قد تقدم الجواز في اشتراطه على المالك نفسه.

(١) فان العامل حينئذ لم يلتزم بشىء على الإطلاق، فإن الأشجار من المالك و العمل من الغلام، و من هنا فلا يصدق عليه المساقاه.

(٢) فإن عمل الغلام في بستانه الخاص أجنبي عن المساقاه بالنسبه إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك و العامل، إذ الحصة من الثمره إنما جعلت في قبال العمل في هذا البستان دون غيره، فالواجب في تحقق العقد و الحكم بصحته كون العمل فيه بما يوجب عمارته على العامل و لو على نحو الموجه الجزئيه، و أما البستان الآخر فهو أجنبي عنه بالمره.

(٣) بل هو بعيد جدا و الصحيح هو القول بالبطلان لعدم الدليل على الصحه بعد عدم التزام العامل بشىء مطلقا.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠

و ان كان لا يخلو عن اشكال مع ذلك: و لازم القول بالصحه الصحه في صورته اشترط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل.

[مسأله ١٣): لا يشترط ان يكون العامل فى المساقاه مباشرا للعمل بنفسه]

(مسأله ١٣): لا يشترط ان يكون العامل فى المساقاه مباشرا للعمل بنفسه (١)، فيجوز له أن يستأجر فى بعض اعمالها أو فى تمامها و يكون عليه الأجره، و يجوز أن يشترط كون أجره بعض

الاعمال على المالك، و القول بالمنع لا وجه له (٢)، و كذا يجوز أن يشترط كون الأجره عليهما معا

و بعبارة اخرى: ان العقد لما كان متقوما بصدور الالتزام من الطرفين، فان فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بد من الحكم بالصحة و ان قام المالك بعد ذلك بالعمل بنفسه أو بعلامه رافه بحال العامل أو لغير ذلك من الأسباب، أما إذا لم يتحقق الالتزام من العامل من الأول، كما هو الحال في المقام فإنه و بالاشتراط يسقط حق المالك في إلزامه به و يجعل ذلك على العامل، فلا محيص عن الحكم بالبطلان، لكونه خارجا عن مدلول دليل الصحة.

(١) إذ لا- يجب عليه الا- إيجاد العمل في البستان و تحقيق الرعايه للأشجار بما يؤدي إلى ظهور الثمر أو زيادتها، و أما مباشرته لذلك بنفسه فلا دليل على اعتبارها، ما لم تكن قد أخذت شرطا في ضمن العقد.

(٢) الظاهر ابتناء القول بالجواز و المنع في المقام على القول بجواز اشتراط كون بعض الاعمال على المالك و عدمه، فعلى الأول يتعين القول بالجواز في المقام أيضا و على الثاني فالصحيح هو المنع من جواز

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣١

في ذمتها (١) أو الأداء من الثمر (٢)، و أما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الاعمال عليه أو في الثمر ففي صحته وجهان: (أحدهما): الجواز، لأن التصدي لاستعمال الأجره نوع من العمل، و قد تدعو الحاجه الى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس و أمانتهم

هذا الاشتراط.

لكنك قد عرفت فيما تقدم أن الصحيح هو الأول و عليه فيتعين القول بجواز هذا الاشتراط في المقام،

(١) بلا اشكال فيه بناء على عدم لزوم كون جميع الاعمال على

العامل.

(٢) و كأنه لمعلمويه مقدار الأجره فيما إذا كانت معينه، الا- أن الصحيح هو القول بالبطلان حتى بناء على القول بجواز كون الأجره مجهوله، و ذلك لان الإجاره- و كما تقدم بيانها فى محله- انما تتضمن التمليك من الطرفين، فالأجير انما يملك عمله للمستأجر فى حين ان المستأجر يملكه الأجره، فهى فى الحقيقه مبادله بينهما و من هنا فلا- بد فى المالىن من كونهما قابلين للتمليك بالفعل و حيث أن الثمره غير موجوده بالفعل فلا يجوز تملكها لامتناع تمليك المعدوم ما لم يتم عليه دليل خاص.

و لذا لم يستشكل أحد فى بطلان مثل هذه الإجاره فى غير المساقاه كما لو أجره لخياطه ثوب بإزاء مقدار معين من حاصل أرضه التى لم تزرع بالفعل أو التى زرعت و لم تنتج.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) فى فرض كون الأجره

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٢

و عدمها، و المالك ليس له معرفه بذلك. (الثانى):

المنع لأنه خلاف وضع المساقاه و الأقوى الأول (١) هذا و لو شرط كون الأجره حصه مشاعه من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الإجاره (٢)، فهى باطله.

[مسأله (١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل]

(مسأله ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل

حصه مشاعه من الثمره، فإنه لا- حاجه لتوجيه البطلان فيه بجهاله مقدار مال الإجاره، فإن هذا العقد محكوم بالبطلان و ان قلنا بصحة الإجاره مع جهاله الأجره و ذلك لتضمن الإجاره التمليك الفعلى و هو لا يتعلق بالأمر المعدوم.

و الحاصل: ان الصحيح هو القول بالبطلان فى كلا الفرضين- كون الأجره مقداراً معيناً من الثمر و كونها حصه مشاعه منه- سواء صحت الإجاره مع جهاله الأجره أم بطلت.

نعم لو رجع الاشرط هذا إلى أداء الأجره الثابته فى الذمه

من الثمر، حكم بصحته من جهة ان الأجره أمر ثابت في الذمه بالفعل فلا يكون العقد متضمنا لتمليك المعدوم.

(١) بل الثانى، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجبا للحكم بصحة المساقاه و انما العبره فيها- على ما عرفت- بالعمل الذى له دخل فى تربيته البستان بمعنى ظهور ثمره أو زيادته.

و الحاصل: ان الأدله الخاصه قاصره الشمول للمقام، و العمومات و الإطلاقات لا تشمل ما يتضمن تمليك المعدوم.

(٢) بل لما عرفته من اشتغالها على تمليك المعدوم.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٣

العقد (١) و كان جميعه للمالك (٢)، و حينئذ فإن شرطاً انفراد العامل به استحق أجره المثل لعمله (٣) و ان شرطاً انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً لأنه حينئذ متبرع بعمله (٤).

[مسأله (١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه]

(مسأله ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد (٥)، فيجوز المساقاه عليها

(١) لعدم الدليل على صحته بعد عدم شمول الأدله الخاصه و العامه له.

(٢) لتبعيه الثمر للأشجار فى الملك.

(٣) لانه لم يقدم على العمل مجاناً و انما أقدم عليه لقاء أخذه للحاصل و حيث انه لم يسلم له لبطلان العقد و استيفاء المالك لمنافعه و عمله الصادر عنه بأمره يضمن له المالك أجره المثل لا محاله.

و الحاصل: أن أمر الغير بالعمل لا على نحو المجانيه موجب للضمان.

(٤) و توهم: انه انما عمل تخيلاً منه لزوم ذلك عليه من باب وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله.

مدفوع: بان الموجب للضمان ينحصر فى العقد الصحيح و وقوع العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع، و حيث ان كليهما مفقود فى المقام اما الأول فهو المفروض، و

اما الثانى فلكون امره بالعمل على نحو المجانيه، فلا موجب للقول بالضمان.

(٥) بلا اشكال فيه، و تقتضيه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه فإن مقتضى إطلاق قوله: «و فيها رمان أو نخل أو فاكهه» عدم الفرق بين كون أشجار ذلك البستان من سنخ واحد و كونه مشتملا

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٤

بالنصف أو الثلث أو نحوهما و ان لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجبا للغرر (١).

على أصناف متعدده.

(١) و فيه مضافا إلى ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار نفى الغرر فى المعاملات مطلقا، فان الدليل عليه انما يختص بالبيع و لا مجال للتعدى عنه إلى غيره، أن عقد المساقاه مبنى على الغرر من هذه الجهه- اعنى مقدار الثمر- إذ لا علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر فى تلك السنه، و هل انه سيكون كثيرا أو قليلا؟ فهذا الجهل معفو عنه جزما.

و هكذا الحال بالنسبه إلى عدد الأشجار، إذ لا- يعتبر فى عقد المساقاه حتى مع اتحاد سنخ الأشجار فضلا عن اختلافه العلم بعددها فان العقد مبنى على الجهاله من هذه الناحيه.

على انه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهه، فإن عمل العامل لما كان يقابله الحصه من الثمر، لم يمكن تصور فوات شىء منه إطلاقا فإنه مضمون على كل تقدير لانه تابع له فى القله و الكثره، فإن كثرت الأشجار و كثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل، و ان قلت الأشجار و قل عمله قل حاصله أيضا.

و من هنا: فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا، فإنه لا يتصور فيه أصلا و على تقديره فهو معفو عنه لا ابتناء العقد عليه.

بل عقد المساقاه على هذا البستان انما

هو فى الحقيقه كالعقد على مجموع بساتين يختص كل منها بسنخ معين، الذى لم يشك أحد فى صحته.

فان ما نحن فيه من قبيله غايه الأمر أنه يختلف عنه كون البساتين

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٥

[مسأله ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر]

(مسأله ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف و الكرم بالثلث و الرمان بالربع مثلا و هكذا (١) و اشترط بعضهم فى هذه الصوره العلم بمقدار كل نوع، و لكن الفرق بين هذه الصوره و صوره اتحاد الحصه فى الجميع غير واضح (٢)

فى الثانى معزوله مفروزه فى حين أن الأشجار فيما نحن فيه مختلطه و غير مفروزه، الا انه لا يؤثر شيئا بعد ان كان مثل هذا العقد منحلا فى الحقيقه إلى عقود متعدده و مستقله.

(١) لما تقدم من انحلال هذا العقد المركب إلى عقود متعدده فى الحقيقه و حينئذ فلا يبقى محذور فى الحكم بالصحه.

(٢) يمكن التفريق بين الصورتين بكون حصه العامل فى فرض اتحادهما فى الجميع معلومه فإنه و على كل تقدير يأخذ النسبه المجموله له من الحاصل من غير زياده أو نقصان، و هذا بخلاف ما نحن فيه، فان حصته و بالقياس إلى المجموع تبقى مجهوله لاحتمال زياده الصنف و قلته، فإنه إذا جعل له النصف من الرمان و الثلث من التمر - مثلا - فكان الحاصل من الرمان مائه رطل و من التمر تسعون، كان له خمسون رطلا من الرمان و ثلاثون من التمر و هذا يعنى انه قد أخذ بالنتيجه ما يعادل ثمانى حصص إلى تسع عشره حصه من مجموع حاصل البستان، و أما لو انعكس الأمر فكان حاصل الرمان تسعين و حاصل التمر مائه رطل،

فله من الرمان خمسه و أربعون رطلا- و من التمر ثلاثه و ثلاثون و ثلث، و هذا يعنى أن حصته فى النتيجه لم تكن إلا سبعة و ثمانية أعشار و ثلث العشر من أصل تسع عشره حصه،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٦

و الأقوى الصحه (١) مع عدم الغرر (٢) فى الموضوعين، و البطلان معه فيهما.

[مسأله ١٧): لو ساقاه بالنصف - مثلا - ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح]

(مسأله ١٧): لو ساقاه بالنصف - مثلا - ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح ففى صحته قولان،

و هكذا فان المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين فينقص الحصه و قد يكون أقلهما فتزيد، و بذلك فيحصل الغرر و الجهاله فيحكم ببطلان العقد.

الا أنك خير بان هذا المقدار من الفرق لا يكفى فى الحكم بالبطلان فى المقام، بعد ما عرفته من ان هذه المساقاه و ان كانت واحده بحسب الإنشاء الا أنها منحلّه فى الحقيقه إلى عقود متعدده و مساقاه على كل صنف مستقلا، نظير ما ذكرناه فى كتاب البيع من ضم مبيع إلى غيره، فإنه لا عبره بتعدد المبيع و انما العبره بواقع الاعتبار و التمليك و لذا يلتزم فيما لو باع ماله و مال غيره بصحه البيع بالنسبه إلى ماله و توقفه على الإجازة بالنسبه إلى مال الغير، فى حين انه لو كانت العبره بالإنشاء لوجب القول ببطلان العقد بالنسبه إلى المالين معا على تقدير عدم اجازة الآخر.

فما نحن فيه من هذا القبيل فان هذا العقد الواحد عبارته فى الحقيقه عن عقود متعدده جمعها إنشاء واحد فقط، و حيث ان الحصه فى كل عقد من تلك العقود معلومه فلا وجه للحكم بالبطلان، و احتمال زياده المجموع و نقصانه لا يضر بعد ذلك.

(١) لما تقدم.)

(٢) بل و معه

أيضا، لما تقدم في المسأله السابقه حرفا بحرف.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٧

أقواهما الصحه (١)، لعدم إضرار مثل هذه الجهاله، لعدم إيجابها الغرر مع أن بناءها على تحمله. خصوصا على القول بصحه مثله في الإجاره (٢)، كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين و إن خطت فارسيا فبدرهم.

[مسأله ١٨: يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضه أو غيرهما]

(مسأله ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضه أو غيرهما (٣) مضافا الى الحصه من الفائده، و المشهور كراهه اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضه، و مستندهم فى الكراهه غير واضح كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهه بهذه الصوره أو جريانها بالعكس أيضا، و كذا اختصاصها بالذهب و الفضه أو جريانها فى مطلق الضميمه، و الأمر سهل.

[مسأله ١٩: فى صوره اشتراط شىء من الذهب]

(مسأله ١٩): فى صوره اشتراط شىء من الذهب

(١) بل العدم، فإن المساقاه و إن لم تكن تتضمن التمليك و التملك إلا أنها تتضمن الالتزام و الإلزام، و الأمر المردد لا يصلح ان يكون متعلقا للالتزام الفعلى الذى يترتب عليه الأمر بالوفاء به.

و الحاصل: ان الأمر المردد لا يمكن فيه الإلزام و الالتزام و الحكم بوجوب الوفاء به.)

(٢) و قد تقدم هناك ان الصحيح هو البطلان، لأن الإجاره تمليك فلا بد و ان يكون متعلقه معلوما و المردد غير معلوم.)

(٣) لكونه سائغا فى نفسه، فيلزم باشتراطه فى ضمن عقد لازم بمقتضى أدله لزومه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٨

و الفضه أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمره هل ينقص منهما شىء أو لا؟ وجهان: أقواهما العدم (١) فليس قرارهما مشروطا بالسلامه، نعم لو تلفت الثمره بجمعها أو لم تخرج أصلا فى سقوط الضميمه و عدمه أقوال، ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط و بين العكس

(١) و الحق فى هذه المسأله هو الالتزام بتفصيل لا يرجع الى شىء مما أفاده (قده).

و حاصله: انه قد يفرض الكلام فى فرض عدم خروج الثمره و قد يفرض فى صورته تلفها بعد الحصول و التحقق.

و على كلا التقديرين فقد يفرض الكلام

فى جمىع الثمره بأن لم ىحصل شىء أصلاً أو ىحصل و ىتلف جمىعه، و قد ىفرض فى بعضه.

أما فى فرض عدم خروج الثمره بالمره فالمتعین هو الحكم ببطلان المساقاه، لأنها معاوضه بین الطرفين - على ما ىستفاد من النصوص و ىأتى بیانه- فإذا لم تخرج الثمره بالمره كشف ذلك عن بطلانها من الأول، و بذلك فىكون الشرط فى ضمنه شرطاً فى ضمن عقد فاسد فلا ىؤثر شیئاً.

و مما ىؤكد ذلك انه لو انكشف الحال قبل العمل أو فى الأثناء لم ىجب على العامل الاستمرار فى السقى و الإتمام- على ما سیأتى منه (قده) أیضاً فى المسأله الحادیه و العشرین- فإنه لا وجه لذلك غیر انكشاف بطلان المعامله.

إلا- إن هذا لا ینافى القول بعدم استحقاق العامل لأجره المثل عندئذ، إذ لا ملازمه بین بطلان العقد و استحقاق العامل لأجره المثل

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٩

.....

لأنه إنما أقدم على العمل على أساس ان لا ىضمن المالك له شیئاً سوى الحصه من الثمره على تقدير ظهورها. و من هنا صح ان ىقال انه متبرع من جمىع الجهات غیر الحصه على تقدير ظهور الثمره و أما فى فرض عدم خروج بعض الثمره و نقصانها عن المتعارف- و هى الصوره التى لم ىتعرض لها الماتن (قده).

فقد ىفرض كون النقصان قليلاً جداً الى حد لا ىعتنى به عند العقلاء كما لو فرض عدم إثمار شجره واحده فقط من مجموع البستان الذى ىحتوى على مائه شجره فما فوق، فإنه مما لا ىبعد ان ىقال انه متعارف فى كل بستان، و حیثئذ فحیث انه مما ىتسامح فىه فهو فى حكم العدم، و علیه فىحكم بصحه المساقاه و وجوب الوفاء بالشرط كاملاً.

و قد

يفرض كونه معتدا به كريع الأشجار أو ثلثها، و حينئذ فيتعين الحكم ببطان المساقاه بالقياس إلى التي لم تثمر لأنها منحلته إلى عقود متعدده بعدد الأشجار الموجوده في البستان، فإن ثمره كل شجره منها انما هي للمالك و العامل معا بإزاء ما قدمه العامل من خدمات لها.

هذا بالنسبه إلى أصل العقد و أما الشرط فهل يحكم بوجود الوفاء به بتمامه أو يقال بسقوط ما يقابل الجزء الذي حكم بفساده من العقد فيكون مشمولا للتبعيض أيضا أو يقال بسقوطه بقول مطلق؟ أوجه أقواها الأخير، لأن الشرط انما لوحظ بإزاء مجموع ما وقع عليه العقد لا بلحاظ كل جزء منه، فهو ليس الا التزاما واحدا بإزاء هذه المعامله على تقدير صحتها، فإذا لم تصح و لو في بعضها حكم ببطلانه لعدم تحقق موضوع الالتزام و ما كان معلقا عليه.

و مما يؤكد ذلك عدم قابليه بعض الشروط للتبعيض و الانحلال

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٠

فلا تسقط (١)، رابعها الفرق بين صوره عدم الخروج

كشرط الصوم يوما أو الصلاه ركعتين عن أبيه و ما شاكلهما من الأمور البسيطة أو المركبه الارتباطيه، فإنه أ فهل يمكن أن يقال بتبعيض الشرط فيه أيضا؟، فإن ملاحظه مساواه هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقه قابلا للتفكيك بلحاظ كونهما على حد سواء مما يؤكد ما التزمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق.

و الحاصل: ان حال الشرط في المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمره، فإنه يحكم بسقوطه، لكون التزامه مقيدا بصحه العقد، فإذا لم يصح و لو بعضا لم يثبت شىء من الالتزام.

هذا كله بالنسبه إلى صوره عدم خروج الثمر بكلا فرضيه.

و أما صورته تلف الثمره بعد حصولها و

تحققها فى الخارج، فلا وجه للحكم ببطلان العقد فى كلا فرضى هذه الصورة، فإن الملك قد حصل، و التلف انما عرض على ملكهما معا، و معه فلا وجه لسقوط شىء من الشروط.

نعم لو كان الشرط مقيدا بسلامه تمام الثمر و عدم تلفه و لو بعضا لم يجب الوفاء بالشرط عند تلف بعضه لعدم تحقق المعلق عليه.

و الحاصل: ان نفوذ الشرط فى المقام تابع لكيفيه الجعل من حيث الإطلاق و التقييد، فان كان الاشتراط معلقا على سلامه الجميع سقط بتلف البعض و إلا وجب الوفاء به بأجمعه لعدم الموجب لسقوطه.

(١) أما الأول فلأن المفروض ذهاب عمل العامل سدى حيث لم يحصل بإزاءه على شىء، فإذا غرم مضافا إلى ذلك شيئا كان ذلك من الأكل بالباطل، و أما الثانى فلأن الشرط عليه قد وجب بالعقد

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤١

أصلا فتسقط و صورته التلف فلا (١). و الأقوى عدم السقوط مطلقا (٢) لكونه شرطا فى عقد لازم فيجب الوفاء به. (و دعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحه المعامله من الأول لعدم ما يكون مقابلا للعمل، أما فى صورته كون الضميمة للمالك فواضح، أما مع كونها للعامل، فلأن الفائده ركن فى المساقاه، فمع عدمها لا يكون شىء فى مقابل العمل، و الضميمة المشروطه لا تكفى فى العوضيه فتكون المعامله باطله من الأول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط. (مدفوعه) مضافا إلى عدم تماميته بالنسبه إلى صورته التلف (٣) لحصول العوض بظهور

فلا وجه لسقوطه، و فيه: ما عرفته من تبعيه بقاء الشرط لكيفيه جعله من دون فرق بين كونه على المالك أو العامل.

(١) لانكشاف بطلان العقد على الأول فلا يجب الوفاء به

بخلاف الثاني حيث عرض التلف على الثمره بعد حصول الملك و تحقق موضوع الشرط.

و فيه: ما عرفته من التفصيل في الصورتين معا.)

(٢) بل الأقوى ما عرفته من الوجه الخامس - على ما تقدم بيانه.

(٣) و هو غير وارد على ما اخترناه نظرا لالتزامنا بعدم البطلان مع التلف المتأخر.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٢

الثمر و ملكيتها و ان تلف بعد ذلك، بأنا نمنع (١) كون المساقاه معاوضه بين حصه من الفائده و العمل بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستئمان له و للمالك و يكفيه احتمال الثمر و كونها في معرض ذلك. و لذا لا يستحق العامل اجره عمله (٢) إذا لم يخرج أو خرج و تلف

(١) و هو في غير محله جدا، فإنه مناف لما أفاده (قده) في تعريف المساقاه حيث فسرهما بأنها «معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرها» فإنها ظاهره في كون الحصه عوضا عن العمل في الأصل.

بل و يتنافى مع ما هو المرتكز في الأذهان من كون العمل في مقابل الحصه و هي في مقابل العمل بحيث يكون عوضا و معاوضا و ان لم يكن هناك تمليك و تملك و مبادله مال بمال فعلا، الا إن ذلك لا يضر شيئا و لذا لو سئل العامل انه هل يعمل مجانا لأجاب بالنفى صريحا.

و مما يدلنا على ذلك الأخبار الواردة في المقام فان ظاهر قوله في صحيحه يعقوب بن شعيب: «اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما أخرج» و قوله في صحيحه الحلبي الواردة في إعطاء النبي (ص) لخبير: «أعطى خبيرا بالنصف» هو المعاوضه، فانكارها بعد ذلك يكون من إنكار الأمر الواضح.

و مما يدلنا على ذلك، حكمهم بعدم لزوم

الإتمام على العامل فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل أو في الأثناء.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، و ان عدم استحقاق العامل حينئذ شيئاً انما هو لإقدامه على التبرع من غير جهة الحاصل بحيث أقدم على

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٣

بآفه سماويه أو أرضيه فى غير صوره ضم الضميمه بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول و احترام عمل المسلم، فهى نظير المضاربه حيث انها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له و للعامل، و كونها جائزه دون المساقاه لا يكفى فى الفرق. كما ان ما ذكره فى الجواهر من الفرق بينهما بأن فى المساقاه يقصد المعاوضه بخلاف المضاربه التى يراد منها الحصه من الربح الذى قد يحصل و قد لا يحصل، و أما المساقاه فيعتبر فيها الطمأنينه بحصول الثمره و لا يكفى الاحتمال، مجرد دعوى لا بينه لها.

و (دعوى): أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا- يصح المساقاه، و لازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك (١)، (مدفوعه):

بان الوجه فى عدم الصحه كون المعامله سفهيه (٢) مع العلم

الفعل على ان لا يضمن المالك له شيئاً سوى الحصه من الحاصل على تقديره.

(١) لان الحكم بالصحه حينئذ انما كان حكماً ظاهرياً فقط فيرتفع بانكشاف الواقع.

(٢) ليس الوجه فى البطلان ما ذكره (قده) إذ لا دليل على بطلان المعامله السفهيه، فإن الدليل على البطلان انما يختص بمعامله السفهيه، فلا مجال لتعميمه للمعامله السفهيه الصادره من العاقل.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٤

بعدم الخروج من الأول بخلاف المفروض، فالأقوى ما ذكرنا من الصحه (١) و لزوم الوفاء بالشرط- و هو تسليم الضميمه- و ان لم يخرج شىء

أو تلف بالآفه. نعم لو تبين عدم قابليه الأصول للثمر- أما ليسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك- كشف عن بطلان المعامله من الأول (٢) و معه يمكن استحقاق العامل للأجره إذا كان جاهلا بالحال (٣).

[مسأله ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائده ملك حصه من الأصول مشاعا أو مفروزا]

(مسأله ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائده ملك حصه من الأصول مشاعا أو مفروزا ففى صحته مطلقا، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون

بل الوجه فى البطلان مضافا الى ما تقدم من كون المساقاه من العقود المعاوضيه. عدم تحقق القصد الجدى إلى المعامله بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بإزاء عمله.

(١) بل الأقوى ما ذكرناه من التفصيل - على ما عرفت بيانه.

(٢) فإنه يعتبر فى المساقاه قابليه الشجر للثمر، إذ بدونها يكون العقد لغوا محضا.

(٣) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا موجب للضمان بعد أن كان العقد مبنيًا على عدم ضمان المالك لشيءٍ بإزاء عمله غير الحصه من الثمر على تقدير حصوله.

نعم لو كان المالك عالما بالحال و قلنا بقاعده الغرور صح الرجوع عليه، الا انك قد عرفت غير مره عدم تماميه هذه القاعده.

إذن: فلا موجب للقول بضمان المالك للعامل أجره المثل فى الفرض.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٥

ذلك بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئيه فلا، أقوال و الأقوى الأول (١).

(١) بل الأخير، فإنه لو كان الجعل على نحو الشرطيه صح بلا اشكال فيه لرجوعه فى الحقيقه إلى وقوع عقد المساقاه على غير تلكم الشجرات المستثناه، و معه فلا وجه للقول بعدم الجواز، بل يصح العقد و يلزم الجعل بمقتضى قولهم (ع): «المؤمنون عند شروطهم» كما هو الحال فى سائر أمواله، بل هو نظير مساقاته على بستان بشرط ان يكون بستانه الآخر

بتمامه للعامل، فإنه صحيح جزماً لأن اشتراط الملكيه فى ضمن العقد لا يقتضى الفساد.

و هذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئيه، فإنه لا محيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاه، فإن العقد قائم على اشتراكهما فى الثمر بعد اختصاص الأصول بأحدهما و كون العمل - و لو على نحو الموجه الجزئيه - من الآخر، فلا يصح فيما إذا كانت الأصول و العمل بتمامه من أحدهما، كما هو الحال فيما نحن فيه، فان العامل لما كان مالكا للمقدار المجعول له بالشرط كان عمله فيه من عمل المالك فى ملكه و هو موجب للبطلان.

و لذا لا-نعهد من يحكم بصحة العقد فيما لو اشترط المالك على العامل اشتراكه فى بستانه المختص به و ليس ذلك إلا لأن عمله فى ذلك البستان انما هو لنفسه فلا يصح بعد فرض كون الأصل له أيضا.

و بعبارة اخرى: انه لا بد فى المساقاه من كون الأصول من أحدهما و العمل و لو بعضا من الآخر، فلو كانا معا من واحد لم يصح العقد

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٦

للعوميات (١)، و دعوى: أن ذلك على خلاف وضع المساقاه، كما ترى (٢)، كدعوى: أن مقتضاها أن يكون العمل فى ملك المالك (٣)، إذ هو أول الدعوى. و القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه. ففيه:

أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائده، كما فى المقام حيث ان تلك الأصول و ان لم يكن للمالك الشارط

و لا يحصل الاشتراك فى الحاصل، و لذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك.

و الحاصل: انه مع تعدد مالک الأشجار، لا يصح اشتراط كون ثمر الجميع مشتركا بينهم، فان

العمومات غير شامله لمثل هذا العقد- على ما عرفته غير مره- و الأدله الخاصه وارده في غير هذا المورد.

فالصحيح في المقام هو التفصيل بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطيه المحضه بأن تجعل ملكيه تلکم الأشجار المعينه للعامل من دون أن تكون داخله في عقد المساقاه بحيث يكون العقد واقعا على غيرها فيحكم بالصحه، و بين ما لو كان على نحو الجزئيه، بأن تكون هذه الأشجار المجعول ملكيتها للعامل داخله في العقد أيضا بأن تكون الأصول للعامل و الثمار مشتركا بينهما فيحكم ببطلانه.

(١) و قد عرفت ما فيها.)

(٢) عرفت ان هذه الدعوى في محلها و لا شىء فيها.)

(٣) على ما تقدم بيانها، حيث قد عرفت انه لا يصح كون الأصول و العمل معا من أحدهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٧

الا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصته من نمائها.

و دعوى: أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعيه نمائها لها. مدفوعه: بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصه من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماءها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزله المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصه من نماءه مع نفس تلك الأصول.

[مسأله ٢١: إذا تبين في أثناء المده عدم خروج الثمر أصلا]

(مسأله ٢١): إذا تبين في أثناء المده عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقى؟ قولان، أقواهما العدم (١).

[مسأله ٢٢: يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمره]

(مسأله ٢٢): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمره أو بتمامها بعد

(١) على ما تقدم بيانه في المسأله التاسعه عشره، فإن عقد المساقاه مبنى على المعاوضه بين عمل العامل و الحصه مما يخرج من الثمر، فإذا علم بعدمه انكشف عدم العوض و معه فيحكم بالبطلان.

إلا أن ما أفاده الماتن (قده) هنا لا ينسجم مع ما ذكره هناك من وجوب الوفاء به لعدم بناء العقد على خروج الثمر.

فهو (قده) بعد بناءه على وجوب الوفاء هناك مطالب بالدليل على عدم وجوب الإتمام هنا.

الظهور و بدو الصلاح (١)، بل و كذا قبل البدو (٢)، بل قبل الظهور أيضا إذا كان مع الضميمة الموجوده أو عامين (٣) و أما قبل الظهور عاما فالظاهر عدم جوازه، لا لعدم معقوليه تملك ما ليس بموجود (٤). لأننا نمنع عدم

(١) فإنه حينئذ مال موجود بالفعل فيصح جعله عوضا لعمل محترم.

(٢) لما تقدم، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا، فإنه و بوضعه الحالى أمر موجود بالفعل فتصح المعاوضه عليه.

(٣) تقدم التعرض لهذه المسأله فى كتاب الإجاره، و قد عرفت ان الصحيح هو القول بالمنع، لعدم الدليل على صحه هذه المعامله فى مقام الإثبات، فإن الإجاره تبديل للمنفعه أو العمل من جهه و الأجره من جهه أخرى، فلا تصح مع كون الأجره معدومه و المستأجر غير مالك لها بالفعل.

و الحاصل: ان الإجاره انما تتضمن التملك، و هو لا يتعلق إلا بالموجود فى الخارج أو فى الذمه - لأنه بحكم الموجود

الخارجى - و أما ما لا وجود له بالفعل فلا يصح تعلق الملكيه به.

و لذا لا يذهب أحد إلى صحه إجاره شخص على عمل بإزاء ما سيرته من أبيه عند موته.

و مما ذكرناه يظهر انه لا مجال لإثبات حكم البيع لما نحن فيه و القول بالصحه مع الضميمه، فإنه قياس محض و لا مجال لقبوله.

(٤) فإنه أمر معقول فى نفسه، فان التمليك أمر اعتبارى و هو سهل المؤنه فيصح تعلقه بالمعدوم كما يصح ان يكون المالك غير شاعر

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٤٩

المعقوله بعد اعتبار العقلاء وجوده المستقبلى، و لذا يصح مع الضميمه أو عامين، حيث انهم اتفقوا عليه فى بيع الثمار، و صرح به جماعه ههنا. بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز، كما هو كذلك فى بيع الثمار. و وجه المنع هناك خصوص الأخبار الداله عليه، و ظاهرها أن وجه المنع الغرر، لا عدم معقوله تعلق الملكيه بالمعدوم، و لو لا ظهور الإجماع فى المقام لقلنا بالجواز (١) مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك، كما يجوز بيع ما فى الذمه مع عدم كون العين موجودا فعلا- عند ذهابها، بل و ان لم يكن فى الخارج أصلا، و الحاصل: أن الوجود الاعتبارى يكفى فى صحه تعلق الملكيه، فكأن العين موجوده فى عهده الشجر كما أنها موجوده فى عهده الشخص.

أو كلى كملكيه المسجد لاثاته و الساده للخمس و الفقراء للزكاه - على القول بملكيتهم لها.

بل الوقوع خير دليل على الإمكان، حيث يصح بيع الثمار مع الضميمه، الا ان الاشكال - و كما عرفت - ليس من هذه الجبهه و انما هو من حيث مقام الإثبات، إذ لا دليل على صحه هذه المعامله.

(١) قد عرفت ان وجه المنع انما هو

عدم الدليل على صحة هذه المعامله و من هنا فلا وجه للالتزام بصحتها حتى مع عدم تماميه الإجماع و انتفاء الغرر.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٠

[(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالك]

(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالك (١) و للعامل اجره المثل لعمله (٢)، إلا- إذا كان عالما بالبطلان و مع ذلك أقدم على العمل (٣) أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائده للمالك (٤)،

(١) لتبعيته للشجر فى الملك.

(٢) لانه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجاناً، حيث انه انما أتى به بإزاء الحصة من الثمر، فإذا لم يسلم له ذلك العوض لاستيفاء المالك للثمر بأكمله نظراً لفساد العقد، فلا بد للمالك من تدارك عوضه بدفع اجره مثل عمله له كى لا يذهب سدى.

نعم لا بد من تقييد إطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجره أكثر من الحصة المجمعوله له، و إلا فليس له الا الأقل لإقدامه على إلغاء احترام ماله بالنسبه إلى الزائد عن ذلك المقدار.

(٣) قد عرفت غير مره ان العلم بالبطلان لا يعنى بالضروره الإقدام على المجانيه فالفساد انما هو بلحاظ الحكم الشرعى لا بلحاظ بناء المتعاقدين، فان عدم إمضاء الشارع له شىء و إقدام العامل على العمل مجاناً شىء آخر.

إذن فالصحيح هو القول بالضمان سواء علم العامل بالبطلان أم جهل به، فان المالك قد استوفى عملاً محترماً صادراً عن أمره لا بقصد التبرع، فيكون ضامناً له لا محاله بعد ان لم يسلم له- العامل- المسمى فى العقد.

(٤) فإنه و بذلك يدخل فى كبرى: «ما لا يضمن بصحيحه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥١

حيث أنه بمنزله المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يستحق أجره المثل على الأقوى و ان

كان عمله بعنوان المساقاه.

لا يضمن بفاسده، و ليس الوجه فيه الا ان عمل العامل فى هذه الصوره لم يكن مضمونا على المالك باعتبار ان الأمر به انما كان على نحو التبرع و المجانيه.

هذا و قد ناقش فيه صاحب الجواهر (قده) بدعوى ان العامل إنما قام بالفعل اعتقادا منه للزوم العقد عليه و وجوب الوفاء به معه فلا يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجاناً.

وفيه: ان مجرد اعتقاده بذلك لا- يوجب ثبوت العوض على المالك، فان المالك انما هو بصدور الفعل عن امره لا مجاناً، و حيث انه غير متحقق فى المقام فلا موجب لثبوت الضمان عليه، و لذا لم يلتزم أحد بالضمان فيما لو تخيل العامل الإجاره فقام بالفعل بذلك الاعتقاد.

و الحاصل: انه لا وجه لإثبات الضمان فى المقام بعد أن كان العقد على تقدير صحته يقتضى عدمه.

و كذا الحال فيما لو كان الفساد من جهه عدم خروج الثمر- على ما اخترناه، و ان ذهب الماتن (قده) الى صحته- فإنه مشمول لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و الوجه فيه ما ذكرناه من ان الضمان انما يكون لأمرين العقد الصحيح، و الأمر بالعمل لا على نحو المجانيه و التبرع، و لا شىء منهما متحقق فى المقام فان المفروض فساد العقد، و المالك لم يضمن للعامل وراء الحصه مما أخرجه الله من الأرض شيئاً، بحيث كان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٢

[(مسأله ٢٤): يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه]

(مسأله ٢٤): يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث. و القول بعدم الصحه لأنه كالبيعين فى بيع المنهى عنه (١) ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل (٢)، فإن

المنهى عنه البيع حالا بكذا و مؤجلا بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا، و على تقدير آخر بكذا (٣)، و المقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا، و لا مانع منه، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد.

العامل متبرعا بعمله من غير هذه الناحية، فلا وجه للقول بالضمان.

(١) روى الصدوق (قده) عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) في مناهي النبي (ص):

قال: «نهى عن بيعين في بيع» (١) و روى الشيخ (قده) انه «نهى رسول الله (ص) عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع» (٢).

(٢) و على تقدير تسليم كونه من هذا القبيل فالتعدى عن البيع إلى المساقاه و إثبات حكمه فيها ليس الا قياسا محضا.

(٣) و يحتمل ان يكون المراد به البيع إلى أجلين مختلفين، بان يبعه الكتاب مؤجلا- إلى ستة أشهر بخمسة دنانير، و إلى سنة بعشره.

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ١٢ من أبواب عقد البيع، ح ١٢.

(٢) التهذيب: ج ٧ ص ٢٣٠.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٥٣

[مسألة (٢٥): يجوز تعدد العامل]

(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل (١)، كأن يساقى اثنين بالنصف له و النصف لهما، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما

(٢)، و تعيين حصه كل منهما (٣).

و كذا يجوز تعدد المالك و اتحاد العامل، كما إذا كان البستان مشتركا بين اثنين فقالا لواحد: ساقيناك على هذا البستان بكذا،

و حينئذ فإن كانت الحصه المعينه للعامل منهما سواء- كالنصف أو الثلث مثلا- صح و ان لم يعلم العامل كيفيه شركتهما (٤) و

أنها بالنصف أو غيره، و ان لم يكن سواء- كأن يكون في حصه أحدهما بالنصف و

فى حصه الآخر بالثلث مثلا- فلا بد من علمه بمقدار حصه كل منهما،

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف.)

(٢) إذ المعتبر فى صحه المساقاه انما هو تعيين حصتهما فى قبال حصه المالك، بحيث يكون نصيب كل من العامل و المالك معلوما، و اما معرفه المالك بحصه كل منهما فيما بينهما فهى أمر غير معتبر جزما، فإنه لا علاقه للمالك بكيفية قسمه العاملين للحصه المشترکه بينهما بعد معلوميه حصتهما فى قبال حصته.

(٣) فيما بينهما.

(٤) إذ لا دخل لكيفية شركتهما فى الحصه المجمعوله له، فإنه و على كل تقدير يأخذ الحصه المجمعوله له من الجميع، فلا يكون جهله هذا موجبا لجهاله حصته كما هو واضح.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٤

لرفع الغرر و الجهاله فى مقدار حصته من الثمر (١).

[مسأله ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو فى الأثناء]

(مسأله ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو فى الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع

(١) و قد استشكل فيه بعضهم بأنه إن تم إجماع على البطلان مع الجهل فهو و الا فالقول به مشكل لعدم الدليل على قرح الغرر فى المقام و فيه: ان الظاهر فى المقام هو البطلان سواء أقلنا باختصاص نفي الغرر بالبيع - كما هو الصحيح - أم قلنا بعمومه للمقام أيضا.

و ذلك لما أشار إليه الماتن (قده) من استلزامه الجهل بمقدار الحصه، فإنه لا بد فى المساقاه - على ما يستفاد من صحيحه يعقوب بن شعيب و اخبار خير - من معلوميه حصه كل من المالك و العامل من الثمر، و لذا لو ساقاه على ان يكون له فى مقدار من البستان النصف و فى مقدار آخر منه الثلث من غير تعيين لما حكم ببطلانه جزما.

و حيث ان هذا الشرط غير

متوفر فى المقام، لأنه إذا ساقى أحدهما على النصف و الآخر على الربع و كان مجموع النتاج مائه و عشرين رطلا، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل منهما، فإذا كان نصيب صاحبه الأول من البستان الثلثين و نصيب الثانى الثلث كان له من المجموع خمسون رطلا، و إذا انعكس الأمر كان له أربعون رطلا، فلا بد من الحكم بالبطلان.

و الحاصل: ان مساقاه المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصه المجعلوه للعامل و جهل نصيب كل منهما فى البستان، لما كان موجبا لجهاله ما يحصل للعامل محكوم به بالفساد.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٥

الى الحاكم الشرعى (١) فيجبره على العمل، و ان لم يمكن أستأجر من ماله من يعمل عنه أو بأجره مؤجله إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه و يستأجر من يعمل عنه، و ان تعذر الرجوع الى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر المذكوره عدول المؤمنين (٢) بل لا يبعد جواز إجباره نفسه (٣)

(١) لأنه ولى الممتنع، فإن وظيفه الولاه و ان كانت فى الأصل إجراء الأحكام الصادره من القضاء، الا ان استقرار نظام المعاش و حفظه يقتضى قيامه فى عصر الغيبه مقام القاضى فيما هو شأنه، حفظا لحق المظلوم و اقامه للنظام و القانون، و لكى لا يلزم من تركه الهرج فى الاجتماع.

و بعبارة اخرى: ان نظام المعاش يقتضى وجود ولى يأخذ بحق المظلوم من الظالم و يقيم العدل فى الاجتماع، و عليه فان كان الولى الحقيقى موجودا فالأمر إليه، له التصدى له بالمباشرة أو بنائبه الخاص و لا- حق لأحد فى الاعتراض عليه. و الا- فالأمر للحاكم الشرعى لأنه القدر المتيقن فى ذلك، و مع عدم إمكانه فالأمر للعدول

من المؤمنين حيث انهم يقومون مقام الحاكم الشرعى حيث يتعسر أو يتعذر الرجوع اليه، لكونهم القدر المتيقن منه بعد المفروغيه عن لا بديه أخذ حق المظلوم و اقامه نظام العدل فى الاجتماع و المنع من الهرج و الفوضى.

(٢) لما تقدم.

(٣) كما يقتضيه لزوم العقد و كونه مالكا لحق الإلزام.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٦

أو المقاصه من ماله (١) أو استئجار المالك عنه (٢) ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك. و قد يقال بعدم جواز الفسخ الا بعد تعذر الإلزام (٣) و أن اللازم كون الإلزام من الحاكم مع إمكانه (٤)، و هو أحوط و ان كان الأقوى

(١) و فيه: انها انما تختص بالأموال، فلا-وجه لإثباتها فى المقام و نحوه من موارد ثبوت الحق خاصه، حيث لا يملك المالك على العامل مالا شخصيا أو كليا فى الذمه، و انما يملك عليه حق الإلزام خاصه.

و الحاصل. انه لا دليل على ثبوت المقاصه فى موارد الحقوق.

(٢) فيه إشكال بل منع، إذ لا دليل على ولايه المظلوم على خصمه فان الاستئجار تصرف عن الغير و نفوذه عليه من دون رضاه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

إذن: فالصحيح هو انحصار حقه فى الفرض فى الفسخ أو إجباره بنفسه أو مراجعه الحاكم الشرعى و مع عدم إمكانه فعدول المؤمنين.

(٣) تعرضوا لهذا الشرط فى باب الخيارات، و قد عرفت فى محله انه لا موجب للقول بالترتب و الطوليه، فإن مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من إجبار الممتنع، إذ لا معنى لجعل الشرط الا تعليق الالتزام بالعقد على وجوده.

(٤) و لا دليل عليه، فان لمن له الحق المطالبه به و أخذه من الممتنع ان أمكنه ذلك كما ان له

رفعه إلى الحاكم الشرعى والاستعانه به فى استرداده بلا فرق فى ذلك بين الحقوق و الأموال الشخصيه و الكليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٧

التخير بين الأمور المذكوره (١). هذا إذا لم يكن مقيدا بالمباشره و الا- فيكون مخيرا بين الفسخ و الإيجاب (٢) و لا- يجوز الاستيجار عنه للعمل (٣). نعم لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط (٤) لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط (٥) و الاستيجار عنه أيضا.

[مسأله ٢٧: إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره]

(مسأله ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره (٦)، بل لو أتى به من غير

(١) لما عرفته من عدم الدليل على الطوليه و الترتيب.

(٢) على ما يقتضيه تخلف العامل عنه من جهه و كونه ملزما عليه من جهه أخرى.

(٣) لامتناع صدور متعلق العقد- اعنى العمل المقيد كونه من العامل - من غيره.

(٤) بالتصريح أو إقامة القرينه، و الا فقد عرفت ان المتفاهم العرفى من الاشرط فى هذه المقامات هو التقييد.

(٥) فيكون حال العقد حينئذ حال القسم الأول أعنى الإطلاق و عدم اشرط شىء، و الا فحاله حال القسم الثانى أعنى التقييد.

و الحاصل: ان أمر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الإطلاق و التقييد، فهو إما أن يكون بالنتيجه من الأول أو الثانى.

(٦) إذ الواجب عليه حينئذ انما هو تحقيق العمل فى الخارج و هو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابه عنه مجانا أو بعوض.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٨

قصد التبرع عنه أيضا كفى (١) بل و لو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضا (٢)، و ان كان لا يخلو من اشكال فلا يسقط حقه من الحاصل، و كذا لو ارتفعت الحاجه الى بعض الاعمال، كما إذا حصل

السقى بالأمطار و لم يحتج إلى النرح من الآبار، خصوصا إذا كانت العاده كذلك و ربما يستشكل بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فإن الأجير لا يستحق الأجره لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم فى المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. و يجاب بأن وضع المساقاه و كذا المزارعه على ذلك، فان المراد حصول الزرع و الثمره، فمع احتياج ذلك الى العمل فعله العامل، و ان استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط و استحق حصته، بخلاف

(١) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع، فإنه حينئذ لا وجه لاستحقاقه شيئا من الحصه.

نعم لو بقى عليه بعض العمل استحق الحصه إذ لا يجب عليه القيام بجميع الاعمال و انما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض.

و الحاصل: ان حال هذا الفرض هو حال ارتفاع الحاجه بنفسها و من غير قيام أحد بها، - الآتى - حيث اختار (قده) فيه ما ذكرناه هنا، فإنه لا فرق بينهما بالمره.

(٢) فيه اشكال يظهر مما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٥٩

الإجاره، فإن المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه.

و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا- كالاستقاء بالمطر- مع بقاء سائر الأعمال، و أما لو كان على خلافه- كما إذا لم يكن عليه الا السقى و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كليه- فاستحقاقه للحصه مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (١).

[(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل]

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له (٢) و عليه أجره المثل (٣) للعامل بمقدار ما عمل، هذا إذا كان قبل ظهور الثمر،

(١) بل ممنوع كما عرفت.

(٢) على ما

يقتضيه الفسخ - كما ستعرف بيانه.

(٣) فيه اشكال بل منع، تقدم وجهه غير مره، فإن سبب الضمان ينحصر فى العقد الصحيح و استيفاء العمل الصادر عن امره لا مجاناً، و حيث ان كليهما منتف فى المقام، فان العقد قد ارتفع بالفسخ و الأمر انما كان متعلقاً بالمقدمه الموصله، فلا موجب للقول بالضمان.

و بعباره اخرى: ان الضمان من جهه العقد منتف لانتفاء العقد بالفسخ، و الضمان من جهه الأمر غير ثابت بلحاظ عدم مطابقه المأتى به للمأمور به، إذ الأمر انما كان متعلقاً بالعمل المستمر إلى حين حصول النتاج و هو لم يتحقق فى الخارج و ما تحقق فى الخارج من العمل الناقص لم يكن متعلقاً للأمر.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٠

و إن كان بعده يكون للعامل حصته (١) و عليه الأجره للمالك (٢) الى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء و الا فله

(١) الظاهر أنه لا فرق فى كون الثمره بتمامها للمالك بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر و فرضه بعده، و ذلك لان تأثير الفسخ و ان كان من حينه الا- انه لما كان يتعلق بالعقد من الأول بحيث يفرض و كأن لم يكن، كان مقتضاه رجوع كل من العوضين فى العقود المعاوضيه إلى صاحبه، و كأن لم يكن قد انتقل عنه الى غيره بالمره، و حيث ان الحصه من الثمر انما جعلت فى عقد المساقاه بإزاء عمل العامل و عوضاً عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى و لو كان الفسخ بعد ظهور الثمر و إدراكه.

و مما يؤيد ذلك انه لو فسخ العقد بعد ادراك الثمر بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك لم يكن يعط اليه الحصه المقرره من

الثمر جزما و الا لكان الفسخ لغوا محضا.

و الحاصل: انه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبه إلى تمليك الحصة للعامل، و الا لكان الفسخ لغوا واضحا، و انما معناه فرض العقد كأن لم يكن، و رفع اليد عنه من أول الأمر.

(٢) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه، فان الحصة و بعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل كى يستحق المالك عليه أجره مثل أرضه، فإنها و بأكملها تعود حينئذ ملكا للمالك و عليه للعامل الأجره لكون عمل العامل صادرا عن إذنه لا مجانا. فإنه - و فى هذا الفرض - قد أتى بالفعل المأمور به، و حيث انه لم تسلم له الحصة المجمعوله نتیجه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦١

الإجبار على القطع بقدر حصته، إلا إذا لم يكن له قيمه أصلا فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور (١).

[مسأله ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه]

(مسأله ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه اما مطلقا - كما لا يبعد - (٢) أو بعد تعذر الرجوع الى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه و بين الله، و فيه ما لا يخفى (٣) فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهرا، و الا فلا يكون شرطا للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع و ان لم يكن أشهد على الاستيجار. نعم لو اختلفا فى مقدار الأجره فالقول

لفسخ العقد، يضمن له المالك أجره مثل عمله.

(١) بل هو كذلك حتى بعد الظهور كما عرفت.

(٢) قد مر الاشكال فيه و قد عرفت انه مما لا دليل عليه.

(٣) فإنه مقطوع البطلان

حيث لا يحتمل مدخلية الاشهاد فى ثبوت الولاية بناء على القول بها، و لولا هذه الجهة لكان مقتضى القاعده القول باعتباره، فإنه يكفى فى إثباته مجرد الشك و الاحتمال، إذ لا دليل لفظى على ثبوت الولاية كى يتمسك به فى نفي الاعتبار.

و كيف كان: فالأمر فيه سهل بعد ما عرفت من عدم الدليل على ثبوت الولاية للخصم بنفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٢

قول العامل فى نفي الزيادة و قد يقال (١) بتقديم قول المالك لأنه أمين و فيه ما لا يخفى.

و اما لو اختلفا فى أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله و عمله إلا إذا ثبت التبرع، و ان كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

[مسألة ٣٠): لو تبين بالبينه أو غيرها أن الأصول كانت مغبوبه]

(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينه أو غيرها (٢) أن الأصول كانت مغبوبه

(١) التشكيك فى هذا الفرع و الذى يليه انما يتجه بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الولاية للخصم نفسه، فإنه حينئذ يكون مجال للبحث فى تقديم قول المالك فى زياده الأجره و عدم التبرع أو العامل فى النقصان و التبرع.

و أما بناء على ما اختاره الماتن (قده) من ثبوت الولاية له عند تعذر الرجوع الى الحاكم، فلا مجال لهذا من أساسه إذ لا وجه للتشكيك فى تقديم قول الولي، فإنه مقدم على دعوى الخصم جزماً للسيره العقلائيه القطعيه التى يعبر عنها فى كلمات الأصحاب بقاعده:

«من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

و الحاصل: ان حال الخصم على هذا التقدير يكون هو حال الحاكم عند وجوده، و لا أظن أن أحداً يمكنه زعم تقديم قول الخصم على الحاكم لأصالة عدم الزيادة أو أصالة عدم الضمان.

(٢) مما تكون

حجتيه مطلقه أيضا و غير مختصه بأحد الطرفين كحصول القطع أو الشيع المفيد للعلم، و الا فلو كانت حجتيه مختصه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٣

فإن أجاز المغصوب منه المعامله صحت المساقاه (١)

بأحدهما كإقرار المساقى حيث لا- يكون حجه إلا عليه، فلا وجه للحكم بفساد العقد عند عدم إمضاء المالك- بحسب إقرار المساقى- له، فإن الإقرار انما ينفذ فى حق المقر خاصه دون العامل الجاهل بالحال.

و من هنا فلا- مبرر لانتزاع الحصه المجموعه له فى العقد المحكوم بالصحه ظاهرا بالقياس اليه منه، نعم يثبت ذلك بالقياس الى المقر لاعترافه ببطلان العقد لوقوعه على ملك الغير و عدم استحقاقه لها.

و عليه للمقر له قيمه ما أخذه العامل من الحصه، لا- اعترافه بكونه هو المتلف له بجعله للعامل فى المعامله المحكومه بالصحه ظاهرا.

نظير ما لو وهب شيئا بالهبه اللازمه لشخص ثم اعترف بكونه غصبا، فإنه لا يلزم الموهوب له رده. و انما على المقر ان يغرم للمقر له قيمته.

و من هذا القبيل أيضا ما لو أقر بالمال لأحد ثم أقر به لثان ثم لثالث و هكذا، حيث يجب عليه دفع عينه الى الأول و يغرم لكل من الباقيين قيمته لاعترافه بإتلاف المال العائد له.

و لعل مراد الماتن (قده) من كلمه «أو غيرها» غير البيئه من الحجج المطلقه و الا فالإشكال مستحکم.

(١) بينه و بين العامل، لأن إجازته لها بمنزله مباشرته للعقد بنفسه، بناء على ما حققناه فى محله من كون صحه العقد الفضولى عند اجازته من له الأمر على القاعده نظرا لانتساب الأمور الاعتباريه التى يكون

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٤

و الا بطلت (١)، و كان تمام الثمر للمالك المغصوب منه (٢) و يستحق العامل

أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلا بالحال (٤) إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبيه و أنها

قوامها بالاعتبار الى الموكل على حد انتسابها اليه عند مباشرته لها بنفسه فإنه و فى التقديرين يكون حقيقيا و خاليا عن التسامح و العنايه.

فانتساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالأذن السابق منه فيه، يحصل بابرازه للرضا به و إمضاءه للفعل الصادر من غيره، فليس حال هذا حال الأمور الخارجيه الحقيقيه حيث لا يصح إسنادها- فى غير القبض- الى الموكل إلا بالعنايه و المجاز.

و الحاصل: أن إمضاء المالك للالتزام الصادر من الغاصب يجعل ذلك الالتزام السابق مستندا إليه حقيقه و كأنه قد باشر بنفسه من الأول.

(١) على ما تقتضيه القاعده، حيث وقع العقد على أصول الغير من غير رضاه.

(٢) لقانون تبعيه الثمر للأصول.

(٣) لأن عمله انما صدر عن أمره لا بقصد المجانيه و التبرع فلا يذهب سدى.

(٤) إذ لو كان عالما بالحال لكان فعله و تصرفه فى الأرض و الأصول محرما لوقوعه فى ملك الغير مع علمه به، و معه فلا يستحق عليه الأجره لأنه لا يكون- حينئذ- محترما.

و من هنا يظهر انه لا- مجال لقياس المقام بما ذكرناه فى غير مورد من انه لا فرق فى الضمان بين علم العامل بالفساد و جهله به لان العلم

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٥

كانت للمساقى، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحة المعامله و أن المدعى أخذ الثمره منه ظلما. هذا إذا كانت الثمره باقيه. و اما لو اقتسماها و تلفت عندهما، فالأقوى ان للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب و العامل بتمامه (١) و له الرجوع على كل منهما بمقدار

به لا يلازم التبرع و قصد المجانيه،

فإن ذلك فيما إذا لم يكن العلم موجبا لتنجز حرمه الفعل في حقه- كما هو الحال في المقام- و الا فلا وجه لإثبات الضمان و الأجره للفعل الحرام.

و الحاصل: ان استحقاق العامل لأجره مثل عمله انما يختص بفرض جهله بالحال و غصبيه الأصول، إذ يكون عمله عندئذ مباحا محترما و معه فله المطالبة بعوضه من الأمر به لا مجانا، و لا ينافيه الحكم ببطلان العقد إذ لا ملازمه بينهما، فهو نظير ما لو استأجر لحمل صندوق فحمله ثم بان كونه خمرا، فان الحكم بفساد تلك الإجاره لا يوجب الحكم بذهاب عمله هدرًا غايه الأمر أنه يستحق أجره المثل بدلا عن الأجره المسماه في العقد.

(١) الظاهر انه لا وجه لرجوع المالك على العامل بعوض تمام الثمر مطلقا، فإنه لا يقاس المقام بباب تعاقب الأيدي حيث حكمنا بجواز رجوع المالك على كل منهم و قلنا انه لا مانع من تعدد الضمانات على المال الواحد نظير الواجب الكفائي.

و ذلك: لعدم ثبوت يد العامل و سلطنته على إتمام الثمر كى يكون ضامنا له، فان هذا العنوان لا يصدق على مثل تصرف العامل في جميع

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٦

.....

الثمر بسقى أصولها و نحو ذلك و إن كان فعله- مع علمه بالحال- محرما.

و بعبارة أخرى: ان دليل الضمان في أمثال المقام منحصر ببناء العقلاء، إذ قد عرفت غير مره ان قاعده على اليد لا يجوز الاعتماد عليها لعدم ثبوت كونها روايه فضلا عن دلالتها، و حيث انه- بناء العقلاء- غير ثابت فيما نحن فيه لتوقفه على تحقق عنوان السلطنة و كون المال تحت تصرفه، و هو مفقود لعدم صدق ذلك بسبب ما للعامل من التصرفات، فلا وجه لإثبات

ضمان تمام المال عليه.

فشأن تصرف العامل فى غير حصته شأن الأجير الذى يقوم بكنس الدار المغصوبه، فإنه أ فهل يحتمل القول بضمانه للدار فى فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به؟ كلا، و ليس ذلك إلا لعدم صدق عنوان السلطنه و كون المال تحت تصرفه و يده بمثل هذا التصرف و إن كان حراما.

إذن: فالصحيح هو عدم جواز رجوع المالك على العامل بتمام الثمر فى فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به، فإنه لا فرق بين الصورتين من هذه الناحية.

و قد ذكر الأصحاب نظير هذا فى باب الضمان فيما إذا اشترك غير واحد فى السرقة، بحيث صدرت السرقة الواحد منهم جميعا و على نحو الاشتراك، حيث حكموا بأنه ليس للمالك الرجوع على كل منهم إلا فيما يقابل جريمته، فليس له مطالبه أحدهم بتمام المتاع.

و من الواضح انه ليس ذلك إلا لعدم استقلال كل واحد منهم فى السلطنه على المال و جعله تحت يده و تصرفه.

نعم ما أفاده الماتن - قده - يتم بالقياس إلى الغاصب، حيث

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٧

حصته (١) فعلى الأخير لا إشكال (٢). و إن رجع على أحدهما بتمامه رجوع على الآخر بمقدار حصته (٣)، إلا إذا اعترف بصحة العقد و بطلان دعوى المدعى للغصبيه لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلما، و قيل: ان المالك مخير بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته و بين الرجوع على الغاصب بالجميع (٤) فيرجع هو على العامل بمقدار حصته، و ليس له الرجوع على العامل بتمامه، إلا إذا كان عالما بالحال (٥). و لا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا. فالأقوى ما ذكرناه (٦)، لان يد

يجوز للمالك الرجوع عليه بتمام

الثمر لثبوت يده عليه بتبع ثبوتها على الأصل فيصح الرجوع عليه به و إن لم يكن الثمر قد تلف عنده، فإنه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامة عليه و وقوعه بتمامه تحت يده.

(١) لسلطنته عليه و وقوعه تحت يده فيكون ضامنا له ببناء العقلاء.

(٢) حيث يتحمل كل منهما ما غرمه للمالك و لا يرجع به على صاحبه لعدم المبرر له.

(٣) لما تقدم.

(٤) و قد تقدم وجه الحكم في كلا الشقين.

(٥) عرفت فيما تقدم انه لا وجه للتفصيل بين صورتى علمه بالحال و جهله به فان الحكم فيهما واحد.

(٦) بل عرفته منا.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٨

كل منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف فى يده العين و لو كان تلف الثمره بتمامها فى يد أحدهما كان قرار الضمان عليه. هذا و يحتمل (١) فى أصل المسأله كون قرار الضمان

(١) الا انه لا أساس له بالمره حتى على تقدير تسليم قاعده الغرور.

و ذلك: فلان حال المقام حال سائر العقود الفاسده من جهه الغصب، حيث لا غرور بقول مطلق، فإنه انما يكون إذا كان تسلم العامل للحصه من الثمر بعنوان المجانيه، فإن معه إذا غرم للمالك شىء جاز له الرجوع به على الغاصب جزما، لما ذكرنا غير مره من بناء العقلاء على معاملة مؤدى بدل التالف معاملة المالك له بقاء، فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله، و ليس للغاصب الاعتذار بكونه هو المتلف له، لأنه إنما أقدم على إعطائه له مجانا و من غير ضمان، فهو نظير من يغصب الشاه ثم يطعمها لمالكها حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان.

و أين هذا من المقام حيث لم يكن تسلمه للحصه بعنوان المجانيه، بل الغاصب

انما جعلها له و سلمها اليه لتكون عوضا و بدلا عن عمله فى الأصل، فإذا حكم بضمان بدلها للمالك لم يكن مغرورا من قبل الغاصب لرجوعه عليه بأجره مثل عمله، فهو نظير رجوع المالك على المشتري من الغاصب بعوض المبيع التالف، إذ لا يرجع المشتري على البائع إلا- بضمان واحد هو ما دفعه اليه بعنوان المسمى. من دون ان يكون له الرجوع بما غرمه للمالك أيضا بدعوى كونه مغرورا من قبله.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٦٩

على الغاصب مع جهل العامل، لانه مغرور من قبله، و لا- ينافيه ضمانه لأجره عمله، فإنه محترم، و بعد فساد المعامله لا يكون الحصة عوضا عنه، فيستحقها، و إتلافه الحصة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

[مسألة (٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره]

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل فى المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره (١) أو مع النهى عنه (٢).

و أما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقا- كما فى الإجاره و المزارعه- و ان كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثانى الا بإذن المالك (٣)، أو لا- يجوز مطلقا و ان أذن المالك، أو لا يجوز الا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمره و يجوز بعده (٤) أقوال،

(١) لمنافاته للشرط الواجب عليه الوفاء به لكونه مأخوذا فى ضمن عقد لازم.

(٢) لانه يدل بالدلاله الالتزاميه على اعتبار المباشره فيكون بمنزله الشرط.

(٣) على اشكال فيه تقدم فى الإجاره و المزارعه و يأتى بيانه قريبا.

(٤) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولا فى المسألة، إذ الذى ينبغى أن يكون محلا للكلام هو خصوص فرض ما قبل ظهور الثمر و أما بعده فلما كان العامل مالكا للحصه منها بالفعل- على ما سيأتى منه-

قده- أيضا- فله ان يتصرف فيها و ينقلها بأى ناقل شاء

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٠

أقواها الأول (١) و لا دليل على القول بالمنع مطلقا أو

و بإزاء أى عوض اختار، فان العمومات و الإطلاقات غير قاصره الشمول لمثله.

(١) نظرا لان دليل صحه المساقاه يقتضى ثبوت حق للعامل فى التصرف فى ذلك البستان بإزاء الحصة المعينه من الثمر، و معه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص لكفايه العمومات و الإطلاقات فى إثبات جوازه، فان الناس مسلطون على أموالهم.

نعم لو كان الشك فى صحه المساقاه من أساسها لكان إثباتها محتاجا الى الدليل الخاص، لعدم وفاء العمومات و الإطلاقات بها لما عرفته مرارا من عدم شمولها لما يتضمن تملك المعدوم.

الا أن المقام ليس من هذا القبيل فإن صحه العقد ثابتة و حق العامل فى البستان أمر لا يقبل الإنكار، فلم يبق الا نقل هذا الحق كلا أو بعضا إلى الغير، و إثباته لا يحتاج الى الدليل الخاص.

و الحاصل: ان أصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص حيث لا يمكن إثباته للعمومات و الإطلاقات، و أما بعد ثبوته فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعده و لا يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل الثانى مطلقا أيضا و من غير توقف على إذن المالك فى ذلك- على ما تقدم بيانه فى باب الإجاره و المزارعه أيضا- فإنه لما لم تكن المباشرة شرطا فى المساقاه و كان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره فى العمل و التصرف، جاز له تسليم الأرض إلى غيره أيضا و يكون ذلك مقتضى إطلاق العقد.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧١

فى الجمله

بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى:

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تَبَارَكَ عَنْ تَرَاضٍ). و كونها على خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣) ممنوع بعد شمولها (٤). و دعوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكا للمساقى أو كان وكيلا من المالك، أو وليا عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى (٥).

[(مسألة ٣٢): خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك]

(مسألة ٣٢): خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك (٦) لأنه إنما يؤخذ على الأرض التى هى للمسلمين

(١) فى شمولها لمثل المقام ما لا يخفى.

(٢) لاشتمالها لتمليك المعدوم و هو غير جائز.

(٣) و هو ما إذا كان المالك هو طرف المعامله مع العامل.

(٤) بل لما تقدم من أن المقام من نقل الحق الثابت للعامل لا من إثبات الحق له كى يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان من دليل البطلان هذا يظهر عدم تماميه التفصيل بين صورتى إذن المالك فى ذلك و عدمه، إذ لا أثر لإذن المالك فى المعامله التى لم يقم دليل على صحتها.

(٥) حيث يكفى فى الصحه كونه ذا حق فيها بحيث يجوز له ذلك التصرف.

(٦) لا بمعنى انه ان أخذ من العامل قهرا كان له الرجوع به على المالك فإنه مما لا دليل عليه، و انما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٢

لا الغرس الذى هو للمالك، و إن أخذ على الغرس فبملاحظه الأرض، و مع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك فهو على المالك مطلقا (١) الا إذا اشترط كونه على العامل (٢) أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

[(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره]

(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره، و الظاهر عدم الخلاف فيه (٣) الا من بعض العامه حيث قال بعدم ملكيته له الا بالقسمه قياسا على عامل القراض، حيث انه لا يملك الربح الا بعد الإنضاض. و هو ممنوع عليه حتى فى المقيس عليه (٤)

لم يكن له الرجوع به كلاً أو بعضاً على العامل.

(١) لاقتضاء عقد المساقاه له حيث لا يكون على العامل الا العمل بما فيه مستزاد الثمره و أما

الأرض و الأصول فهما بشئونهما من واجبات المساقى.

(٢) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط لا اقتضاء العقد بنفسه له.

(٣) و تدل عليه قبل كل شىء صحیحه يعقوب بن شعيب- المتقدمه فى أول الكتاب- حيث ان المذكور فيها عنوان ما أخرج، و من الواضح انه صادق على الثمره قبل الإدراك، فإنها مما أخرجته الأرض فيكون للعامل منها الحصه المعينه المجعوله له.

(٤) لما عرفته فى المضاربه من اشتراك العامل مع المالك فى الربح و ملكيته للحصه منه بمجرد ظهوره و من غير توقف على الإنضاض فضلا عن القسمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٣

نعم لو اشترطا ذلك فى ضمن العقد لا يبعد صحته (١).

و يتفرع على ما ذكرنا فروع: (منها): ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمه مع اشتراط مباشرته للعمل فإن المعامله تبطل من حينه و الحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (٢).

نعم تكون هذه الملكيه قبل القسمه مترزله نظرا لكون الأرباح و قايه لرأس المال حيث تجبر به الخساره الطارءه.

إذن: فالحكم غير ثابت فى المضاربه، و على تقدير ثبوته فيها فإثباته فى المقام قياس محض و لا نقول به.

(١) بل هى بعيده جدا، لما عرفته غير مره من أن دليل الشرط ليس مشرعا، فإنه لا- يقتضى إلا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه و مشروعيته فى نفسه و قبل أخذه شرطا فى ضمن العقد. فما لم يكن كذلك لا مجال لإثبات صحته بالشرط.

و حيث ان المقام من قبيل الثانى باعتبار ان الملكيه بعد الإدراك أو القسمه من تملك المعدوم و هو غير سائغ فى نفسه، فلا وجه لإثبات صحته بالشرط.

فالصحيح هو القول بالبطلان لقصور أدله الشروط عن إثبات صحته بعد عدم شمول أدله المساقاه

لمثله، نظرا لكونها على خلاف القاعده فلا يمكن التعدى عن موردها- الاشتراك من حين ظهور الثمر- إلى غيره.

(٢) وفيه: انه لا وجه لجعل الحصه للورثه بعد الحكم ببطلان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٤

(و منها): ما إذا أفسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور (١) وقبل القسمة أو تقايلا.

العقد، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من أصله لامتناع تحقق متعلقه حيث لا يمكن الإتيان بالأعمال الباقية من العامل، و عليه فيكون الثمر بأجمعه للمالك و من دون ان ينتقل منه شىء إلى الميت أو ورثته لأن الحصه انما جعلت له بإزاء مجموع عمله و تمامه، و حيث انه لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئا منها.

و الحاصل: ان ملكيه العامل للحصه و ان كانت من حين الظهور الا انها مشروطه بشرط متأخر هو إنهاء العامل للعمل حتى يبلغ و يدرك، و من هنا فإذا امتنع تحقق هذا الشرط فى الخارج كان لازمه الحكم ببطلان العقد من الأول و انتقال الثمر بأكمله إلى المالك و من دون ان يكون للعامل منه شىء.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ٢، ص: ٧٤

نعم لما كان عمل العامل هذا عملا محترما صادرا عن أمر الغير لا بقصد المجانيه، ثم لم يسلم له العوض المجعول له للحكم ببطلان العقد، كان له اجره المثل عليه سواء أقلنا بملكيتيه للحصه من حين الظهور أو بعد الإدراك.

إذن: فلا- وجه لجعل ما ذكره (قده) ثمره للنزاع، فإن المعامله باطله على التقديرين و الثمره بأكملها يكون للمالك من دون ان يكون شىء منها

لورثه العامل.

(١) فساد الثمره فى هذا الفرع أوضح منه فى سابقه، لأنه و ان كان ذلك بعد بلوغ الثمره و إدراكها الا ان نتيجته الفسخ انما هى فرض

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٥

(و منها): ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (١).

(و منها): ما إذا خرجت الأصول عن القابليه لإدراك الثمر ليس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فان الثمر فى هذه الصوره مشترك بين المالك و العامل و ان لم يكن بالغاً (٢).

العقد كأن لم يكن و رجوع كل من العوضين الى مالكة، فيكون الثمر بأجمعه للمالك على كلا القولين. و للعامل اجره مثل عمله لما تقدم.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدم فى الفرع الأول، فإن حال العجز عن الإتمام مع اشتراط المباشرة عليه هو حال الموت مع الشرط، فيحكم ببطلان العقد من الأول و يكون الثمر بتمامه للمالك و للعامل اجره مثل عمله.

(٢) هذا فيما إذا صدق عليه عنوان الثمر - كما هو الظاهر من كلامه (قده) كالحصرم بالنسبه إلى العنب، فإنه ثمر موجود قابل للانتفاع به و الاستفادة منه و ان لم يكن قد بلغ الحد المقصود و أدرك، فإنه حينئذ يصح جعله ثمره للقولين، فإنه على الأول يكون مشتركاً بينهما فى حين يختص به المالك على الثانى و هو واضح.

و أما إذا كان ذلك قبل صدق عنوان الثمر عليه فالظاهر اتحاد النتيجة على القولين، فان الموجود و بأكمله يكون للمالك و من دون أن يكون للعامل شىء، لأن مبدأ الاشتراك انما هو من حين ظهور الثمر، فمع انتفاءه لا يكون للعامل شىء، و بذلك ينكشف بطلان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٦

(و منها): فى مسأله

الزكاه فإنها تجب على العامل أيضا إذا بلغت حصته النصاب، كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب، وهو الملكيه له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة (١): نعم خالف في وجوب الزكاه عليه ابن زهره هنا وفي المزارعه، بدعوى: أن ما يأخذه كالأجره، ولا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصة قد ملكت بعقد المعاوضه أو ما يشبهه المعاوضه، لا بطريق الأجره (٢).

مع أن مطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق المالك بها بعد الوجوب، و أما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام و كما لو جعل مال الإجاره لعمل زرع قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل

المساقاه من الأول لابتنائها على إمكان خروج الثمر - على ما مر - فتبطل بامتناعه.

(١) حيث تكون على المالك خاصه، لتحقق سبب الوجود بالقياس اليه فقط دون العامل لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد و بدو الصلاح.

(٢) فان المالك لا يملك عمل العامل بالعقد كي تكون الحصة المجعوله له أجره له - و انما المساقاه - على ما تقدم بيانها - معامله مستقلة تجعل لكل من الطرفين حق إلزام الآخر بما تعهد به.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٧

ظهور الثمر.

هذا و ربما يقال بعدم وجوب الزكاه على العامل في المقام، و يعلل بوجهين آخرين:

(أحدهما): أنها انما تجب بعد إخراج المؤن، و الفرض كون العمل في مقابل الحصة فهي من المؤن، و هو كما ترى (١)، و الا لزم احتساب أجره عمل المالك و الزارع لنفسه أيضا، فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤن.

حيث قد عرفت في مسأله استثناء المؤمن في باب الزكاه، انه و ان كان هو المشهور و المعروف بينهم، الا انه لا دليل عليه بالمره، فإن الدليل على الاستثناء، انما يختص بالخمس فلا وجه لإثبات الحكم في الزكاه أيضا، و عليه فمقتضى إطلاقات وجوب العشر أو نصفه في الحاصل وجوب الزكاه في الجميع.

على اننا لو قلنا بالاستثناء تنزلا، فالتعبير بالمؤنه لا يعم العمل الذي يقوم به الإنسان في سبيل تحصيل الثمر، فإنها ليست إلا الأموال الخارجيه التي يبذلها الإنسان في سبيل تحصيله، كما هو الحال في الخمس أيضا، حيث يتعلق الخمس بالفاضل عن مؤنه سنه العامل مما جمعه من أجور عمله من دون استثناء شىء بعنوان عمله و هكذا.

و عليه: فحيث ان العامل في المقام لم يصرف شيئا من أمواله

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٨

(الثاني): أنه يشترط في وجوب الزكاه التمكن من التصرف، و في المقام و ان حصلت الملكيه للعامل بمجرد الظهور، الا انه لا يستحق التسلم الا- بعد تمام العمل. و فيه: مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول- كالنقدين و الانعام- لا في الغلات (١)، ففيها و ان لم يتمكن من

الخاصه في سبيل تحصيل الزرع، و انما صرف العمل خاصه، فلا وجه لاستثناء شىء له بعنوان المؤنه.

(١) تقدم الكلام في هذا الفرع في كتاب الزكاه مفصلا و قد عرفت هناك ان الصحيح اعتبار التمكن من التصرف بقول مطلق و من غير اختصاص له بالنقدين و الأنعام، فإن مجرد ملكيه العين لا يوجب تعلق الزكاه بها حتى و لو لم يمكن المالك التصرف فيها و ان كانت من الغلات.

و من هنا فالصحيح في

الجواب ان يقال: ان عدم التمكن من التصرف الذى يكون مانعا من تعلق الزكاه بالعين لا يعم العجز الناشئ من الحكم التكليفي، فيان المراد به انما هو العجز الخارجى الناشئ من خروج المال عن تحت سلطانه بالغصب أو السرقة أو ما شاكلهما، و أما العجز الناشئ من الحكم التكليفي و لو من جهه النذر و نحوه، فلا- يوجب انتفاء الزكاه عن العين، و الا لما وجبت الزكاه على المالك أيضا لعدم جواز تصرفه فى المال المشترك، بل و عدم وجوبها فى مطلق المال المشترك باعتبار ان كلا من الشركاء يكون ممنوعا من التصرف

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٩

التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى، كما بين فى محله. و لا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاه هذه الحصه على المالك أيضا (١)- كما اعترف به- فلا- يجب على العامل، لما ذكر، و لا- يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

[(مسألة ٣٤): إذا اختلفا فى صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره]

(مسألة ٣٤): إذا اختلفا فى صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره (٢)، و كذا لو اختلفا فى اشتراط شىء على أحدهما و عدمه (٣) و لو اختلفا فى صحه العقد و عدمها قدم قول مدعى الصحه (٤) و لو اختلفا فى قدر

فى المال المشترك من دون إذن سائر الشركاء، و هو مقطوع البطلان و لا يمكن الالتزام به.

(١) بل و فى حصته أيضا، بل و فى مطلق المال المشترك و ان لم يكن الاشتراك من جهه المساقاه، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف فى المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء- كما تقدم.

(٢) فإن إلزام الغير بشىء- جواز التصرف فى بستانه أو العمل فى الأصول- يحتاج إلى

الإثبات و الا لأصل عدمه.

(٣) لما تقدم، فإنه أمر زائد على العقد، فالزامه به يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال في سائر العقود.

(٤) لأصالة الصحة المستفاده من السيره العمليه القطعيه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٠

حصه العامل قدم قول المالك المنكر للزياده (١) و كذا لو اختلفا فى المده (٢). و لو اختلفا فى قدر الحاصل قدم قول العامل (٣) و كذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو إتلافا أو خيانه (٤). و كذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له كما هو الظاهر.

و لا يشترط فى سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناء على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهوله (٥) خلافاً للعلامه فى التذكره فى المقام.

(١) لقانون تبعيه النماء للأصل فى الملكيه، فإن مقتضاه كون جميع النماء للمالك و انما خرجنا عنه فى خصوص القدر المتيقن لثبوت الجعل بالنسبه إليه فى العقد الصحيح، فيبقى الباقي على ملك المالك بمقتضى القاعده.

(٢) فإن إزام مدعى الأقل بالفترة الزائده يحتاج إلى الإثبات.

(٣) لم يظهر لنا ثمره هذا النزاع كى يقال بتقديم قول العامل أو المالك، فان مجرد النزاع فى قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم يرجع الى الدعوى الآتية من الاتهام بالإتلاف أو السرقة أو الخيانه أو التلف مع التفريط أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالك و لو اشتباها و إلا فأصل النزاع لا يجدى شيئاً بعد ان كان الاشتراك فى أصل الثمار لا بدلها.

(٤) للأصل.

(٥) لإطلاقات أدله القضاء بالبينات و الأيمان و أن على المدعى

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨١

[مسأله ٣٥]: إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها]

(مسأله ٣٥): إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها، هل له رفع

يد العامل على الثمره أو لا؟ قولان:

أقواهما عدم (١)، لأنه مسلط على ماله، و حيث ان المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه

البينه و اليمين على من أنكر، فإن مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدوده المقدار: بل تسمع حتى و لو ادعى السرقة على الإطلاق و من غير تحديد للكميه المسروقه.

(١) بل أقواهما الجواز، و ذلك لأن في عقد المساقاه خصوصيه تمتاز بها عن سائر موارد الشركه، إلا و هي تصرف العامل في البستان و الملك الخاص للمالك زائدا عن تصرفه في الأصول و الثمر، و هذا التصرف انما كان العامل مأذونا فيه ما دام كان يقوم به لحفظ الثمره و تربيتها مجردا عن الخيانه و التعدى فإذا تغيرت الحاله و ثبت خيانه العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه في هذا التصرف و معه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان.

و بعبارة أخرى: ان العامل انما هو مأذون في حصه خاصه من الدخول و التصرف في البستان و هي ما يكون لصالح الثمر من الحفظ و التربه مجردا عن الخيانه، فإن هذه الحصه من التصرف هي التي التزم المالك بها، فإذا تجاوز العامل ذلك الحدود و قام بخيانه المالك كان له رفع يده عن إذنه و منعه من التصرف فيه، و مجرد سلطنه العامل على الثمره لا يقتضى لزوم الأذن على المالك للعامل في التصرف في ماله الخاص به- اعنى البستان.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٢

مع العامل، و الأجره عليه لان ذلك لمصلحته. و مع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) و استيجار

(١) و كأنه لدليل نفى الضرر الحاكم على قاعده السلطنه، فإن سلطنه العامل على

ماله إذا كانت موجبه لتضرر شريكه- المالك- كان مقتضى حكمه لا ضرر على قاعده السلطنه ثبوت الحق للشريك فى منعه منه و رفع يده عن المال.

فليس للشريك ان يضر بشريكه و ان كان مسلطا على ماله، فان ذلك لا يعنى جواز الإضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضيه سمره بن جندب مع الأنصارى حيث كان له عذق فى بستانه فكان يدخل و يخرج من غير استئذان مما كان يسبب ازعاجا للأنصارى و عائلته فشكى عند رسول الله (ص) فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الأنصارى، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر (ص) الأنصارى بقلع الشجره و القاءها «١».

و هذا التوجيه تام و متين، الا- ان مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصوره عدم كفايه ضم الأمين إلى العامل فى حفظ الحصه، و ثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار لان الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانه حكم ضرورى أيضا فلا وجه لإلزام المالك به.

و من هنا: فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك ليد العامل عن الحصه سواء تمكن من استئجار من يضمه الى العامل أم لم يتمكن. و حينئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذرا من التلف.

(١) الوسائل: ج ١٧ ب ١٢ من أبواب كتاب احياء الموات، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٣

من يحفظ الكل و الأجره على المالك أيضا (١).

[مسأله ٣٦: قالوا المغارسه باطله]

(مسأله ٣٦): قالوا المغارسه باطله (٢) و هى أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصه من الأرض أيضا للعامل أو لا. و وجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعده. بل ادعى جماعه الإجماع عليه. نعم حكى عن الأردبيلى و صاحب الكفايه الإشكال

فيه، لإمكان استفادة الصحة من العمومات. و هو فى محله (٣) ان لم يتحقق

(١) لما تقدم.

(٢) و هو الصحيح- على ما ستعرف بيان الوجه فيه.

(٣) بل الصحيح هو القول بالفساد، لعدم إمكان التمسك بالعمومات فى المقام من جهات:- الاولى: ان ظاهر العمومات و الإطلاقات اتحاد زمان الإنشاء و المنشأ بحيث يكون الأثر فعليا و متحققا مقارنا للإنشاء فى زمانه و لذا قلنا بعدم صحه بيع داره فى غير الآن أو إطلاق زوجته كذلك.

و حيث ان هذا الشرط غير متوفر فى المقام إذ المغارسة- على ما هو ظاهر تعريف الماتن- قده- و غيره لها- انما تقتضى استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها و كون شركتهما فى المغروس، و هو من إنشاء ملكيه الأمر المتأخر حيث يكون الإنشاء فعليا فى حين ان المنشأ- الملكيه- انما يكون بعد الغرس، فلا تشمله العمومات و لا يمكن الحكم بصحتها،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٤

.....

و بعبارة اخرى: ان ظاهر العمومات اعتبار اتصال المنشأ و ما يحكم بانتقاله بموجب العقد بالإنشاء و العقد نفسه، و حيث ان هذا مفقود فى المغارسة باعتبار أنها مستلزمة للتفكيك بين الإنشاء و المنشأ فلا تشمله العمومات.

و لا يقاس ذلك بباب الإجاره حيث لا خلاف فى صحه إجاره الدار أو غيرها فى الشهر القادم أو السنه القادمه من الآن.

فإنه توهم فاسد، إذ لا انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و العقد و الملكيه فإنهما متحدان زمانا غاية الأمر ان المملك- بالفتح- بالعقد هى المنفعه المتأخره، و لا ضير فى ذلك بعد ان كانت المنافع بأجمعها- الموجوده بالفعل و اللاحقه- مملوكه للمالك.

الثانيه: جهاله فتره الملكيه، حيث لا حد للعمل الذى التزم به الغارس بالنسبه إلى الأشجار فإنه غير

موقت بوقت معين، و من هنا فان كان مبهما فلا مجال للحكم بصحة ما لا واقع له و إن كان موقتا ببقاء الأشجار حكم ببطلانها لمجهوليه تلك الفترة، و دعوى: ان الجهاله فى غير البيع لا يقتضى البطلان لعدم الدليل عليه.

مدفوعه: بأن ذلك انما هو فيما لا دخل له فى ماليه الشىء و إلا فلا يصح العقد معها.

الثالثه: مجهوليه المنفعه التى يسلمها المالك للغارس بالتملك أو الأذن فيما إذا كان عوض عمله منحصرا فى انتفاعه بالأرض، بحيث لم يكن قد اشترط له الحصه من الأرض.

فإن هذه المنفعه مجهوله لعدم تحديدها بحد معين، و معه فلا مجال

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٥

الإجماع ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (١) فان كان من مالك الأرض فعليه أجره عمل الغارس (٢) إن كان جاهلا بالبطلان (٣)، و ان كان للعامل فعليه أجره

للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان الحكم بصحة المغارسة يحتاج إلى الدليل الخاص و حيث انه مفقود فالأصل هو الفساد.

ثم ان الحكم بالصحة - على تقدير تسليمه - انما يتم فيما إذا كانت الأشجار معلومه من حيث الكم و الجنس، و إلا فلا مجال للحكم بها، إذ لا موقع للحكم بصحة ما لا واقع له أصلا.

(١) لعدم الموجب لاتقاله عنه إلى غيره، فان السبب المتصور انما هو العقد و المفروض الحكم ببطلانه و عدم تأثيره شيئا.

(٢) لصدور عمله المحترم عن أمره لا بقصد المجانيه. و حيث لم يسلم له العوض المسمى تثبت له أجره المثل لئلا يذهب عمله المضمون هدرا.

(٣) بل و مع العلم به أيضا. لما عرفته فى غير موضع من ان العلم بالفساد لا يلزم تبرع العامل بالعمل، فإنه انما يقدم على القيام بالعمل مضمونا على المالك

حتى مع علمه بعدم إمضاء الشارع لذلك العوض.

نعم حيث حكم على العقد بالبطلان لا يستحق العامل العوض المسمى و الضمان المعين في العقد و انما ينتقل حقه إلى بدل عمله و أجره مثله.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٦

الأرض للمالك (١) مع جهله به (٢)، و له الإبقاء بالأجره (٣) أو الأمر بقلع الغرس (٤)، أو قلعه بنفسه (٥)، و عليه أرش نقصانه إن نقص من جهه القلع (٦) و يظهر من

(١) لاستيفاءه لمنافعها و تصرفه فيها مضمونا عليه.

(٢) تظهر الحال فيه مما تقدم في نظيره.

(٣) أو مجاناً مع التراضي، فإن الملك لهما - فالأرض للمالك و الغرس للعامل - فالحق لا يعدو هما.

(٤) لسلطنته على أرضه، فله مطالبته بتخليه ملكه عن مال لا يعود إليه.

(٥) فإن جواز تخليته لملكه عن مال الغير من حقوق المالكه المملوكه له. فله مباشرتها بنفسه و ليس للغارس منعه عنها، كما هو الحال في غير الأشجار من الأموال.

ثم هل يكون هذا الحق في طول أمره للعامل بالتخليه و امتناعه عنها أو في عرضه بحيث يكون له مباشرتها ابتداء و قبل مراجعه العامل؟

الظاهر هو الثاني: فإنه مسلط على ماله، و ليس للغارس حق في الإبقاء كى يتوهم منافاه التخليه لسلطنته على الأشجار، فهو نظير ما يذكرونه فيما إذا دخل مال الغير في ملكه بغير إذنه كما لو دخل بعض القطيع إلى داره، فإنه يجوز له إخراجه ابتداء و قبل مراجعه مالكة و أمره بذلك، و لا يعد ذلك منافيا لسلطنته صاحبه عليه بعد ان لم يكن لصاحبه حق و سلطان في إبقائه في ذلك المكان.

(٦) هذا إذا لم يباشر العامل القلع بنفسه، و إلا فلا وجه للضمان

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٧

جماعه أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا. و لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقا للقلع (١). و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر- مثلا- بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر. و لكن كلمات الآخريين لا تقبل هذا الحمل، بل هي صريحه في ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظه أوصافه الحالیه من كونه في معرض الإبقاء مع الأجره أو القلع. و من الغريب ما عن المسالك من ملاحظه كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا، فان استحقاقه للأرش من أوصافه و حالاته،

فان العيب انما حصل بفعله هو فلا يكون مضمونا على غيره و ان كان ذلك نتيجة لمطالبته إياه و أمره به، فإنه حق له فليس لأحد منعه منه، و كذا الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخليه أرضه فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه فأمره الحاكم بالتخليه، فإنه- أيضا- لا يستتبع الضمان نظرا لان الحاكم ولى الممتنع فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره حال مباشره العامل للقلع بنفسه.

(١) و بعبارة أخرى: انه لا- وجه لملا-حظه قيمه الغرس قائما بعد ان لم يكن بقاء الشجره في الأرض و كونها فيها من حقوق الغارس و لذا لم يجب شىء فيما إذا لم تتعيب الشجره بالقلع بحيث كانت قابله للغرس في مكان آخر.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٨

فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور (١)، كما اعترف به. ثم انه ان قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما (٢)، كأن تكون الأصول مشتركه بينهما

إما بشرائها بالشركه أو بتمليك أحدهما للآخر نصفًا منها- مثلاً- إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحبه الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه- مثلاً- أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه الى زمان كذا أو يستأجره للغرس و السقى إلى زمان كذا بنصف منفعه الأرض مثلاً.

[(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل]

إشارة

(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل بناء على البطلان- يحمل فعلهما على الصحة (٣) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة و الفساد.

(١) لأخذه- قده- الأرش و التفاوت في موضوع وجوب الأرش لاعتباره أرش ما بين الشجره قائمه و الشجره مقلوعه مع الأرش.

(٢) من معلوميه المده و المنفعه إلى غير ذلك مما هو دخيل في صحة المعامله.

(٣) تمسكا بأصالة الصحة في العقود و الإيقاعات.

إلا إنك قد عرفت غير مره ان أصالة الصحة هذه لم تثبت بدليل

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٩

.....

لفظى كى يتمسك بإطلاقه عند الشك، و إنما هى قد ثبتت بالسيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع) من غير خلاف فيها بين الفقهاء و المشرعه، حيث لا يعتنى أحد باحتمال فساد العقد من جهه احتمال فقدته لبعض الشروط أو احتفاهه ببعض الموانع.

و على هذا الأساس فلا- بد من الاقتصار على القدر المتيقن و هو ما إذا كان عنوان العقد معلوما و محرزاً فى الخارج و كان الشك فى وقوعه صحيحاً أو فاسداً و أما مع الجهل بأصل العنوان و عدم إحرازه كما لو دار أمر العقد الواقع فى الخارج بين النكاح الصحيح و الوقف الباطل أو البيع الصحيح و المساقاه الباطله فلا مجال للتمسك بأصالة الصحة لإثبات الصحيح منهما بحيث يقال ان الواقع فى

الخارج هو النكاح دون الوقف أو البيع دون المساقاه و من ثم ترتيب آثار ذلك العقد عليه و حيث ان مقامنا من قبيل الثانى باعتبار أن أمر العقد يدور بين عنوانين أحدهما صحيح و الآخر فاسد لأنه إما هى إجاره أو صلح صحيحين أو مغارسه فاسده فلا مجال للتمسك بأصالة الصحه لإثبات العنوان الصحيح من العنوانين و كونه هو الواقع فى الخارج لىترتب عليه آثاره. فإنه لم تثبت سيره عمليه على ذلك فى الخارج بل المحرز بالوجدان خلافه.

و الحمد لله رب العالمين

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٠

[تذنيب]

تذنيب فى الكافى عن أبى عبد الله (ع): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا وجود عملها و لا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتانا صغارا يابسه فيدقها بين الدقين ثم يذر فى كل طلعه منها قليلا و يصر الباقي فى صره نظيفه ثم يجعله فى قلب النخل ينفع باذن الله تعالى» (١).

و عن الصدوق فى كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوى عن آبائه (ع): «ان النبى صلى الله عليه و آله قال:

مر أخى عيسى بمدينه فإذا فى ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم، فقال (ع): دواء هذا معكم و ليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صبيتم التراب، و ليس هكذا يجب، بل ينبغى أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب، كى لا يقع الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩١

و فى خير عن أحدهما (ع): قال: تقول إذا غرست أو

زرعت: و مثل كلمه طيبه كَشَجَرَهُ طَيِّبُهُ أَضْلُهُا ثَابِتٌ وَ فَرَعُهَا فِي السَّمَاءِ تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا» (١).

و في خبر آخر «إذا غرست غرسا أو نبثا فأقرأ على كل عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد يخطئ إنشاء الله» (٢).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ٥.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ٤.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٣

كتاب الضمان

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٥

[كتاب الضمان]

إشاره

كتاب الضمان و هو من الضمن (١)، لانه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه اصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي و المستقبل و غيرهما. و ما قيل (٢) من احتمال كونه من الضم، فيكون النون زائده، و اوضح الفساد، إذ- مع منافاته لسائر مشتقاته- (٣) لازمه كون الميم مشدده و له اطلاق بالمعنى

(١) بلا خلاف فيه عندنا، على ما هو صريح عبارات الأصحاب في المقام. الا أن التعبير بكون الضمان مشتقا منه كالتعبير بكونه مشتقا من الضمان، لا يخلو عن مسامحه و اوضحه، فإنهما معا مصدران على حد واحد فيقال ضمن ضمن ضمانا و ضمنا، و ليس أحدهما أصلا و مبداء للآخر.

(٢) ذهب إليه أكثر العامه حيث التزموا بأنه عبارته عن ضم ذمه إلى ذمه.

(٣) حيث تبقى النون و لا تحذف و لو كانت زائده للزم حذفها كما هو الحال في المشتقات مما تكون النون فيها زائده كالنزون و الجريان و الجولان.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٦

الأعم شامل للحواله و الكفاله أيضا، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس. و إطلاق بالمعنى الأخص، و هو

التعهد بالمال عينا أو منفعه أو عملا، و هو المقصود من هذا الفصل.

[ويشترط فيه أمور]

إشاره

و يشترط فيه أمور:

[أحدها: الإيجاب]

أحدها: الإيجاب (١)، و يكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال (٢)- و لو بضميمه القرائن- على التعهد و الالتزام بما على غيره من المال.

[الثاني: القبول من المضمون له]

الثاني: القبول من المضمون له (٣). و يكفي فيه أيضا كل ما دل على ذلك من قول أو فعل و على هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول. كذا ذكروه. و لكن لا يبعد (٤)

(١) لعدم تحقق مفهوم الضمان و صدقه في الخارج قبل التزام الضامن بذلك و تعهده في نفسه مع الإبراز في الخارج.

و بعبارة اخرى: انه بدون الإيجاب لا يصدق عنوان الضمان و لا يصح أن يضاف الى الفاعل فيقال انه ضمنه.

(٢) لما عرفته غير مره من أنه لا- يعتبر في الإنشاء و الإيجاب غير إبراز الاعتبار النفساني بما يصلح أن يكون مبرزا له سواء في ذلك اللفظ و غيره ما لم يتم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالطلاق و نحوه.

(٣) ليصح معه صدق العقد.

(٤) بل هو بعيد جدا، لعدم الدليل على كفايه الرضا الباطني

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٧

.....

المجرد عن المبرز له في الخارج في انتقال الدين من ذمه شخص إلى ذمه غيره، فان الانتقال يحتاج إلى العقد بين الضامن و المضمون له على حد العقد الواقع على المال الخارجي، حتى يستند ذلك إلى المالك المضمون له، إذ ليس الضامن وليا عنه

كى يقوم به قهرا عليه.

و حيث ان من الواضح عدم صدق العقد على الرضا الباطنى المجرى فلا تشمل عمومات الوفاء به، و عليه فلا بد فى القول بكفايته فى المقام من الدليل الخاص، و حيث انه مفقود. فالمتعين هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطنى.

و أما دعوى دلالة صحىحه

عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع):

«فى رجل يموت و عليه دين فيضمن ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمه الميت» (١) على كفايه الرضا المجرد.

مدفوعه: بأن كلمه الرضا فى هذه الصحيحه و بفضل الفهم العرفى من قوله: «فيضمنه ضامن للغرماء» مستعمله فى الرضا العقدى المبرز فى الخارج- كما يشهد له إضافته للغرماء- لا طيب النفس المجرد عن الإظهار.

و بعبارة أخرى: ان الرضا يستعمل فى معنيين مجرد طيب النفس و طيب النفس المبرز فى الخارج و هو ما يعبر عنه بالرضا العقدى أو المعاملى، فإن كان متعلق الرضا أمرا خارجيا كجواز الدخول فى

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٨

دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه بل يكفى رضى المضمون له سابقا أو لاحقا، كما عن الإيضاح و الأردبيلي، حيث قال: يكفى فيه الرضا و لا- يعتبر القبول العقدى، بل عن القواعد: و فى اشتراط قبوله احتمال (١)، و يمكن استظهاره من قضيه الميت المديون الذى امتنع النبى (ص) أن يصلى عليه حتى

ملك الغير أو التصرف فى ماله فالظاهر منه و بحسب ملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع اراده المعنى الأول بمعنى اعتبار طيب النفس و ان لم يظهره فى الخارج.

و ان كان متعلقه من الأمور العقدية الاعتبارية المتعلقة بأموال النفس و حقوقهم فالظاهر منه اراده المعنى الثانى، إذ لا بد له من إظهاره حتى يستند العقد اليه.

ثم لو فرضنا ان كلمه الرضا ليست ظاهره فيما ذكرناه، يكفينا كونها مجمله من هذه الناحية، حيث لا بد معه من الحكم بالفساد فى موارد خلو الرضا عن المبرز له فى

الخارج استنادا إلى القاعده، نظرا لعدم الدليل على صحه معامله، فإن عنوان العقد غير صادق عليه فإنه ليس من ضم الالتزام بالالتزام.

(١) ظهر الحال فى هذا القول مما تقدم، فان اعتبار القبول أمر متعين و لا يكفى فيه الرضا الباطنى المجرّد- كما عرفت- فضلا عن

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٩٩

ضمنه على (ع) (١) و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود من الترتيب و الموالاه و سائر ما يعتبر فى قبولها.

القول بعدم اعتباره بالمره.

و يدل عليه مضافا الى دلالة النص السابق، ان نقل مال الغير من ذمه الى أخرى تصرف فى سلطانه فلا يجوز من دون إذنه كما هو الحال فى تبديل عين ماله الخارجيه بعين أخرى أو نقلها من مكان إلى مكان آخر.

(١) ذكرها الشيخ- قده- فى الخلاف تاره عن أمير المؤمنين (عليه السلام) و اخرى عن أبى قتاده «١» الا انه أورد على الاستدلال بالروایتين بضعف السند.

لكن الظاهر انه فى غير محله فان سند هاتين الروایتين و إن كان ضعيفا الا أن أصل القضية مما ثبت تحققه فى الخارج و ذلك لما رواه معاويه بن وهب فى الصحيح عن أبى عبد الله (ع) من غير ذكر فيها لأمر المؤمنين (ع) و أبى قتاده «٢».

إذن: فالصحيح فى الجواب أن يقال: ان هذه الروايات انما تتضمن قضيه شخصيه فى واقعه، فلا يمكن جعلها دليلا على عدم اعتبار القبول فى الضمان، و لعل الدائن فى تلك القضية كان حاضرا

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢ و ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٠

و اما رضى

المضمون عنه فليس معتبرا فيه (١)، إذ يصح الضمان التبرعي، فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعا حيث لا يعتبر رضاه. وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان

و رضى بذلك.

على ان الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في المقام، فان الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمه شخص إلى ذمه غيره على نحو تبرأ ذمه الأول، وهذا المعنى غير ثابت في هذه النصوص إذ لم يرد في شيء منها براءة ذمه الميت، فيكشف ذلك عن ان الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالأداء ليطمئن الرسول (ص) بعدم بقاء ذمه الميت مشغوله و عدم ذهاب حق الدائن هدرا و استعماله في هذا المعنى كثير و متعارف فالصديق يضمن لصديقه القيام بما يشغل باله و يمنعه من السفر أو القيام بأمر أهم، و ليس ذلك إلا بمعنى تعهده المجرّد به.

(١) فإنه أجنبي عن المال بالمره و لا سلطنه له عليه، و من هنا فكما يجوز للمالك أن يبيع ماله هذا الى غيره من غير إذنه، يجوز له ان ينقله إلى ذمه أخرى بغير رضاه أيضا.

و بعبارة أخرى: ان ذمه المضمون عنه ليست إلا ظرفا و وعاء للمال هذا و إلا فلا سلطنه له عليه مطلقا و إنما أمره بيد مالكة فله نقله إلى أى ذمه شاء.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠١

عنه ضررا عليه أو حرجا (١) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه، كما إذا تبرع وضيع ديننا عن شريف غنى قادر على وفاء دينه فعلا.

[الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا]

الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا، فلا يصح ضمان الصبي (٢)

(١) و ربما يعلل ذلك - كما في بعض الكلمات - بنفي الضرر

فى الشرىعه المقدسه فإنه مانع عن الحكم بصحه الضمان فى المقام.

و فىه ما لا يخفى: إذ لا مهانه و لا ضرر على الشرىف فى الحكم بسقوط ما فى ذمته بوفاء الوضىع لدينه أو ضمانه له، و انما هما فى تصدى الوضىع لذلك و مباشرته، و من هنا فىكون فعله من مصادىق الإضرار بالشرىف و إلقاءه فى المهانه فىكون محرما تكلىفا، الا أن من الواضح ان الأحكام التكللفیه لا تلازم الأحكام الوضىعیه فثبوت الحرمة فى المقام لا يعنى عدم نفوذ الضمان أو الإبراء.

و الحاصل: ان الحكم فى المقام تكلىفى محض، باعتبار ان فعل الوضىع من صغرىات عنوان الإضرار بالغير و هو محكوم بالحرمة، و حىث انه غير ملازم للفساد فلا وجه لاستثناء هذه الصوره من الحكم بعدم اعتبار رضى المضمون عنه فى نفوذ الضمان.

(٢) كما هو الحال فى سائر المعاملات، فإنه لا يجوز امره حتى يحتلم - على ما جاء فى النصوص - فلا فىكون فعله موضوعا لحكم من

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٢

و إن كان مراهقا (١) بل و ان اذن الولى على اشكال (٢) و لا ضمان المجنون (٣) إلا إذا كان أدواريا فى دور إفاقتة (٤) و كذا فىعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا (٥). و أما

الأحكام الشرعىه،

(١) لإطلاق الأدله.

(٢) و الأقوى الجواز، فإنه إذا صح ذلك للولى بالمباشرة فىما إذا اقتضت مصلحه الطفل له. صح له ذلك بالتسبب أيضا.

و بعبارة أخرى: انه لىس حال الصبى كالمجنون من حىث سلب عبارته، فإن عبارة الصبى غير مسلوبه و لذا يجوز له القىام بالبع أو النكاح أو غیرهما من العقود و الإیقاعات بالوكاله عن الغير، بل غایه ما هناك انه لا يجوز أمره بمعنى عدم

نفوذ عقده بالإضافة إليه بحيث يستقل به و يكون الأمر أمره، و هذا لا- ينافى نفوذه بالإضافة إلى الولي بحيث يكون كأنه هو الذي قام بالعقد و ان كان المباشر له هو الصبي.

(٣) لرفع القلم عنه و قصور عبارته، فلا يترتب عليها أثر شرعى.

(٤) لكونه حينئذ عاقلا كسائر العقلاء، فلا موجب للمنع عن نفوذ أمره.

(٥) لما تقدم فى الضامن حرفيا.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٣

المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (١)، فيصح كونه صغيرا مجنونا، نعم لا ينفع إذنهما فى جواز الرجوع بالعوض (٢).

[الرابع: كونه مختارا]

الرابع: كونه مختارا (٣) فلا يصح ضمان المكره (٤).

[الخامس: عدم كونه محجورا لسفه إلا بإذن الولي]

الخامس: عدم كونه محجورا لسفه (٥) إلا بإذن الولي

(١) لما عرفت من كونه أجنبيا عنه، فلا يعتبر وجوده فى الخارج- كما دلت عليه صحيحه ابن سنان المتقدمه الوارده فى الضمان عن الميت- فضلا عن رضاه.

(٢) لأن الأمر إنما يوجب الضمان على الأمر فيما إذا كان صادرا ممن له أهليه ذلك الفعل، فإذا لم يكن متصفا بذلك لم يكن أمره موجبا للضمان.

و بعبارة أخرى: انه لما كان أمر الصبي و المجنون بمنزله العدم كان الضمان عنهما ضمانا تبرعيا حتى فى فرض أمرهما به، و معه فلا يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما.

(٣) فإنه لا عبره بفعل المكره. فإنه بمنزله العدم و كأنه لم يكن و يدل عليه مضافا الى حديث الرفع، النصوص الوارده فى الموارد الخاصه كالطلاق و نحوه.

(٤) و كذلك الحال فى المضمون له، لما تقدم فى الضامن حرفا بحرف.

(٥) لكونه محجورا عليه فلا يصح ضمانه من غير إذن الولي

و كذا المضمون له (١) و لا- بأس بكون الضامن مفلسا (٢) فان ضمانه نظير اقتراضه، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء. و اما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (٣) و لا بأس بكون المضمون عنه (٤) سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه (٥).

(١) لكون قبوله بانتقال ماله من ذمه إلى أخرى تصرف و هو ممنوع منه بمقتضى أدله الحجر.

(٢) فان الحجر انما يختص بأمواله دون ذمته، فلا بأس بتصرفاته العائده إليها، غايه الأمر ان المضمون له لا يشترك مع الغرماء في الضرب في أمواله الموجوده بالفعل فإنها تختص بما عداه من الغرماء لتعلق

حقهم بها قبل الضمان، فيكون حال ضمانه هذا حال القرض الجديد.

(٣) لكونه ممنوعاً من التصرف في أمواله بنقل أو إبراء أو غيرهما من الأسباب، وحيث إن دينه هذا من جملة أمواله فلا يجوز له التصرف فيه بنقله من ذمه إلى أخرى.

(٤) لما عرفته من كونه أجنبياً عن العقد بالمره، فإن المال للغير وأمره بيده فله أن يتصرف فيه كيفما يشاء، و ذمه المضمون عنه ليست الا وعاء لهذا المال فلا سلطنه له عليه.

(٥) ظاهر العبارة انه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٥

.....

السفيه أو المفلس، وهو مما لا يمكن المساعدة عليه بإطلاقه فإنه انما يتم بالنسبه إلى السفيه، و أما المفلس فلا وجه للقول بعدم جواز الرجوع عليه بعد ان كان الضمان بأمره و طلبه.

و ذلك لانه و بضمانه هذا يملك ما كان للدائن الأول- المضمون له- في المال الموجود بالفعل و المحكوم عليه بالحجر، لانه يقابل الدين فينتقل إلى ملك من ملك الدين و انتقل اليه، و بعبارة اخرى: ان أمر المضمون عنه بالضمان لا يعد تصرفاً في ماله و تعلق به حق الغرماء، لانه لا يوجب إلا المبادله بين تمام دين المضمون عنه و نصيبه من المال الموجود، فان الدين ينتقل إلى ذمه الضامن و بإزاء ذلك يكون له نصيب الدائن الأول من المال المحجور عليه، لكونه عوضاً عنه.

نعم بالنسبه إلى المقدار الزائد عن نصيب المضمون له في المال الموجود لا مجال لمشاركة الضامن للغرماء في نصيبهم فإنه مختص بهم قبل الضمان، فيكون حاله في ذلك حال الدين الجديد حيث قد عرفت انه يثبت في الذمه.

و الحاصل: ان الضمير في قول الماتن (قده) «لكن

لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه».

إذا كان راجعا إلى السفية و المفلس معا، فهو مما لا يمكن المساعدة عليه لعدم ثبوت ذلك بالنسبة إلى الثاني. و ان كان راجعا إلى خصوص

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٦

[السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه]

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور، لقوله تعالى «لَا يَتَّقِدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ» (١). و لكن لا يبعد صحه ضمانه و كونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة و المختلف، و نفى

السفيه- كما يحتمل ارادته واقعا و ان كان بعيدا عن ظاهر العبارة جدا- فالأمر كما أفاده (قده).

نعم لو كان المراد من العبارة نفى جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بامر في غير الدين ندى حجر عليه لأجله، بمعنى ان يكون الضمان لدين جديد متأخر عن الحجر، فهو صحيح و لا ريب فيه، الا انه لا بد من تقييد إطلاقه بأمواله التي وقع الحجر عليها و الا فالمال ثابت في ذمته و للضامن الرجوع عليه به في غير تلك الأموال.

و كيف كان: ففي خصوص تقدير أمر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر، يصح القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه في الجملة.

(١) بدعوى أن إطلاقها و خصوصا بملاحظه استشهاد الامام على (عليه السلام) بها في صحيحه زراره على نفى قدرته على الطلاق «١» شامل لجميع العقود و الإيقاعات الصادره منه.

(١) الوسائل: ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٧

القدره منصرف عما لا ينافى حق المولى (١). و دعوى.

ان المملوك لا ذمه له، كما ترى، و لذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته هذا، و أما إذا أذن

(١) مراده (قده) من هذه الدعوى، أن تصرفات العبد تكون على نحوين، فإنها قد تكون في نفسه بما هو عبد و متصرف بالمملوكيه للغير، و قد تكون في نفسه لا بما هو كذلك بل بما هو انسان من الناس.

فالنحو الأول من التصرفات محكوم بالبطلان و عدم النفوذ لكونه تصرفا في سلطان المولى، فتشمله الآيه الكريمه، فإنها لا تختص بتصرفه في الأموال - كما توهمه بعضهم - بل نعم حتى تصرفاته في نفسه بوصف كونه عبدا مملوكا للغير.

و من هذا القبيل الطلاق، فإنه إنما يصدر منه بعنوان كونه مملوكا للمولى و عبدا له، فلا يصح حتى و لو كان التصرف عائدا إلى نفسه.

و اما النحو الثاني، فحيث انه لا يعد تصرفا في سلطان المولى، لأنه إنما يقوم به بما هو انسان فلا وجه للحكم بعدم نفوذه.

و من هذا القبيل الضمان، فان العبد انما يقوم به بما هو انسان له ذمه و أجنبي عن المولى بالمره، حيث يثبت المال في ذمته يتبع به بعد العتق، و معه فلا تشمله الآيه الكريمه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٨

ضمانه (١). و حينئذ فإن عين كونه في ذمته نفسه، أو في ذمه المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع (٢) و ان أطلق الإذن ففي كونه في ذمه المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقا برقبته، وجوه و أقوال أوجهها الأول، لانفهامه عرفا (٣) كما في اذنه في الاستدانة لنفقته أو لأمر آخر، و كما في اذنه في التزويج حيث أن المهر و النفقه على مولاه و دعوى:

الفرق بين الضمان و الاستدانة، بأن الاستدانة موجه لملكيته

و حيث أنه لا قابليه له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث انه لا ملكيه فيه. مدفوعه: بمنع

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف، إذ العبد ليس كالمجنون قاصر العبارة، بل حاله في ذلك حال العقلاء من الأحرار، غاية الأمر ان تصرفه غير نافذ لاحتفانه بمانع عبوديته و مملوكيته للغير، فيصح مع إذن المولى له في ذلك.

(٢) اما الأول فواضح، و اما الأخيران فلرجوع التعيين الى تقييد إذنه له في الضمان بذلك.

(٣) و ليس المراد به أن الأذن بمنزله التوكيل فيكون الضامن في الحقيقة هو الأمر و اما العبد فلا يقوم الا بدور الإنشاء، حتى يشكل عليه بما في الجواهر من كونه خلفا و خروجا عن محل الكلام، إذ

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٩

.....

الكلام انما هو في ضمان العبد باذن المولى بتوكيل العبد فيه، فان فيه لا ينبغي الإشكال في ثبوته في الذمه كما هو الحال في جميع موارد الوكالة فإن العوض و البديل انما يثبت على الموكل دون الوكيل.

و انما المراد به - كما هو ظاهر العبارة - ضمان العبد باذن مولاه بحيث يكون العبد هو الضامن بالأصالة، و مع ذلك يقال بثبوت المال في ذمه المولى.

و كيف كان: فالأمر كما ذكره (قده) و ذلك لان العبد قد يضمن لشخصه بما هو شخص و انسان و مع قطع النظر عن كونه عبدا مملوكا للغير، و قد يضمن الغير بوصف كونه مملوكا للغير و عبدا له.

ففي الأول - بناء على صحته كما اخترناها - لا مجال للقول بثبوته في ذمه المولى، بل المتعين هو القول بثبوته في ذمه العبد يتبع به بعد العتق و الحرية، إذ قبله يكون هو و ما في يده مملوكا

للغير فلا يصح مطالبته بشئ ء ما دام هو كذلك.

و فى الثانى يتعين القول بكونه فى ذمه المولى و انه هو المطالب به و كأنه هو الضامن له- ما لم تكن هناك قرينه على الخلاف-
الا- ان ضمانه هذا انما يكون فى طول ضمان العبد نفسه لا فى عرضه فان العبد يملك و من هنا فهو المطالب أولا بما ضمنه،
لكن ضمانه هذا لما كان بوصف كونه عبدا للغير و كان المولى يملك العبد و ما يملكه كان هو المطالب به فى طول مطالبه
العبد به. نظير استدانه العبد

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٠

عدم قابليته للملكيه (١). و على فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفى (٢).

[السابع: التنجيز]

السابع: التنجيز (٣)، فلو علق الضمان على شرط كأن

لنفسه باذن المولى، بأنه يكون فى ذمه المولى و يكون هو المطالب به فى طول مطالبه العبد به.

و الحاصل: ان العبد لما كان مدينا بوصف كونه مملوكا للغير كان المولى هو المطالب بدينه لانه يملكه و يملك ما فى يده.

إذن فالصحيح فى المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف كونه عبدا و مملوكا له، ما لم يقيد المولى إذنه
بكونه فى ذمته يتبع به بعد العتق على ما يقتضيه الفهم العرفى.

(١) حيث قد عرفت ان الصحيح انه يملك و ان مالكيه المولى لتلك الأموال انما هى فى طول ملكيته- العبد- لها أولا.

(٢) لما عرفته من أن مقتضاه ضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف عبوديته له.

(٣) التنجيز فى الاصطلاح يقابل أمرين على سبيل منع الخلو، فتاره يستعمل بمعنى الفعلية فى قبال التعليق و تأخر زمان المنشأ عن
زمان الإنشاء بحيث يكون الإنشاء فعليا فى حين

لا- يحصل المنشأ الا عند تحقق المعلق عليه في ظرفه و ان كان امرا معلوم الحصول عندئذ كالتعليق على طلوع الشمس في يوم غد، بحيث لا يكون ضامنا بالفعل

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١١

يقول أنا ضامن لما على فلان إن أذن لى أبى، أو ضامن ان لم يف المديون الى زمان كذا، أو ان لم يف أصلا بطل على المشهور، لكن لا- دليل عليه بعد صدق الضمان و شمول العمومات العامه إلا دعوى الإجماع فى كلى العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير

و انما ينتقل المال من ذمه المدين الى ذمته عند تحقق المعلق عليه و بذلك يكون هذا العقد فى الحقيقه من إنشاء الضمان المتأخر على نحو الشرط المقارن.

و اخرى: يستعمل فيما يقابل تعليق العقد الفعلى على أمر آخر معلوم الحصول أو مجهوله.

و قد يجتمع الأمران معا فيكون المنشأ متأخرا عن الإنشاء زمانا كما يكون المعلق عليه أمرا مشكوك الحصول.

و كيف كان: فالذى لا ينبغى الإشكال فيه هو عدم البطلان فى فرض تعليق العقد الفعلى على أمر معلوم الحصول و التحقق لدى الطرفين بالفعل، لأنه فى الحقيقه ليس من التعليق، فإنه منجز و انما الإنشاء صيغ بصوره تشبه التعليق.

و أما القسمان الآخران- تعليق المنشأ على أمر متأخر و تعليق العقد الفعلى على أمر مجهول- فسيظهر حالهما مما سيأتى.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٢

أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء (١) و فى الثانى ما لا يخفى (٢)

(١) فإنه عندهم بمعنى الإيجاد و هو متحد مع الوجود حقيقه و ان اختلفا اعتبارا، و من هنا فلا يمكن فرض الإيجاد بالفعل مع فرض عدم الوجود كذلك بان يكون معلقا على

أمر سيتحقق في المستقبل.

(٢) فإن الإنشاء- و على ما حققناه مفصلاً في المباحث الأصوليه- ليس من الإيجاد في شىء و ان ذهب اليه غير واحد من الأصحاب و على تقدير تسليمه فليس التعليق هنا في الإيجاد و نفس الإنشاء و انما هو في الأمر الاعتبارى- اعنى المعبر- فإنه قد يفرض مطلقاً و قد يفرض مقيداً.

فان الاعتبار و الإنشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر المقيد فقد ينشأ الإنسان الملكيه المطلقه و قد ينشأ الملكيه المقيده، فهما من هذه الناحيه أشبه شىء بالواجب المطلق و الواجب المشروط، و لا يلزم من ذلك اى انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و الاعتبار و المعبر فإن الملكيه المقيده موجوده بالفعل بالاعتبار كما هو الحال فى الوصيه و التدبير.

بل يمكن القول بذلك فى الوجود الحقيقى أيضاً، إذ يصح تعلق اللحاظ و التصور بالأمر الاستقبالى كقيام زيد فى يوم غد و نحوه، فان قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهنى، و الحال ان الوجود الذهنى نوع من الوجود الحقيقى.

و الحاصل: ان التعليق فى المقام ليس فى نفس الإنشاء و الاعتبار

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٣

و فى الأول منع تحققه فى المقام (١) و ربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً. و فيه: ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لا يعقل التفكيك (٢). نعم فى المثال الثانى يمكن

و انما هو فى المنشأ و المعبر، و لا مانع منه فان كلا منهما موجود بالفعل و ليس المفقود الا فعليه الملكيه.

(١) فى قبال المقام الأول أعنى تعليق العقد على الأمر المتأخر و ان علم حصوله، فإنه لا يبعد القول بتحقيقه فيه.

بل و

لو لم يتم ذلك فالحكم بالصحة فيه مشكل أيضا نظرا لعدم شمول العمومات له لما عرفته من ظهورها في اعتبار كون الوفاء من حين العقد و عدم انفكاك المعتبر عن حين الاعتبار، و لا- يبعد دعوى كون بناء العقلاء على ذلك أيضا- في غير الوصيه و التدبير- حيث لم يعهد صدور مثله منهم بان يجرى عقد النكاح مع المرأه الآن على أن تكون هي زوجته له من غد و هكذا.

و أما في المقام- اعنى التعليق على أمر فعلى مشكوك الحصول ككونه هاشميا و نحوه- فلم يتم إجماع على إيجابه لفساد العقد و لا سيما في الضمان حيث لا يتضمن اى نوع من التمليك و التملك.

(٢) لان الوفاء إذا كان مقيدا بشىء كان مرجعه إلى عدم الضمان عند عدم ذلك التقدير، إذ لا معنى لعدم الوفاء إلا عدم الضمان،

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٤

أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له (١)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضيه تعليقيه، الا ان يقال: بالفرق بين الضمان العقدى و الضمان اليدى.

و إلا فلا معنى لكون الضمان مطلقا مع تعليق الوفاء على أمر غير متحقق.

نعم لا بأس بالتعليق على أمر معدوم التحقق بعد ذلك، فإنه خارج عن محل الكلام لا يتم في خصوص المثال الثانى أعنى تعليق الضمان على عدم وفاء المدين، فإنه لا بد من القول فيه بالبطلان حتى بناء على القول بصحة التعليق فى الضمان، و ذلك لان مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدين فى ذمه المدين إلى حين الأداء و هو ينافى مذهبنا فى الضمان و كونه نقل ذمه

إلى أخرى و إنما ينسجم مع مذهب العامه من كونه ضم ذمه إلى أخرى.

(١) و لعل مراده- قده- من كلامه هذا يرجع الى إرادته معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان- اعنى نقل ما فى ذمه إلى أخرى.

و قد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال و كون مسؤوليته عليه من دون انتقاله- بالفعل- إلى ذمته، كما هو الحال فى موارد ضمان العاربه مع الشرط أو كون العين المستعاره ذمبا أو فضه، فإن ضمانها

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٥

[الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتا فى ذمه المضمون عنه]

الثامن: كون الدين الذى يضمه ثابتا فى ذمه المضمون عنه، سواء كان مستقرا كالقرض و العوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلا كأحد العوضين فى البيع الخيارى كما إذا

ليس بالمعنى المصطلح جزما، إذ لا ينتقل شىء بالعاربه إلى ذمه المستعير، فان العين لا تقبل الانتقال إلى الذمه و هو غير مشغول الذمه ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها الا بمعنى كون مسؤوليتها فى عهده بحيث يكون هو المتعهد بردها و لو مثلا أو قيمه عند تلفها.

و نتيجة ذلك إلزام المستعير بردها عينا أو مثلا أو قيمه.

و بهذا المعنى يستعمل الضمان فى موارد كثيره كقولهم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و ان الغاصب ضامن، فإنه لا يراد به إلا التعهد و كونه هو المسؤول عن المال، و إلا فهو غير مشغول الذمه ببدله فعلا.

و كيف كان، فإذا صح مثل هذا الضمان فى الأعيان الخارجيه كموارد اليد و العاربه، فليكن ثابتا فى الأمور الثابته فى الذمه أيضا، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفا كثيرا فى الخارج، فإن أصحاب الجاه و الشأن يضمون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم،

و إنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداءه.

و الحاصل: ان الضمان فى المقام غير مستعمل فى معناه المصطلح،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٦

ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري أو المبيع الشخصى قبل القبض (١)، و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك، فلو قال أقرض فلانا كذا و أنا ضامن، أو بعه

و عليه فلا مجال للإيراد عليه بأنه يتضمن التعليق الباطل أو انه من ضم ذمه إلى أخرى لا من نقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى.

و انما هو مستعمل فى التعهد و المسئولية عن المال، و هو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات و الإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

(١) الظاهر ان ذكره من سهو قلمه الشريف. فإنه لا محل له فى مورد الكلام عن اعتبار الثبوت فى الدين المضمون، لأنه أجنبي عنه بالمره.

و كيف كان: فان كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح- و ان كان احتمالاه بعيدا جدا- بمعنى جعل الشئ فى عهده عند تلفه و انتقاله من ذمه البائع إلى ذمه الضامن، فهو باطل جزما نظرا الى ان التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد و رجوع المال إلى ملك مالكة البائع آنا ما كى يكون خسارته عليه، و معه فلا يبقى موضوع للضمان.

و ان كان المراد به تعهد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البائع عنه، لا تعهد تداركه عند تلفه، فيجب عليه تسليم العين عند الإمكان، و الا فيلزم بدلها فهو صحيح و لا بأس به، حيث قد

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٧

نسيته و أنا ضامن، لم يصح على المشهور (١). بل عن التذكرة الإجماع. قال: «لو قال لغيره مهما أعطيت

فلانا فهو على لم يصح إجماعاً». و لكن ما ذكروه من الشرط ينافى جملة من الفروع الآتية. و يمكن أن يقال (٢) بالصحة

عرفت فى المسأله السابقيه ان مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفيه و واقع كثيرا فى الأعيان الشخصيه الخارجيه و الديون.
و الحاصل: ان أصل الحكم فى المقام صحيح و فى محله، الا ان ذكره فى المقام من سهو القلم لان الكلام فى اعتبار الثبوت فى الدين عند ضمانه.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) الا- انه لا يتم بناء على مذهبنا فى الضمان و انه نقل ذمه إلى أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمه الأولى مشغوله بشىء لم يكن لنقله إلى ذمه أخرى معنى محصل، و معه كيف يمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحته.

نعم لا يبعد تفرع هذا الشرط- اعنى ثبوت الدين فى الذمه بالفعل- على الشرط السابق- اعنى التنجيز-، فإنه لو لم نقل باعتبار التنجيز- كما احتملناه- أمكن التمسك بالإطلاقات و الحكم بصحة الضمان فى المقام و بمعناه المصطلح على نحو الضمان المتأخر بأن يكون الإنشاء فعليا و الانتقال بعد الدين و الإعطاء، فالضامن فى الحقيقه انما ينشأ الانتقال

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٨

إذا حصل المقتضى للثبوت و ان لم يثبت فعلا، بل مطلقا لصدق الضمان و شمول العمومات العامه، و ان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (١)، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا.

[التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه]

التاسع: أن لا- تكون 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 و الأول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، و ان لم يكن فضمان

بالمعنى الأخص. و لكن لا دليل على هذا الشرط (٢)،

الى ذمته بعد الدين من الآن.

و الحاصل: انه ان تم إجماع على اعتبار التنجيز فى الضمان، فلا محيص عن الحكم بالبطلان فى المقام، و الا فلا بأس بالتمسك بالإطلاقات و إثبات صحة الضمان بمعناه المصطلح. و حيث ان الماتن (قده) ممن يعتبر التنجيز فلا وجه لتمسكه بالإطلاقات فى المقام.

(١) بان يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حد التعهد بالأعيان الخارجيه.

(٢) فإن الحوالة و الضمان يختلفان فى الطرفين المقومين لهما، حيث أن الأول يتقوم بالمحيل و المحال فتبرأ ذمه الأول بمجرد الحوالة على

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٩

فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا فان كان بأذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان (١)، و الا- فيبقى الذى للمضمون عنه عليه، و تفرغ ذمته مما عليه بضممان الضامن تبرعا، و ليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة، و مع الإغماض عن ذلك غايه ما يكون أنه يكون داخلا فى كلا العنوانين، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا الى ما يكون مشتركا.

مشغول ذمه له من غير دخل لرضا المحال عليه فى ذلك، فى حين أن الضمان يتقوم برضى الضامن و المضمون عنه هو الأجنبى عن العقد حيث تفرغ ذمته عن الدين بالضمان سواء أرضى به أم لم يرض.

و الحاصل: ان مع اختلاف طرفى العقد المقومين له فى الموردین- الضمان و الحوالة- لا مجال للقول باتحادهما و دخول أحد العنوانين فى الآخر خصوصا إذا كان الضمان تبرعيا و لم يكن عن رضى المضمون عنه.

إذن: فمجرد اشتغال ذمه الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذى ضمنه لا يعنى

دخول العقد فى عنوان الحواله.

(١) هذا إذا كان الدينان- ما فى ذمته للمضمون عنه و ما كان للمضمون له على المضمون عنه- حالين معا أو مؤجلين مع وحده الأجل فيهما و إلا فلا مجال للتهاتر لعدم تساوى الدينين و من هنا فلو كان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٠

[العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان]

العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان.

و يكفى التميز الواقعى و ان لم يعلمه الضامن (١). فالمضر هو الإبهام و الترديد، فلا يصح ضمان أحد الدينين، و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين، و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد، و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد و لو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، و لم يعلم انه لزيد أو لعمر، أو الدين الذى لفلان، و لم يعلم أنه على

ما عليه للمضمون عنه مؤجلا- و قد ضمن ما على المضمون عنه حالا بأمره كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل و تبقى ذمته مشغوله بالدين إلى الأجل المعين.

(١) و هو انما يتم فيما إذا لم يستلزم فقدان شرط آخر.

و منه يظهر الإشكال فى بعض الصور الآتية، مما حكم فيها الماتن - قده- بالصحة نظير الجهل بالمضمون له و انه زيد أو عمرو، أو ضمان ما للناس عليه، فإنه انما يصح مع انحصار المضمون له فى اشخاص و قبولهم للضمان و إن لم يميز المضمون له بشخصه و إلا فالحكم بالصحة مشكل جدا نظرا لاعتبار رضى المضمون له بالعقد جزما فإنه طرف من طرفى العقد فى الضمان فلا يصح من دون رضاه.

مبانى العروه

زيد أو على عمرو صح (١) لأنه متعين واقعا. و كذا لو قال:

ضمنت لك على الناس، أو قال: ضمننت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس. و من الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، أو العلم باسمهما و نسبهما: مع أنه لا دليل عليه أصلا، و لم يعتبر ذلك في البيع الذى هو أضييق دائره من سائر العقود.

[مسائل]

[مسألة (١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه]

(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين، و لا بجنسه، و يمكن ان يستدل عليه مضافا الى العمومات العامه (٢)، و قوله (ص): «الزعيم غارم» (٣)

إذن فما ذكره- قده- من كفايه التعيين الواقعى إنما يتم مع إحراز سائر الشروط المعتره في الضمان.

(١) على اشكال تقدم بيانه.

(٢) بل عمومات أدله الضمان، حيث لم يعتبر في شىء منها كون الدين معلوما، و من هنا فمقتضاها الصحه حتى مع الجهل بالدين.

و هذا الدليل هو العمده في الحكم و الا فسائر الأدله لا تخلو عن المناقشه، كما ستعرفها.

(٣) الروايه نبويه لم تثبت عن طرفنا، بل في معتبره الحسن بن خالد تكذيب ذلك، فقد ورد في روايته عن أبى الحسن (ع) أنه قال

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٢

بضمان على بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن، و ضمانه لدين محمد بن أسامه (١)، لكن الصحه مخصوصه بما إذا كان له واقع معين، و أما إذا لم يكن كذلك

له: (جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، قال: فقال:

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

و من هنا: فلا مجال للاعتماد عليها و الاستدلال بها.

(١) اما الأول فقد رواه الصدوق فى التهذيب

مرسلا حيث قال (قدس سره): (روى أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن أرضوا بمن شئتم من أخي و بنى عمى على بن الحسين أو عبد الله بن جعفر.

فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملىّ مطول، و أما على ابن الحسين فرجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (ع): أضمن لكم المال إلى غله، و لم يكن له غله، فقال القوم: قد رضينا فضمنه، فلما أتت الغله أتاح الله له المال فأداه) «٢».

و أما الثانى: فقد رواه فضيل و عبيد عن أبى عبد الله (ع) قال:

(لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم:

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥٥ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٣

- كقولك- ضمنت شيئا من دينك- فلا يصح (١) و لعله مراد من قال: إن الصحة انما هى فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال فى الصحة مع فرض تعيينه واقعا، و إن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا و خالف بعضهم فاشتراط العلم

قد عرفتم قرابتي و منزلتي منكم، و على دين، فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين (ع): ثلث دينك على ثم سكت و سكتوا، فقال على بن الحسين (ع): على دينك كله، ثم قال على بن الحسين (ع): اما انه لم يمنعنى أن أضمنه أو لا، إلا كراهه أن يقولوا سبقنا «١».

الا أن الإرسال فى

الروايه الأولى، و وقوع عبيد الله الدهقان المردد بين عبيد الله بن احمد الدهقان المجهول و عبيد الله بن عبد الله الدهقان الذى ضعفه النجاشى صريحا، يمنعان من الاعتماد عليهما و التمسك بهما فى مقام الاستدلال.

على انهما لا يتضمنان الا بيان قضيه فى واقعه فلا إطلاق لهما كى يتمسك به فى مقام نفى الشرط المشكوك، و لعله (ع) كان يعلم بمقدار الدين الذى عليهما.

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، إذ يستحيل فراغ ذمه المضمون

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الضمان، ح (١).

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٤

به، لنفى الغرر و الضرر. و رد بعدم العموم فى الأول لاختصاصه بالبيع، أو مطلق المعاوضات (١) و بالاقدم فى الثانى (٢) و يمكن الفرق بين الضمان التبرعى و الأذنى

عنه و اشتغال ذمه الضامن بالنسبه إلى ما لا تعين له واقعا.

(١) حيث ألحقها الفقهاء بالبيع، فلا يشمل الضمان و نحوه مما لا يتضمن المعاوضه.

على انه لا غرر فى المقام بالمره، فإن الضامن سىأخذ بمقدار ما يدفعه إلى الدائن من المدين قل أو كثر و من غير ان ينقص منه شىء على الإطلاق، حاله حال القرض حيث يصح إقراض ما فى الكيس حتى مع الجهل بمقداره اتفقا و من غير ان يشمله دليل نفى الغرر إذ لا خطر على الدائن فى المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه فى ذمه المدين.

و الحاصل انه لا اثر للعلم أو الجهل بالمقدار فى الحكم بالبطلان و تحقق الغرر، فان الخطر انما يتصور فى مثل البيع مما يختلف فيه العوضان و يكون مبناه على المغابنه بمعنى الاسترباح و دفع الأقل بإزاء أخذ الأكثر، حيث يحتمل فيه الخساره، و لا يتصور

فى مثل المقام حيث يستوفى الضامن بمقدار ما يدفعه إلى المضمون له.

(٢) فان دليل لا- ضرر انما ينظر إلى ارتفاع الأحكام الإلزاميه به فلا دلالة فيه على عدم جواز إلقاء النفس فى الضرر، و لذا لم يستشكل

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٥

فيعتبر فى الثانى دون الأول، إذ ضمان على بن الحسين (ع) كان تبرعيا (١) و اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضه (٢)، إذا كان بالأذن مع قصد الرجوع على الآذن. و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

[مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن]

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و تبرأ

أحد فى صحة الهبه و نحوها باعتبار استلزامها للضرر.

و الحاصل: ان دليل لا ضرر بنفسه قاصر عن مشمول الضمان قل أو كثر، فإنه لا يدل الا على نفي إلزام الشارع بالحكم الضررى.
(١) قد عرفت الاشكال فيه فيما تقدم.

(٢) فيه اشكال ظهر مما تقدم، فإنه لا عموم لدليل نفي الغرر، على انه لا غرر فى المقام إطلاقا حيث انه سيأخذ من المضمون عنه بمقدار ما يؤديه للمضمون له.

و الحاصل: انه لا- فرق فى عدم عموم الدليلين- نفي الضرر و نفي الغرر- للضمان بين كونه تبرعيا أو إذنيا فإنهما و على كلا التقديرين غير شاملين له.

و عليه فالقول بالجواز مطلقا هو الأقرب.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٦

ذمه المضمون عنه، بالإجماع و النصوص (١)، خلافا للجمهور حيث أن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو. و يمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات (٢).

(١) كصحيحه عبد الله بن سنان عن أبى

عبد الله (ع):

(في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمه الميت) «١».

(٢) لم يظهر مراده - قده - من العمومات في المقام، فإن أدله الضمان و بأجمعها وارده في نقل الدين من ذمه إلى أخرى، و ليس فيها ما يقتضى صحته حتى على نحو ضم ذمه إلى أخرى كى يتمسك به فى المقام.

و العمومات العامه غير شامله له أيضا، فإن اشتغال ذمه شخص - الضامن - بالنسبه إلى غيره مجانا و بلا عوض غير داخل فى عنوان التجاره و لا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط لالتزام الطرفين المتعاقدين فلا يصدق على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد خاصه، و لو صح ذلك للزم القول بصحته فى غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائى، و الحال انه باطل و لم يقل بصحته

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٧

[**مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه**]

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه (١) و ان أبرأ ذمه المضمون عنه

أحد على الإطلاق، فإن اشتغال الذمه ليس أمرا اختياريا للمكلف بحيث يكون له ذلك كيفما شاء و انما هو متوقف على أسبابه الخاصه من تجاره أو استيلاء أو إتلاف أو الشرط فى ضمن العقد - بناء على انه يوجب الملكيه - فلا يحصل من دونها.

و الحاصل: ان إثبات اشتغال الذمه يحتاج الى الدليل و هو مفقود فى غير الدين حيث اقتضت أدله الضمان الصحه فيها.

نعم لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذى سبق منا بيانه فى الشرط السابع، اعنى التعهد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون نظير التعهد بالأعيان الخارجيه،

فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمه.

(١) أما الأول فواضح، و أما الثاني فالإبراء فيه انما هو بمعنى عدم جواز رجوع الضامن عليه و مطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجة للضمان، و ذلك لانه من مختصات الأداء عن أمره فلا يثبت مع فقد أحد الشرطين.

و ما ذكرناه في معنى براءة ذمه المضمون عنه هو المتعين في التفسير و إلا- فذمه المضمون عنه بالقياس إلى المضمون له- الدائن- بريئه حتى قبل الإبراء- على ما يقتضيه مذهبنا في الضمان.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٨

لم يؤثر شيئاً، فلا تبرء ذمه الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد برائته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمه الضامن و أما في الضمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه فان ابراء ذمه المضمون عنه برئت ذمه الضامن أيضاً، و ان أبراء ذمه الضامن فلا تبرء ذمه المضمون عنه كذا قالوا، و يمكن ان يقال: براءة ذمتهما على التقديرين (١)

و بعباره أخرى: لا- بد من حمل عباره الماتن- قده- على الضمان الاذنى حيث يصح معه التعبير ببراءه الذمتين نتيجة لإبراء المضمون له لذمه الضامن، أما ذمه الضامن فللإبراء و أما ذمه المضمون عنه فلعدم أداء الضامن شيئاً و معه فلا يثبت له- الضامن- حق الرجوع عليه- المضمون عنه- و بهذا المعنى صح التعبير ببراءه ذمته، و الا- بان كان الضمان تبرعياً- فحيث لا أثر لإبراء المضمون له لذمه الضامن في براءة ذمه المضمون عنه، فإنها بريئه و غير مشغوله لأحد بنفس الضمان، سواء في ذلك قبل الإبراء و بعده و فلا يصح التعسير ببراءه الذمتين نتيجة لإبراء المضمون له لذمه الضامن،

فإنه لا يؤثر إلا في براءة ذمه الضامن فحسب و أما ذمه المضمون عنه فهي بريئه قبل ذلك.

(١) و هو الصحيح، أما مع إبراء الضامن فلأن الإبراء لا يعنى

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٩

[مسأله ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له]

(مسأله ٤): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له (١)، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون

رفع اليد عن الضم و الضمان خاصه كى يقال بان معه يبقى الدين على حاله و يكون المضمون عنه مدينا بعد الإبراء كقبله، فإن هذا المعنى غير مراد جزما، إذ الضمان من العقود اللازمه و هى لا تقبل الرفع حتى مع رضا الطرفين، على انه يناهى مفهوم الإبراء فإنه مساوق لإسقاط الدين - على ما ستعرف.

و إنما الإبراء بمعنى رفع اليد من الدين من أساسه - على ما يساعد عليه ظاهر اللفظ - و معه فلا مجال للقول ببقاء ذمه المضمون عنه مشغوله فإن الدين ليس الا دينا واحدا فلا يقبل البقاء و السقوط فى آن واحد بالقياس الى الذمتين.

و بعباره أخرى: إن إبراء إحدى الذمتين من الدين الثابت فيهما على نحو الضم إنما هو بمنزله استيفاءه منها - كما هو واضح - و لذا يذكر فى باب المهور ان الزوجه إذا أبرأت ذمه زوجها من المهر فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر، فلا - وجه للتفكيك بين الذمتين بالقياس اليه و القول بثبوته فى ذمه دون أخرى.

و أما مع إبراء المضمون عنه، فلان مرجعه إلى إسقاط الدين و إفراغ ذمته منه و معه فلا يبقى مجال لضم ذمه أخرى إليها فيه.

(١) فان إرجاع الدين إلى ذمه المضمون عنه ثانيا و فراغ ذمه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٠

عنه، و تبين إعساره (١) و

كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره (٢)، بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان و كان جاهلا بإعساره ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، و يستفاد من بعض الاخبار أيضا (٣)

الضامن بعد الحكم بصحة الضمان و انتقال الدين إلى ذمه الضامن و فراغ ذمه المضمون عنه بالمره، يحتاج إلى الدليل و هو مفقود و مقتضى أصاله اللزوم- المستفاده من إطلاقات أدله صحة العقود و العمومات- بقاء الحكم الأول على حاله.

(١) فضلا عما لو كان ضمانا تبرعيا و من غير إذن المضمون عنه.

(٢) لعين ما تقدم في سابقه.

(٣) و هو موثقه الحسن بن الجهم قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات و له عليّ دين و خلف ولدا رجلا و نساء و صبيانا، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي، و أنت في حل مما لإخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك. قال:

يكون في سعه من ذلك و حل. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان لك في عنقه. قلت: فان رجع الورثه عليّ فقالوا: أعطنا حقنا؟

فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله فأنت منها

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣١

.....

في حل إذا كان الذي حللك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك. قلت: فما تقول في الصبي لأمه ان تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت فان لم يكن لها؟ قال: فلا.

قلت: فقد سمعتك تقول: انه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها. الحديث»

و هي و ان كانت معتبره سندا إلا انها أجنبيه من حيث الدلاله عن المدعى فإنها وارده فى تحليل بعض الورثه لحصته من الدين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضى سائر الوراث أيضا، و أين ذلك من الضمان الذى هو محل الكلام؟.

و بعبارة اخرى: ان مورد المعتبره هو التحليل و هو عقد قائم بين المدين و شخص آخر، فى حين ان مورد كلامنا هو الضمان الذى هو عقد قائم بين الدائن و شخص آخر، فلا مجال لإثبات الحكم الثابت فى أحدهما للآخر.

على أن هذه المعتبره لو تمت من حيث الدلاله فى المقام فمن الواضح أن مقتضاها بطلان الضمان مع عدم الملاءه لا ثبوت الخيار، و هو مما لا يقول به أحد.

على أنه لا بد من رد علم هذه المعتبره إلى أهلها حتى موردها- التحليل- لأنها تضمنت صحة التحليل من الأجنبي و حصول فراغ

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٢

.....

الذمه واقعا به و هو أمر لا- يمكن الالتزام به إذ التحليل من الأجنبي لا يعدو كونه تحليلا فضوليا يتوقف على إجازة من له الأمر واقعا.

إذن فلا- مجال للتمسك بالمعتبره فى المقام على كل تقدير، فإنها لو تمت دلالة و أمكن العمل بها فى موردها فإثبات حكمها فى المقام لا يعدو القياس.

هذا و قد استدل صاحب الجواهر (قده) على المدعى بما دل على اعتبار الملاءه فى المحال عليه، بدعوى ان الحواله أخت الضمان فيثبت فيه ما ثبت فيها.

و هو- كما تراه- قياس محض، فان الحكم بالخيار عند إفسار المحال عليه حين الحواله مع جهل المحال انما ثبت بالنص الخاص فالتعدى عنها الى غيرها لمجرد اشتراكهما فى

جهه لا يخرج عن حد القياس.

على أن بينهما فرقا واضحا، فإن الحوالة معاملة قائمه بين الدائن و المدين فى حين ان الضمان معاملة بين الدائن و شخص ثالث، فالحواله معاملة معاوضيه بخلاف الضمان، فإن الدائن - فى الحوالة على مشغول الذمه - مشتر ما لعمر و - مثلا - فى ذمه بكر بماله فى ذمه المدين.

بل و كذا لو كانت الحوالة على برى ء الذمه فإنها معاوضه و تبديل لذلك المبلغ فى ذمه المحال عليه بماله فى ذمه المدين، غاية الأمر أن المحال عليه لما كان برى ء الذمه بالنسبه إلى المحيل كان العقد فضوليا و متوقفا على أجازته.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٣

و المدار - كما أشرنا إليه - فى الإعسار و اليسار على حال الضمان، فلو كان موسرا ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١)

و من هنا: فحيث ان العشره - مثلا - فى ذمه المعسر لا - تساوى من حيث المالىه بنظر العقلاء العشره فى ذمه الموسر - كما هو واضح - و المعاملات مبنيه على التساوى فى المالىه بحيث يكون ذلك من الشرط الضمنى، كان تخلفه موجبا لثبوت الخيار على القاعده - على ما تقدم بيانه مفصلا فى مبحث خيار الغبن.

و أين هذا من الضمان الذى لا يعد من المعاوضات بالمره، لأنه ليس إلا اشتغال ذمه بلا عوض و مجانا سواء فى ذلك ما كان اذنيا أو تبرعيا لأنهما لا يختلفان إلا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول و عدمه.

و الحاصل: التعدى من الحوالة إلى الضمان قياس مع الفارق و ان اشتركا فى جهه من الجهات.

و على ضوء ما تقدم يظهر انه لا دليل يمكن الاعتماد عليه فى القول بالخيار فى المقام.

و من هنا فان تم إجماع على ذلك فهو، و إلا - كما هو

الصحيح إذ غاية الأمر عدم وجدان الخلاف- فللمناقشه فيه مجال واسع و مقتضى أصاله اللزوم عدمه.

(١) لعدم شمول دليل الخيار- بناء على تماميته- للإعسار المتأخر

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٤

كما انه لو كان معسرا ثم أيسر يبقى الخيار (١) و الظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا أو لا (٢). و هل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أو لا؟

وجهان (٣).

فإن الإجماع غير ثابت فيه و معتبره الحسن بن الجهم ناظره الى حال الضمان و الحكم في الحوالة مختص بالإعسار حينها أيضا.

(١) و هو انما يتم فيما إذا كان مستند الخيار في المقام هو معتبره الحسن بن الجهم، فإنه لا بأس بالتمسك بإطلاقها- بعد تسليم دلالتها- لإثبات الخيار في الفرض أيضا.

و أما إذا كان المستند هو الإجماع فالحكم بثبوت الخيار في المقام مشكل جدا نظرا لكون القدر المتيقن منه هو المعسر المستمر. (٢) لكونه أجنبيا عن العقد.

(٣) من اختصاص أدله الخيار من الإجماع و النص و ما ذكره صاحب الجواهر (قده) بالإعسار فيكون التعدي عنه محتاجا الى الدليل و هو مفقود، و مقتضى أصاله اللزوم العدم.

و من التمسك بقاعده نفى الضرر، فان الحكم بلزوم هذا العقد ضروري على الدائن فينفى بالقاعده- على ما مر تفصيله في خيار الغبن.

و الأقوى هو الأول، لما عرفته غير مره من اختصاص دليل

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٥

[مسألة ٥]: يجوز اشتراط الخيار في الضمان

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار في الضمان (١)

لا ضرر بنفى الأحكام الضرريه من الأحكام المجعوله في الشريعه المقدسه، و عدم شموله للضرر الحاصل من فعل المكلف

نفسه، كما أنه لا يتكفل جبر الضرر الحاصل كذلك.

وحيث أن

مقامنا من هذا القبيل لان المضمون عنه انما وقع فى الضرر نتيجة لفعل نفسه اعنى رفع يده عن ذمته الثابت فى ذمه المدين فى قبال اشتغال ذمه الضامن به، فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له، فان دليل نفي الضرر قاصر الشمول عن مثل هذه الموارد.

على أن دليل نفي الضرر لو شمل المقام لكان لازمه الحكم ببطلان الضمان من رأس لا الحكم بصحته مع ثبوت الخيار. و تمام الكلام فيه مو كول الى محله.

إذن. فالأظهر فى المقام هو عدم الخيار حتى و لو قلنا بثبوته على تقدير ظهور إعساره فضلا عن إنكاره- كما هو المختار.

(١) على إشكال فيه بل منع، فان الضمان لا يقاس بسائر العقود و الفرق بينهما ظاهر.

فإن نتيجة العقد إذا كانت راجعه إلى طرفيه خاصة كان لهما رفع اليد عنه بعد ثبوته و لزومه و من غير حاجة للخيار و هو المعبر عنه فى الاصطلاح بالتقاييل، إلا فى بعض العقود الذى ثبت فيه عدمه بالنص

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٦

للضامن و المضمون له، لعموم أدله الشروط (١) و الظاهر

الخاص كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ.

و إذا جاز لهما ذلك بالنتيجة جاز لهما جعل هذا الحق فى ضمن العقد من الأول و هو المعبر عنه فى الاصطلاح بشرط الخيار.

و ليس ذلك كله الا لكون العقد عقدهما و الحق لا يعدوهما فلهما ان يتصرفا كيفما شاءا ما لم يرد منه منع من الشارع المقدس.

و هذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث يكون الحق يعدوهما إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك لعدم الولاية لهما على الثالث.

و حيث ان مقامنا من هذا القبيل فان عقد الضمان و

ان كان قائما بين الضامن و المضمون له الا ان الحق فيه يعدوهما الى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه إذ لا موجب لاشتغال ذمه المضمون عنه ثانيا و بعد الفراغ لمجرد رضی أحد الطرفين أو هما معا به، فإنه أمر يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل: ان باب الضمان لا يقاس بباقي المعاملات التي ترجع نتيجتها الى المتعاملين نفسيهما، فان اشتغال ذمه المضمون عنه ثانيا يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

(١) و فيه: ان أدله الشروط لا تفي بإثبات صحه جعل الخيار في المقام، نظرا لما تقدم مرارا من انها ليست بمشرعه و لا تفيد إلا

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٧

جواز اشتراط شىء لكل منهما (١) كما إذا قال الضامن:

«أنا الضمان بشرط أن تخط لي ثوبا»، أو قال المضمون له: «أقبل الضامن بشرط ان تعمل لى كذا». و مع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (٢).

[مسأله ٦: إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه]

(مسأله ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه أو بأذنه و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد

لزوم ما هو سائغ في نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط، و حيث ان جعل الخيار في المقام ليس من هذا القبيل باعتبار ان اشتغال ذمه المضمون عنه ثانيا يحتاج الى الدليل و لا- يتم باتفاق المتعاقدين عليه، فلا يمكن إثباته بالاشتراط و التمسك بعموم أدله الشروط.

(١) لعموم أدله الشروط بعد ان كان الشرط سائغا في نفسه بحيث كان للمشروط عليه فعله ابتداء و من غير اشتراط.

(٢) بل الظاهر ان هذا الاشتراط لا يوجب إلا الحكم التكليفى المحض مع جواز إلزامه به نظير الاشتراط في ضمن عقد

و ذلك لما عرفته من أن ثبوت حق الفسخ فى المقام بمعنى اشتغال ذمه الغير ثانيا و بعد فراغها و براءتها أمر خارج عن صلاحية المتعاقدين و يحتاج الى الدليل الخاص و هو مفقود و أدله الوفاء بالشرط لا تنهض لإثباته.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٨

العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (١).

[مسأله ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا و مؤجلا]

(مسأله ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالا (٢) و مؤجلا (٣) و كذا ضمان المؤجل حالا و مؤجلا بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص (٤) و القول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلا (٥)

(١) بل هو بعيد و يظهر وجهه مما تقدم فى المسأله السابقه، إذ الالتزام باشتغال ذمه الغير بالدين ثانيا بعد فراغها منه جزما على خلاف الأصل و يحتاج إلى الدليل الخاص و هو مفقود.

(٢) بلا اشكال فيه، و يقتضيه ما دل على كون الضمان نقل الدين من ذمه إلى أخرى.

(٣) اتفاقا حيث لم ينسب الخلاف فيه الى أحد من أصحابنا، بل و قد حكى فى كلماتهم الإجماع عليه.

(٤) لما استعرفه من أن الضمان انما يتعلق بنفس الدين، و أما الحلول و التأجيل و قصر المده و طولها فهى تثبت بالاشتراط.

(٥) قال الشيخ (قده) فى النهايه: «و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل» (١) كما نسب ذلك فى بعض الكلمات إلى غيره أيضا.

(١) كتاب النهايه ص ٣١٥.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٩

و أنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف (١)، كقول بعدم صحه ضمان الدين المؤجل حالا (٢) أو بأنقص و دعوى

(١) لعدم الدليل عليه بل لاقتضاء أدله الضمان خلافه- على ما تقدم.

(٢) و استدلال عليه با استلزامه زياده الفرع على أصله.

و فيه: ان الضمان و ان

كان فرع الدين، الا ان متعلقه هو نفس الدين دون الأجل، فإنه أمر خارج عنه و يثبت بالاشتراط فى ضمنه.

و بعبارة أخرى. ان الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الذمه و من غير زياده أو نقيصه، فإن التقديم و التأخير أمران خارجان عنه كليه على انه لو صح ما ذكر لزم منه صحته فى عكسه أيضا و القول بالبطلان فى ضمان الدين الحال مؤجلا نظرا لنقصان المؤجل عن الحال فى حين ان مقتضى أدله الضمان انتقال مثل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و من غير زياده أو نقيصه.

و الحال ان هذا مما لا يمكن ان يلتزم به، و ليس ذلك الا لكون التقديم و التأخير خارجين عن حقيقته.

ثم ان مما ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين و استحسنة العلامة (قده) فى المختلف من كونه ضمان ما لا يجب نظرا لزياده مالىه الدين الحال عن مالىه الدين المؤجل، و حيث ان هذه الزياده غير واجبه على المديون و لا ثابتة فى ذمته كان ضمانها من ضمان ما لم يجب.

و وجه البطلان ان الضمان انما تعلق بنفس الدين من غير زياده فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٠

أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (١).

[(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين]

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله و أدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه (٢) لأن الذى عليه كان حالا و لم يصير مؤجلا بتأجيل

أو نقيصه، و الحلول و التأجيل انما يثبتان بالاشتراط فى ضمنه.

و منه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزياده و النقيصه.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب اليه الماتن

(قده) وفاقا للمشهور من جواز ضمان الدين المؤجل حالا.

(١) لما تقدم من الوجه في بطلانها.

(٢) لأداء دينه بأذنه، و الضمان و ان كان مؤجلا الا أن الأجل حق للضامن لا له، إذ المفروض كون دينه حالا و هو و ان سقط بالضمان الا أن أمره و إذنه فيه أوجب الضمان فيصح الرجوع عليه على تقدير الأداء متى ما حصل.

و الحاصل: ان الأجل انما هو بالنسبة إلى الضمان لا الدين فإنه حال و لا ملازمه بينهما من هذه الجهة.

نعم لو كان إذنه في الضمان مقيدا بكون الأداء في وقت كذا- حيث لا مانع من تقييده أو تعليقه- كان أداء الضامن له قبل ذلك الوقت تبرعا محضا فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلا عما قبله

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤١

الضمان. و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حل ما عليه و أخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه و احتمال صيروره أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف (١).

[(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته]

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلا- فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين، لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول (٢) على المضمون عنه و كذا لو أسقط أجله و أدى الدين قبل الأجل

إذ المقيد عدم بانعدام قيده. الا ان هذا خارج عن محل الكلام.

(١) و هو مشكل جدا، إذ لا وجه لجواز امره بذلك الأداء، فإن المفروض انه انما أمر الضامن بأداء دينه المؤجل في حينه، فما لم يكن الأداء كذلك- سواء أ كان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره- لم

يكن للمؤدى الرجوع عليه.

لأنهما فى الواقع عقدان مستقلان فلا وجه لإثبات الأجل المأخوذ فى أحدهما فى الآخر.

(٢) لما عرفته من اختلاف العقدين حقيقه و عدم الملازمه بينهما فى الأجل و الحلول.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٢

لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الأجل (١).

[مسأله (١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه]

(مسأله ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، و الا فلا يجوز الا بعد انقضاء الأجل (٢) و الإذن فى الضمان أعم من كونه حالا.

[مسأله (١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه]

(مسأله ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله (٣). و إذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان

(١) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلق أمره بذلك الأداء بالمره، فإنه إنما أمره بأداء دينه المؤجل فى حينه فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه.

و بعبارة أخرى: ان أصل الأداء و ان كان بأمر من المضمون عنه الا ان خصوصيه التقديم لما لم تكن بامر له لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل فالحلول زياده من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه.

(٢) لكون الحلول حينئذ زياده من الضامن نفسه، فلا يلزم به المضمون عنه.

(٣) لما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٣

لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلا، و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه (١).

[مسأله (١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته]

(مسأله ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، و لم يكن له الرجوع عليه و ان كان أداؤه بإذنه أو أمره (٢) الا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعا منه في وفاء دينه، كأن يقول: «إذ ما ضمننت عنى و أرجع به على» على اشكال (٣) فى هذه الصورة أيضا من حيث ان مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به، و إذا

(١) لما عرفته من كون الأجل للضمان دون الدين، فلا يجوز للمضمون عنه تأخير دفعه بعد أداء الضامن له عند حلول أجله و ان بقى من أجل الضمان ما بقى.

(٢) لكونه أمرا له بما

اشتغلت ذمته- الضامن- به، نظير أمر الغير بأداء الدين الثابت عليه- المأمور- في نفسه، فإنه لا يوجب الضمان قطعا لكونه أمرا بما هو واجب عليه في نفسه و مع قطع النظر عن الأمر.

(٣) الظاهر أنه لا وجه للاستشكال في المقام و ليس مرجع الأمر هذا الى الوعد، و انما مرجعه الى انابه المضمون عنه الضامن في أداء الضمان عنه تبرعا و كأنه هو الذى باشر ذلك بنفسه، فإنه موجب

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٤

ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء (١) و ان لم يكن بإذنه لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شىء، نعم لو إذن له في الضمان تبرعا فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

[(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن]

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان (٢) على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و انما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله، اما لان ذمه الضامن و ان اشتغلت حين الضمان بمجرد الال ان ذمه المضمون عنه

للضمان و رجوع النائب على الأمر بلا خلاف.

و بعباره أخرى: ان حال الضامن في المقام هو حال الأجنبي الثالث الذى يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابه عن الأمر، فإنه لا فرق بين الضامن و غيره من هذه الناحية و هما على سواء فيها فكما ان أمر الأجنبي بذلك يوجب الضمان و جواز رجوع المأمور بعد الأداء الى الأمر فكذا الحال في الضامن أيضا لوحده الملاك و هو الأمر بإتلاف مال محترم بالنيابه عنه و كأنه هو المباشر له.

(١) بلا اشكال فيه و لا خلاف، و

تدل عليه الروايات الكثيره الوارده فى المقام.

(٢) لما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٥

لا تشتغل الا بعد الأداء و بمقداره، و اما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، و اما لأنها و ان اشتغلت بمجرد الضمان الا أن جواز المطالبه مشروط بالأداء. و ظاهرهم هو الوجه الأول. و على اى حال لا خلاف فى أصل الحكم و ان كان مقتضى القاعده جواز المطالبه و اشتغال ذمته من حين الضمان (١) فى قبال اشتغال ذمه الضامن سواء أدى أم لم يؤد. فالحكم المذكور على خلاف القاعده ثبت

(١) بل مقتضى القاعده هو الأول، إذ لا بد فى اشتغال ذمه الغير من سبب له من عقد أو إتلاف أو تلف فى بعض الموارد- و إلا فالضمان من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

و من هنا فحيث ان الأمر بالضمان و اقدام الضامن عليه، لا يعنى إلا براءة ذمه المدين من الدين و اشتغال ذمه الضامن به، فلا وجه للقول باقتضاه نفسه للضمان و اشتغال ذمه المضمون عنه تجاه الضامن إذ لا ملازمه بينهما بالمره. و دعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن فيشملة حديث لا ضرر.

واضح الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر- كما نحن فيه.

بل الضمان انما يثبت فى موارد أداء الضامن للدين بالسيره العقلانيه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٦

بالإجماع و خصوص الخبر: (عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذى صالح عليه) (١) بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن الا ما خسر.

و يتفرع على ما ذكره: ان المضمون له لو أبرء ذمه

القطعيه فإن مقتضاها- حتى

مع الإغماض عن النصوص - لزوم جبران الأمر للخساره و النقص الواردين على مال الضامن المستندي إلى أمره، فإن هذه الناحية هي العمده في الدليل على اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن في المقام.

هذا مضافا إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الواردة في المقام على ما ستعرف بيانه.

(١) و هو موثق عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمنا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذي صالح عليه» (١).

و نحوه موثقه ابن بكير (٢).

حيث ان المستفاد من قوله (ع) (ليس له الا ما صالحه عليه) كون المصالحة و أداءه للأقل هي السبب في الضمان و اشتغال ذمه المضمون عنه له، و هو ما يعنى براءة ذمته قبل المصالحة و الأداء كما هو واضح

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ١،

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ٢.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٧

الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا (١) و ان أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره و كذا لو صالح معه بالأقل - كما هو مورد الخبر- و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعا فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشىء لم يرجع على المضمون عنه و ان كان باذنه (٢).

و كذا لو وفاه عنه غيره تبرعا.

[مسألة (١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاه أو صدقه]

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاه أو صدقه، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (٣)، و لا يكون في حكم الإبراء.

و الا لكان الحكم إسقاطا لما ثبت في ذمه الغير و هو ما يباه ظاهر النص.

(١) حيث

لم يخسر الضامن نتيجة لضمانه شيئاً، فلا يكون له الرجوع عليه.

(٢) لما عرفته من ان العبره انما هي بأداءه و خسارته لا بأصل الضمان.

(٣) إذ المستحق يملك ما في ذمته أو لا بالاحتساب ثم يسقط الدين بحيث يكون السقوط متفرعا على الملكيه، و بذلك فيكون التلف من ماله و الخساره عليه لأنه الذي أداه بماله الذي ملكه خمسا أو زكاه أو صدقه، فيصح له الرجوع عليه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٨

و كذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبه (١). و أما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان (٢). و لو مات المضمون له فورته الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣).

(١) بلا- اشكال فيه، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له، فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعده و ملكيته للمال ثانيا ملكيه جديده و فائده أجنبيه عن الخساره السابقه فلا وجه لمنعها من الرجوع عليه.

(٢) أقواهما الثانى، إذ لا مانع من ملكيه الإنسان لما في ذمته هبه كما لا مانع من ملكيته لما فيها بالإجاره أو الإرث.

و القبض المعترف فى الهبه متحقق أيضا لكونه مسلطا على ذلك المال باعتبار انه فى ذمته لا فى ذمه الغير.

و من هنا فيعتبر هذا فى الحقيقه تمليكا له لا إبراء لذمته، و عليه فيصح له الرجوع على المضمون عنه لأن الخساره قد وقعت فى ماله و السقوط كان بعد تملكه لذلك المال.

نعم لو بنينا على عدم صحه الهبه فى الذمه و ان الإنسان لا- يملك ما فى ذمه نفسه، تعين الحكم بعدم جواز رجوعه عليه، لانحصار القضيه- حينئذ- فى الإبراء المحض.

(٣) لكونها خساره وارده عليه

بسبب الضمان، لان انتقال ما فى

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٤٩

[(مسأله ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين]

(مسأله ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوى أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما يساوى أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما يساوى. و هو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده (١) و كون القدر المسلم غير هذه الصور،

ذمته اليه بمنزله الأداء فيرجع به عليه.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ٢، ص: ١٤٩

بل و كذا لو كانت ملكيته له بعقد كما لو استأجره المضمون له على عمل بما فى ذمته من المال أو كان الضامن امرأه فتزوجها المضمون له جاعلا- ما فى ذمته صداقا لها، فان له الرجوع عليه جزما، لثبوت ملكيه الضامن لذلك المال الثابت فى ذمته فى مرحله سابقه على سقوط الدين و حصول البراءه، فإنه يملكه أولا بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهرا.

و بهذا يصدق عليه أنه خسر ذلك المال لخسارته لمقداره فى قبال عمله الذى أداه أو صداقها فى النكاح.

و الحاصل: أنه يصح للضامن الرجوع على المضمون عنه كلما صحت نسبه الخسران الناشئ من الضمان اليه بحيث يكون واردا على ماله و مأخوذا منه بلا فرق فى ذلك بين الصور جمعاء.

(١) و فيه: ما عرفته فى محله من كون الحكم على القاعده حيث لا موجب لإثبات الضمان قبل الأداء، فإن الأمر إنما يوجب بشرط

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٠

و ظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه (١)، لا ما إذا صالحه بما يساوى أقل

منه. و أما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يساوى أزيد فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزيادة (٢).

[(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه]

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما عليه، فلا اشكال و يكون فى يده

الوفاء خارجا باعتبار ان خساره تكون عليه - حينئذ - بالسيره القطعيه.

(١) و فيه: انه لا- وجه له، فان النص مطلق و مقتضى قوله «صالح عليه» عدم الفرق بين كون ما صالح به من جنس الدين كى يستلزم الاسقاط و الرضا من الدين بأقل منه، و بين كونه من غير جنسه فيكون وفاء له.

نعم النص مختص بالصالح و لا- يعم البيع، الا- أنه لا- ينبغى الشك فى عدم الخصوصيه له و كون العبره بما يخسره الضامن للمضمون له نتيجة للضمان.

إذن: فالصحيح ما ذهب اليه المشهور من كون رجوع الضامن على المضمون عنه- فى المقام- بمقدار ما يسوى لا مقدار الدين.

(٢) لأن أمر المضمون بالضمان لا يوجب الا ضمانه عند أداء المأمور له بمقدار ما أمر به، و أما الزائد عنه فلما لم يكن عن أمره

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥١

أمانه، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط (١).

و ان كان بعنوان وفاء ما عليه، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و ان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح و يحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى. و ان قلنا: انه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء و حينه- كما هو ظاهر المشهور- (٢) فيشكل صحته وفاء، لان

المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣)، و بعد الأداء

كان الضامن متبرعا به و معه فلا يصح له الرجوع عليه.

(١) على ما تقتضيه قواعد الامانه.

(٢) و تقتضيه القواعد- على ما عرفت.

(٣) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مالا بتوهم كونه لدينا له، فإنه لا يعد وفاء لعدم مصادفته لاشتغال الذمه، بل يبقى المال على ملك مالكة الأول- الدافع- و يكون في يد الثاني من قبيل المقبوض بالعقد الفاسد، فيكون تصرفه فيه موجبا للضمان نظرا لكونه تصرفا في مال الغير بغير حق، كما هو الحال في سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٢

ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به (١).

(١) ظاهر تقييده (قده) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به، عدم كفايه الاستصحاب في مورد الشك. و هو الصحيح إذ لا مجرى للاستصحاب في المقام، لتبدل الموضوع فان ما كان متيقنا في السابق- الأذن في احتسابه في ذلك الوقت- لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه، و ما له أثر بالفعل- الأذن في الاحتساب بعد الأداء- لم يكن ثابتا في زمان كي يستصحب الى حاله الشك، فهو نظير إذن زيد لعمره في سكنى دار لم يكن يملكه حين الإجازة ثم ملكه، فإنه لا مجال للقول بكفايته لسكناه بالفعل لاستصحاب بقاءه، فان ما كان ثابتا في السابق لا أثر له بالمره لكونه في غير محله، و ما ينفع بالفعل لم يكن ثابتا في زمان كي يستصحب بقاءه.

و بعبارة أخرى: ان الأعراض و الافعال تختلف عن الجوهر في تعددها و تغايرها بحسب الأزمنه، فالقيام في هذا اليوم و القيام في اليوم السابق فردان من القيام مختلفان

بخلاف وجود زيد في هذا اليوم و وجوده في اليوم السابق فإنهما ليسا بوجودين مختلفين و انما هما وجود واحد لشخص واحد.

و من هنا: فلا- مجال لإجراء الاستصحاب في الأول و إثبات الفعل الثابت في الزمان السابق يقينا في الزمان المشكوك، بخلاف الثاني حيث لا مانع من التمسك بالاستصحاب لإثباته في الزمان المشكوك.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٣

[مسأله ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عني إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع]

(مسأله ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عني إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع برئت ذمتها معا، أما الضامن: فلأنه قد أدى دينه، و أما المضمون عنه: فلأن المفروض ان الضامن لم يخسر. كذا قد يقال. و الأوجه أن يقال: ان الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء (١). و المفروض أن ذمه المضمون عنه أيضا مشغوله له، حيث أنه أذن له في الضمان. فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، و لاشتغال ذمه المضمون عنه حيث ان الضمان باذنه، و قد وفي الضامن (٢). فيتهاثران، أو يتقاصان (٣) و اشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمه

و حيث ان الاحتساب من الافعال، يكون متعددا بحسب الزمان لا- محاله فلاحتمسب في هذا الزمان غير الاحتساب في الزمان السابق و مغاير له فلا يمكن إحرازه في الزمان المشكوك بالاستصحاب.

(١) لأن الأمر بالدفع لا على وجه المجانيه موجب للضمان بالسيره العقلائيه القطعيه- على ما عرفته غير مره مفصلا.

(٢) بدفع المضمون له للدين بأمره، فإنه يجعل الأداء مستندا اليه و كأنه هو الذي باشره بنفسه.

(٣) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزما. إذ

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٤

.....

لا موضوع له في المقام بالمره لاختصاصه بمورد ظلم

من عليه الحق و هو غير متصور فى المقام لحصول التهاتر القهرى بين الدينين و فراغ الذمتين معا بالنتيجه.

و حملة عليه بان يقال أن المراد به هو التهاتر القهرى و قد جى ء به تأكيداً انما يتم فيما إذا كان العطف بالواو- كما هو الحال فى عبارته المسالك- فلا يمكن القول به فيما نحن فيه حيث كان العطف ب «أو».

و كيف كان: فما أفاده (قده) إنما يتم فى فرض تماثل الدينين من جميع الجهات، بان يكونا معا حالين أو مؤجلين إلى أجل متحد فلو فرض اختلافهما من بعض النواحي بأن كان أحدهما حالاً و الآخر مؤجلاً أو كانا مؤجلين و اختلفت أجلهما لم يكن للتهاتر موضوع أصلاً كما هو الحال فى غير الضمان أيضاً، فإن المتلف لمال مدينه بالدين المؤجل يخسر بدل التالف حالاً و ينتظر بدينه إلى أجله- كما هو أوضح من أن يخفى.

و عليه ففيما نحن فيه إنما يصح القول بالتهاتر فى صورته تماثل الدينين خاصه، فلو اختلفا و لو من حيث الحلول و التأجيل أو مقدار الأجل بأن كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك ثم أسقط الأجل و أمر المضمون عنه بالأداء حالاً، فلا مجال للتهاتر بل يرجع المضمون عنه على الضامن بما أداه بأمره، فى حين ينتظر الضامن فى الرجوع عليه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٥

الضامن بالقول المزبور (١) فى غير محله (٢).

[مسأله ١٨: إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً]

(مسأله ١٨): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئاً معاً (٣)، كما لو دفعه أجنبى عنه.

حلول الأجل، كما هو الحال فيما لو باشر الضامن الأداء بنفسه- على ما تقدم فى المسأله العاشره.

(١) قال فى الجواهر رداً على التزام المسالك بالتهاتر القهرى.

ما هذا

لفظه:

«و فيه: ان أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، و عدم 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» (١).

(٢) لعدم توقف ذلك على عنوان القرض كى يرد عليه انه غير مقصود، فإن الأمر بالاتلاف لا على نحو المجانيه موجب لضمان الأمر بالسيره العقلانيه القطعيه فيثبت اشتغال ذمه كل منهما تجاه الآخر، فيحصل التهاثر قهراً.

(٣) أما الضامن فلأداء الدين من قبل غيره، و اما المضمون عنه

(١) كتاب الجواهر ج ٢٦ ص ١٥٥.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٦

[مسأله ١٩: إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه]

(مسأله ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). بل و كذا لو ضمن بالأذن فضمن عنه ضامن بإذنه (٣)، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، و يرجع هو على المضمون عنه الأول (٤).

[مسأله ٢٠: يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له]

(مسأله ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له (٥). و كذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه (٦).

فبراءه ذمته انما هى بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال، و الا فذمته بريئه بنفس الضمان - على ما عرفته فى أول الكتاب.

(١) الأول حيث لم يكن ضمانه عن أمره و إذنه.

(٢) لكونه ضمانه باذنه فيرجع عليه بعد الأداء لاقتضاء الأمر لذلك.

(٣) حيث لم يكن ضمان هذا - الضامن الثانى - بإذنه، و ان كان ضمان الضامن الأول بإذنه، فلا يكون له حق الرجوع عليه.

(٤) على ما تقتضيه قاعده الضمان بالإذن فان كلا منهما يرجع على خصوص الذى أمره بذلك.

(٥) بلا إشكال فيه، و مرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد، و كأنه قد رضى ببراءه ذمه المدين عن ذلك المال فى قبالة اشتغال

ذمه الضامن بالأقل.

(٦) للمناقشه فى صحته مجال واسع، بل الظاهر عدم صحته، فان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٧

.....

الضمان- على ما تقدم فى أول الكتاب- ليس الان نقل الدين من ذمه إلى ذمه أخرى، و هو لا يقتضى إلا اشتغال ذمه الضامن بما اشتغلت به ذمه المضمون عنه، فيبقى الاشتغال بالزائد بلا موجب يقتضيه، فلا يصح بعنوان الضمان. و دعوى: رجوعه إلى اشتراط الزيادة للمضمون عنه، بان يكون قبوله للضمان مشروطا بتحملة للزيادة. مدفوعه: بأن ثبوتها ان كان على نحو شرط النتيجة، ففيه: انه بلا موجب حيث ان اشتراط الاشتغال بلا

سبب من بيع أو نحوه لا يوجب الاشتغال بما اشترط.

و ان كان على نحو شرط الفعل بان يلزمه دفع مقدار زائد على الدين فى مقام الأداء، ففيه: أنه ان صح فلا يوجب اشتغال ذمته بأكثر من الدين، فان اشتراط الفعل لا- يوجب الا- الحكم التكليفى و لزوم الوفاء به، و من الواضح أنه أجنبى عن اشتغال ذمته بالمشروط بالفعل.

على أنه غير صحيح فى نفسه، باعتبار ان مرجعه الى اشتراط الزيادة فى الدين و هو ربا محرم، إذ لا فرق فى اشتراط الزيادة بين كونه بإزاء بقاء الدين فى ذمه المدين و بين كونه بإزاء نقله إلى ذمه أخرى فإن الكل ربا محرم.

إذن: فالصحيح عدم صحه هذا الضمان بقول مطلق سواء أ كانت

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٨

و فى الصورة الأولى لا- يرجع على المضمون عنه مع إذنه فى الضمان الا بذلك الأقل (١) كما أن فى الثانيه لا يرجع عليه الا بمقدار الدين (٢)، إلا إذا أذن المضمون عنه فى الضمان بالزيادة (٣).

[مسأله ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين]

(مسأله ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين (٤)

الزيادة مأخوذه على نحو الاشتراط أم على نحو اقتضاء الضمان بنفسه لها.

(١) إذ الزائد عنه قد سقط بإسقاط المضمون له و لم يخسره الضامن فلا وجه لرجوعه به عليه.

(٢) لخروجه عن مورد إذنه.

(٣) لاقتضاء الأمر ذلك بالسيره العقلانيه القطعيه- على ما تقدم بيانه غير مره.

(٤) على إشكال تقدم فى الضمان بالزيادة، إذ لا موجب لاشتغال ذمه الضامن بغير ما اشتغلت ذمه المضمون عنه.

و الحاصل: انه لا فرق فى الزيادة الممنوعه فى الضمان بين كونها فى مقدار المال أو خصوصيه من خصوصياته، فإن إثبات كل منهما فى ذمه الضامن من إثبات أمر زائد عما

اشتغلت به ذمه المضمون عنه، و من هنا فلا تشمله أدله الضمان و لا يكون بعنوانه، و حيث لا طريق غيره لإثباته فلا محيص عن الالتزام بيطلانه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٩

كما يجوز الوفاء بغير الجنس (١)، و ليس له ان يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذى عليه (٢) الا برضاه.

[مسأله ٢٢: يجوز الضمان بشرط الرهانه]

(مسأله ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانه، فيرهن بعد الضمان (٣)

(١) بلا اشكال فيه على ما تقتضيه الأدله و القواعد.

(٢) و الظاهر ان الوفاء من غير جنس الدين إن كان بأمر المضمون عنه، كان للضامن الرجوع عليه بما أداه لاقتضاء الأمر لذلك بالسيره العقلائيّه - كما عرفت.

و ان لم يكن بأمره فليس له الرجوع عليه بغير جنس الدين فإن الخصوصيه هذه - الجنس - انما كان عن تبرع الضامن محضا و لم تكن متعلقه لأمر المضمون عنه فى وقت فإنه لم يأمر إلا بأداء أصل الدين.

نعم لو كان ثمن ما أداه من الجنس بدلا عن الدين أقل منه لم يكن له الرجوع إلا بمقدار ما صالحه عليه و اداه، و ليس له أخذ التفاوت، فإنه لم يخسره كى يكون له الرجوع به عليه.

(٣) ظاهر كلامه (قده) فرض صحه ذلك أمرا مفروغا عنه، لكنه لا يخلو عن اشكال بل منع.

فان مرجعه ان كان الى تعليق الضمان بالشرط المتأخر - الرهان - فهو باطل جزما، إذ التعليق مبطل لجميع العقود الا ما خرج بالدليل

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٠

.....

كالوصيه و التدبير.

و ان كان مرجعه الى تعليق التزامه بالضمان على ذلك الفعل بحيث يكون التزامه به منوطا و مشروطا بتحقق الفعل خارجا و الذى

يرجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلف كما هو الغالب و المتعارف في موارد

أخذ الأفعال شرطا في العقود، فهو باطل أيضا لما تقدم في المسألة الخامسة من هذا الكتاب من عدم قابلية عقد الضمان لجعل الخيار فيه نظرا إلى تجاوز الحق فيه لطرفيه. فإن الأمر لا يتعلق بالضامن والمضمون له خاصة كي يقررا ما شاء، وإنما هو متعلق بالمضمون عنه أيضا حيث يستلزم الضمان براءة ذمته، فإن اشتغالها ثانيا لمجرد رضا أحد الطرفين أو هما معا به أمر يحتاج إلى الدليل وهو مفقود.

نعم لو رجع هذا الاشتراط إلى مجرد الحكم التكليفي المحض ووجوب الوفاء على المشروط عليه و جواز إلزامه به - كما هو الحال في الاشتراط في ضمن عقد النكاح - بحيث يكون رضا المشروط له بالعقد معلقا على التزام المشروط عليه بالشرط و لكن من غير ثبوت خيار له على تقدير التخلف، فلا بأس به.

و لا يرد عليه انه من تعليق أصل العقد، فإنه لا يقتضى البطلان ما دام ان التعليق انما هو على أمر حاصل بالفعل - الالتزام.

الا انه خلاف المتعارف و الشائع في العقود جدا، فلا يمكن حمل

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦١

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (١).

الاشتراط عليه إلا بالأحراز و لو من جهة نصب القرينه عليه أو التصريح به.

(١) بلا إشكال في صحته، لما عرفته مرارا من أنه كلما كان للمكلف إنشاء مستقلا و إيجاداه بالفعل من غير اعتبار سبب خاص فيه، كان له إنشاء بالشرط في ضمن عقد آخر، إذ لا يعتبر في الإنشاء إلا الاعتبار النفساني المقرون بالمبرز خارجا كيف ما كان و من غير تقييد بكونه إنشاء مستقلا أو شرطا في ضمن عقد من العقود.

و هو

متحقق في المقام، فإنه لا- يعتبر في عقد الرهن إنشاء بالصيغه و اللفظ فضلا عن اعتبار صيغه خاصه فيه، بل يكفي في تحققه مجرد اعتباره في النفس مع إبرازه بمبرز ما و لو كان هو الشرط في ضمن العقد.

نعم هذا لا يجرى في العقود التي يعتبر في إنشائها لفظا مخصوص كالنكاح و الطلاق و نحوهما، فلا يصح إنشاؤها باشتراطها في ضمن عقد آخر على نحو شرط النتيجة.

ثم ان كلام الماتن (قده) و ان كان مختصا باشتراط المضمون له الرهانه على الضامن بحيث لم يكن يقبل بضمانه إلا بها- كما يظهر ذلك من قوله (قده): «فيرهن بعد الضمان»- إلا أن الظاهر

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٢

[(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟]

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا-؟ يظهر من المسالك و الجواهر انفكاكه (١)، لأنه بمنزلة الوفاء. لكنه لا يخلو عن اشكال. هذا مع الإطلاق، و أما مع اشتراط البقاء

عدم اختصاص الحكم به و جريان الكلام بعينه في اشتراط الضامن الرهانه على المضمون عنه بحيث لا يقبل بضمان دينه إلا بعدها، فيجرى فيه ما تقدم في الفرض الأول من التفصيل بين شرط الفعل و شرط النتيجة.

(١) و هو الصحيح: لتعدد الدين في المقام، فان ما في ذمه الضامن من الدين ليس هو ما كان في ذمه المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران غايه الأمر ان أحدهما يقوم مقام الآخر بمعنى سقوط دين المضمون عنه و انعدامه بإزاء حدوث الدين الجديد في ذمه الضامن.

و التعبير بانتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن تعبير مسامحي جزما فان الموجود في ذمته بالفعل ليس هو الدين الأول و الذي

كان ثابتاً في ذمه المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، وإنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول و سقوطه. و حيث ان الرهن انما كان بإزاء الأول و المفروض ارتفاعه و سقوطه فلا- محيص عن القول بانفكاكه و ارتفاعه أيضا لانتفاء موضوعه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٣

أو عدمه فهو المتبع (١).

[مسأله ٢٤]: يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد

(مسأله ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد (٢).

و لعل الى هذا يشير صاحب الجواهر (قده) بقوله: «لان الضمان أداء» فإنه أداء بلحاظ انتفاء الدين الأول و ارتفاعه فلاحظ.

(١) لعموم أدله الوفاء بالشرط.

(٢) لم يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام، لأنه ان رجع إلى نفس الضمان و اشتغال الذمه بهذا المال بخصوصه و دون غيره، بحيث يجعل الضامن اشتغال ذمته مشروطا و منوطا بهذا المال.

ففيه: انه لا معنى لتقييد ما في الذمه بالأمر الخارجى، فإنهما أمران متغايران لا يصلح كل منهما مقيدا للآخر.

و ان رجع إلى تعليق الضمان بالأداء من هذا المال المعين، أو بجعل المضمون له قبوله للضمان معلقا على ذلك، فهو و ان كان ممكنا في حد ذاته و معقولا في نفسه، الا أنه باطل جزما لرجوعه الى تعليق الضمان به و هو مبطل إجماعا.

و بعبارة اخرى: ان تقييد شىء بشىء انما يصح فيما كان من قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات، فلا يصح فى الأمور الأجنبيه المتباينه فإنه لا معنى للتقييد فيها إلا التعليق فى الإيجاب أو القبول و هو مبطل فى حد نفسه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٤

أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام (١) و حينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال

(٢) بمعنى صرفه فيه و على الأول: إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) و يرجع المضمون له على المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهده.

و على الثاني: لا يبطل بل يوجب الخيار (٤) لمن له

و ان رجع الى تقييد ما ينتقل إلى ذمته - المضمون - بحيث يجعله مقيدا بذلك الشيء، فهو كسابقه فان ما في الذمه أجنبي عن الأداء الذي هو فعل خارجي فلا يمكن تقييده به.

و الحاصل: ان التقييد لما كان في قبيل الإطلاق باعتبار انه عباره عن جعل المطلوب حصه خاصه منه، فلا يصح الا في مورد يصح فيه الإطلاق، و حيث ان إطلاق ما في الذمه بالقياس الى الفعل الخارجى غير متصور لكونه أجنبيا عنه فلا يمكن تقييده به.

(١) بان يكون التزامه بالأداء من المال المعين في ضمن التزامه بالضمان المطلق.

(٢) لعموم أدله وجوب الوفاء بالشرط.

(٣) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال لعدم رجوع التقييد في مثل المقام الى معنى محصل.

(٤) الا انه على خلاف المرتكزات العرفيه في مثل هذه الموارد

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٥

الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما. و مع النقصان يجب على الضامن الإتمام (١) مع عدم الفسخ و أما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن، بان يكون الدين في عهده ذلك المال، فلا يصح (٢).

فإنها إنما تساعد على رجوع الشرط هذا إلى التزام الطرف المقابل به و جواز إلزامه على تقدير تخلفه عنه - كما هو الحال في الشرط في عقد النكاح - من غير ان يرجع إلى جعل الخيار في شيء.

على ان جعل الخيار غير متصور في الضمان، لما عرفت من عدم قابليته له نظرا

لتجاوز الحق فيه لطرفيه.

إذن: فالصحيح ان تلف المال المعين على تقدير الاشتراط كما لا يوجب بطلان العقد لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له، و
انما غايه ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط و أداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجودا فإذا تلف اداه من غيره لتعذر
الأداء من المعين.

(١) لانه ضامن لجميع الدين على نحو الإطلاق. غايه الأمر انه كان متعهدا بأداءه من المال المعين فإذا تلف بعضه رجع فيه
بخصوصه إلى غيره لتعذر أداء ذلك المقدار من المال المعين.

(٢) لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمره و فراغ ذمتي الضامن و المضمون عنه معا قبل أداء الدين و هو غير معقول، لأننا إذا
فرضنا فراغ ذمه المضمون عنه بأصل الضمان، و ذمه الضامن لعدم اشتغالها

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٦

[مسأله ٢٥]: إذا إذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه]

(مسأله ٢٥): إذا إذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه، فان قلنا ان الضامن هو المولى - للانفهام العرفى (١) أو لقرائن
خارجيه - يكون من اشتراط الضمان فى مال معين و هو الكسب الذى للمولى، و حينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمه المولى مشغوله
ان كان على نحو الشرط فى ضمن العقود (٢) و يبطل ان كان على وجه التقييد (٣) و ان اعتق يبقى

بشئ نظرًا لكون الضمان فى نفس العين، و هى ما لم تؤد باقيه على ملك مال كها، لزم منه انتفاء دين المضمون عنه لخلو
الذمتين و العين الخارجيه عنه، و هو أمر لا محصل له و لا يمكن فرضه فى الخارج.

و الحاصل: انه لا بد فى الضمان من فرض اشتغال ذمه أحد بالدين قبله و بعده، فلا يصح فرضه فيما كان لازمه براءة الذمتين معا.

(١) نظير أمره له

بالاستدانه، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين و كأنه هو المباشر له.

(٢) لثبوتة في ذمته من بادئ الأمر، و تعذر الشرط لا يوجب السقوط. فيجب عليه أداءه من سائر أمواله كما هو واضح.

(٣) تقدم الكلام فيه في المسأله السابقه، و قد عرفت ان التقييد في مثل هذه الموارد لا يرجع إلى معنى محصل الا التعليق المبطل للعقد في حد نفسه، و من هنا فلا بد من حمله على الاشتراط لا محاله.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٦٧

وجوب الكسب عليه (١). و ان قلنا ان الضامن هو المملوك، و أن مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبه إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شىء (٢)، و تبقى ذمه المملوك مشغوله يمكن تفريره بالزكاه و نحوها. و ان انعتق يبقى الوجوب عليه (٣).

(١) عملا بمقتضى الشرط- كذا قيل-، الا أنه مشكل جدا و الظاهر ان حال العتق حال الموت، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد و منافعه بالموت فكذلك ينقطع بالعتق، فما يكسبه العبد بعد ذلك انما هو له و ملكه و لا سلطان لمولاه عليه.

و من هنا فلا وجه للإلزامه بأداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصه.

بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بد له من أداءه من ماله، و جواز أداءه من كسب العبد انما كان ثابتا له باعتبار ملكيته له و لمنافعه، فإذا انتفى ذلك بالعتق و التحرر فلا مجال للحكم ببقاءه أيضا فإنه لا يكون الا من أداء الدين بمال الغير.

(٢) لكون المولى أجنبيا عنه فلا يلزم به، كما هو الحال في سائر ديون العبد و ضماناته غير العقديه.

(٣) فيجب عليه الاكتساب و الخروج عن عهده المال عملا بالشرط و

[مسأله ٢٦: إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد]

(مسأله ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (١) فاما ان يكون على التعاقب، أو دفعه. فعلى الأول:

الضامن من رضى المضمون له بضمانه (٢) و لو أطلق الرضا بها كان الضامن هو السابق. و يحتمل قويا (٣) كونه كما إذا ضمنا دفعه، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا.

(١) الظاهر كون مفروض الكلام فى ضمان الاثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال، لا ضمان المجموع- كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف فى الخارج- و الا- فلا ينبغي الإشكال فى صحته لرجوعه إلى ضمان بعض الدين من قبل كل منهما و هو صحيح جزما، فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبه و عدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه.

(٢) لاعتبار رضاه فى تحقق الضمان جزما و ان لم نقل باعتبار قبوله.

(٣) بل هو المتعين، فان الضمان انما يتم برضاه أو قبوله، فقبله لا ضمان و عند تحققه يكون نسبه إليهما على حد سواء، فيجرى فيه ما يجرى فى ضمانهما دفعه و الحاصل: ان حال هذه الإجازة حال اجازة المالك للعقدين الفضوليين الواقعين على ماله على التعاقب، حيث يحكم ببطلانتهما معا و من غير ان يكون لسبق إيجاب أحدهما على الآخر أثر، فإن الأثر انما هو لسبق العقد على غيره لا سبق إيجابه على إيجاب غيره،

و على الثانى: ان رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (١) و ان رضى بهما معا ففى بطلانه- كما عن المختلف و جامع المقاصد و اختاره صاحب الجواهر- أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث- ان كانوا ثلاثه- و

هكذا. أو ضمان كل منهما، فللمضمون له مطالبه من شاء- كما في تعاقب الأيدي- وجوه أقواها: الأخير (٢). و عليه: إذا أبرء

من غير فرق في ذلك بين القول بالنقل- كما هو الصحيح في المقام- أو الكشف- كما هو الصحيح في باب الإجازة- بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمي، فإن الحكم انما يكون من الآن.

نعم بناء على القول بالكشف الحقيقي و جعل القبول معرفا محضا يمكن القول بصحة السابق خاصه، الا أنه احتمال غير وارد على ما عرفته في محله.

(١) لتمايه الضمان بالنسبه إليه دون صاحبه.

(٢) بل الأول، إذ الثاني لا وجه له بالمره. فإن الضمان انما تعلق بتمام المال فلا وجه للحكم بصحة كل منهما في مقدار و البطلان في مقدار آخر، فإنه ليس الا التفكيك في مدلول كل عقد بلا مبرر.

و أما الأخير فهو و ان كان معقولا في حد نفسه و ممكنا بحسب مقام الثبوت، فإنه و كما يمكن تصوره في الأحكام التكليفية- الواجب الكفائي- يمكن تصوره في الأحكام الوضعيه أيضا، الا- ان الكلام في الدليل عليه في مقام الإثبات، فإنه لا دليل عليه بالمره.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٠

.....

و قياسه على ضمان الأعيان و المنافع باطل، فان متعلق الضمان في باب تعاقب الأيدي لما كان هو العين كانت مسؤوليتها و بفضل عموم على اليد على من يأخذها و تصل إليه، فهي في عهده كل من يأخذها و يكون مسئولا عنها- على ما ذكرناه في معنى ضمان الأعيان-، و من هنا فإن أمكن ردها و جب و الا تعين رد بدلها مثلا أو قيمه.

و نسبه هذا المعنى إلى جميع الأيادي سواء، فإنه و بمقتضى عموم على اليد، ثابت على الأخير على حد

ثبوتة على الأول، فإذا أدى أحدهم بدلها ملك العين التالفه بالسيره العقلانيه.

و من هنا يكون له الرجوع على من تأخر عنه دون من تقدم عليه لأنها انتقلت منه اليه فلا معنى لرجوعه عليه ببدلها أيضا، و أين هذا من ضمان ما في الذمه، حيث لا- دليل على انتقال المال الواحد إلى ذمتين معا بحيث يكون ماله الواحد ثابتا في كل من الذمتين أو الذمم على نحو الاستقلال بان يكون له الرجوع إليهما معا و مطالبه كل واحد منهما بتمام ماله في عرض مطالبته للآخر.

و بعبارة أخرى: لا دليل على تضاعف دين المضمون له و ثبوتة في كل من الذمتين، بل ان ثبوتة في كل منهما ملازم لبراءه ذمه الآخر.

و اما ثبوتة في ذمتها على نحو البدل، نظير الواجب الكفائي، فلم يدل على صحته دليل فان الضمان على البدل كالوجوب على البدل انما يتصور على نحوين لا ثالث لهما- على ما ذكرناه مفصلا في مبحث

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧١

.....

الواجب الكفائي من المباحث الأصوليه.

الأول: ان يكون المخاطب و المكلف به هو الجامع، فان الواجب لما كان من الأمور الاعتباريه صح توجيهه إلى الجامع كما يصح تعلقه به كما هو الحال في موارد الواجبات التخيرييه.

الثاني: ان يكون الخطاب متوجها إلى كل واحد منهما على نحو الواجب المشروط، بحيث يكون كل واحد منهما مخاطبا به على تقدير عدم إتيان الغير به. فيرجع الوجوب الكفائي إلى الوجوب المشروط.

و هذان المعنيان كما يمكن تصورهما في الأحكام التكليفية يمكن تصورهما في الأحكام الوضعيه أيضا، فيكون المخاطب بالضمان هو الجامع أو كل منهما على تقدير عدم أداء الآخر.

الا أن الكلام في إثباته بالدليل، و الظاهر عدم إمكان إثبات شىء منهما،

اما الأول: فواضح، فان الضمان انما صدر من كل منهما بشخصه فلا وجه لإثباته للجامع.

فالذى صدر منه الضمان- الفرد- لم نقل بضمانه على الفرض.

و الذى نقول بضمانه لم يصدر منه ضمان، فلا وجه للالتزام به.

و أما الثانى: فالأمر فيه كسابقه، فإن المنشأ من قبل كل من الضامنين انما هو الضمان المطلق دون المقيّد بعدم أداء غيره، فحملة عليه إمضاء لما لم ينشأه نظير ما ذكرناه فى كتاب الإجاره فيما إذا آجر من يجب الحج عليه نفسه للحج نيابه عن غيره، حيث حكمنا

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٢

المضمون له واحدا منهما برىء دون الآخر (١) إلا إذا علم أرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمه ذلك الواحد.

فيه ببطلان الإجاره، باعتبار انه و ان أمكن تصور ذلك صحيحا على نحو الترتب الا- أنه خلاف ما أنشأه المنشأ، فيكون من مصاديق ما أنشأ لم يمض شرعا و ما يمكن إمضاءه لم ينشأ.

على اننا لو فرضنا التصريح بالثانى- أعنى الضمان على تقدير عدم أداء الآخر- لم ينفع ذلك، لاستلزامه التعليق المبطل للعقود.

إذن: فلا دليل على صحه الضمان البدلى بجميع تقاديره.

فإن غايه أدله الضمان إثبات صحه انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و اما انتقاله من ذمته إلى ذمه ما و من غير تعيين فلم يدل على صحته دليل.

و الحاصل: ان القول بانتقال الدين الواحد إلى الذمتين معا و جمعا غير ممكن، و إليهما على البدل و ان كان ممكنا إلا انه لا دليل عليه.

و من هنا: فيتعين القول الأول و الحكم بالبطلان فيهما معا كما ذهب اليه غير واحد من الأصحاب.

(١) و هو يناقض ما تقدم منه (قده) فى المسأله الثالثه من الحكم ببراءه

الذمتين على تقدير القول بان الضمان ضم ذمه إلى ذمه.

و كيف كان: فبراءه الذمتين معا بإبراء إحداهما هو الصحيح لما عرفته في تلك المسألة من رجوع الإبراء إلى إسقاط الدين و رفع اليد

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٣

[مسأله ٢٧]: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه]

(مسأله ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضى المضمون له بهما صح (١)، و حينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنسا و قدرا تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر. و يظهر الثمر فى الإعسار و اليسار (٢) و فى كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناء على افتككاه الرهن بالضمان. و ان كانا مختلفين قدرا أو جنسا أو تعجيلا و تأجيلا أو فى مقدار الأجل فالثمر ظاهر. و ان رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٣) و حينئذ فإن أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى، حيث ان المفروض كونه مأذونا منه.

عنه أساسا لا خصوص الضم فقط فراجع.

(١) لتمايمه الضمان فى كل من الجانبين.

(٢) بناء على ما ذهب إليه المشهور و اختاره هو (قده) من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعسار الضامن حين الضمان، فإنه- و على هذا التقدير- لو ظهر إعسار أحد الضامين، كان للمضمون له فسخ ضمانه خاصه و بذلك يثبت المال بتمامه فى ذمه صاحبه.

إلا إنك قد عرفت فى محله عدم تماميه هذا القول.

(٣) اما دين نفسه فلعدم صحه ضمانه من قبل صاحبه نظرا لعدم قبول المضمون له به، و أما دين صاحبه فلصحه ضمانه له.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٤

و ان أدى البعض، فان قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع (١)

و يقبل قوله ان ادعى ذلك (٢) و أن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقييط. و يحتمل القرعه. و يحتمل كونه مخيرا في التعيين بعد ذلك و الأظهر الأول (٣).

(١) فإن المال ماله و الولايه فيه له، فله ان يعين اى الدينين شاء.

(٢) للسيره العقلائيه القطعيه على قبول قول من له الولايه على شىء فيه، و المعروفه اختصارا في كلماتهم بقاعده: «من ملك شيئا ملك الإقرار به».

نعم لو كذبه المضمون عنه انتهى الأمر إلى الترافع لا محاله.

(٣) بل هناك احتمال رابع هو أظهر الكل، و حاصله: احتسابه عما في ذمته بالأصالة خاصه و عدم رجوعه بشىء منه على المضمون عنه.

و الوجه فيه: ان اشتغال الذمه بواجبين متماثلين - سواء في ذلك الواجبات التكليفية و الوضعيه - يكون على أنحاء: - فقد يفرض عدم وجود الخصوصيه لهما معا، بان يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعي من غير تقييد بهذا أو ذاك أو تمايز بينهما، نظير من فاته يومان من رمضان أو صلاتان متماثلان من يومين أو كان عليه دينان لشخص واحد، بأن يكون قد استقرض منه مرتين.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٥

.....

حيث لا مائز بين الواجبين في هذه الموارد بحسب الواقع و علم الله، بل الواجب عليه هو فردان من طبيعي ذلك الواجب من غير تحديد بأحدهما دون الآخر.

و قد يفرض وجود الخصوصيه لأحدهما دون الآخر كما لو كان عليه صيام يومين يوم عما فاته في السنه السابقه و يوم عما فاته من السنه التي هو فيها، حيث ان الأول لا خصوصيه له في حين أن من خصوصيه الثاني وجوب الفديه عند عدم الإتيان به الى رمضان القادم.

و كذا الحال في دينين بإزاء أحدهما رهانه،

حيث يكون من خصوصيه ما يازائه رهانه افتكاك الرهانه باداءه فى حين لا خصوصيه فى أداء صاحبه.

وقد يفرض وجود الخصوصيه لهما معا، بان يكون المطلوب منه هو الفردين الممتازين أحدهما عن الآخر. كما لو كان عليه صيام يومين يوم عن الكفاره و الآخر قضاء أو كان كل منهما نيابه عن شخص معين.

وعليه: فإذا أتى المكلف بأحد الواجبين الثابتين فى ذمته من غير تعيين له و قصد اليه بحسب الواقع:- فإن كان من قبيل الأول، سقط الواحد لا- بعينه و بقى الآخر لا بعينه، إذ لا خصوصيه تميز أحدهما عن صاحبه، و الجامع قابل للانطباق على كل منهما، فيسقط أحدهما لا محاله و يبقى الآخر، فلو كان قد صام يوما من اليومين أو أدى أحد الدينين سقط يوما و بقيت

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٦

.....

ذمته مشغوله بيوم آخر، و كذا الدين، و ان كان من قبيل الثانى: تعيين الاحتساب عما لا خصوصيه فيه و بقاء الذمه مشغوله بذى الخصوصيه، نظرا الى ان الاحتساب من الأول لا- يحتاج إلا- إلى قصد أصل الطبيعى و هو حاصل، بخلاف الثانى حيث يحتاج الاحتساب عنه الى قصد الخصوصيه و هو مفقود.

و بعباره أخرى: ان الاحتساب عن ذى الخصوصيه لا يكون الا مع قصده بعينه فإنه من الأمور القصدية و ما لم يقصد لم يسقط امره و لم يتحقق امتثاله، بخلاف صاحبه حيث لا يتوقف احتسابه عنه على قصد زائد عن قصد أصل الطبيعى.

فالجامع ينطبق على ما لا خصوصيه فيه من الواجبين قهرا لكفايه القصد إلى أصل الطبيعى فيه، و لا ينطبق على ما فيه الخصوصيه لعدم قصدها.

و ان كان من قبيل الثالث: اختلف الحال فيه بالنظر

إلى ما يقبل التقسيط و ما لا يقبله.

ففى الأول يتعين التقسيط كما لو ضمن لشخص دينين له على رجلين، فأدى مقداراً منه. فإنه يحسب منهما لا محاله و ان لم يكن قد قصد احدى الخصوصيتين حين الأداء، فإن دفعه عما فى ذمته من قصد المجموع قهراً، لانه لم يدفعه تبرعاً و مجاناً. فليس هذا فى الحقيقة من عدم قصد الخصوصية، بل هو من قصد الخصوصيتين

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٧

و كذا الحال فى نظائر المسألة (١) كما إذا كان عليه دين

معاً، فيحسب عليهما لا محاله.

و فى الثانى يتعين الحكم بالبطلان لعدم إمكان الاحتساب عليهما بالنسبه و بطلان الترجيح بلا مرجح، كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين فصام يوماً واحداً من غير تعيين للمنوب عنه، فإنه لا محيص عن الحكم ببطلانه لعدم قابليته للتقسيط بينهما.

إذا عرفت ذلك كله فحيث ان ما نحن فيه - أداء الضامن المديون لبعض المجموع من غير تعيين - من قبيل القسم الثانى - أعنى وجود الخصوصية فى أحدهما خاصة - باعتبار ان ثبوت الرجوع على المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن نفسه و جعله بتمامه و فاء عن دينه لعدم احتياجه إلا الى أصل قصد الطبيعى. بخلاف الأداء عن الغير حيث يتوقف على قصد الخصوصية.

و الحاصل: ان الجامع منطبق على دينه الأصلى انطباقاً قهرياً فيكون ما أداه و فاء عنه و تبقى ذمته مشغوله بالدين الضمانى. لان انطباقه عليه يحتاج الى القصد و هو مفقود.

و من هنا يظهر انه لا وجه فى المقام للقول بالتقسيط أو القرعه أو الرجوع فى التعيين اليه، لانتفاء موضوعها بعد تعين الاحتساب عليه قهراً.

(١) ظهر الحال فيها مما تقدم، فان ما ذكرناه من

القاعده سياله فيها اجمع.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٨

و عليه رهن و دين آخر لا- رهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن المبيع، و هكذا. فان الظاهر فى الجميع التقسيط. و كذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار احد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي. و يقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد (١) لأنه لا يعلم الا من قبله.

[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 (٢) كما لا يشترط العلم بمقداره (٣) فلو ادعى رجل على آخر دينا فقال: «على

(١) بالسيره العقلانيه القطعيه- على ما تقدم.

(٢) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب. و قد نسب الخلاف فيه إلى بعض بدعوى استلزامه الغرر المنفى.

إلا إنك قد عرفت فى المسأله الأولى من هذا الكتاب الاشكال منا فى عموم دليل القاعده لغير البيع، و فى صدق الغرر فى المقام فراجع.

هذا مضافا إلى رجوع الشك فى المقدار إلى الشك فى أصل الوجود بالنسبه إلى الزائد، فإذا صح الضمان فى الأول صح فى الثانى أيضا، و لا وجه للتفكيك بينهما.

(٣) لعمومات أدله الضمان، على ما تقدم بيانه فى المسأله الاولى من الكتاب.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧٩

ما عليه» صح. و حينئذ فإن ثبت بالبينه يجب عليه أداءه سواء كانت سابقه أو لاحقه (١)، و كذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردوده (٢) كذلك (٣) و أما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردوده فلا يكون حجه على الضامن إذا أنكره (٤) و يلزم عنه بأداءه فى الظاهر (٥) و

(١) لعدم اختصاص حجيه البيئه بما يكون قبل الضمان.

(٢) من المضمون عنه- المنكر- على المضمون له- المدعى.

(٣) أى قبل الضمان.

(٤) اما الأول: فلا اختصاص حجيته بالمقر دون غيره فما يكون عليه يلزم بإقراره، و اما ما يكون له أو على غيره فلا أثر لإقراره و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان إقراره انما هو فى حق الغير فلا وجه للقول بنفوذ.

و أما الثانى: فلا اختصاص أثره و حجيته بمن رد اليمين على الحالف فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره.

(٥) اى يلزم المضمون عنه أداء المال إلى المضمون له عن الضامن ظاهرا.

و قد أورد عليه فى بعض الكلمات بما حاصله نفى المقتضى لهذا اللزوم، باعتبار ان إقراره هذا كالعدم للقطع بفراغ ذمته و عدم

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٠

له فى ثبوت الدين أو فى مقداره، فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على

اشتغالها بشىء لأنه ان كان كاذبا فى إقراره فالأمر واضح فإنه برىء الذمه قبل الضمان و بعده، و ان كان صادقا فقد برئت ذمته بانتقال ما فيها إلى ذمه الضامن بحكم الضمان.

و من هنا فمطالبه المضمون له بالمال و أخذه منه ليس الا من أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له.

و فيه: انه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قده) بأحد وجهين:- الأول: ان إقراره لما كان حجه فى ثبوت الدين عليه أولا لزمه أداءه، نظرا إلى ان الضمان و ان اقتضى نقله إلى ذمه الضامن الا أنه لما لم يكن إثبات الدين فى حال سابق على الضمان بدليل معتبر و من ثم لم يكن الضامن ملزما بأداءه، كان لازم سقوطه من المضمون عنه أيضا

ذهاب مال المسلم هدرا و هو أمر لا يمكن المصير إليه فإن ماله كدمه لا يذهب هدرا.

و من هنا فلا بد للمضمون عنه المعترف بثبوت الدين عليه أولا- الخروج عن عهده و حيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشرة لاعتراض المضمون له ببراءة ذمته فلا بد له من دفعه وفاء عن الضامن، حيث به يصل المال إلى صاحبه.

الثانى: الالتزام بفساد الضمان، فيبقى الدين على حاله ثابتا فى

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨١

المضمون عنه إذا كان منكرا (١) و ان كان أصل الضمان باذنه. و لا بد فى البيئه المثبتة للدين أن تشهد بثبوت حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم

ذمه المدين الأول و من هنا فيجب عليه الأداء وفاء.

و ذلك: لا لأجل توقف صحه الضمان على العلم بالدين، فإنه أمر غير صحيح، بل لإناطه صحه الضمان بثبوت الدين شرعا كإناطتها بثبوت الواقعى- و هو غير قادح لكونه تعليقا على ما يتقوم به- فإنه ليس إلا أخذه فى العهده و هو انما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعا، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلا فيحكم بفساده.

و هذا الاحتمال و ان كان هو الأوجه، الا ان من غير الخفى كون الأول هو الأوفق بعبارة (قده).

(١) لعدم نفوذ إقرار الضامن أو يمينه المردوده على خصمه فى المضمون عنه.

ثم ان اختلاف الضامن و المضمون له فى أصل ثبوت الدين و إنكار المضمون عنه لذلك بعد ثبوتة بإقرار الضامن أو اليمين المردوده مع فرض كون الضمان بأمر المضمون عنه انما يتصور فى موارد الأذن فى الضمان على نحو كلى بان يقول المضمون عنه للضامن: «اضمن عنى ديونى» فإنه حينئذ يمكن

فرض إنكار المضمون عنه لدين معين مع كون أصل الضمان عن إذنه، وإلا فلو كان الاذن شخصيا بأن

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٢

سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداءه (١).

[(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيه»]

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البيه» وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق الى الواقع و كاشف عن كون الدين ثابتا حينه. فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه» (٢). الا ان يكون مراده في صورته إطلاق

أذن له في ضمان الدين المعين لم يكن لهذا البحث مجال إذ لا يمكن الجمع بين الاعتراف بأصل الدين الناشئ من إذنه في ضمانه شخصيا مع إنكاره لأصله، والحاصل: إن إذنه- المضمون عنه- في ضمان الدين المعين الشخصى اعتراف منه به و بثبوتها عليه، و معه فلا مجال لإنكاره له بعد ذلك.

(١) إذ لا بد في جواز الرجوع عليه و إلزامه بما ضمنه من ثبوت الدين في ذمه المضمون عنه شرعا حال الضمان لينتقل به منها إلى ذمه الضامن.

(٢) حيث قد عرفت في المسألة السابقة عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين حين الضمان. فلا بأس في الضمان على تقدير الثبوت، و لا يقدر التعليق فيه لكونه تعليقا على الموضوع و العنصر المقوم للمفهوم.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٣

البيهه المحتمل للثبوت بعد الضمان (١) و اما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبيهه من حيث كونه كذلك (٢)، لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته

لتكون البينه طريقا (٣) بل جعل العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

فهو- كما ترى- لا وجه له (٤).

(١) بمعنى إنشاء الضمان المتأخر من الآن، فإنه باطل جزما.

الا انه احتمال بعيد جدا عن ظاهر عبارته (قده) و خارج عن محل الكلام.

(٢) بمعنى تعلق الضمان بالدين المقيد بقيام البينه عليه، فإنه من ضمان ما لم يجب، باعتبار انه غير موجود حين الضمان و إنما يحدث عند قيام البينه عليه.

(٣) اى لم يجعل المضمون هو الدين الواقعى على إطلاقه مع جعل البينه كاشفه له، كى يقال انه كان ثابتا و موجودا حين الضمان، و انما جعل المضمون هو الدين المقيد بقيام البينه عليه و هو لا يعقل وجوده قبل قيام البينه عليه.

(٤) أما أولا: فلعدم انطباق ما ذكره (قده) على ما علل به المحقق (قده) الفساد فى الشرائع، فإنه (قده) انما علله بعدم العلم باشتغال ذمه المضمون عنه بالدين، فى حين ان مقتضى كلام

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٤

.....

صاحب الجواهر (قده) كون اشتغال ذمه المضمون عنه بالدين حين الضمان معلوم العدم، لانه مقيد بقيام البينه و هو غير موجود حين الضمان.

و بعباره أخرى: ان تعليل صاحب الجواهر (قده) البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب أجنبى عن عبارته المحقق (قده) فلا مجال لحملها عليه.

و ثانيا: ان تعليل البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب، غير صحيح فى نفسه و مع قطع النظر عن انطباقه على عبارته المحقق (قده) و عدمه.

و ذلك: لعدم قابليه الدين الثابت فى الذمه للتقييد بقيام البينه عليه و عدمه، فان الدين الثابت فى الذمه فرد واحد للدين قد تقوم عليه البينه و قد لا تقوم، و ليس أحدهما

مغايرا للآخر كى يقال بان ما قامت عليه البينه لم يكن موجودا حين الضمان و ما كان موجودا حينه لم يتعلق به الضمان.

و بعباره اخرى: ان قيام البينه على الدين لا يجعل الفرد الواحد فردين مختلفين و متغايرين، بل هو فرد واحد يشتمل على الوصف تاره و يفقده اخرى.

فيكون هذا الضمان من ضمان الدين على تقدير ثبوته، فيحكم بصحته لكونه من التعليق على أمر مقوم له، و لا وجه لان يقال بأنه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٥

[(مسألة ٣٠): يجوز الدور فى الضمان]

(مسألة ٣٠): يجوز الدور فى الضمان (١)، بان يضمن عن الضامن ضامن آخر، و يضمن عنه المضمون عنه الأصيل. و ما عن المبسوط من استلزامه صيروره الفرع أصلا و بالعكس (٢)، و لعدم الفائدة، لرجوع الدين كما كان. مدفوع: بأن الأول غير صالح للمانع (٣)،

غير موجود حين الضمان.

(١) إذ لا- فرق فى صحه الضمان- بحسب أدلته- بين دين و آخر سواء أ كان ذلك من جهة الشراء أو القرض أو الإلتاف أو الضمان أو غيرها من الأسباب، فإن أدله الضمان شامله لكل على حد سواء.

(٢) فان المدين الأول- الأصل- ينقلب فرعا فى الضمان الثانى حيث يتلقى الدين من الضامن الأول، فى حين أن الفرع فى الأول- الضامن- يصبح أصلا لانتقال الدين منه الى الضامن الجديد- المضمون عنه الأول.

(٣) فإنه كلام صورى لا محصل له، فان انقلاب الفرع أصلا و بالعكس لا يتصور فى معامله واحده فإنهما من المتضادين و هما لا يجتمعان فى شخص واحد فى آن واحد و بالقياس إلى معامله واحده و تصورهما فى معاملتين و ان كان أمرا ممكنا بأن يكون الأصل فى المعاملة الأولى فرعا فى الثانية، إلا انه لا محذور فيه

بالمرة، فيجوز لمن باع داره من زيد ثم باعه زيد من عمرو ان يشتريه منه إجماعاً

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٦

بل الثانى أيضا كذلك (١). مع أن القاعده تظهر فى الإعسار و اليسار (٢)، و فى الحلول و التأجيل، و الأذن و عدمه. و كذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٣).

[مسأله (٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاه أو المظالم]

(مسأله ٣١): إذا كان المديون فقيرا يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاه أو المظالم أو نحوها من الوجوه التى تنطبق عليه (٤)، إذا كانت ذمته مشغوله

و الحال انه موجب لاتصافه بالبائع و المشتري بلحاظ معاملتين.

(١) فإنه كيف يمكن نفي الفائده فى الثانى مع استلزامه لاشتغال ذمه المضمون عنه الأول بالدين بعد ان كانت بريئه منه؟ فان ما يملكه المضمون له ينتقل الى ذمته و يكون هو الملزم به.

فهو نظير ما لو اشترى داره ثانيا أو وهبه الموهوب له العين الموهوبه، و هل يصح ان يقال ببطلانهما لعدم الفائده فيهما؟!

(٢) بناء على ما اختاره الماتن (قده) وفاقا للمشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعسار الضامن حين العقد.

و أما بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الخيار، فلا مجال لهذه الثمره.

(٣) لما تقدم فى الدور بعينه، فان مقتضى أدله الضمان صحه ضمان كل دين مع قطع النظر عن منشأه و سببه.

(٤) و فيه ما لا يخفى، لانه (قده) ان أراد به كون الضمان

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٧

بها فعلا، بل و ان لم تشتغل فعلا، على اشكال.

على ما فى ذمته من الحقوق الشرعيه، بأن يكون الشخص برىء الذمه و يكون المال هو المدين و المتعهد به.

فقد عرفت فساده فى كتاب الزكاه عند ما جوز الماتن (قده) الاقتراض

للزكاة للصرف في الأمور الخيرية اللازمة فتكون هي المدينة و يؤدي دينها بعد ذلك مما يحصل منها.

حيث ذكرنا انه مما لا يمكن تصوره و تعقله، فان الدين و المدين أمران متغايران لا يمكن اتحادهما. فمعنى الاستدانه لها كونها هي المدينة و المكلفه بالأداء بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه، و من الواضح ان هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها.

و بعبارة أخرى: ان الحكم باشتغال الحقوق الشرعيه بالدين لا يتلائم مع الحكم بكون الأداء منها، فان مقتضى الأول كون الأداء من غيرها في حين ان مقتضى الثاني كونها غير مدينه هي بنفسها، إذ لا يعقل اتحاد الدين و المدين.

و على هذا الأساس كان التزامنا في تلك المسأله بلا بديه استدانه الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو و انما بما هو حاكم و ولي و صرفه في الأمور اللازمة و من ثم تأديه دينه هذا من الزكاة.

و من هنا فلا يكون هو بما هو هو مشغول الذمه بشي ء، و لذا لا يخرج شي ء من ذلك من تركته، بل يكون المقام و المنصب هو

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٨

[(مسأله ٣٢): إذا كان الدين الذي على المدينون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي]

(مسأله ٣٢): إذا كان الدين الذي على المدينون زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)

المتعهد بالدين.

على اننا لو تعقلنا الاستدانه للزكاة و قلنا بكونها أمرا ممكنا، فلا دليل على ثبوت الولاية لغير الحاكم في ذلك.

و عليه فلا وجه لما ذكره (قده) من جوازه لمن عليه الحق، فإن غايه دليله ثبوت الولاية له في إخراجها و أداءها خاصة، و أما جعلها هي المدينة بحيث يكون الضمان في عهدها فلا دليل على ثبوت الولاية له فيه.

و تفصيل الكلام قد تقدم في محله

من المباحث الزكاه فراجع.

و ان أراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين بحيث يجعل نفسه هو مشغول الذمه به، لكن على ان يؤديه من الزكاه.

ففيه: انه لا يجوز له بالمره، فإنها إنما تصرف فى أداء دين الغارم الفقير، فلا موجب لأداء دينه منها مع كونه غنيا موسرا، و ان كان المضمون عنه فقيرا، فان الدين بالفعل دينه لا دين المضمون عنه.

و بالجملة: فما أفاده (قده) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء من الحقوق الشرعيه، مما لا أساس له و لا يمكن المساعده عليه.

(١) إذ لا يعتبر فى المضمون له كونه مالكا للمال، بل يكفى فيه كون

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٨٩

.....

أمره بيده بحيث يكون نقله منوطا برضاه سواء أ كان مالكا أو وكيلا أو وليا.

و حيث ان الحاكم الشرعى ولى على الحقوق الشرعيه، كفى قبوله فى صحه الضمان و نقل الدين من ذمه إلى أخرى.

إلا- ان هذا الذى أفاده (قده) لا يتم على إطلاقه إلا فى بعض الموارد، فإنه إذا لم يكن الحق الثابت فى ذمه المدين أمرا عباديا متوقفا على قصد القربه- كما هو الحال فى الكفارات و المظالم- تم ما ذكره (قده) على إطلاقه، حيث يصح ضمان الغير له برضى الحاكم الشرعى مطلقا.

و أما إذا كان الحق أمرا عباديا متوقفا على قصد القربه- كالزكاه و الخمس- فلا يتم ما ذكره (قده) على إطلاقه، بل لا بد من التفصيل فيه بين الضمان التبرعى و الإذنى، و الحكم بالبطلان فى الأول و الصحه فى الثانى.

و ذلك لما ذكرناه فى مبحثى الخمس و الزكاه من أن أداء دين الغير و ان لم يكن يتوقف على رضى المدين، فيصح أداء الغير و يكون مسقطا له

لعدم الدليل على اعتبار كون المؤدى هو المدين.

إلا- أن هذا الكلام لا يتم في الخمس و الزكاه و ما يشبههما من الحقوق الشرعيه باعتبار كونهما من الأمور العباديه، فلا بد في أدائهما من استناد الفعل الى من وجب عليه الحق مع قصده للقربه، و من

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٠

بل و لآحاد الفقراء على اشكال (١).

[مسأله ٣٣]: إذا ضمن فى مرض موته]

(مسأله ٣٣): إذا ضمن فى مرض موته، فان كان باذن المضمون عنه فلا إشكال فى خروجه من الأصل،

هنا فلا يصح التبرع بهما من الغير.

نعم تعتبر فيهما المباشره، فيجوز الإعطاء مع التسبيب و التوكيل فيأمر به قاصدا فيه القربه، كى يحصل المقومان معا- الاستناد اليه مع قصد القربه.

و عليه: ففيما نحن فيه- حيث يكون الدين أمرا عباديا- لا- يصح الضمان التبرعى و لا- يكون دفعه- الضامن- للمال مسقطا للواجب فى ذمه المديون، إذ لا- يكفى فيه مجرد الأداء الخارجى، بل المعتبر هو الأداء المقرون بالاستناد اليه مع قصد القربه، و هو أمر غير متحقق.

نعم لو أمر بالضمان قاصدا القربه به صح و برأت ذمته بأداء الضامن لاستناد الفعل اليه.

و الحاصل: ان الصحيح هو التفصيل فى المقام بين الديون الشرعيه غير العباديه، فيصح ضمانها باذن الحاكم الشرعى مطلقا و الديون الشرعيه العباديه حيث يصح الأذنى منه دون التبرعى.

(١) واضح، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلا، فإن آحاد الفقراء أجنب عن المال بالمره، و ليس لهم وكاله أو ولايه عليه فضلا

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩١

لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض و البيع بضمن المثل نسيئه (١). و ان لم يكن بإذنه، فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات (٢). نعم على القول بالثلث يخرج منه.

[مسأله ٣٤]: إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه]

(مسأله ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه (٣) كما إذا كان عليه خياطه ثوب

عن ان يكونوا مالكين له، و لذا لا تجب إجابتهم عند طلبهم له.

و معه فكيف يمكن الحكم بصحة الضمان و انتقال المال من ذمه المدين إلى ذمه غيره، بلا فرق في ذلك بين الديون العباديه و غيرها.

(١) و غيرهما من

التصرفات المنجزه غير المبنيه على التسامح و النقيصه حيث تخرج من الأصل جزماً، لكونه مالكا له و له التصرف فيه كيف شاء.

(٢) على ما حققناه مفصلاً في محله،

(٣) فإنه يعتبر في الضمان قابليه انتقال الدين الثابت في ذمه المديون إلى ذمه أخرى، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبحوث عنه في المقام، و حيث ان العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمه أخرى و صدوره من غير من اشترطت المباشرة عليه، باعتبار ان العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره فلا يصح ضمانه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٢

مباشرة و كما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١)

و بعباره أخرى: إن الذى يقبل الانتقال من ذمه المدين إلى ذمه أخرى- و هو طبعى العمل- غير ثابت في ذمه المدين كى ينقل إلى ذمه غيره بالضمان، و ما هو ثابت في ذمه المدين- و هو العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و صدوره منه.

(١) فإنه غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير، إذ لا يعقل اشتغال ذمه شخص بالأداء من مال غيره، فان اشتغال ذمه المكلف انما يقتضى كون الأداء من ماله، فاعتبار الأداء من غيره مناف لا اشتغال ذمته به.

نعم لو رجع قبول المضمون له للضمان إلى إسقاط شرطه، بحيث وافق على انتقال أصل الدين إلى ذمه الضامن مجردا عن الشرط، فلا بأس بالالتزام بصحته.

و الحاصل: ان ضمان الدين المقيد بكون أداءه من مال معين للمديون، انما لا يصح فيما إذا أصر المضمون له- صاحب الشرط- على بقاء شرطه و عدم رفع اليد عنه، فإنه حينئذ يحكم ببطلانه لعدم قابليته للانتقال إلى ذمه الغير، و أما إذا وافق

على إسقاط شرطه و انتقال الدين مجردا عنه فلا مانع من الالتزام بصحته و ان كان أصل الدين مقيدا بالأداء من مال معين.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٣

و كذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين (١)، كما إذا باع صاعا من صبره معينه، فإنه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبره موجوده.

[مسأله ٣٥]: يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه، لأنها دين على الزوج]

(مسأله ٣٥): يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه، لأنها دين على الزوج (٢)، و كذا نفقه اليوم الحاضر لها

(١) فان المبيع عين خارجيه- و ان كانت كليه من حيث جواز تطبيق البائع له على أى جزء من الصبره شاء- فلا يقبل الانتقال إلى عين أخرى فضلا عن الذمه.

و بعبارة أخرى: ان المبيع لما كان موجودا خارجيا- و ان لم يكن شخصا حيث انه كلى لكنه مقيد بالموجود فى ضمن الصبره المعينه- لم يصح ضمانه لعدم ثبوت شىء فى الذمه كى يقبل النقل إلى غيرها.

(٢) تنقسم النفقات إلى قسمين:- نفقه الزوجه و نفقه الأقارب.

و المعروف و المشهور فى الأولى بل لا- يبعد دعوى الإجماع عليه كونها على نحو التمليك، بخلاف الثانيه حيث ان وجوبها حكم تكليفى محض لا يترتب على مخالفته غير العصيان و الإثم.

و يدل على الحكم فى الأولى مضافا إلى ما سيظهر من بعض النصوص

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٤

.....

قوله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَرِزْقُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (١) فان الرزق عبارته عما يرتزق به و اسم للعين الخارجيه مما يؤكل أو يشرب و الكسوه اسم لما يلبس، فيكون معنى الآية الكريمة ان على الرجل الطعام و الشراب و اللباس بالمعروف.

و قد ذكرنا فى مبحث النفقات من كتاب النكاح ان متعلق «عليك أو عليه» أو

غيرهما مما يدل على الإلزام، إذا كان عينا خارجيا، كان معناه التمليك، فيقال: عليه الدينار أو الدرهم و ما شاكل ذلك.

و هذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاه و الصيام، فان ظاهره الإلزام به و وجوبه عليه تكليفا محضا لا غير.

و حيث ان الآيه الكريمه من قبيل الأول باعتبار أنها أثبتت نفس الأعيان الخارجيه على الرجل، كان ظاهرها ثبوت تلك الأعيان في ذمته و هو ما يعنى ملكيه الزوجه لها عليه.

و تقدير الفعل في الآيه الكريمه بدعوى كون المراد: عليه إعطاء الرزق و الكسوه، خلاف الظاهر و لا شاهد يعضده.

و احتمال كون الرزق و الكسوه مصدرين - كما جاء في بعض الكلمات - بعيد غايته، فإن الأول من الأفعال المتعديه و مصدره الرزق - بفتح الراء - و أوضح منه فسادا الثاني فإنه اسم للعين و ليس بمصدر جزما، فان مصدره الكسوه،

(١) سورة البقره آيه ٢٣٣.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٥

.....

إذن: فما ذهب اليه المشهور، بل لا يبعد دعوى عدم الخلاف فيه من ملكيه الزوجه لنفقتها هو الصحيح.

هذا كله في الزوجه. و أما الأقارب فلا- دليل على ملكيتهم لنفقتهم بالمره، حيث لم يرد في شىء من نصوصها ما يستفاد منه ذلك، بل الأمر بالعكس من ذلك حيث ان ظاهر نصوصها كون الإنفاق عليهم حكما تكليا محضا.

و عليه فلو عصى المكلف و لم ينفق عليهم لم يكن عليه غير الإثم و أما اشتغال ذمته بها لهم حتى لو مات أخرجت من تركته كسائر الديون الذى عليه فلا.

نعم ليس هذا الحكم التكليفي كسائر الأحكام التكليفيه بالمعنى الأخص و هو ما يصطلح عليه في كلماتهم بالحكم، و إنما هو من الحقوق حيث يقبل الاسقاط كما هو الحال في سائر موارد

الحقوق.

و من هنا فلو امتنع من يجب عليه الإنفاق منه جاز لواجب النفقه رفع أمره إلى الحاكم و له إجباره عليه فان امتنع جاز له الأخذ من ماله و الإنفاق على من تجب نفقته على الممتنع، لكونه ولي الممتنع.

إذا عرفت ذلك كله، ظهر الوجه في صحة ضمان النفقه الماضيه للزوجه فإنها دين حقيقه ثابت في ذمه الزوج بالفعل، فلا مانع من نقله بالضمان إلى ذمه غيره.

كما ظهر الوجه في عدم جواز ضمان النفقه الماضيه للأقارب، إذ

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٦

إذا كانت ممكنه في صبيحته، لوجوبها عليه حينئذ (١) و ان لم تكن مستقره لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناء على سقوطها بذلك. و أما النفقه المستقبليه فلا يجوز ضمانها عندهم، لانه من ضمان ما لم يجب (٢) و لكن لا يبعد صحته (٣) لكفايه وجود المقتضى و هو الزوجيه، و أما

الإنفاق عليهم ليس إلا حكما تكليفيا محضا فلا يترتب على عصيانه ثبوته دينا في ذمته.

(١) بناء على ما هو المعروف و المشهور بينهم من ملكيه الزوجه لنفقتها في أول النهار، فإنه حينئذ يصح ضمانها لثبوتها في ذمته بالفعل.

و كذا بناء على القول بملكيتها لنفقه كل وقت في حينه بحيث تملك نفقه الصبح صباحا و نفقه الظهر عنده و العشاء ليلا، فإنه يصح ضمانها في حينها لثبوتها في ذمه الرجل عند ذلك.

(٢) و حيث لا تملك الزوجه شيئا بالفعل في ذمه زوجها، فهو غير مدين إليها بالفعل كي يصح الضمان و نقل ذلك الدين إلى ذمه غيره.

(٣) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر وجه لاحتمال الصحه في المقام بالمره، فإن الضمان - كما عرفته - نقل الدين من ذمه إلى أخرى فما لم يكن

الدين ثابتا بالفعل فلا موضوع لنقله.

و بعبارة أخرى: ان الضامن إن أنشأ اشتغال ذمته بالدين فعلا فهو غير صحيح لعدم ثبوته في ذمه المضمون عنه كى ينقل الى ذمته، و ان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٧

نفته الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه الى ما مضى، لعدم كونها دينا على من كانت عليه (١). الا إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه (٢)، أو اذن له الحاكم فى ذلك (٣)، إذ حينئذ يكون دينا عليه و أما بالنسبه الى ما سيأتى فمن ضمان ما لم يجب مضافا الى ان وجوب الإنفاق حكم تكليفى و لا تكون النفقه فى ذمته. و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال (٤).

أنشأ اشتغالها به عند اشتغال ذمه الزوج به فهو من التعليق الباطل.

و كيف كان: فمجرد وجود المقتضى للدين لا يصح ضمانه ما لم يكن هو ثابتا بالفعل فى الذمه.

و هذا قد تقدم الكلام فيه فى الشرط الثامن من شروط الضمان عند احتمال (قده) للصحة فى موارد وجود المقتضى خاصه فراجع.

(١) على ما تقدم بيانه فى أول المسأله.

(٢) حيث يثبت الدين عليه بالاستقراض عن أمره، فيصح ضمانه من هذه الجهه لا من باب كون نفقه الأقارب قابله للضمان.

(٣) لكونه ولى الممتنع - كما عرفت - فيثبت الدين عليه و يصح ضمانه بهذا الملاك و إلا فأصل وجوب الإنفاق لا يخرج عن كونه وجوبا تكليفيا محضا.

(٤) إلا أنه ضعيف و موهون جدا، فان وجوب الإنفاق عليهم

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٨

[مسأله ٣٦: الأقوى جواز ضمان مال الكتابه]

(مسأله ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابه، سواء كانت مشروطه أو مطلقه، لأنه دين فى ذمه العبد (١)، و ان لم يكن مستقرا لإمكان تعجيز نفسه. و

القول بعدم الجواز مطلقا (٢)، أو في خصوص المشروطه (٣) معللا بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم. ضعيف كتعليه (٤)

ليس وجوبا تمليكيًا، على انه على تقدير تسليمه من ضمان ما لم يجب.

(١) فيصح نقله إلى ذمه غيره بالضمان، وبذلك ينعتق العبد لأنه أداء نظير إبراء المولى له.

(٢) على ما نسبه المحقق (قده) في الشرائع إلى الشيخ (قده) في المبسوط.

(٣) على ما نسبه الشهيد (قده) في المسالك اليه.

(٤) أما التعليل ففيه: منعه صغرى و كبرى، فإن المكاتبه بقسميها لازمه من الطرفين فيجب على العبد الكسب ولا يجوز له تعجيز نفسه.

نعم لو عجز انتقاما أو عصى فعجز نفسه، رجع رقا كما كان إلا انه أجنبي عن القول بجوازه له ابتداء كما هو واضح.

على انه لا دليل على اعتبار اللزوم في الدين الثابت بالفعل، بل يصح ضمان الدين الجائر قطعا كما هو الحال في موارد ضمان البيع الخيارى كبيع الحيوان و بيع الخيار.

و أما التعليل الثانى، فغايه ما يقال فى تقريبه: أن الضمان و ان كان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٩

و ربما يعلل: بان لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبه إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون فى الفرع لازما مع انه فى الأصل غير لازم. و هو أيضا كما ترى (١).

يصح فى العقد الجائر، إلا أنه إنما يختص بما يؤول إلى اللزوم نظير بيع الخيار و نحوه مما يرتجى لزومه فى زمان، فلا يصح فيما لا يرتجى لزومه أصلا كالمكاتبه المشروطه- بناء على جوازها- فإنها لا تؤول إلى اللزوم أبدا، فإنها ما لم يؤد الدين جائزه و عند أدائه ينعتق العبد و ينتفى الموضوع من أساسه.

الا أنه لا يرجع إلى محصل و

لا دليل عليه بالمره، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت أصل الدين صحته.

(١) إذ قد عرفت أن الصحيح لزوم الأصل أيضا، و على تقدير تسليم جوازه فلا دليل على اعتبار عدم زياده الفرع على الأصل، بل الثابت خلافه فإنه يصح ضمان الموسر لدين المعسر و يجوز مطالبته به جزما و إن لم يكن يجوز مطالبه المضمون عنه به لإعساره.

و الحاصل: ان كل حكم تابع لموضوعه سعه و ضيقا، و ليس عدم زياده الفرع على أصله قاعده ثابتة يجوز التعويل عليها في تخصيص عمومات الأحكام و إطلاقاتها.

بل ذكر في الجواهر أن الصحه هنا أولى منها في العقود الجائزه كبيع الخيار و نحوه، حيث لا مجال - فيما نحن فيه - لإعمال الخيار

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٠

[مسأله ٣٧: اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل]

(مسأله ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، و كذا مال السبق و الرمايه، فقبل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذمه قبل العمل، و الأقوى - وفاقا لجماعه - الجواز (١)، لا - لدعوى ثبوته في الذمه من الأول و سقوطه إذا لم يعمل، و لا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل، إذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل، بل لقوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» (١) (٢).

بعد الضمان، نظير الانعتاق العبد به مباشره، و اعمال الخيار فرع عبوديته، بخلاف الحال في العقود الجائزه حيث يجوز له اعمال خياره حتى بعد الضمان فيرتفع العقد و يبطل الضمان.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعالة من جهه و السبق و الرمايه من جهه أخرى على ما سيأتى تفصيله.

(٢) و فيه: ان الآيه الكريمة أجنبيه عن محل الكلام، إذ الكلام انما هو في الضمان

بالمعنى المصطلح أعنى نقل المال الثابت فى ذمه شخص إلى ذمه غيره و المستلزم لتغاير الضامن و المضمون عنه- الجاعل فى الفرض- فى حين ان ظاهر الآيه الكريمة اتحاد الضامن و الجاعل، و من هنا فلا بد من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل و التزامه

(١) سورة يوسف آيه ٧٢.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠١

و لكفايه المقتضى للثبوت فى صحه الضمان (١) و منع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقا.

به، فتكون خارجه عن المعنى المبحوث عنه كما هو واضح.

ثم لو تنزلنا و سلمنا دلالتها على المدعى فى الضمان، فالتعدى عن موردها الى غيره مما يكون مشابها له لا يخرج عن حد القياس الباطل.

(١) تقدم الكلام فيه غير مره، و قد عرفت انه مما لا يمكن المساعده عليه، فإنه و بعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمه الجاعل و العاقد بشىء بالفعل، كيف يمكن الالتزام بصحه الضمان بالمعنى المصطلح اعنى نقل الدين من ذمه إلى غيرها، فإنه ليس إلا من السالبه بانتفاء الموضوع.

و دعوى عدم الدليل على بطلان ضمان ما لم يجب حيث لم يرد فيه نص و لم يثبت عليه الإجماع- على ما سيأتى منه (قده) فى المسأله الآتیه.

واضح الاندفاع، فان بطلانه- الضمان- من القضايا التى قياساتها معها، و لا حاجه فى إثباته إلى النص أو التمسك بالإجماع، فإنه و بعد تسليم ان الضمان نقل للدين من ذمه إلى أخرى، و الاعتراف بعدم ثبوت شىء فى ذمه الجاعل و العاقد بالفعل، فلا موضوع له بالمره كى يكون إثبات بطلانه محتاجا إلى النص أو الإجماع.

نعم بناء على عدم اشتراط التنجيز فى الضمان، لا بأس بالالتزام بصحه ضمانها على وجه التعليق، إلا أنه واضح الفساد كما

لا يخفى.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٢

[مسأله ٣٨: اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونه - كالغصب]

(مسأله ٣٨): اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونه - كالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما -

و كيف كان: فالصحيح هو التفصيل بين ضمان مال الجعالة و ضمان مال السبق و الرمايه، و الالتزام فى الأول بالصحه و فى الثانى بالبطلان.

و ذلك لرجوع ضمان مال الجعالة قبل العمل إلى أمر الضامن للعامل بالعمل المحترم لا مجاناً بل مع الأجره المسماه - الجعل -، لكن على تقدير عدم وصول حقه اليه من الجاعل - المضمون عنه.

و هذا ليس من الضمان المصطلح كى يرد عليه بأنه من ضمان ما لم يجب نظراً لفراغ ذمه المضمون عنه بالفعل.

و إنما هو من التعهد بالجعل فى طول تعهد الجاعل به، فإن أمره به يوجب الضمان الا أن التزامه به انما هو عند عدم وصول حق المجعول له بعد العمل اليه، و لا بأس بالالتزام بصحته لبناء العقلاء و شمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له.

الا - أن هذا انما يختص بضمن مال الجعالة بالمعنى الذى ذكرناه، حيث انه من العقود المتعارفه التى عليها بناء العقلاء، و لا يتم فى مال السبق و الرمايه فإنهما و بحد ذاتهما من أظهر مصاديق القمار أكل المال بالباطل - كما هو ظاهر - و انما صحا بالدليل الخاص لبعض الاعتبارات الملزمه، و من هنا يجب الاقتصار فى الحكم على مقدار دلالة الدليل عليه خاصة و الحكم فيما زاد عنه بالبطلان.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٣

على قولين، ذهب الى كل منهما جماعه و الأقوى الجواز (١)

و حيث أن دليل صحتها إنما تضمن صحتها بالقياس إلى طرفى العقد صح أكل أحدهما لمال الآخر - و ان كان بحسب القاعده الأوليه هو البطلان - و يبقى الأجنبى - الضامن - الذى

لا يعود العقد بالنفع عليه على كل تقدير ولا يرتبط به فى شىء، على القاعده المقتضيه للبطلان.

و الحاصل: ان ثبوت الضمان بالأمر فرع صحه العمل المأمور به و أبحاثه و حيث لا دليل عليها بالقياس اليه و ان كان صحيحا بالقياس إلى طرفى العقد- يتعين الرجوع إلى قاعدته الأوليه المقتضيه للبطلان من حيث كون العمل قمارا و أكل المال بإزاءه أكلا للمال بالباطل.

(١) بل الأقوى هو التفصيل، فإن المنشأ من قبل الضامن:

تاره: يكون هو الضمان المصطلح اعنى التزامه لصاحب المال باشتغال ذمته من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك و اشتغلت ذمه المضمون عنه- الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد- به.

و اخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط، اعنى إنشاء الضمان المتأخر و المعلق على التلف من الآن.

و ثالثه: يكون بمعنى كون المال فى عهده، و كونه هو المسؤول عن رده ما دام موجودا و رد بدله مثلا أو قيمه عند تلفه، كما هو الحال فى الغاصب نفسه، فان ضمانه ليس بمعنى وجوب رد بدله عليه بالفعل، إذ العين ما دامت موجوده لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٤

سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا و مثلها

بل هو بمعنى كونه مسؤولا عن العين و كون العين فى عهده بحيث يجب عليه ردها ما دامت موجوده و رد بدلها عند تلفها.

و الأول باطل جزما، لكونه من ضمان ما لم يجب، و قد عرفت فى المسأله السابقه أن بطلانه لا يحتاج إلى دليل خاص من نص أو إجماع، فإنه من القضايا التى قياساتها معها. إذ لو لم تكن ذمه المضمون عنه مشغوله بشىء بالفعل- كما هو مفروض الكلام-

فأى شىء هو ينتقل بالضمان من ذمته إلى ذمه غيره؟.

و الثانى و إن كان ممكنا فى نفسه، إلا أنه محكوم بالبطلان قطعا، للإجماع على اشتراط التنجيز فى الضمان و عدم صحه التعليق فيه.

و الثالث و إن كان خارجا عن الضمان بالمعنى المصطلح المبحوث عنه فى المقام، إذ لم تشتغل ذمه أحد بالمال كى ينتقل إلى ذمه غيره، إلا أنه لا مانع من الالتزام بصحته لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود، بل و جريان السيره العقلانيه عليه خارجا.

و عليه: فيحكم على هذا النحو من الضمان بالصحة و اللزوم، و مقتضاه ثبوت حق المطالبه للمضمون له من الضامن بالعين ما دامت موجوده و بالبدل إذا تلفت.

ثم أن هذا الضمان ليس من الضمان على مذهب العامه، فإنه ليس من ضم ذمه إلى ذمه أخرى، إذ لا اشتغال للذمه الأولى فضلا عن

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٥

أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت و ذلك لعموم قوله (ص):

«الزعيم غارم «١» (١)

الثانيه كى تضم إليها، و إنما هو من ضم ضمان الى ضمان آخر. و ان اختلفت سببهما، فضمن الغاصب و القابض بالعقد الفاسد فعلى فى حين ان ضمان الضامن عقدى.

و هو- ضم ضمان إلى ضمان- لا- محذور فيه بالمره، بل هو ثابت بالإجماع فى غير مورد من الفقه كالأيدى المتعاقبه على المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد.

و الذى يتحصل مما ذكرناه ان الحق فى المقام هو التفصيل بين اراده الضمان بالمعنى المبحوث عنه و بين اراده التعهد و تحمل المسئوليه فإن الأول باطل لدورانه بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعده، و التعليق الموجب للبطلان فى حد نفسه، و الثانى

محكوم بالصحة للعمومات و السيره.

(١) و فيه: ان الروايه نبويه لم تثبت من طرفنا، بل فى معتبره الحسين بن خالد قال: (قلت لأبى الحسن (ع): جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: ليس على الضامن من

(١) مستدرک الوسائل: باب ١ من أبواب كتاب الضمان، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٦

و العمومات العامه (١)

غرم، الغرم على من أكل المال) «١». تكذيبه.

على ان مدلول النبويه بحسب تفسير المعتبره لها أجنبى عن محل الكلام فان ظاهرها ان الناس كانوا يتخيلون استقرار خساره فى الضمان على الضامن نفسه، فأنكر ذلك الامام (ع) و حكم باستقرارها على المضمون عنه، و اين هذا عن محل الكلام؟.

على أننا لو تنزلنا عن جميع ذلك، فلا دلالة للنبويه على موارد صحة الضمان أو عدمها، فإنها- لو صحت- إنما تدل على استقرار الغرم على الضامن عند صحة الضمان و تحققه. و لا تتكفل بيان صحة الضمان فى الأعيان الخارجيه المضمونه.

و على هذا فهى نظير قولنا مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام، حيث لا يدل إلا على ثبوت الخيار عند صحة البيع، و أما تعيين موارد الصحة و انه هل يحكم بصحة البيع عند الشك فيه لجهه من الجهات، فهو أجنبى عنه بالمره.

(١) يظهر الحال فيها مما ذكرناه من التفصيل. فان التمسك بها لإثبات صحة الضمان انما يصح بناء على اراده المعنى الذى ذكرناه من الضمان، و إلا فهو بالمعنى الأول غير معقول و بالثانى باطل جزماً، و معه فلا مجال للتمسك بالعمومات.

(١) الوسائل: ج ١٣، باب ١ من أبواب الضمان، ح ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٧

مثل قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»). و دعوى: أنه على التقدير الأول يكون من

ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمه إلى أخرى.

و أيضا لا إشكال في أن الغاصب أيضا مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمه إلى أخرى، و ليس من مذهبنا، و على الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف.

مدفوعه: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر انه ليس من الضمان المصطلح. و كونه من ضمان ما لم يجب، لا يضر بعد ثبوت المقتضى (١)، و لا دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع (٢)

(١) تقدم الكلام فيه غير مره و قد عرفت ان ثبوت المقتضى لا يصحح الضمان بعد أن كان عباره عن نقل الدين من ذمه إلى أخرى فإنه ما لم يكن الدين ثابتا لا يعقل نقله إلى ذمه أخرى.

(٢) ظهر الحال فيه في المسأله السابقه، فإن بطلانه من الوضوح إلى حد لا يحتاج إلى الدليل، فإنه أمر غير معقول في نفسه إذ النقل من ذمه إلى غيرها متوقف على الثبوت في الأولى و إلا فلا مجال لتصور الضمان كي يحكم بصحته.

(١) المائده: ١.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٨

- و ان اشتهر بين الألسن - بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، و في جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

و اما ضمان الأعيان غير المضمونه - كمال المضاربه و الرهن و الوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط - فلا خلاف بينهم في عدم صحته. و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا (١).

[(مسأله ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير]

(مسأله ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير، أو

ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن - كما قيد به الأكثر - أو مطلقا

(١) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم فى الأعيان المضمونه، فيقال بالصحة فيما إذا كان المراد من ضمانها تحمل مسئوليتها و التعهد بها.

و الحاصل: أنه لا- فرق فى الحكم بالصحة أو الفساد بين يد الضامن و غيرها، فان كان هو بمعنى اشتغال ذمه الضامن بالبدل بالفعلى أو عند تلف العين حكما بطلانه فى الموردین لعدم صحه ضمان ما لم يجب و الضمان التعليقى، و ان كان بمعنى تحمل المسئوليه خاصه قلنا بصحته لبناء العقلاء، و شمول أدله لزوم الوفاء بالعقد له.
و عليه: فيكون الضامن مسئولا عن رد العين ان أمكن، و البدل- مثلا أو قيمه- عند تلفها.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٩

- كما أطلق آخر- و هو الأقوى (١). قيل: و هذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان (٢). هذا و أما لو كان البيع صحيحا و حصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل

(١) لما عرفته فى المسأله السابقه من كون صحه هذا الضمان- بالمعنى الذى ذكرناه- على القاعده، و عدم توقفه على وجود ضامن سابق للمال.

بل لا- يبعد دعوى كون الحكم بصحة الضمان قبل القبض أولى منه بعده، فان ضمانه قبل القبض يستلزم- و بالطبع- أمره للمضمون له- البائع أو المشتري- بالإقباض، إذ أن ضمانه لعهد الثمن أو المثلث ليس إلا- أمر مالكة بدفعه إلى صاحبه، مع التزامه و تعهده- الضامن- بتدارك ما بإزائه عند ظهور كونه مستحقا للغير.

و هذا بخلاف الضمان بعد القبض، فإنه لما لم يكن الإقباض عن أمره، يكون الحكم بصحة تعهده أخفى منه فى الأول.

(٢) و فيه: أن الضمان ان

كان بالمعنى المصطلح فهو غير قابل للحكم بصحته مطلقا لدورانه بين ضمان ما لم يجب- الذى عرفت عدم معقوليته- و الضمان المعلق- الذى عرفت بطلانه بالإجماع-، بلا فرق فيه بين المقام و غيره.

و ان كان بالمعنى الذى ذكرناه فصحته على القاعده مطلقا أيضا، و لا وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق.

و الحاصل: انه لا وجه للاستثناء فى المقام على التقديرين، فإنه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٠

القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (١)، فيكون من ضمان

ان صح ضمان الأعيان الخارجيه- بحمله على المعنى الذى ذكرناه- فالصحة هنا على القاعده أيضا، و إلا فالضمان فى المقام أيضا محكوم بالبطلان إذ لا يختلف فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام و غيره.

(١) إذ الثمن قد انتقل من ملك المشتري إلى ملك البائع جزما، كما انتقل المثلث من ملك المشتري إلى ملك المشتري قطعا، فانقطعت علاقته كل منهما عما كان يملكه قبل العقد و أصبح ملكا لصاحبه ظاهرا و واقعا، غايه الأمر انه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانيا بالفسخ فى حينه و معه فلا معنى لضمانه، لانه بمعنى اشتغال ذمته به بالفعل غير معقول و بمعنى اشتغال ذمته به فى ظرف الفسخ من التعليق الباطل، بلا فرق فيه بين إقباضه للثمن و عدمه.

نعم لو كان البيع و قباض الثمن و المثلث عن أمر الضامن ملتزما بتدارك ما يترتب عليه من الضرر و المفسده عند تحقق الفسخ و رجوع كل من المالكين إلى مالكة الأول، لم يبعد الحكم بصحته فى المقام، فإنه لما كان الإقباض عن أمره، كانت الإضرار المتوجهه إلى البائع أو المشتري- المضمون له-

متوجهه إلى الأمر الضامن، فإنه داخل فيما جرت عليه السيره العقلانيه و مشمول لعمومات الوفاء بالعقود.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١١

ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليق المذكور. نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهده و يصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (١) و عن بعضهم: دخوله، و لازمه الصحه مع التصريح (٢) و دعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعه: بكفايه وجود السبب (٣). هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ، و اما بالنسبه إلى مطالبه الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد (٤)، فلا يكون من ضمان ما لم يجب و قد عرفت أن الأقوى صحه الأول أيضا، و أن تحقق السبب

(١) لدورانه بين التعليق و ضمان ما لم يجب الباطلين.

اللهم إلا أن يراد به الضمان بالمعنى الذى ذكرناه فيحكم بصحته لما تقدم.

(٢) قد ظهر الحال فيه مما سبق.

(٣) لكنك قد عرفت ضعفه و عدم معقوليته مما ذكرناه فى المسائل السابقه.

(٤) و فيه: أنه لا ينبغى الشك فى بطلان هذا الضمان، حتى بناء على القول بصحته فى الأعيان الخارجيه - كما هو المختار.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٢

.....

و الوجه فيه: ما عرفته فى ضمن المسائل السابقه من ان الضمان انما يصح فى موردين لا ثالث لهما.

الأول. ضمان الدين الثابت فى الذمه بالفعل. فإنه القدر المتيقن من صحه الضمان، و هو الضمان بالمعنى المصطلح الذى عليه تسالم الأصحاب.

الثانى: ضمان الأعيان الشخصيه بالمعنى الذى ذكرناه.

و الفرق بينهما يمكن فى كون الأول متضمنا لاشتغال ذمه الضامن بالدين بالفعل، فى حين

أن الثاني لا يعنى إلا كون العين فى عهدته و مسئوليتها عليه.

و كيف كان: فحيث لا دليل على صحة الضمان فى غير هذين الموردين اعنى ما كان ديننا ثابتا بالفعل أو عينا خارجيا- فلا وجه للحكم بالصحة فى ضمان الأرش، فإنه خارج عنهما معا، و ذلك لما ذكرناه فى مباحث خيار العيب مفصلا و تطرقنا إليه فى كتاب الإجاره أيضا، من أن ثبوت الأرش فى موارد العيب ليس حكما على القاعده و يقتضيه نفس العقد، فان وصف الصحة لا يقابل بالمال بتاتا، فليس المبيع مركبا من أصل المثلث و وصف الصحة، كى يقال باقتضاء القاعده لبقاء ما قابله على ملك المشتري نظرا لتخلف هذا الجزء و بطلان العقد بالنسبه إليه، بل الثمن واقع بتمامه بإزاء أصل المبيع فقط و إنما هو- وصف الصحة- يوجب زياده مقداره لا غير.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٣

.....

و لذا لا- يحكم عند تخلفه بطلان العقد بالنسبه اليه، و الحال ان المبيع لو كان مركبا منه و من ذات السلعه للزم القول بطلان العقد بالنسبه اليه و وجوب إرجاع البائع لما قابله من الثمن بعينه إلى المشتري سواء طالب بذلك أم لم يطالب، و هو باطل جزما و لا يقول به أحد من الأصحاب، فإنه يجوز دفع الأرش من غير الثمن حتى مع وجود عينه، كما لا يجب على ورثه البائع لو مات قبل ظهور العيب إخراج الأرش من تركته.

بل الأرش إنما ثبت بالنصوص الخاصه- على خلاف القاعده- فى البيع خاصه.

و عليه فان أمكن- بعد الفسخ- رد العين بنفسها سالمه فهو، و ان لم يمكن- لمانع عقلى أو شرعى- انتقل الأمر إلى مطالبته بالأرش فإن طالبه به لزم البائع دفعه

من أى مال شاء- حتى مع وجود عين الثمن، وإن لم يطالبه فلا شىء عليه، وليس بمشغول الذمه له بشىء.

و عليه ففى المقام حيث لا يكون متعلق الضمان دينا فعليا ثابتا فى ذمه البائع عند الضمان و لا عينا خارجيا، فلا محيص عن رجوع ضمانه الى ضمان ما لم يجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمه الغير، أو الضمان على نحو الواجب المشروط الباطل إجماعا لاعتبار التنجيز فيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٤

حال العقد كاف (١). مع إمكان دعوى: أن الأرش أيضا لا يثبت الا بعد اختياره و مطالبته (٢)، فالصحة فيه أيضا (٣) من جهه كفايه تحقق السبب و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٤).

[مسأله ٤٠: إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا]

(مسأله ٤٠): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (٥). و فى البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء و الفسخ لتبعض الصفقه، فيرجع على البائع بما قابله.

و الحاصل: ان المتعين فى المقام هو الحكم بالبطلان. و ان قلنا بصحة ضمان الأعيان الخارجيه- بالتقريب المتقدم- فإن الأرش خارج عنه و عن الدين الثابت بالفعل فى ذمه المضمون عنه.

(١) لكنك قد عرفت عدم معقوليته و امتناعه.

(٢) بل هو المتعين- على ما عرفت توضيحه فيما تقدم.

(٣) و قد عرفت اشكاله، و ان الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان.

(٤) فان حاله حال ضمان درك الثمن للمشتري حرفا بحرف، فيبطل ضمانه بالمعنى المصطلح، و يصح- على القاعده- بالمعنى الذى ذكرناه.

(٥) إذ ان ضمان الكل ينحل إلى ضمان كل جزء جزء، و حيث قد ظهر استحقاق البعض خاصه تم الضمان فيه دون الباقي.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٥

و عن الشيخ:

جواز الرجوع على الضامن بالجميع، و لا وجه له (١).

[مسأله (٤١): الأقوى (٢) - وفاقا للشهيدین - صحه ضمان ما يحدثه المشتري]

(مسأله ٤١): الأقوى (٢) - وفاقا للشهيدین - صحه ضمان ما يحدثه المشتري

(١) إذ المفروض ضمانه لخصوص درك الثمن لا الثمن بجميع عوارضه و طوارئه، و من هنا فيختص الضمان بالنصف الذى ظهر مستحقا للغير لشمول ضمان درك الثمن له، و لا- يعم النصف الآخر الذى رجع الى البائع بفسخ المشتري للعقد بخيار تبعض الصفقه، فإنه خارج عن ضمان درك درك الثمن.

نعم لو كان الضامن ضامنا للثمن بجميع عوارضه و طوارئه بحيث كان ضمانه عاما للفسخ بالخيار فى المقام أيضا، صح القول بجواز الرجوع عليه بالجميع، إلا أنه خارج عن محل الكلام، اعنى ضمان درك الثمن خاصه.

(٢) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور.

و الوجه فيه ما عرفته فى المسائل السابقه من عدم معقوليته إذا أنشأ على نحو الفعلية بأن أنشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشغل به ذمه البائع بعد ذلك، فان المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و ثبوته فيها، و بطلانه من القضايا التى قياساتها معها.

نعم لو أنشأ على نحو الواجب المشروط و الضمان المتأخر، فهو و ان كان معقولا- فى حد ذاته إلا انه باطل بلا خلاف للتعليق المجمع

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٦

.....

على بطلانه.

ثم بناء على ما اخترناه من بطلان الضمان على البائع، فهل يصح ضمانه لا من قبل البائع، بأن يتعهد الأمر تحمل الخساره بنفسه و من غير رجوع على البائع بها؟.

الأقوى فيه البطلان، حيث لم يثبت بناء من العقلاء على الضمان الأمري فيما يرجع الى المأمور به وحده، فان الغرس و البناء و ما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقده أرضه، عمل متمحض له و لا يرتبط بغيره

فى شى ء.

و من هنا فإن الأمر به أمر بما يرجع إليه و يخصه، نظير أمره بالتجاره لنفسه مع التعهد بتحمل الخساره عنه، و لم يثبت فيه بناء من العقلاء على الضمان.

و الحاصل: ان الضمان عن البائع محكوم بالفساد لدورانه بين أمر غير معقول و أمر قام الإجماع على بطلانه، و الضمان عن نفسه من جهه أمره بفعل ربما يترتب عليه الضرر غير ثابت.

ثم ان الكلام فى هذه المسأله انما يتم فى فرض كون البائع غارا للمشتري و القول بثبوت قاعده الغرور، و أما لو لم يكن البائع غارا له بان كان معتقدا لملكيتة للأرض، أو قلنا بعدم ثبوت قاعده الغرور على نحو الكليه- كما هو المختار- فلا ضمان على البائع بلا خلاف و لا اشكال فيه. فان المشتري يتحمل حينئذ الخساره بنفسه لكونه هو

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٧

من بناء أو غرس فى الأرض المشتره إذا ظهر كونها مستحقه للغير و قلع البناء و الغرس، فيضمن الأرض، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع.

خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت ضعفه هذا و لو ضمنه البائع قيل: لا يصح أيضاً كالأجنبى و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان. و قيل: بالصحه (١)، لأنه لازم بنفس العقد، فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفايه تحقق السبب، فيكون حينئذ للضمان سببان: نفس العقد و الضمان بعقده. و تظهر الثمره فيما إذا أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدى

الذى أوقع نفسه فى الضرر بالتصرف فى الأرض معتقدا ملكيته لها.

(١) إلا أنه لا يمكن توجيهه بوجه، فان الضمان

لما كان نقل ما في ذمه إلى غيرها، كان ذلك متوقفا على تعدد الذمم لا محاله، وحيث أنه مفقود في المقام، فتصوره غير معقول، فإنه من أين ينتقل الدين و إلى أين؟.

نعم تعدد أسباب الضمان الواحد أمر معقول في حد ذاته. إلا أنه غير ممكن في خصوص المقام لعدم معقوليه ضمان المدين لنفسه عن نفسه، كما هو الحال في سائر موارد الدين.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢١٨

كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبيل. و يمكن ان يقال: لا مانع منه مع تعدد الجبهه (١). و أما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، و يكون مؤكدا لما هو لازم العقد (٢).

[مسأله ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينه: «الق متاعك في البحر و على ضمانه» صح]

(مسأله ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينه:

«الق متاعك في البحر و على ضمانه» صح بلا خلاف بينهم

(١) إلا إنك قد عرفت عدم معقوليته، فان تعدد الجبهه لا يوجب تغاير الذمتين و نقل الدين من إحداهما إلى الأخرى.

(٢) و فيه: ان الشرط ان كان على نحو شرط النتيجة، بمعنى اشتغال ذمه الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمه البائع في وقته، فهو باطل لعدم معقوليته - على ما عرفت.

و ان كان على نحو شرط الفعل، بمعنى اشتراط المشتري على البائع أداء مقدار الخساره، فهو و إن كان صحيحا إلا انه غير مؤكد لما هو لازم العقد، فان الثابت بالشرط هو التكليف المحض، في حين أن الثابت بنفس العقد هو الوضع و اشتغال الذمه.

و الحاصل: ان الأمر في المقام يدور بين عدم الصحه و عدم التأكيد فإما لا صحه و إما لا تأكيد، فالجمع بينهما مما لا يمكن المساعده

بل الظاهر الإجماع عليه (١) و هو الدليل عندهم. و أما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه أو نحوها، فلا يصح عندهم. و مقتضى العمومات صحته أيضا (٢).

(١) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه، حيث لم يظهر الخلاف فيه الا من أبى ثور خاصه.

(٢) بل الظاهر انه لا حاجة للتمسك بالعمومات كى يورد عليه بالمناقشه فى صدق العقد على هذا الضمان، باعتبار انه ليس فيه إلا أمر من الأمر و عمل من المأمور و هما لا يشكلان العقد كما هو الحال فى جميع موارد الأمر بشىء و امتثال المأمور له.

فإن السيره العقلانيه القطعيه مستقره على الضمان فى موارد الأمر بإعطاء أو إتلاف الأموال المحترمه لغرض عقلائي يخرج عن كونه فعل حرام، إذا لم يكن لكلامه ظهور فى المجانيه أو يقصد المالك به التبرع كما هو الحال فى الأمر بالاعمال المحترمه حرفا بحرف، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل و إعطاء مال أو إتلافه، فان كلا من ذلك موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل المأمور ببناء العقلاء و السيره القطعيه ما لم يكن هناك ظهور لكلام الأمر - لقرينه أو انصراف أو غيرهما - فى المجانيه، أو يقصد العامل أو المالك التبرع به.

و ما ذكرناه لا يختص بمورد السفينه، بل يجرى حرفيا فى جميع

موارد الأمر بالإتلاف لغرض عقلائي، فإنه موجب للضمان جزما مع قطع النظر عن متعلقه.

و من هنا يظهر عدم اختصاص الحكم بالضمان بصوره تصريح الأمر بضمانه له، فإنه ثابت فى فرض اقتضاره على الأمر بالفاء المتاع أيضا إذ الأمر - على النحو الذى ذكرناه - كاف بوحده لإثبات الضمان.

سيد ابو القاسم موسى، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروه الوثقى؛ ج ٢، ص: ٢٢١

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢١

[تمه فيها مسائل]

اشاره

تمه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٣

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمه - الاتفاقيه أو الخلافيه: - أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان و أنه نقل الحق الثابت من ذمه إلى أخرى، و أنه لا يصح في غير الدين، و لا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، و أنه أعم من ذلك حسب ما فصل (١).

[مسألة (١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان]

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان (٢)، فادعى انه ضمنه ضامن و أنكره المضمون له، فالقول قوله (٣) و كذا لو ادعى أنه ضمن

(١) حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح و غيره، و اعتبار ما ذكره (قده) في الأول دون الثاني، فإنه يصح في الأعيان الخارجيه و موارد عدم ثبوت الحق حين الضمان مما قامت السيره العقلائيه عليه كدرك الثمن أو المثل.

(٢) لا يخفى ما في التعبير باختلاف المضمون له و المضمون عنه في أصل الضمان من المسامحه، إذ مع إنكار الأول من أساسه كيف يصح التعبير عنه بالمضمون له.

و حق عباره أن يقال: «لو اختلف الدائن و المدين في أصل الضمان».

(٣) بلا إشكال فيه و لا خلاف، فإنه لا بد للمدين من إثبات براءه ذمته من الدين، و إلا فهو ملزم بالخروج عن عهده.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٤

تمام ديونه و أنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه (١) و لو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد و يساره (٢) فادعى

المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه (٣)

(١) خرجنا عنها بالنسبة إلى ما يعترف به المضمون له - القدر المتيقن -، لفراغ ذمته منه جزماً، ولا بد له بالنسبة إلى الزائد - ما يدعيه هو - من إثبات

البراءة، وإلا فهو ملزم بالخروج من عهده - كما عرفت.

(٢) بناء على ما ذهب إليه المشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعساره حين العقد، و أما بناء على ما اخترناه من عدم الدليل على الخيار حينئذ. فلا أثر لهذا الاختلاف بالمره، فإن المضمون عنه برىء الذمه من الدين السابق على التقديرين - اليسار و الإعسار -، و الضامن هو الملزم به.

(٣) الكلام فى هذا الفرع تاره يفرض مع سبق يسار الضامن، و اخرى مع سبق إعساره، و ثالثه مع تضاد الأمرين بأن يعلم بيساره فى بعض شهر الضمان و إعساره فى بعضه الآخر مع الجهل بالمتقدم و المتأخر.

أما الصورة الأولى: فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول المضمون عنه، كما هو واضح، فان دعوى المضمون له للإعسار مقدمه لإثبات الخيار محتاجه إلى الدليل، و إلا فمقتضى الاستصحاب

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٥

.....

هو إثبات اليسار حين الضمان.

أما الصورة الثانية: فالظاهر تقديم قول المضمون له، و إلزام المضمون عنه بإثبات اليسار، فان استصحاب العسر إلى زمان الضمان يثبت موضوع الخيار للمضمون له.

و الحاصل: ان الأصل فى هذه الصورة يقتضى الجواز، فيكون الإثبات على مدعى اللزوم لا محاله.

و من هنا: فلا يمكن مساعدته على إطلاق كلام الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، الشامل لهذه الصورة أيضا.

و لعل هذه خارجه عن محط نظره و غير مراده له (قده).

و أما الصورة الثالثة: فلا مجال فيها للتمسك باستصحاب العسر و اليسر معا، سواء لما ذكره صاحب الكفايه (قده) من عدم وجود المقتضى لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك، أو لما اخترناه من وجود المانع. فإن النتيجة فى المقام واحده، و ان اختلف المبنيان فى غيره - على ما حققناه

و عليه: فهل يقدم قول المضمون له أو المضمون عنه أو يكون المقام من التداعى؟.

ظاهر إطلاق كلامه (قده) هو الثانى، و على المضمون له الإثبات.

و قد أورد عليه فى بعض الكلمات بأنه لا موجب لجعل المضمون له مدعياً و إلزامه بالإثبات، و المضمون عنه منكر و قبول قوله،

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٦

.....

بعد ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل.

لكن الظاهر ان ما ذكره الماتن (قده) هو الصحيح.

و الوجه فيه ما ذكرناه فى مباحث القضاء من أن الروايات الواردة فى أبواب القضاء و حل الخصومات، لم تتعرض - على كثرتها - لتحديد المدعى و المنكر على الإطلاق، و هل المدعى من خالف قوله الأصل أو الظاهر، و المنكر من وافق قوله للأصل أو الظاهر أم لا؟

و إنما ذلك مذکور فى كلمات الأصحاب (قدس الله أسرارهم) خاصة.

و هو ان كان صحيحاً بحسب الغالب، إلا انه لا دليل على ثبوته على نحو الكبرى الكلية.

و من هنا فلا محيص عن الرجوع إلى العرف لتحديد المفهومين، و من الواضح أن مقتضاه كون من يطالب غيره بشىء و يلزمه به و يكون مطالباً لدى العقلاء بالإثبات مدعياً، و خصمه الذى لا يطالب بشىء منكر.

نعم يستثنى من ذلك ما إذا اعترف الخصم بأصل الحق و ادعى وفاءه، كما إذا اعترف بالاستقراض مدعياً أداءه و فراغ ذمته، فإنه حينئذ و ان كان الدائن هو المطالب غيره بالمال و الملزم له به، إلا أنه يعتبر منكر و على خصمه إثبات الأداء، و ذلك لاعترافه بأصل الدين، فإنه يوجب انقلاب المدعى - لو لا الاعتراف - منكر، و المنكر - لولاه - مدعياً.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٧

.....

و الحاصل: انه لا أثر لموافقته الأصل أو

الظاهر أو مخالفته لهما في تحديد المدعى والمنكر، إذ لا دليل على شىء مما ذكره الأصحاب في كلماتهم في المقام، وإنما العبرة بما ذكرناه من الرجوع الى العرف و تحديد المدعى و المنكر على ضوء الفهم العرفى.

و عليه ففي المقام و ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل الموضوعى إلا أن ذلك لا يمنع من كون المضمون له هو المدعى، باعتبار انه الذى يطالب خصمه- المضمون عنه- بالمال نتيجة للفسخ بالخيار بعد اعترافه ببراءة ذمته و فراغها منه بالضمان، و يكون هو الملزم بالإثبات لدى العقلاء.

و بعبارة اخرى: ان اشتغال ذمه المضمون عنه ثانيا- نتيجة للفسخ من قبل المضمون له- بالمال و رجوع الدين إليها من ذمه الضامن لما كان محتاجا لدى العقلاء إلى الإثبات كان المضمون له هو المدعى لا محاله، فإن أمكنه الإثبات فهو و إلا فالقول قول المضمون عنه.

إذن: فالصحيح ان المقام من موارد المدعى و المنكر، لاختصاص المطالبة و الإلزام بأحد الطرفين دون الآخر، و ليس من موارد التداعى كما توهمه بعضهم.

و الذى يتحصل من جميع ما تقدم. أن ما أفاده الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، عند اختلافه مع المضمون له فى يسار الضامن حين الضمان و إعساره- بناء على القول بثبوت الخيار له عند

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٨

و كذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه (١) فان القول قول المضمون عنه (٢). و كذا لو اختلفا فى صحه الضمان و عدمها (٣).

[(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه]

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه، أو فى مقداره أو فى مقدار ما ضمن أو فى اشتراط

تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً أو في اشتراط شىء عليه زائداً على أصل الدين، فالقول قول الضامن (٤)، و لو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه

ظهور إعساره- انما يتم في الصورتين الأولى و الثالثة خاصه، و أما في الصورة الثانيه فالظاهر تقديم قول المضمون له لثبوت موضوع الخيار بالاستصحاب.

(١) بناء على صحه هذا الاشتراط- كما اختاره الماتن (قده) و جماعه- و إلا- كما اخترناه- فالشرط باطل من أساسه و لا أثر لهذا النزاع.

(٢) لكونه منكراً، باعتبار ان خصمه- المضمون له- هو الذى يطالبه بشىء و يلزمه الإثبات عند العقلاء.

(٣) لأصالة الصحه بعد إحراز أصل وقوع العقد.

(٤) كما هو واضح، فان المضمون له مدع فعلية الإثبات، و إلا فمقتضى أصاله عدم الضمان أو الدين أو الزائد عما يعترف به

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٩

حالات أو زياده اجله مع كونه مؤجلاً أو وفاء أو براء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين (١) و المفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن (٢) أو اشتراط شىء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يساوى الأقل من الدين، قدم قول المضمون له (٣).

[مسألة ٣]: لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الأذن و عدمه]

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن و المضمون عنه فى الأذن و عدمه، أو فى وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع

الضامن من الدين أو الضمان، أو تعجيله أو تنقيص الأجل أو الأمر الزائد على أصل الدين، تقديم قول الضامن المنكر.

نعم للمضمون له تحليفه على ذلك، على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(١) بناء على مختاره (قده) من بطلان الضمان- حينئذ- و انتقال الدين إلى ذمه الضامن.

لكنك قد عرفت فى المسألة الرابعه و العشرين انه لا معنى متحصل للتقييد فى

المقام بالمره، و ان مرجعه إلى الاشتراط لا محاله.

(٢) بناء على ما اختاره (قده) من صحة اشتراط الخيار في الضمان لكنك قد عرفت منا الاشكال فيه.

(٣) كل ذلك لكون الضامن مدعيا في قوله فعلية الإثبات، و إلا فمقتضى أصاله عدم كل ذلك لزوم الخروج عن عهده الدين الثابت في ذمته بأصل الضمان.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٠

و عدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن و أنكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شىء على المضمون عنه (١) أو اشتراط الخيار للضامن (٢)، قدم قول المضمون عنه (٣) و لو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه و أنكر الضامن للزيادة، فالقول قول الضامن (٤).

(١) عند أمره بالضمان و قبوله له، فان الشرط سائغ في نفسه، و الضمان فعل محترم، فيصح للضامن عند أمر المضمون عنه بالضمان و قبوله له اشتراط شىء مباح عليه بإزاءه.

و منه يظهر فساد ما قيل من أن المضمون عنه ليس طرفا في عقد الضمان، كي يصح الاشتراط عليه فيه.

فان الاشتراط انما هو عند أمره له بالضمان و قبوله لذلك، و ليس في عقد الضمان كما توهم.

(٢) بناء على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قده).

(٣) لكونه منكر لما يدعيه الضامن، فان اشتغال ذمته بالدين ثانيا بعد فراغها منه قطعاً يحتاج إلى الإثبات، و الا فمقتضى أصاله عدمه تقديم قوله في كل ذلك.

(٤) فان اشتغال ذمته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به، يحتاج إلى الدليل، و الأصل يقتضى عدمه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣١

[مسألة ٤: إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع]

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين (١)، لاعترافه

بكونه أخذ منه ظلما. نعم لو كان مدعيا مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكر لأصل الدين، و فرض كون المضمون عنه أيضا معترفا بالدين و الإذن في الضمان (٢) جاز له الرجوع عليه، إذ

(١) مقتضى تقييده (قده) للحكم بعدم رجوع الضامن على المضمون عنه بفرض إنكاره للاذن أو الدين، اختصاصه به و عدم ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالإذن أو الدين.

غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين، فان مجرد ثبوت الدين أو الأذن في الضمان لا يكفي في جواز رجوع الضامن عليه، إذ يعتبر فيه مضافا الى الأذن تحقق الضمان و الأداء بعد ذلك خارجا، فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه، و من هنا فحيث ان الضامن في المقام منكر لأصل الضمان و تحققه في الخارج أو الدين، فكيف يجوز له الرجوع على المضمون عنه مع القطع بأذنه له فيه فضلا عن اعترافه به.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا فرق بين فرضي الإنكار و الاعتراف من حيث عدم جواز الرجوع عليه، فإنه ليس من آثار الأذن المجرد، و انما هو من آثاره منضمنا إلى تحقق الضمان و الأداء في

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٢

لا منافاه بين إنكار الضمان و ادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١) غايه الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن في الأداء و المضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما (٢)

الخارج، و حيث ان المأخوذ منه منكر لتحقق الضمان فلا وجه لرجوعه به عليه.

(١) قد عرفت مما تقدم أن الأمر في المقام ليس كذلك، فإن أصل الاستحقاق ليس معلوما على كل تقدير،

فان المضمون عنه انما يكون مشغول الذمه للمأخوذ منه فيما لو كان قد أذن له فى الأداء فإنه حينئذ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال و ان كان ذلك بسبب مقدمه كاذبه- اعنى ادعاء الضمان عليه- فان ذلك لا يضر شيئا بعد ما كان أصل وجوب الأداء ثابتا عليه.

و أما لو كان قد أذن له فى الضمان، فاشتغال ذمته له غير ثابت بل الثابت عدمه، لان جواز الرجوع- و كما عرفت- ليس من آثار أصل الضمان و انما هو من آثار تحققه فى الخارج و انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمته و من ثم أداءه خارجا، و حيث ان المفروض عدمه بحسب اعتراف الضامن نفسه، فلا- وجه لرجوعه عليه بدعوى أن أصل الاستحقاق و اشتغال ذمه المضمون عنه معلوم.

(٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق، فإن أصل الاستحقاق و اشتغال الذمه فيه معلوم و ان كان سببه مجهولا،

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٣

لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضا، و المدعى ينكر القرض و يقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم. و لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الأذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه (١) و هل يجوز للشاهدين

و اين هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق.

(١) فى العبارة تشويش ظاهر، و لعل فيها سقطا، فإنها لا ترجع الى محصل، إذ لا أثر لثبوت الأذن فى الضمان شرعا بالمره، فإنه إنما يترتب على تحققه هو فى الخارج و تحقق الأداء بعده- على ما تقدم.

نعم لو كان من أخذ

منه المال معترفاً بثبوت الدين في ذمه المضمون عنه كان له الرجوع عليه باذن الحاكم الشرعي و الأخذ منه مقاصه.

و ذلك لان الأخذ لما أخذ المال من الضامن قهرا عليه و ظلما.

كان ذلك المال ثابتا في ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به، و لما كانت ذمه المضمون عنه مشغوله للأخذ بعد نظرا لعدم انتقال ما بذمته إلى ذمه غيره، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصا و أخذ ما يملكه الأخذ بدلا عما أخذه منه ظلما.

و لكن لما كان مال الأخذ في ذمه المضمون عنه كليا، احتاج التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعي.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٤

على الاذن في الضمان حينئذ ان يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الأداء؟ الظاهر ذلك (١)، و إن كان لا يخلو عن اشكال. و كذا في نظائره (٢).

بلا فرق في ذلك بين اعتراف المأخوذ منه بالضمان و عدمه، أو اعتراف المضمون عنه بالأذن و عدمه، فإنه من هاتين الجهتين سيان.

(١) بل الظاهر عدمه، و ذلك لما عرفته من اختلاف أثر الأذنين شرعا بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر و عدمه. إذ لا أثر للإذن في الضمان ما لم يتحقق هو و من بعده الأداء في الخارج، بخلاف الأذن في الأداء حيث يكفي في جواز رجوع المأذون عليه مجرد تحقق الأداء خارجا.

و الحاصل: ان خصوصيه الأذن في مجرد الأداء أو الأذن في الضمان لما كانت دخيله في ترتب الأثر - أعني جواز رجوع المأذون له على الأذن بعد الأداء - لم يكن للشاهدين إطلاق الشهاده بالأذن و السكوت عنها.

(٢) مما لا تكون للخصوصيه دخل في ترتب الأثر عليه، كما هو الحال في

المثال المذكور في المتن، فان الدين ثابت على كل حال و ذمه المدين مشغوله بالمال المعين للدائن من غير أثر لخصوصيه القرض أو الشراء. فإنه لا أثر لهما كما أنه لا أثر لسائر الخصوصيات من الزمان و المكان.

و لكن أين هذا من محل الكلام و نظائره مما يختلف الأثر فيه باختلاف

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٥

كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضا و بيته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على اشكال.

[مسأله ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف]

(مسأله ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء و أنكر المضمون له و حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (١)، و إن صدقه جاز له الرجوع إذا كان باذنه (٢) و تقبل شهادته له بالأداء (٣) إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (٤) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهاده.

الخصوصيات، فان تنظير أحدهما بالآخر ليس إلا من القياس مع الفارق.

(١) لما عرفته من توقف رجوعه عليه على تحقق الوفاء خارجا، و حيث انه غير متحقق، بل المتحقق - بحسب القواعد الشرعيه - عدمه، فلا موجب لجواز رجوعه عليه.

(٢) أخذنا له باعترافه و إقراره، فإنه بتصديقه له في الأداء يعترف بتحقيق موجب الرجوع عليه، و ان لم يثبت الأداء بالنسبه إلى المضمون له، إذ لا منافاه بين الأمرين.

(٣) على ما تقتضيه قواعد الشهاده.

(٤) ذكر هذا الاستثناء في جملة من النصوص المعتمره و غيرها و قد ذكره غير واحد من الأصحاب أيضا كالمحقق (قده) في

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٦

.....

الشرائع و غيره.

إلا أن الكلام في المراد منه، إذ الذي

يعتبر في باب الشهاده جزما ان لا يكون الشاهد طرفا في الدعوى بحيث تكون شهادته راجعه إلى نفسه بجلب نفع أو دفع ضرر، كما لو ادعى الوصى المفوض في صرف الثلث على غيره دينا للميت، فإنه لا تقبل شهادته عليه لاستلزامها دخول ثلث المبلغ المدعى تحت تصرفه، أو شهد المضمون عنه للضامن بالأداء بعد ظهور إعسار الضامن من حين الضمان- بناء على مذهب المشهور من ثبوت الخيار حينئذ للمضمون له- فان شهادته هذه لما كانت تدفع عن نفسه ضرر ابطال العقد و رجوع الدين ثانيا إلى ذمته، لم تكن مسموعه.

و من هنا: فإن أريد بالتهمة ما يقابل الوثوق بدينه و أماتته، فاشتراط عدمها ليس إلا تعبيرا آخر عن شرطيه العدالة في الشاهد، و ليس هو أمرا زائدا عليها و في قبالتها.

و ان أريد من اشتراط عدمها اعتبار ان لا تكون الشهاده لدوافع القرابه أو الصداقه أو نحوهما. فهو غير معتبر جزما حيث تصح شهاده الأقرباء بعضهم لبعض و ان كان هناك احتمال كون الصلته دخيله فيها، فإنه لا أثر له بعد فرض توفر سائر الشروط.

إذن: فالمتعين حمل هذه الكلمه في لسان النصوص على المعنى الأول و من هنا فلا وجه لجعل عدمها في قبال سائر الشروط المعتمره في

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٧

[مسأله ٦: لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه]

(مسأله ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (١) و لو ادعى الوفاء و أنكر الأذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله (٢).

الشاهد و التي منها العدالة.

(١) لما ذكرناه في غير موضع من قيام السيره العقلانيه القطعيه الممضاه شرعا على ثبوت الضمان بالأمر بإتلاف مال محترم على نحو مباح أو القيام

بعمل محترم.

نعم لا- بد من تقييد ذلك بعدم ظهور الأمر في الاستدعاء المجاني كما هو الحال في طلب الفقير ممن عليه الحق الشرعي من الخمس أو الزكاه أداء دينه، أو طلب مرجع الحقوق منه ذلك، بل الأمر كذلك بالنسبة إلى طلب الولد من أبيه ذلك، فإنه ظاهر في الأداء المجاني لكون الأب متكفلا بشؤون ابنه، بل و كذا الحال في طلب سائر أفراد العائلة منه ذلك.

كما ينبغي تقييده بعدم قصد المأمور التبرع في عمله، إذ معه لا يجوز له الرجوع عليه حتى و ان لم يكن لكلام الأمر ظهور في المجانية باعتبار انه هو الذي قد أتلّف ماله بداع من نفسه و من غير قصد امتثال الأمر).

(٢) فهو في ذلك بمنزلة الوكيل، و مرجع العمل فعلا و تركا اليه، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه، على ما تقتضيه السيره القطعيه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٨

و لو قيد الأداء بالإشهاد و ادعى الإشهاد و غيبه الشاهدين قبل قوله أيضا (١) و لو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع (٢) نعم لو علم أنه وفاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه (٣)، لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحققه.

(تم كتاب الضمان)

(١) لما تقدم، إذ لا فرق في تصديقه بين كون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيد بالإشهاد أو غيره، فان قوله حجه فيما يرجع أمره إليه ما لم يثبت خلافه.

(٢) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع.

(٣) الا انه بعيد غايته، بل هو ممنوع، فإن الإشهاد لما كان قيّدا للمأمور به- كما هو المفروض- لم يكن الأداء المطلق بمأمور به لا محاله و من غير تأثير لما هو الداعي له

على هذا التقييد، و معه فكيف يجوز له الرجوع عليه.

و الله ولى التوفيق

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤١

[كتاب الحوالة]

اشاره

كتاب الحوالة و هى عندهم تحويل المال من ذمه إلى ذمه. و الأولى أن يقال: إنها احواله المديون دائنه إلى غيره، أو احواله المديون دينه من ذمته إلى ذمه غيره. و على هذا فلا ينتقض فيه طرده بالضمان، فإنه و إن كان تحويلا من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه الى ذمته، الا- أنه ليس فيه الإحالة المذكوره (١) خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه. و يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار (٢)

(١) فان الفرق بينهما واضح، فإن المعامله هنا إنما هى بين الدائن و المدين حيث أن الثانى ينقل ما فى ذمته إلى ذمه غيره، بخلاف الضمان حيث تكون المعامله بين الدائن و الأجنبى و يستلزم نقل ما فى ذمه الغير إلى ذمته.

(٢) و هذه هى الشروط العامه المعتمده فى جميع العقود و قد تقدم بيان أدلتها فى مورده.

غير أن من غير الخفى ان هذه الشروط انما تعتبر فيمن يكون طرفا للعقد خاصه و لا تعتبر فى الأجنبى عنه.

و من هنا فحيث ان الحوالة عقد قائم بين المحيل و المحتمل- الدائن

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٢

.....

و المدين- فقط، و أما المحال عليه- فى فرض اشتغال ذمته- أجنبى عنها بالمره، فلا وجه لاعتبار هذه الشروط فيه- فإنه لا مانع من الحوالة على الصغير و المجنون و من لم يرض بها، إذ لمن يملك المال فى ذمهم ان يملكه لغيره و ينقله اليه كيف ما يشاء ببيع أو صلح أو حوالة أو غيرها و من دون أن يكون لمن

عليه الحق أى اعتراض فى ذلك، فإنه لا يعتبر رضاه به جزماً باعتبار كونه أجنبياً عن المعامله و على تقدير احتمال اعتباره- و ان كان بعيداً جداً- فهو أمر خارجى لا محاله و ليس من الرضا المعاملى فى شىء كى يعتبر فى صاحبه الشروط المذكوره.

نعم لو كانت الحواله على البرىء و جب توفر الشروط المذكوره- غير الفليس- فى المحال عليه أيضاً، نظراً لكونها غير ملزمه بالنسبه إليه، إذ المفروض ان المحيل لا يستحق عليه شيئاً، و من هنا فلا بد فى صحتها من رضاه و قبوله لانتقال الدين من ذمه المحيل الى ذمته.

و حيث انه لا عبره برضى فاقده هذه الشروط. فان رضى الصغير كالعدم و عمدته كالخطأ، و لا أثر لقبول المجنون و المكره، و ليس للسفيه إشغال ذمته بشىء من دون إذن وليه، اعتبر فى صحتها توفر الشروط لا محاله.

نعم لا- يعتبر فيه عدم الحجر للفليس، باعتبار اختصاص دليل الحجر عليه بالتصرف فى أمواله الخارجيه خاصه، و عدم شموله لاشغال

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٣

و عدم السفه (١)

ذمته بشىء، فإن الدليل قاصر الشمول لمثله، و لذا يصح إجارتة لنفسه بل و استقراضه أيضاً.

فليس هو كالسفيه، حيث يكون ممنوعاً من التصرف فى ذمته و اشتغالها فضلاً عن أمواله الخارجيه.

نعم لا- يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين فى أمواله، فإنها و بحكم حجر الحاكم عليها تختص بالغرماء حين الحجر دون غيرهم، بلا فرق فى ذلك بين كون سبب الدين اختيارياً- كالأستقراض- أو قهرياً- كالإتلاف.

و الحاصل: ان إطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط فى المحال عليه مما لا يمكن المساعده عليه، فإنه ان كان مشغول الذمه للمحيل لم يعتبر فيه أى شرط على الإطلاق، و ان كان

برى ء الذمه بالنسبه إليه اعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر عليه للسفه خاصه.

(١) اما بالنسبه إلى المحال عليه فقد عرفت الحال فيه.

و اما بالنسبه إلى المحيل نفسه، فالظاهر انه كاعتبار عدم الحجر عليه لفس لا وجه له فيما إذا كانت الحواله على برى ء الذمه.

اما عدم اعتبار عدم السفه فيه، فلان السفه انما هو ممنوع من التصرف في أمواله و اشغال ذمته بشى ء، و من الواضح خروج المعامله الموجهه لإسقاط ما ثبت في ذمته، و اشغال ذمه الغير به، عنهما معا، فلا

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٤

في الثلاثه من المحيل (١) و المحتال (٢)

تشمله دليل المنع.

و اما عدم اعتبار عدم الفس فيه فلاختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله خاصه و حيث ان المفروض براه ذمه المحال عليه بالنسبه اليه و عدم ملكه لشى ء في ذمته، فلا تكون الحواله عليه تصرفا في ماله فإنها ليست الا اشغالا لذمه الغير بما ثبت في ذمته هو.

نعم لايزم ذلك جواز الرجوع عليه بعد الأداء، الا- أن ذلك لا- يضر شيئا بعد ما عرفته من عدم مشاركته للغرماء في الأموال الموجوده حاله في ذلك حال الدين الجديد.

و الحاصل: ان اعتبار هذه الشرائط بأكملها في المحيل انما يتم في الحواله على مشغول الذمه، إذ ليس للصغير و لا المجنون و لا المكره و لا المحجور عليه لسفه أو فس التصرف في أمواله الموجوده بالفعل و منها دينه الثابت في ذمه المحال عليه.

و أما لو كانت الحواله على البرى ء، فلا يعتبر فيه سوى البلوغ و العقل و الاختيار إذ لا أثر لعقد الصغير و المجنون و المكره، دون عدم الحجر عليه لسفه أو فس.

(١) على تفصيل عرفته.

(٢)

بلا إشكال فيه، إذ الحوالة نقل لدينه و ماله الثابت فى ذمه المحيل، و هو تصرف فيه جزما فتتوقف صحته على رضاه و يعتبر فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٥

و المحال عليه (١) و عدم الحجر بالسفه (٢) فى المحتال (٣) و المحال عليه (٤)، بل و المحيل، إلا إذا كانت الحوالة على البرىء فإنه لا بأس به (٥) فإنه نظير الاقتراض منه-

[و يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار أمور]

اشاره

أمور

[(أحدها): الإيجاب و القبول]

(أحدها): الإيجاب و القبول، على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمه. فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال. و أما المحال عليه فليس من أركان العقد و إن اعتبرنا رضاه مطلقا أو إذا كان بريئا، فإن مجرد اشتراط الرضا لا يدل على كونه طرفا و ركنا للمعامله

توفر الشروط بأجمعها إذ لا أثر لرضى الصغير و المجنون و المكره و غير الرشيد و المفلس بالنسبه إلى ماله الموجود بالفعل.

(١) على اشكال قد عرفت تفصيله.

(٢) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزما، و الصحيح الفلاس - كما هو أوضح من أن يخفى.

(٣) لما تقدم.

(٤) على إشكال بل منع - كما عرفته -، فإنه لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلاس مطلقا سواء أ كان مشغول الذمه للمحيل أم لم يكن.

(٥) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف فى ماله، و الحوالة على البرىء خارجة عنه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٦

و يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضا (١)، فيكون العقد مركبا من الإيجاب و القبولين. و على ما ذكره يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمه من الموالاه بين الإيجاب و القبول و نحوها، فلا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما،

(١) الـ انه بعبء آءاء؁ فبانه لا ءلبل عبفه؁ بل لا وءه له بالمره؁ فبانه آارء عن المعاقءه بالكلفه؁ فبأن العقء انما هو ببين المآفل و المآآال آاصه و لا ءور للمآال عبفه ففه أصلا.

فبانه إءا كان مشءول الءمه للمآفل بالءنس الءى أآال ءفره عبفه؁ فالأمر واضح؁ فبأن أمر المال ببء مالءه- المآفل- و له نقله كفف ما فشاء و بأف سبب فآآاره من ببع أو صلآ أو هبه أو ءفرها من

دون أن يكون لمن اشتغلت ذمته به حق في الاعتراض عليه.

و من هنا: فلا يعتبر رضاه فضلا عن قبوله.

و اما إذا كان برىء الذمه بالنسبة اليه أو كانت الحوالة بغير جنس الدين، فيعتبر رضاه لا محاله، إذ ليس للمحيل سلطته على اشغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد فرض فراغها منه.

الأ- أن اعتبار رضاه هذا ليس على حد جعله طرفا للمعاقده والإيجاب و القبول، بل غايته اعتباره في صحة العقد بمعنى عدم صحته بدونته كما هو الحال في العقد الفضولي، و من الواضح أنه لا- يستلزم كونه طرفا للعقد و احتياج الإيجاب الواحد الى قبولين.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٧

بأن أوقع الحوالة بالكتابة (١). و لكن الذى يقوى عندي كونها من الإيقاع (٢)

و منه يظهر ما فى كلام صاحب الجواهر (قده) من عدم وجدان القائل بتركب العقد من إيجاب و قبولين، و ان كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم.

إذ لم يظهر له وجه، فان الدليل انما اقتضى توقف اشتغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس المخصوص على رضاه و عدم صحته من دونته و اما كونه طرفا للعقد فلم يدل عليه دليل على الإطلاق.

و الحاصل: انه لا- دليل على اعتبار القبول من المحال عليه و جعله طرفا للعقد إذ غايته دلالة اعتبار رضاه و هو لا يقتضى كونه طرفا فيه.

و من هنا: فلا يعتبر فى رضاه ما يشترط فى الإيجاب و القبول من الموالاه و نحوها.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) و فيه ما لا يخفى من فساد مبناه، فان النقل من ذمه إلى أخرى ليس وفاء للدين على الإطلاق، و انما هو تبديل لمكان الدين و ظرفه لا أكثر

إذ المحيل ينتقل ما فى ذمته للمحتال إلى ذمه المحال عليه.

و منه يظهر الحال فيما ذكره (قده) من عد الوفاء بغير الجنس من الإيقاع، فإنه فاسد قطعاً، لرجوعه الى تبديل المال الثابت فى ذمته بالمال الجديد، و المعاوضه بين المالىن، و هو من العقود جزماً.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٨

غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه و مجرد هذا لا يصيره عقداً، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين، و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء. و هو لا يكون عقداً و ان احتاج الى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك إيقاع، و من ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء و على هذا فلا يعتبر فيها شىء مما يعتبر فى العقود اللازمه، و يتحققان بالكتابه و نحوها (١). بل

كما يظهر الحال فى عده (قده) للضمان و الوكاله من الإيقاع أيضاً.

إذن: فالصحيح فى المقام هو ما ذهب اليه المشهور من كون الحواله عقداً بين المحيل و المحتال، لكونها تبديلاً لما فى ذمته للمحتال بماله فى ذمه المحال عليه.

(١) إلا- أن تحققهما بها و نحوها لانزم أعم لكونهما إيقاعاً، فإنهما يصحان بها حتى مع كونهما عقداً، و ذلك لتحقيق إبراز الاعتبار النفسانى بها.

بل يمكن الالتزام بصحتهما بها مع عدم الموالاه أيضاً إذ لا دليل على اعتبارها و لا سيما فيما هو متعارف خارجاً من الحواله بالرسائل، فإنه لو كان التزام المحيل باقيا الى حين وصول رساله إلى المحتال

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٤٩

يمكن دعوى أن الوكالة أيضا كذلك (١) - كما ان الجعالة كذلك- و ان كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

الا ترى أنه لا فرق (٢) بين أن يقول: «أنت مأذون في بيع دارى» أو قال: «أنت وكيل»، مع أن الأول من الإيقاع قطعا.

و قبوله الحوالة، تحقق العقد و انضمام التزام الى التزام لدى العرف و العقلاء و حكم بصحته لا محاله.

إذن: فلا- يمكن جعل تحققهما بالكتابة و نحوها من آثار كونهما من الإيقاعات لما عرفته من كون ذلك لازما أعم لكونهما من الإيقاعات و كونهما من العقود.

(١) الا انها بعيدة غاية البعد، فإن الوكالة إعطاء سلطته للغير و أقامته مقام نفسه و لا بد فيها من القبول. و من هنا فهى من العقود قطعا.

(٢) بل الفرق بينهما ظاهر، فإن الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر فى متعلقه من الأمور التكوينية كالأكل أو الاعتبارية كالبيع، بخلاف الوكالة فإنها سلطته اعتبارية يمنحها الموكل إلى غيره و لا بد من قبوله كما و لا بد من تعلقها بالأمور الاعتبارية إذ لا معنى للتوكيل فى الأمور التكوينية كالأكل و الركوب و ما شاكلهما.

نعم يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل فيكون قبض الوكيل قبضا للموكل، و قد تعرضنا إليه فى بعض المباحث السابقة أيضا.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٠

.....

ثم أن الوكالة تفتقر عن الأذن فى جملة أمور:- منها: ارتفاع الوكالة بفسخ الوكيل، فإنها عقد جائز و يصح للوكيل فسخه، فإذا فعل ذلك أصبح أجنبيا عن متعلقها. و يكون تصرفه فيه تصرفا فضوليا لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى الموكل، بخلاف الأذن حيث أنه غير قابل للرفع من قبل المأذون لعدم توقفه على قبوله.

و من هنا فلو أذن

له فى شىء و رفض المأذون ذلك ثم بدا له القيام به كان له ذلك لكونه مأذونا فيه بعد لبقاء الأذن و عدم ارتفاعه بالرفض.

ثم أن الماتن (قده) و ان لم يلتزم بهذا الفرق بين الوكاله و الأذن عند تعرضه إليه فى كتاب الوكاله من ملحقات العروه حيث اختار (قده) عدم بطلان الوكاله بعزل الوكيل نفسه معللا ذلك بأنها من الإيقاعات لا العقود، الا أنه يكفينا فى الاشكال عليه عدم انسجام ذلك مع التزامه (قده) باعتبار رضا الوكيل، إذ ان لازم كونها إيقاعا و الحكم بعدم انعزال الوكيل بعزل نفسه، الالتزام بعدم اعتبار رضاه فى صحه الوكاله.

فالمجمع بين الحكمين فى غير محله و لا يمكن مساعدته عليه.

و منها: ان الوكاله قد تكون لازمه بالعرض بحيث لا يكون للموكل رفع اليد عن توكيله، كما إذا أخذت شرطا فى ضمن عقد لازم حيث

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥١

[الثانى): التنجيز]

(الثانى): التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف - كما هو ظاهر المشهور- و لكن الأقوى عدم اعتباره (١)- كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين.

تكون لازمه بتبع العقد باعتبار أنه أنما يكون لازما بجميع شئونه و توابعه و منها الوكاله، بخلاف الأذن حيث لا يمكن فرضه لازما و غير قابل للرفع حتى و لو أخذ فى ضمن عقد لازم، فإنه أمر تكوينى يرتفع برفعه من قبل الآذن وجدانا، غايه الأمر ثبوت الخيار للمأذون فى العقد الذى أخذ شرطا فى ضمنه نظرا لتخلف الشرط.

و منها: نفوذ تصرف الوكيل حتى مع ظهور عزله عن الوكاله حين صدوره منه ما لم يبلغه الخبر - على ما دل عليه النص الصحيح - بخلاف تصرف المأذون بغير سلطنه اعتباريه بالوكاله، حيث لا يكون

تصرفه نافذا فيما لو ثبت رجوع الأذن عن اذنه حين التصرف.

إلى غير ذلك من الفروق.

إذن: فالقول بعدم الفرق بينهما مجازفه لا يمكن المساعدة عليها بوجه.

(١) تقدم الكلام منا في اعتبار التنجيز غير مره في مباحث المكاسب و غيرها، و قد عرفت فقدان الدليل اللفظى على اعتباره، و انه انما ثبت بالإجماع عليه خاصه.

و من هنا فلا بد فى الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته، ففى كل مورد تم الإجماع على اعتباره فهو، و الا فلا موجب للالتزام باعتباره

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٢

[الثالث: الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال]

(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال (١) و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بان قال للمحتال: «أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى»، و حينئذ فيشترط رضا المحتال و المحال عليه دون المحيل. لا- وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (٢). و كذا من المحال عليه إذا كان بريئا، أو كانت الحوالة بغير جنس

حتى و لو كان ذلك مشهورا، إذ لا حجه للشهره و لذا التزمنا بصحة الوكاله المعلقه مستشهدين على عدم تحقق الإجماع على اعتبار التنجيز فيها بتصريح المحقق القمى (قده) فى جامع شتاته به.

و حيث أن الحوالة أيضا كذلك، إذا لم يتم الإجماع على اعتباره فيها، كما يشهد له عدم تعرض جملة ممن ذكروه شرطا فى باقى العقود له الى اعتباره فيها، فلا موجب لاعتباره. و يكفينا فى ذلك الشك فى تحقق الإجماع.

(١) نظرا لكون الحوالة عقدا يقتضى انتقال الدين الثابت للمحتال فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فيتوقف على رضا طرفيه لا محاله.

(٢) فإن الحوالة- و كما عرفتها-

عقد بين الدائن و المدين، فى حين ان هذا عقد بين الدائن و الأجنبى فىكون ضمانا و ان عبر عنه بالحواله.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٣

ما عليه (١). و أما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٢)

(١) إذ لا سلطنه للمحيل على اشغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد ان كانت بريئه منه.

(٢) نسب الى المشهور القول باعتباره، بل عن الأردبيلى (قده) دعوى عدم الخلاف فيه، بل احتمال بعضهم كونه طرفا للعقد- كما تقدم.

لكنه- لو تم ما نسب الى المشهور- لا وجه له، فان المال ملك للمحيل و له نقله الى من شاء و بأى سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبه أو حواله أو غيرها و من غير أن يكون لمن عليه الحق الاعتراض عليه، فإنه أجنبى عن المال و عليه أداءه إلى مالكه.

نعم قد يعلل ذلك باختلاف الناس فى الاقتضاء من حيث السهولة و الصعوبة و حيث انه مما يؤثر مباشرة على المحال عليه فلا بد من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل الى ملك المحتال.

الا- أنه واضح الاندفاع، إذ لا- يعتبر فى صحه النقل تساوى الطرفين فى الاقتضاء و لذا لم يذهب إليه أحد فى بيع الدين على الإطلاق، فإنه يصح سواء أراضى المدين أم لم يرض به، سواء أ كان المشتري سهلا فى الاقتضاء أم صعبا.

على أنه لو تم ما ذكر لكان لازمه تخصيص الحكم باعتبار رضا المحال عليه بما لو كان المحتال شديد المطالبه و صعبا فى الاقتضاء، كما

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٤

و لا يبعد التفصيل (١) بين أن يحول عليه بماله عليه، بأن يقول: «أعطه من الحق الذى لى

عليك» فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه (٢) و ان كان

هو واضح.

(١) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر له وجه محصل، فإنه لو أحاله عليه مقيدا بكونها غير ما يطلبه، كما لو صرح بكونها أجنيبه عما له في ذمته، فلا إشكال في بقاء ذمه المحال عليه مشغوله بما كان للمحيل عليه أولا، فإنه من الحوالة على البرى ء جزما و خارج عن محل الكلام إذ المفروض الحوالة على المدين بوصف كونه مدينا و هذه حوالة على المدين مقيدا بعدم هذا الوصف.

و أما لو أحاله عليه بمثل ما عليه من الحق لكن من غير تقييد بكونها من الحق الذى له عليه أو عدمه، فلا ينبغي الإشكال أيضا في انطباقه على الفرد الذى له عليه قهرا و انتقال ملكيه المال الى المحتال و بذلك فيكون حالها حال الحوالة المقيده بكونها من الحق الذى عليه.

(٢) التعليل بكون المحال عليه بمنزلة الوكيل، بعد غريبا منه (قده) و لعله من سهو قلمه الشريف، إذ المحال عليه- بعد تماميه الحوالة- انما يفى الدين عن نفسه، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءة ذمه المحيل بالحواله.

و هو لا ينسجم مع كونه وكيلا فيه، فان الوكيل إنما يؤدى عن

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٥

بنحو اشتغال ذمته للمحتال و براءة ذمه المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكله (١) فإن ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء. و بين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه على نحو الحوالة على البرى ء، فيعتبر رضاه، لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده (٢) و قد يعلل باختلاف الناس فى الاقتضاء فلا بد من رضاه.

و لا يخفى ضعفه، كيف،

و إلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه (٣).

[الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمه المحيل]

(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمه المحيل

غيره. في حين ان المحال عليه إنما يفى عن نفسه- كما هو واضح.

على أنه لو كان وكيلا- للزم اعتبار رضاه مطلقا حتى بناء على مختاره (قده) من كون الوكالة من الإيقاعات «و هذا يتنافى مع تصريحه (قده) بعدم اعتبار رضاه في هذه الصورة.

(١) إذا كان المراد من هذه الصورة- الأولى- التوكيل في الأداء فلا ينبغي الإشكال في عدم فراغ ذمه المحال عليه من الدين، إلا أنه خارج عن محل الكلام فإن الحوالة باب و الوكالة باب آخر، و لا يجوز الخلط بينهما.

(٢) لكنك قد عرفت الاشكال فيه و أن الانطباق حينئذ قهرى.

(٣) مضافا إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٦

سواء كان مستقرا أو متزلزلا (١)، فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل و مال السبق و الرمايه قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضا كالحوالة بما يستقرضه هذا هو المشهور. و لكن لا يبعد كفايه حصول السبب كما ذكرنا في الضمان (٢)

صعوبه المحتال في الاقتضاء.

(١) لتوقف صدق الحوالة و نقل الدين من ذمه إلى أخرى عليه، إذ المعدوم لا يقبل الانتقال الى وعاء آخر.

(٢) و قد تقدم الاشكال عليه هناك مفصلا حيث قد عرفت ان بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها، إذ الضمان الفعلي بمعنى اشتغال ذمه الضامن قبل اشتغال ذمه المضمون عنه أمر غير معقول، فان المعدوم لا يعقل انتقاله إلى ذمه الغير و انقلابه موجودا، فما لا ثبوت له في ذمه

المضمون عنه لا يمكن نقله إلى ذمه الضامن ليثبت فيها بالفعل.

و الضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى إنشاء انتقال المال من ذمته إلى ذمه الضامن في ظرفه و بعد ثبوته، و ان كان أمرا معقولا في حد ذاته، إلا انه باطل لعدم تعارفه بين العقلاء مضافا الى عدم شمول أدله الصحة له نظرا لظهورها في ترتب الأثر على العقد بالفعل و من حين الإنشاء، فلا تشمل العقود المقتضية لترتب الأثر عليها بعد

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٧

بل لا يبعد الصحة (١) فيما إذا قال: «أقرضني كذا و خذ عوضه من زيد» فرضى و رضى زيد أيضا، لصدق الحوالة و شمول العمومات، فتفرغ ذمه المحيل و تشتغل ذمه المحال بعد العمل و بعد الإقراض.

[(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال]

(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على

مرور فتره من وقوعها الا ما خرج بالدليل كالوصيه.

و هذا الذى تقدم فى الضمان يجرى بعينه و حرفيا فى الحوالة أيضا فإن الحوالة الفعلية بمعنى انتقال الدين بالفعل من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه أمر غير معقول لاستحاله انتقال المعدوم و الحوالة على نحو الواجب المشروط و ان كان أمرا معقولا الا إنها محكوم به بالبطلان لعدم شمول أدله الصحة لها.

إذن: فما ذكره (قده) من كفايه حصول السبب للدين فى صحه الحوالة قبل ثبوته فى الذمه بعيد غايته و لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

و الصحيح ما ذهب اليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل فى صحتها من غير فرق بين كونه مستقرا أو متزلزلا.

(١) بل هى بعيدة غايه البعد لما عرفته فى سابقه، فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقوليه

على تقدير و البطلان على تقدير آخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٨

المشهور للغرر. و يمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلا إلى العلم (١) كما إذا كان ثابتا فى دفتره، على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن (٢) بل و كذا لو قال: «كلما شهدت به البيئه و ثبت خذه من فلان» (٣).

نعم لو كان مبهما كما إذا قال: «أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان» بطل (٤)، و كذا لو قال:

«خذ شيئا من دينك من فلان». هذا و لو أحال الدينين

(١) إذ لا- دليل على اعتبار نفى الغرر مطلقا و فى جميع الموارد، فان الثابت اعتباره فى خصوص البيع و قد الحق به الأصحاب الإجاره و ما شاكلها من العقود.

على أنه لا- غرر فى المقام فإن الحواله ليست الا تبديلا لمكان الدين و نقله من ذمه المحيل على واقعه إلى ذمه المحال عليه، و هو لا- يستلزم خطرا على أحد طرفى العقد، فان المحتال سىأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل و ينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه.

(٢) لما تقدم.

(٣) لما تقدم أيضا.

(٤) إذ المردد و المبهم مما لا واقع له حتى فى علم الله تبارك و تعالى

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٩

على نحو الواجب التخييرى أمكن الحكم بصحته (١) لعدم الإبهام فيه حينئذ.

و ما هو كذلك لا يقبل النقل من ذمته إلى ذمه غيره، إذ الثابت فى الذمه أمر معين غير مردد.

(١) فيما إذا تساوى الدينان كما و كيفا، كما لو كان المحيل مدينا لزيد بعشره دنانير عن

ثمن مبيع اشتراه منه و بعشره أخرى عن دين استقرضه منه فأحاله على عمرو بعشره دنانير خاصه، فإنها محكومہ بالصحه جزما حيث لا خصوصيه فى الدين من حيث سببه و أنه بسبب القرض أو الشراء فتكون الحواله متعلقه بالجامع قهرا.

و بعباره أخرى: ان الحواله فى هذا الفرض متعلقه بالمعين دون المردد، فإنها احاله للمحتال على المحال عليه بنصف ماله عليه- المحيل.

و أما إذا اختلف الدينان فالفرض عين فرض الدين مبهما و مجهولا و ليس هو شيئا آخر فى قبالة، فإنه مبهم و مردد و لا واقع له حتى فى علم الله عز و جل، و معه فلا وجه للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان استثناء الحواله على نحو الواجب التخييري مع الحكم ببطلان الحواله بالدين المبهم فى غير محله و لا- يمكن المساعده عليه، فإنها مع تساوى الدينين خارجه تخصصا لكونها حواله بالمعين و ان جهل سببه، و مع عدم التساوى عين الحواله بالمجهول بحسب الواقع.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٠

[(السادس): تساوى المالىين]

(السادس): تساوى المالىين أى المحال به و المحال عليه- جنسا و نوعا و وصفا، على ما ذكره جماعه، خلافا لآخرين. و هذا العنوان و ان كان عاما الا- أن مرادهم- بقريته التعليل بقولهم: تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع الا- مثل ما عليه- فيما كانت الحواله 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، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدرهم على البرىء بأن يدفع الدنانير (١) أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدرهم

(٢) و لعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن.

فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. و الوجه في عدم الصحة: ما أشير إليه من أنه

(١) فإنها محكومها بالصحة قطعاً بعد رضى كل من المحتال و المحال عليه بها فإنها ترجع إلى مبادله بين الدائن - المحتال - و المدين - المحيل أولاً بتبديل ما فى ذمته للمحال، بالجنس الجديد ثم حالته به على المحال عليه البرى ء، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها، إذ لا منافاه فيها للسلطنه المحتال أو المحال عليه بالمره كما هو واضح.

(٢) فترجع إلى المعارضه بين المحيل و المحال عليه بتبديل ما للأول

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦١

لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه. و أيضاً الحكم على خلاف القاعده.

و لا إطلاق فى خصوص الباب، و لا سيره كاشفه، و العمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه. و وجه الصحة:

أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس و لا بأس به.

و هذا هو الأقوى (١). ثم لا يخفى أن الاشكال إنما هو فيما إذا قال: «أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التى عليه. و أما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير إحاله من له الدراهم على البرى ء، بأن يدفع الدنانير، و حينئذ تفرغ ذمه المحيل من الدراهم، و تشتغل ذمه المحال عليه بها، و تبقى

على الثانى بالجنس الجديد الذى للمحتال على المحيل أولاً ثم أحاله المحتال بذلك عليه فتكون الحواله بالجنس الذى له عليه لا محاله.

(١) فيما إذا رضى المحال عليه بها، إذ أنها ترجع حينئذ

إلى معاملة معاوضيه بين المحيل و المحال عليه بتبديل ماله عليه بالجنس الجديد ثم أحاله المحتال عليه.

و هي محكومته بالصحة جزماً، إلا إنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قده) فإنه و بعد ثبوت الجنس الجديد بالمعاملة الجديده

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٢

ذمه المحال عليه مشغوله بالدنانير، و تشتغل ذمه المحيل له بالدرهم، فيتحاسبان بعد ذلك و لعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً (١) و على هذا فيختص الخلاف بصوره واحده و هي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمه بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

[مسائل]

[مسألة ١]: لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عينا في الذمه أو منفعه أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عينا في الذمه أو منفعه أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة (٢)

في ذمه المحال عليه بدلا عن الذي كان ثابتا عليه، تكون الحوالة به حوالة بالجنس لا محاله.

و أما لو لم يرض المحال عليه بها، فلا مقتضى للحكم بصحتها، إذ لا موجب لالتزام المدين بغير ما هو مشغول الذمه به.

إذن فالصحيح هو التفصيل بين رضا المحال عليه بها فتصح، و عدمه فيحكم بطلانها.

(١) فإنها معاملة مستقلة عن الدين الثابت في ذمه المحال عليه، فتكون من قبيل الحوالة على البرى ء تصح مع رضى المحال عليه بها.

(٢) للقواعد العامة المقتضية للصحة مضافا إلى إطلاق جملة من نصوص الباب حيث لم يرد في شىء منها تقييد المحال به بكونه عينا في الذمه، فإن الأجير لما كان مدينا بالعمل أو المنفعة للمستأجر كان

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٣

و لو مثل الصلاة و الصوم و الحج و الزياره و القراءه (١)،

سواء أ كانت على البرىء أو على مشغول الذمه بمثلها (٢) و أيضا لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام أو قيميا كالعبد و الثوب (٣) و القول بعدم الصحه فى القيمى للجهااله، ضعيف، و الجهااله مرتفعه بالوصف الرافع لها (٤).

له نقله إلى ذمه الغير بالحواله و جعل ذمه الغير هى مشغوله به.

(١) فان جميع ذلك و ان لم يكن مذكورا فى النصوص، إلا- أنه يكفينا فى الحكم بصحتها كونها على القاعده فتشملها العمومات.

(٢) غايه الأمر اعتبار رضى المحال عليه فى الأول كما عرفت.

(٣) لما تقدم من العمومات و اقتضاء بعض الأدله الخاصه له.

(٤) إذ لا- ملازمه بين الجهااله فى القيميّات و بين الإبهام الموجب للبطلان، فإنه يمكن رفع الإبهام بتعيين المحال به القيمى بالأوصاف.

و لو لا ذلك لما أمكن تصحيح بيعه أيضا فإن ما لا تعين له فى الواقع لا يقبل جعله عوضا أو معوضا و نقله إلى الغير، و إنما صح ذلك لارتفاع الإبهام بذكر المواصفات المميزه له عن غيره.

و من هنا: فإذا صح بيعه و اشتغلت ذمه البائع به صح نقله إلى ذمه الغير بالحواله لنفس الملاك فيكون المحال عليه كأنه هو البائع فى اشتغال ذمته به للمحتال.

نعم لو كانت الجهااله موجبة للإبهام المطلق بحيث لا يكون للمحال

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٤

[(مسأله ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمه المحيل و ان لم يبرئه المحتال]

(مسأله ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمه المحيل (١) و ان لم يبرئه المحتال (٢). و القول بالتوقف على إبرائه، ضعيف (٣). و الخبر (٤) الدال على تقييد عدم الرجوع

به تعيين حتى فى الواقع و علم الله تبارك و تعالى، تعين الحكم ببطلانها لا محاله لعدم شمول أدله الإمضاء له و عدم معقوليه الحكم باشتغال الذمه بما

لا تعين له فى الواقع.

(١) لاین مقتضاها نقل الدين عن ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه- كما عرفت فى معنى الحواله- و هو يعنى فراغ ذمه المحيل منه و اشتغال ذمه المحال عليه به، و معه فإثبات اشتغال الذمه للمحيل ثانيا بعد فراغها من الدين يحتاج الى الدليل لعدم السلطنه للمحتال عليه و هو مفقود.

(٢) إذ لا حاجه إليه بعد تحقق البراءه من دونه، فاعتباره لا يرجع الا الى تحصيل الحاصل.

(٣) لما تقدم.

(٤) و هى معتبره زراره عن أحدهما (ع) (فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه و ان لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله) «١».

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٢.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٥

على المحيل بالإبراء من المحتال، المراد منه القبول، لا اعتبارها بعده أيضا. و تشتغل ذمه المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته و تبرأ ذمه المحال عليه للمحيل ان كانت الحواله بالمثل بقدر المال المحال به، و تشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل، و يتحاسبان بعد ذلك.

و هى معتبره سندا و واضحه دلالة، الا أنها معارضة بما دل على عدم الاعتبار.

ففى صحيحه أبى أيوب أنه سأل أبا عبد الله (ع): (عن الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك) «١».

و نحوها صحيحه منصور بن حازم «٢».

و فى روايه عقبه بن جعفر عن أبى الحسن (ع) قال: (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم

يتغير حال الصيرفي أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال لا «٣».

و العمده فى المعارضه هى الصحيحتان الأوليان- و إلا فالروايه الأخيره لا تعدو كونها مؤيده لضعف سندها- حيث دلنا على انحصار

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٣.

(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٤.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٦

.....

حق الرجوع على المحيل بفرض الإفلاس - كما يظهر ذلك من قوله (ع) أبدا). فتعارضان مع معتبره زواره الداله صريحا على جواز الرجوع قبل الإبراء. و عندئذ يكون التقدم معهما لرجحانهما عليها بموافقتهما للكتاب العزيز حيث أن مقتضى عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا.

على إننا لو غضضنا عن صحىحتى أبى أيوب و منصور بن حازم، لم يكن مجال للعمل بمعتبره زواره فى حد نفسها و القول باعتبار الإبراء فى تحقق براءة ذمه المحيل، فان هذه المعتبره متضمنه لما لا يمكن الالتزام به و لا بد من رد علمها إلى أهله.

و ذلك فلأن الحواله إما أن تكون فى نفسها و قبل الإبراء من المحتال صحىحه و موجه لنقل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه.

و إما ان تكون فاسده غير مؤثره فى النقل و الانتقال.

فعلى الأول: فاعتبار الإبراء من تحصيل الحاصل لتحقيق البراءه بحسب الفرض قبله، فان الدين إذا انتقل عن ذمه المحيل برئت ذمته لا محاله و الا لما كان الدين منتقلا.

و على الثانى: فالإبراء و ان كان موجبا لبراءه ذمه المحيل حينئذ كما هو واضح لعدم تحققها قبله، إلا ان معه لا وجه لرجوع المحتال على المحال

عليه، نظرا لعدم انتقال المال الى ذمته و عدم اشتغالها به له.

فالجمع بين الحكمين - جواز رجوع المحتال عليه بموجب الحواله

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٧

.....

و اعتبار إبراءه فى براءه ذمه المحيل - جمع بين المتنافيين و لا يمكن المساعده عليه.

و بعبارة أخرى: ان الإبراء الذى هو بمعنى إسقاط المحتال للدين الثابت فى ذمه المحيل إما ان يكون بعوض و بإزاء اشتغال ذمه المحال عليه به و إما أن يكون مجانا.

فعلى الأول: فهو عين القبول و ليس شيئا فى قبالة، فإن قبول المحتال للحواله إنما يعنى موافقته على ما أنشأه المحيل من براءه ذمته و اشتغال ذمه المحال عليه.

و مما يساعد على اراده هذا المعنى من الإبراء انه لم تذكر فى الروايه قبولا للمحتال بغير هذا العنوان - الإبراء.

و على الثانى: فإن كانت الحواله هذه محكومها بالصحة و انتقال ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فلا موضوع للإبراء المجانى لعدم اشتغال ذمه المحيل حينئذ بشىء.

و ان لم تكن كذلك فالإبراء و ان كان صحيحا و فى محله، الا أنه لا وجه لرجوع المحتال على المحال عليه لأخذ المال منه، إذ المفروض عدم انتقال المال الى ذمته و عدم اشتغالها بشىء له.

و من هنا فاما ان يقال بسقوط المعبره أو تحمل على بعض المحامل و ان كان بعيدا.

ثم أن العبره فى رجوع المحتال على المحيل انما هو بإفلاس المحال عليه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٨

[**مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحواله**]

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحواله و ان كانت على ملى (١).

[**مسألة ٤): الحواله لازمه**]

(مسألة ٤): الحواله لازمه (٢)، فلا يجوز فسخها بالنسبه الى كل من الثلاثه. نعم لو كانت على معسر مع

حين الحوالة، وهذا وان لم يذكر في صحيحتي أبي أيوب و منصور بن حازم بل ان ظاهرهما قد يوهم كون العبره بإفلاس المحيل نفسه، إلا- انه لا- محيص عن الحمل عليه لقيام القرينه على كون المراد ما ذكرناه و فهمه الأصحاب إذ لا دخل لإفلاس المحيل حين الحوالة في جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماما فان القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذ أولى منه فيه إذا كان غنيا.

(١) بلا خلاف فيه: و الوجه فيه واضح، إذ الحوالة معامله معاوضيه تقتضى تبديل مال المحتال الثابت في ذمه المحيل بمال غيره في ذمه المحال عليه، فان المحتال انما يرفع اليد عن ماله الأول بإزاء اشتغال ذمه المحال عليه بمثله.

و من هنا فلا يلزم بقبولها فإنه غير مجبور على إجراء المعامله على ماله كما هو الحال في سائر المعاوضات.

(٢) على ما تقتضيه أصاله اللزوم و عمومات صحه العقد ذاته، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمه حيث حكم (ع) بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل بعد تماميه الحوالة.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦٩

جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ و الرجوع على المحيل (١) و المراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائدا على مستثنيات الدين. و هو المراد من الفقر في كلام بعضهم و لا يعتبر فيه كونه محجورا (٢). و المناط الإعسار و الإيسار حال الحوالة و تماميتها (٣) و لا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٤)

(١) على ما

دلت عليه صحيحتا أبي أيوب و منصور بن حازم المتقدمتان حيث قيد (ع) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا بعدم ظهور الإفلاس قبل ذلك.

(٢) لإطلاقات الأدله حيث أن مقتضاها كون العبره فى الحكم بنفس الإفلاس مع قطع النظر عن الحجر عليه لذلك و عدمه.

(٣) لإطلاقات و عمومات أدله اللزوم، بل و تقييده (ع) للإفلاس فى المعبرتين السابقتين بقبل الحواله، فاننا و ان لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف إلا أننا ذكرنا فى محله أن أخذ الوصف فى الحكم يدل على عدم ثبوته للطبيعى، و الا لكان ذكره لغوا محضاً.

و تؤيده روايه عقبه بن جعفر المتقدمه الصريحه فى عدم جواز الرجوع فى فرض تغير الحال بعد الحواله.

الا انها ضعيفه السند بعقبه بن جعفر لكونه مجهول الحال و لم ترد له فى مجموع الكتب الأربعة و لا روايه واحده غير هذه.

(٤) خلافا لما ذهب اليه بعض بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٠

و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (١). و كذا مع وجود المتبرع.

فى رفع اليد عن إطلاقات و عمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنه.

فان هذا لو تم- و لنا فيه كلام طويل ذكرناه فى مباحث الخيارات- فهو انما يتم فيما لو لم يكن لدليل الخيار إطلاق، و الا تقدم إطلاق دليل الخيار على عمومات اللزوم و إطلاقاته قطعاً.

و حيث أن المقام من قبيل الثانى، فإن دليل الخيار فيه- أعنى قوله (ع): الا- أن يكون قد أفلس قبل ذلك- مطلق و غير مقيد بزمان معين، فلا وجه للرجوع إلى أدله اللزوم و القول بفوريه الخيار.

(١) قوى جدا، و وجهه ظاهر، فان الانصراف انما

يوجب رفع اليد عن الحكم في غير المنصرف اليه فيما إذا كان الكلام مجملا أوله ظهور عرفي في المنصرف اليه، و الا- بان كان الكلام مطلقا و غير ظاهر في المنصرف اليه- فالتمسك بالانصراف لا يعدو الاستحسان العقلي المحض.

و حيث أن الإطلاق في المقام ثابت فان مقتضى قوله (ع):

(الا- إذا كان قد أفلس قبل ذلك) كون إفلاس المحال عليه حين الحوالة موجبا لتخير المحتال سواء تمكن بعد ذلك أم لا، فالتمسك بالانصراف للحكم بعدم ثبوت الخيار عند التمكن من الأداء بوجه بعد الإفلاس حين العقد من التمسك بالاستحسان لا الانصراف.

مباني العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧١

[مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرى]

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرى ء (١) و لا يكون داخلا فى الضمان (٢).

(١) و تقتضيه مضافا إلى كونها من المعاملات المتعارفه بين العقلاء خارجا و لا سيما بين الأقرباء حيث يحيل الابن دائنه على أبيه أو أخيه و لم يرد ردع عنها من الشارع المقدس، إطلاقات و عمومات أدله الصحه فإنها عقد من العقود يقتضى تبديل ما فى ذمه المحيل بما فى ذمه المحال عليه.

بما و يمكن دعوى شمول النصوص الوارده فى الباب لها أيضا حيث لم يرد فى جملة منها ذكر كون المحال عليه مدينا للمحيل.

نعم يعتبر فى صحتها رضى المحال عليه جزما لعدم سلطنه المحيل على اشغال ذمته- كما تقدم.

(٢) و ان توهمه المحقق (قده) فى الشرائع، و ذلك لافتراقهما فى طرفى العقد فان الضمان عقد بين الدائن و الأجنبى- المضمون له و المضمون عنه- فى حين أن الحوالة عقد بين الدائن و المدين- المحيل و المحتال- و ليس المحال عليه طرفا فيه و ان اعتبر رضاه فى بعض الصور.

و تظهر الثمره فى جملة من

الموارد منها ما لو كان المحيل فاقدا لأهليه العقد كما لو كان صغيرا أو مجنونا، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر في المحيل أهليته للعقد في حين تصح على مختار المحقق

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٢

[مسأله ٦: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه]

(مسأله ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه (١).

[مسأله ٧: يجوز الدور في الحواله]

(مسأله ٧): يجوز الدور في الحواله (٢) و كذا يجوز الترامى (٣) بتعدد المحال و اتحاد المحتال (٤)، أو بتعدد

(قده) حيث لا تعتبر في المضمون عنه أهليته له.

(١) بلا خلاف فيه، فان عقد الحواله و ان كان لازما على ما تقتضيه أصاله اللزوم في العقود إلا ما خرج بالدليل، إلا أن اللزوم فيه حقى لا حكمى كما هو الحال في النكاح حيث ثبت عدم ارتفاعه إلا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصه.

و من هنا فلما كان للمتعاقدین رفع اليد عنها بعد ثبوتها كان لهما اشتراط ذلك في ضمن العقد، و إذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما أيضا فان الحق لا يعدوهما و لهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه.

(٢) لإطلاقات أدلتها، فإنها غير قاصره الشمول لحواله المحال عليه المال ثانيا على المحيل، و لا خصوصيه فيها للحواله الأولى أو غيرها.

(٣) بلا إشكال فيه، لما تقدم.

(٤) بان يحيل المحال عليه الأول المحتال على غيره و يحيله ذلك الغير على غيره أيضا و هكذا، حيث يبقى المحتال هو المحتال الأول و يكون التعدد في المحال عليه خاصه.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٣

المحتال و اتحاد المحال عليه (١).

[مسأله ٨: لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته]

(مسأله ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٢). و كذا لو ضمن عنه ضامن (٣) برضا المحتال (٤) و كذا لو تبرع

المحيل عنه (٥)،

[(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما اداه]

(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل و أدى ثم طالب المحيل بما اداه، فادعى أنه كان له عليه مال و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع عدم اليقينه (٦) فيحلف على براءته و يطالب عوض ما اداه، لأصالة البراهه (٧) من شغل ذمته للمحيل. و دعوى: أن الأصل أيضا عدم

(١) بان يحيل المحتال غيره على المحال عليه و يحيل ذلك الغير - المحتال الثاني - غيره عليه و هكذا. فيكون التعدد في المحتال دون المحال عليه.

(٢) لما ثبت بالضرورة القطعيه من جواز أداء دين الغير من غير توقف على رضاه.

(٣) لعموم أدله الضمان له.

(٤) لما تقدم في كتاب الضمان من اعتبار رضا المضمون له.

(٥) لما تقدم من جواز أداء دين الغير، فإنه لا خصوصيه لكون المؤدى هو المحيل أو غيره.

(٦) على ما تقتضيه قواعد القضاء.

(٧) بل لاستصحاب عدم شغل ذمته، فإنه أصل موضوعى حاكم

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٤

اشتغال ذمه المحيل بهذا الأداء. مدفوعه: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته و عدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمه المحال عليه و عدمه (١) و بعد جريان أصالة براهه ذمته (٢) يرتفع الشك. هذا على المختار من صحه الحواله على البرى ء، و أما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل، لان مرجع الخلاف إلى صحه الحواله و عدمها، و مع اعتراف المحال عليه بالحواله يقدم قول مدعى الصحه و هو المحيل.

و دعوى: أن تقديم قول مدعى الصحه انما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، و هما في الحواله

على أصاله البراءه قطعاً، فان المحال عليه لم يكن فى زمان مشغول الذمه للمحيل جزماً، فإذا شككنا فى اشتغال ذمته له بعد ذلك كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها و به يتحقق موضوع الضمان أعنى أداءه لما لم يكن بثابت فى ذمته بأمر من المحيل.

(١) إذا لو كان المحال عليه مشغول الذمه للمحيل لكانت ذمه المحيل بريئه قطعاً لحصول التهاثر بين ما فى الذمتين قهراً، و هذا بخلاف ما لو كانت ذمته بريئه له فإن أداء الحواله من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمه المحيل بمثله له.

(٢) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته، فيثبت موضوع الضمان أعنى أداءه لما لم يكن بثابت فى ذمته بأمر من المحيل.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٥

و اما المحال عليه فليس طرفاً و إن اعتبر رضاه فى صحتها.

مدفوعه:- أولاً- بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحواله مركبه من إيجاب و قبولين (١).

- و ثانياً- يكفى اعتبار رضاه فى الصحه (٢) فى جعل اعترافه بتحقيق المعامله حجه عليه بالحمل على الصحه.

نعم لو لم يعترف بالحواله، بل ادعى انه أذن له فى أداء دينه يقدم قوله لأصاله البراءه من شغل ذمته (٣) فيأذنه فى أداء دينه له مطالبه عوضه، و لم يتحقق هنا حواله حتى تحمل على الصحه و إن تحقق بالنسبه إلى المحيل و المحتال لاعترافهما بها.

(١) و فيه انه مناف لما ذكره (قده) فى الشرط الأول صريحاً من كون الحواله إيقاعاً لا عقداً.

(٢) و هو مناف أيضاً لما تقدم فى الشرط الثالث من عدم اعتبار رضا المحال عليه فى صحه الحواله، باعتبار كونه أجنبياً عن المال بالمره و انما أمره بيد مالكة المحيل فله نقله كيفما شاء بالحواله أو

البيع أو غيرهما من الأسباب.

(٣) أقول: لا- يخفى انه بناء على جريان أصاله الصحه فى أمثال المقام فكما انه لا- فرق بين كون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو الأجنبى فإنه يحمل العقد على الصحيح و يترتب عليه أثره حتى مع عدم

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٦

.....

وجود الدعوى خارجا بالمره، كما لو شك الأجنبى فى صحته رأسا لا فرق بين اعتراف المحال عليه بالحواله و عدمه، إذ العبره فى جريانها انما هى بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به.

و عليه: فلو ثبتت الحواله فى مورد النزاع بالوجدان أو البينه الشرعيه جرت أصاله الصحه- بناء على تسليم جريانها فى أمثال المقام- سواء اعترف المحال عليه بالحواله أم لم يعترف.

الا أن الذى يهون الخطب أن أصاله الصحه غير جاريه فى أمثال المقام أصلا، و ذلك لما ذكرناه فى مبحث أصاله الصحه من المباحث الأصوليه، أنها لما لم تكن ثابتة بدليل لفظى و انما الدليل عليها هى السيره العقلانيه القطعيه المتصله بزمان المعصوم (ع) من غير ردع حيث جرت عادتهم على الحكم بصحه العقد المشكوك صحته نظير قاعده الفراغ الجاريه فى عمل الشخص نفسه، فإنهما متحدتان من حيث المدلول تماما و انما الفارق بينهما اختصاص الأولى بعمل الغير و الثانيه بعمل الشخص نفسه، كان اللازم الاقتصار فيها على القدر المتيقن و هو خصوص فرض الشك فى صحه العمل المستكمل لجميع الأركان و المقومات من جهه الشك فى توفر بعض الشروط أو مزاحمه بعض الموانع الشرعيه.

فإن هذا الفرض هو المورد المتيقن من بناء العقلاء على الصحه فيه، و الا فلو كان الشك فى صحه العمل ناشئا من الشك فى تحقق أركان العقد و مقوماته فلم يثبت من العقلاء

بناء على التمسك بهذا

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٧

.....

الأصل فيه كما لو باع زيد دار عمرو بادعاء الوكاله عنه، فإنه لا يمكن الحكم بصحته تمسكا بالأصل، للشك في سلطنته على البيع، بل لا بد له من إثبات الوكاله و السلطنه على هذا التصرف فى الحكم بالصحه.

نعم لو كانت الدار تحت يده بحيث كان ذا يد بالنسبه إليها، حكمنا بصحه بيعه باعتبار حجيه قول ذى اليد.

و كذا الحال لو ادعى أحد المتعاقدين كون الثمن مما لا ماله له شرعا كالخمر، فإنه لا يمكن إثبات صحه العقد و إزام مدعى البطلان بما يقوله الآخر لأصالة الصحه، لأنها لا تجرى فى موارد الشك فى تحقق أركان العقد و ما يتوقف عليه عنوانه.

و حيث ان مقامنا من هذا القبيل، باعتبار أن الشك فى صحه الحواله انما هو من جهه الشك فى سلطنه المحيل لإحاله الدين على غيره فلا يمكن التمسك بأصالة الصحه و الحكم ببراءه ذمه المحيل و اشتغال ذمه المحال عليه له.

و الحاصل: ان اشتغال ذمه الغير- المحال عليه- لما كان من قوام الحواله- بناء على عدم صحه الحواله على البرى ء- فلا يمكن التمسك- فى مورد الشك فيه- بأصالة الصحه لإثبات صحه العقد و اشتغال ذمه الغير بالمال.

ثم ان هذا كله لا يعنى المخالفه فى أصل الحكم، فان ما ذكره الماتن (قده) من أخذ المحال عليه باعترافه صحيح و لا غبار عليه،

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٨

.....

إلا ان ذلك لا لما أفاده من التمسك بأصالة الصحه، فإنك قد عرفت عدم جريانها فى أمثال المقام، بل لحجيه الظهورات اللفظيه فى مداليلها الالتزاميه، فإن الاعتراف بالحواله لما كان مدلولا لفظيا كان حجه فى لازمه اعنى اشتغال ذمته

بالمال للمحيل.

و توضيحه: انا قد ذكرنا فى مبحث الأصول المثبتة من الاستصحاب، أن المشهور بين الأصحاب و ان كان هو التفصيل فى حجيه اللوازم بين الإمارات و الأصول بالالتزام فى الأولى بالحجيه دون الثانيه، إلا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه و إثباته بدليل، إذ أن حال الامارات حال الأصول فى اقتصار حدود التعبد الشرعى بالنسبه إلى ثبوت نفس الموضوع دون لوازمه.

و لذا لا يصح الاعتماد فى دخول الوقت على تجاوز الشمس عن الجبهه التى يظن كونها القبلة عند الجهل بها، و الحال أن الظن حجه شرعيه بالنسبه إليه بالقياس الى تحديد نفس القبلة جزما.

و بعبارة اخرى: ان الاماره كالأصل لا- يترتب عليها إلا إثبات الموضوع الذى قامت عليه و جرت فيه، و بذلك تثبت الصغرى لكبرى الحكم الثابت لذلك العنوان.

فلو شككنا فى خمريه مائع و قامت الاماره على خمريته أو تمسكنا لإثباتها باستصحاب الحاله السابقه، تثبت بذلك الصغرى لكبرى:

(و كل خمر حرام) خاصه و من غير تعرض لشيء من اللوازم على

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٩

.....

كلا التقديرين.

نعم يستثنى من ذلك ما لو كانت الأماره من قبيل الاخبار- سواء فى ذلك اللفظ و غيره- كالبينه و قول ذى اليد بل مطلق الثقه- على القول بحجيتها-، فإنه يلتزم فيها بثبوت اللوازم و حجيتها بلا اشكال فيه.

و ذلك: لما ذكرناه فى محله من عدم اختصاص دليل حجيه البينه أو قول ذى اليد أو مطلق الثقه بالدلالات المطابقه، فإنه كما يشمل المداليل المطابقه يشمل المداليل الالمتزاميه أيضا، فإذا أخبرت البينه عن جهه القبلة- مثلا- كان ذلك بعينه اخبارا عن دخول الوقت عند تجاوز الشمس عن تلك الجبهه، إذ الاخبار عن الملزوم اخبار عن اللازم قهرا و

لا محاله.

و من هنا فلو اعترف المحال عليه بالحواله كان ذلك اعترافا منه باشتغال ذمته للمحيل لا محاله، إذ الظاهر الاعتراف بالحواله الواقعيه لا الصوريه المحضه- كما هو الحال فى سائر موارد الاعتراف- و المفروض انها لا تصح الا عن مشغول الذمه للمحيل.

لكن إثبات المدعى بهذا الطريق انما يتم فى الجمله لا مطلقا، فإنه انما يصح فيما إذا كان المخبر ملتفتا إلى الملازمه، فإنه حينئذ يصح أن يقال ان اخباره عن الملزوم إخبار عن اللازم بعينه.

و أما إذا لم يكن المخبر ملتفتا إلى الملازمه أو كان معتقدا لعدمها لم يصح دعوى كون اخباره عن الملزوم اخبارا عن اللازم، فإن

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٠

.....

الاخبار من الأمور القصديه فلا يتحقق مع الغفله و عدم الالتفات اليه.

و مما يدل على ما ذكرناه مضافا الى وضوحه فى نفسه، اتفاهم على عدم الحكم على منكر ضرورى من ضروريات الدين بالكفر إذا لم يكن المنكر عالما بكونه من الضروريات و ان إنكاره يستلزم تكذيب النبى (ص) فضلا عما لو كان معتقدا لعدمه.

إذن: فتقديم قول المحيل فى المقام و إلزام المحال عليه باعترافه انما يتم فيما إذا كان المحال عليه ملتفتا إلى الملازمه بين الحواله و اشتغال ذمته بالمال، و الا فلا وجه لجعل اعترافه بها اعترافا باشتغال ذمته.

و كيف كان: فالصحيح فى وجه حجيه المثبتات فى باب الألفاظ خاصه هو التمسك بحجيه الظهورات فى الدلالات الالتزاميه على حد حجيتها فى الدلالات المطابقه للسيره العقلائيه القطعيه، فلو أخبرت البيه عن شرب زيد من الماء المعين مع عدم التفاتها الى كفره أو اعتقادها إسلامه، كفى ذلك الاخبار فى حكمنا بنجاسه ذلك الماء لعلمنا بكفره إذ البيه حجه فى المدلول الالتزامى

على حد حجيتها في المدلول المطابقى.

و على هذا الأساس فيدخل المقام تحت حجية الظهورات اللفظية- الثابته ببناء العقلاء- فى المداليل المطابقية و الالتزاميه لا حجيه الاخبار.

و تفصيل الكلام فى مبحث الأصل المثبت من المباحث الأصوليه فراجع.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨١

[(مسألة ١٠) حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء]

(مسألة ١٠) قد يستفاد من عنوان المسألة السابقه حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل و أدى» فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء فقبله و ان حصل الوفاء بالنسبه إلى المحيل و المحتال، لكن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرى ء إلا بعد الأداء.

و الأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (١).

(١) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور من توقف الشغل على الأداء و تفصيل الكلام فى المقام:- ان الحوالة قد تكون على مشغول الذمه بمثل ما أحيل عليه، و قد تكون على البرى ء.

ففى الأول لا- إشكال و لا- خلاف فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال و انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه بمجرد الحوالة كما لا إشكال فى براءة ذمه المحال عليه للمحيل بمجردھا، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه لانتقال ما كان له فى ذمته إلى ملكيه المحال.

و بعبارة أخرى: ان الدين لما كان دينا واحدا غير متعدد، لم يمكن فرض المحال عليه مدينا للمحيل و المحال معا، بل هو مدين لأحدهما خاصه على النحو الذى ذكرناه اعنى للمحيل قبل الحوالة

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٢

إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجردہ

و للمحال بعدها.

و فى الثانى فإن رفض المحال عليه الحوالة أو قبلها و لكن

قلنا بفساد الحوالة على البرى ء، فلا- ينبغي الإشكال فى عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحال و عدم اشتغال ذمه المحيل له- المحال عليه.

و ان قلنا بصحتها على البرى ء- كما هو الصحيح- و قبل المحال عليه الحوالة فلا إشكال فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال بمجرد قبوله للحوالة فيجوز له الرجوع عليه و مطالبته بها.

و إنما الكلام فى اشتغال ذمه المحيل حينئذ للمحال عليه و جواز رجوعه عليه بمجرد الحوالة و قبل الأداء.

فالمشهور العدم، الا ان الماتن (قده) قد اختار جواز الرجوع عليه بدعوى ان اشتغال ذمه المحال عليه للمحال لا يكون مجاناً بل لا بد و ان يقابله اشتغال ذمه المحيل له.

لكن الصحيح ما ذهب اليه المشهور، فان اشتغال الذمه يحتاج الى الدليل و مجرد لزوم المجانية فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال لا يصلح دليلاً لإثبات اشتغال ذمه المحيل للمحال عليه، بعد ان لم يكن يترتب عليه أى ضرر أو نقص مالى بالنسبة إليه- المحال عليه- قبل الأداء فى الخارج، إذ الضرر إنما يترتب على أداءه للمال حيث يستلزم ذلك نقصاً فى ماله مستنداً إلى أمر المحيل، فيصح له الرجوع عليه لكونه

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٣

فكذا فى حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، و حصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئاً (١) و مقتضى القاعده فى الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون

من موجبات الضمان بالسيره العقلانيه القطعيه على ما تقدم بيانه غير مره.

و الحاصل: انه ما لم يؤد المحال عليه الحوالة خارجاً لا يصح له الرجوع على المحيل و مطالبته بها نظراً لعدم تحقق الخسران و النقص المالى له و عدم الدليل على اقتضاء مجرد الأمر

الضمان، فإن السيره إنما ثبتت في خصوص ما لو أدى المأمور ما أمر به و تحمل الخسران نتيجة الأمر.

و بعبارة أخرى: أن اشتغال الذمه يحتاج إلى الدليل من نص أو سيره أو معاوضه تقتضى ذلك، و حيث انه لا شىء منها موجود بالقياس الى المحيل فلا وجه للحكم باشتغال ذمته.

إذن: فالصحيح انحصار الضمان في فرض أداء المحال عليه للحواله و عليه فيكون حال الحواله حال الضمان في عدم جواز رجوع المأمور على الأمر إلا بعد الأداء بمقتضى القاعده و ان كان النص الوارد مختصا بالضمان.

(١) بمعنى ان شغل ذمه المحال عليه للمحال لا يمكن أن يكون مجانا بل يقابله شغل ذمه المحيل للمحال عليه، كما أن حصول الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل للمحال يقابله حصول الوفاء بالنسبه إلى دين

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٤

عنه للضامن بمجرد ضمانه (١)، الا أن الإجماع و خبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه، و في المقام لا إجماع و لا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسأله. و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأداء (٢) بل و كذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل، أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقا إذا كان بريئا.

[مسأله (١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صح]

(مسأله ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابه المشروطه أو المطلقه صح (٣)، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوتها في ذمته، و القول بعدم صحته قبل الحلول، لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غايه ما يكون

المحال عليه للمحيل.

(١) و قد عرفت في محله عدم الدليل عليه، لانحصاره في السيره العقلانيه و هي لا تقتضى إلا الاشتغال بعد الأداء.

(٢) ظهر الحال فيه و فيما

يتلوه من الفروع مما تقدم، فإن الحال فيها هو الحال في الضمان حرفاً بحرف.

(٣) على القاعده، فإن أمر الدين بيد الدائن و المدين فلهما ان يبدلاه برضاها بالمال الثابت في ذمه العبد أو غيره مما تعود ملكيته الى المدين.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٥

كونه مترزلاً- (١) فيكون كالحواله على المشتري بالثمن في زمن الخيار. و احتمال عدم اشتغال ذمه العبد، لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفياً. كما ترى (٢)

(١) و هو غير قادح، إذ لا يعتبر في صحه الحواله كون اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم، بل يكفي ثبوت أصل الاشتغال و ان كان جائزاً.

هذا مضافاً إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابه، بل الثابت عدمه، فإن الكتابه من العقود اللازمه و كما لا يجوز للمولى رفع اليد عنها لا يجوز للعبد تعجيز نفسه بل يجب عليه السعى لتحصيل المال و أداء ما وجب عليه نتيجة العقد.

(٢) إذ لا مانع من اشتغال ذمه العبد على حد اشتغال ذمه الأحرار- كما هو الحال في إتلافاته و ضماناته- غاية الأمر أنه في غير الكتابه يتبع به بعد العتق، لعدم جواز مزاحمه حق المولى، و حيث ان هذا المانع مفقود في الكتابه فلا محذور في اشتغال ذمته للمولى بمجرد عقد الكتابه و للمحتال بالحواله الصادره من المولى، فيحكم بانتقال الدين الثابت في ذمه المولى إلى ذمه العبد.

على أنه لو صحت هذه الدعوى لكان لازمها الحكم ببطلان الحواله على العبد مطلقاً و من غير تفصيل بين حلول النجم و عدمه،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٦

ثم ان العبد بقبول الحواله يتحرر (١)، لحصول وفاء مال الكتابه بالحواله (٢)

و لو لم يحصل الأداء منه (٣)، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٤). و ما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء، لأن الحوالة ليست

إذ لا أثر للحلول في قابلية ذمه العبد للاشتغال و عدمه، و الحال ان القائل بهذا التفصيل - و هو الشيخ (قده) على ما نسب إليه - لم يلتزم بذلك في فرض الحلول.

(١) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحوالة، فان قبوله و عدمه في ذلك سيان، إذ المفروض كون الحوالة على مشغول الذمه للمحيل و قد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلك، لانه ليس إلا وعاء و ظرفا لمال المحيل فلا يملك حق منع تصرف المالك في ماله.

و كان الأولى ابدال كلمه (القبول) بكلمه (التحقق) فيقال:

ثم ان العبد بتحقق الحوالة يتحرر.

(٢) نظرا لاستلزامها لفراغ ذمه المحال عليه العبد من دين المولى في قبال اشتغال ذمته بمثله للمحال.

(٣) فان براءة ذمه العبد انما تحققت بمجرد الحوالة و اشتغال ذمته للمحيل.

(٤) لانعتاقه قبله بتحقق الحوالة و براءة ذمه العبد من الدين بالنسبه للمولى.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٧

في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل و على هذا إذا أعتقه المولى صح و بطلت الكتابه، و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه صار لازما للمحتال، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة. فيه نظر من وجوه (١) و كأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر الى

(١) الأول: انه لو كانت الحوالة توكيلا لما كان وجه للالتزام ببراءه ذمه المحيل من دين المحتال، و انتقاله إلى ذمه المحال عليه، فان الوكاله لا تقتضى إلقاء قيام الوكيل مقام الموكل في الأداء خاصه مع بقاء

الموكل هو مشغول الذمه بالدين، و الحال انه- رحمه الله- قد سلم براءه ذمه المولى- المحيل- بالتزامه باشتغال ذمه العبد- المحال عليه.

الثانى: انه لا- وجه للحكم باشتغال ذمه العبد بالمال بعد الحكم بصحة العتق و بطلان الكتابه مع التزام كون الحواله توكيلا، إذ التوكيل انما تعلق بالأداء من مال الكتابه و المفروض انتفاء موضوعه نظرا لبطلانها، و معه فلا مبرر لبقاء اشتغال الذمه.

الثالث: لو سلمنا اشتغال ذمه العبد للمحتال من ماله الخاص نظرا لانتفاء موضوع مال الكتابه، كان لازم ذلك الحكم بضمان السيد لما يغرمه و جواز رجوع العبد عليه بما أداه للمحتال، و ذلك للسيره العقلانيه القطعيه على ضمان الأمر لما يغرمه المأمور بسبب أمره، فإن سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى و حوالته عليه كان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٨

ما مر (١) من دعوى توقف شغل ذمه المحيل للمحال عليه على الأداء- كما فى الضمان- فهى و ان كان كالأداء بالنسبه إلى المحيل و المحتال فبمجردهما يحصل الوفاء و تبرأ ذمه المحيل لكن بالنسبه إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلك. و فيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين فى كون الحواله كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

[مسأله (١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمنها صح]

(مسأله ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمنها صح (٢)، لان حاله حال الأحرار، و من غير

موجبا لرجوعه عليه به.

(١) و فيه: أن كلا- من المسألتين أجنبيه عن الأخرى و لا ارتباط بينهما، فان النزاع السابق انما كان فى الحواله على البرى ء دون مشغول الذمه، و إلا فقد عرفت عدم الخلاف فى انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه بمجرد الحواله و عدم جواز رجوع الأخير

على الأول إذا كان مشغول الذمه له بمثل ما أحيل عليه، في حين أن محل نزاعنا في هذه المسألة مع الشهيد (قده) إنما هو في الحوالة على مشغول الذمه حيث أن العبد مشغول الذمه لمولاه بسبب الكتابه، فلا وجه لجعل إحداهما مبنية على الأخرى.

(٢) بلا إشكال فيه، لتماميه أركان البيع و الحوالة، فإن العبد مرخص و مأذون في الاكتساب لتحصيل مال الكتابه سواء في ذلك

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٨٩

فرق بين سيده و غيره و ما عن الشيخ من المنع ضعيف (١)

مولاه و غيره، فإذا اشترى من المولى شيئاً أصبح مشغول الذمه له بثمنه، و معه يصح للمولى إحاله دائته عليه لاستيفاء دينه منه.

(١) لوضوح فساد ما استدل له على مدعاه من ان المكاتبه لما كانت من العقود الجائزه فإذا باع المولى من عبده شيئاً و قلنا بصحته و بثبوت الثمن في ذمته، كان لازمه القول باشتغال ذمه العبد لسيدته بعد فسخ المكاتبه، و هو محال لان العبد و ما في يده لمولاه.

و وجه الفساد ما عرفته من عدم المحذور في الالتزام باشتغال ذمه العبد سواء في ذلك للمولى و غيره، كما هو الحال فيما لو أتلّف العبد مال مولاه، فإنه موجب لضمّانه و اشتغال ذمته به غايه الأمر انه يتبع به بعد العتق.

على انك قد عرفت في المسألة السابقه انه لا أساس لكون المكاتبه من العقود الجائزه فإنها عقد لازم و لا يجوز للعبد تعجيز نفسه.

و لو تنزلنا عن ذلك كله فغايه ما يلزم منه الحكم بانفساخ البيع عند انفساخ المكاتبه لاستلزام بقاءه اشتغال ذمه العبد لمولاه و هو غير ممكن على الفرض، لا الحكم ببطلانه رأساً من الأول، فإنه لا مبرر

له بعد ما كان العبد مرخصا في معاملاته.

على ان كلامنا في المقام انما هو في صحه الحواله و عدمها و هو يعنى فرض صحه البيع أمرا مفروغا عنه، و الا فالكلام في صحه البيع و عدمها

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٠

[مسأله ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح]

(مسأله ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح (١) فيجب عليه تسليمه للسيد (٢)، و يكون موجبا لانعتاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٣).

[مسأله ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حواله أو كاله]

(مسأله ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حواله أو كاله، فمع عدم البيئه يقدم قول منكر الحواله سواء كان هو المحيل أو المحتال، و سواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، و ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و بقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، و أصالة عدم ملكيه المال المحال به للمحتال (٤) و دعوى: أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحتال، فيكون المحيل المنكر للحواله مدعيا، فيكون القول قول المحتال في هذه الصوره.

انما يكون في كتاب البيع لا كتاب الحواله.

(١) على القاعده، لما عرفت من أن أمر الدين بيد مالكه فله نقل ملكيته الى المحتال برضاه، لأن الحق لا يعدوهما.

(٢) لكونه المالك الجديد.

(٣) لحصول الوفاء و فراغ ذمه المحيل بالنسبه إلى المحتال بمجرد الحواله.

(٤) و جمع الكل أصاله عدم تغير الواقع عما كان عليه، فان

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩١

مدفوعه: بأن مثل هذه اليد لا يكون اماره على ملكيه ذبيها (١). فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله الى شخص و ادعى انه دفعه امانه و قال الآخر: دفعتنى هبه أو قرضا فإنه لا يقدم قول ذى اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، و اما إذا علم و كان ظاهرا في الحواله أو في الوكاله فهو المتبع. و لو علم أنه قال: «أحلتك على فلان» و قال «قبلت» ثم اختلفا في أنه حواله أو وكاله،

فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحوالة، لأن الظاهر من لفظ «أحلت» هو الحوالة المصطلحه، و استعماله فى الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة. وفيه: منع الظهور المذكور (٢).

مقتضى استصحاب بقاء ما كان على ما كان الحكم بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و ذمه المحال عليه للمحيل و عدم ملكيه المال المحال به للمحتال و لازم ذلك كله عدم الحوالة لاقتضاءها براءة الذميتين و ملكيه المحتال للمال المحال به على عكس الوكالة.

(١) لقصور أدله حجيه اليد و إثباتها للملكيه عن شمول موارد اعتراف ذى اليد بسبق الملك لغيره مدعيا الانتقال إليه، فإنه لم يثبت كون مثل هذه اليد اماره على ملكيه ذيها، بل الثابت عدمها، و من هنا فيلزم ذا اليد الإثبات باعتبار كونه مدعيا.

(٢) و فيه ما لا يخفى، فان النقل مأخوذ فى مفهوم الحوالة بجميع

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٢

نعم لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحه، و أما ما يشتق منها كلفظ: «أحلت» فظهوره فيها ممنوع. كما أن لفظ الوصيه ظاهر فى الوصيه المصطلحه، و أما لفظ:

«أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك (١) فتقديم

اشتقاقاته، لأنها- و كما عرفت فى أول الكتاب- مأخوذه من الإحاله و التحويل، و هما فى اللغة بمعنى النقل من مكان الى مكان أو حال الى حال أو زمان الى زمان كما هو الحال فى تحويل السنه.

فالنقل دخيل فى المبدأ و جميع اشتقاقاته و مأخوذ فى مفهومها، و معه فلا يصح حمل بعض المشتقات على الوكالة التى هى خاليه عن النقل بالمره.

و ما عن الشهيد الثانى (قده) من دعوى تضمن الوكالة لنقل حق مطالبه الدين الثابت للدائن إلى الوكيل.

واضح الفساد، إذ الوكالة لا تقتضى انتقال حق الموكل فى

المطالبه إلى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبه بدينه، فإن غايه ما في الأمر إعطاء الموكل حقا للوكيل في مقابل حقه نفسه بحيث يكون لكل منهما المطالبه بالدين.

و الحاصل: ان حق المطالبه لا- ينتقل من الموكل الى الوكيل، فإنه باق له كما كان، و معه يكون استعمال لفظ «أحلتك» فيها استعمالا مجازيا قطعاً. فلا يصح حمله عليها.

(١) لجواز استعماله في العهد و الأمر كما في قوله تعالى:

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٣

قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه محل منع.

[مسأله ١٥]: إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن]

(مسأله ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع، بطلت الحواله فى الصورتين، لظهور عدم اشتغال ذمه المشتري للبائع و اللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال (١) هذا فى الصوره الثانيه، و فى الصوره الأولى و ان كان المشتري محالاً- عليه و يجوز الحواله على البرىء، إلا- أن المفروض اراده الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته، فهى فى الحقيقه حواله على ما فى ذمته لا عليه (٢). و لا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد

«وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا» (١).

(١) إذ بدونه لا يكون هناك دين كى ينقل بموجب الحواله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه.

(٢) و فيه ما لا يخفى فان المحال عليه انما هو الشخص نفسه لا الدين الثابت فى ذمته، إذ لا معنى لجعل الدين محالاً عليه و ملزماً بأداء دين المحتال.

نعم الداعى و الباعث إلى الحواله على الشخص المعين اعتقاده كونه

(١) مريم: ٣١.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٤

.....

الذمه له، و من الواضح ان تخلف هذا الاعتقاد لا يوجب ظهور انتفاء المحال عليه بوجه، فإنه كان و لا يزال موجودا، غاية الأمر ان المقام يدخل فى كبرى تخلف الداعى و الخطأ فى التطبيق و قد عرفت انه لا يقتضى البطلان.

إذن: فالصحيح فى وجه البطلان ان يقال: ان هذه الحواله بعد ظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل تكون من الحواله على البرىء قهرا، فيتوقف صحتها على قبول المحال عليه و رضاه لا محاله إذ لا سلطنه للمحيل فى اشتغال ذمه المحال عليه البرىء للمحتال من غير رضاه.

و من هنا فحيث ان المفروض فى المقام عدم رضاه فلا محيص عن الحكم ببطلانها، فان أداءه للمال المحال به انما كان لأجل اعتقاد كونه مدينا للمحيل و ملزما بالأداء شرعا و لم يكن من جهه قبوله للحواله بحد ذاتها.

و بعبارة اخرى: ان قبوله متفرع على اعتقاده اشتغال ذمته فلا ينفع شيئا باعتبار ان المطلوب فى الحواله على البرىء القبول الذى يتفرع عليه اشتغال الذمه.

و الحاصل: ان المشتري لما لم يكن يقبل الحواله بعنوانها و يرضى باشتغال ذمته و هو برىء، تعين الحكم بفسادها.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٥

القبض يكون المقبوض باقيا على ذلك المشتري (١) فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال فى الصوره الأولى و على البائع فى الثانيه.

[(مسألة ١٦): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات فالحواله صحيحه]

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات فالحواله صحيحه، لوقوعها فى حال اشتغال ذمه المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين فى ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ

(١) و هو انما يتم فيما إذا لم تكن الحواله على البرىء، و الا فالمقبوض باق على ملكه

يرجع به على البائع ان كانت العين موجوده، و الا تخير فى الرجوع على كل من البائع و المشتري.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

مباني العروه الوثقى؛ ج ٢، ص: ٢٩٥

اما الأول: فلاأخذه ماله على نحو التبرع و المجانيه، فإنه موجب للضمان بالسيره العقلانيه القطعيه.

و اما الثانى: فلكون الأداء بأمر منه، و قد عرفت ضمان الأمر للخسارات المالىه الوارده على المأمور بسبب أمره.

ثم ان رجوع البرى ء على البائع و أخذ منه بدل ماله مثلا- أو قيمه فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه، و ان رجع على المشتري به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظرا لتلف المال عنده فلا يكون له مجانا.

و تفصيل الكلام فى مبحث تعاقب الأيدى من المكاسب فراجع.

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٦

فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع (١). و لا- فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحواله أو بعده (٢)، فهى تبقى بحالها و يرجع البائع على المشتري (٣) بالثمن. و ما عن الشيخ و بعض آخر من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان فى الصوره الثانيه- وهى ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبى- لأنها تتبع البيع فى هذه الصوره حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصوره الأولى. ضعيف (٤)

(١) إذ الفسخ لا يقتضى رفع الآثار و البطلان من الأول، و انما يقتضى عدم ترتب الآثار من حينه.

و الحاصل: ان الفسخ لا يؤثر فى صحه العقود السابقه عليه، فإنها تبقى كما كانت لصدورها من أهلها و وقوعها فى محلها، و من هنا فينحصر حق مالك

العين المنقولـه- ثمنـا كانت أم مـثمنـا- فى الرجوع الى البدل.

(٢) لحصول النقل و الانتقال فى الدين بمجرد تحقق الحواله.

(٣) و هو من سهو القلم. و الصحيح و يرجع المشتري على البائع.

(٤) فإن الحواله معامله مستقله عن المعامله الأولى- البيع- تماما و ان اتحد الطرفان فيهما، إذ العبره انما هى بتعدد المعامله و اتحادها لا تعدد الطرفين فى المعاملتين و اتحادهما.

و الحاصل: انه لا- موجب لبطلان المعامله الثانيه و انفساخها بانفساخ البيع فإنها معامله مستقله عنه و لا علاقـه لها به من حيث الفسخ.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٧

و التبعية فى الفسخ و عدمه ممنوعه (١) نعم هى تبع للبيع حيث انها واقعه على الثمن، و بهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. و ربما يقال ببطلانها إن قلنا انها استيفاء، و تبقى ان قلنا انها اعتياض. و الأقوى البقاء و إن قلنا إنها استيفاء، لأنها معامله مستقله لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع، و ليس حالها حال الوفاء بغير معامله لازمه، كما إذا اشترى شيئا بدراهم مكسره فدفـع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئا آخر وفاء، حيث انه إذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشىء الآخر، لا الدرهم المكسره، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه (٢)

نعم هى تابعه له من حيث أصل الوجود باعتبار انها واقعه على الثمن، فإذا تحقق صحت الحواله و لزمـت سواء فسخ بعد ذلك أم لم يفسخ، فإنهما بيان بالنسبه إليها.

(١) فإن حالها فى ذلك حال سائر التصرفات الصادره من أحد المتبايعين، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شىء منها على الإطلاق.

(٢) فيه اشكال بل منع، فان الظاهر لزوم الوفاء مطلقا و عدم تبعيته للبيع

فى الانفساخ، فان سلب ملكيه الدائن عما قبضه عوضا عن حقه برضا المدين و وفاء منه يحتاج الى الدليل و هو مفقود، و بعبارة اخرى: ان أداء المدين لدينه بغير ما ثبت فى ذمته و صفا

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٨

بل يتبع البيع فى الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث أن الحوالة عقد لازم و ان كان نوعا من الاستيفاء.

[مسأله ١٧]: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجى، فأحال دائنه عليه]

(مسأله ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجى، فأحال دائنه عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحتال و المحال عليه (١)

أو جنسا و قبض الدائن له برضاه و اختياره موجب لملكيتيه- الدائن- له، و من هنا فيكون تصرف المدين فيه بعد ذلك تصرفا فى مال الغير بغير رضاه و أكلا- للمال لا- عن تراض، و لذا لم يلتزم أحد من الأصحاب قط بجواز رجوع المعطى فيما أعطاه قبل الفسخ ليبدله بمثله جنسا و وصفا فضلا عن غير المماثل له، فإنه ليس الا لاحتياج سلب الملكيه بعد ثبوتها الى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل: ان الوفاء معامله لازمه مطلقا سواء فى ذلك ما كان بنحو الحوالة أو غيرها.

(١) أما المحتال فلا ينبغى الشك فى اعتبار قبوله، إذ لا يلزمه القبول بالرجوع على غير المدين فان له رفض ذلك و مطالبه ماله من شخصه.

و أما المحال عليه فلا- وجه لاعتبار قبوله، فان المال لغيره و ليس هو إلا أميناً عليه أو وكيلاً فيه، فعليه امتثال طلب المالك أداءه إلى غيره على حد طلبه تسليمه إلى نفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٩

وجب عليه الدفع اليه (١)، و ان لم يكن من الحوالة المصطلحه (٢). و إذا لم يدفع له الرجوع على المحيل

لبقاء شغل ذمته. و لو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل

و الحاصل: ان المحال عليه ليس مخيرا فى الأداء و عدمه كى يعتبر قبوله بل يلزمه امتثال الأمر و تسليم المال الى مالكة أو من يقوم مقامه.

و لعل الماتن (قده) إنما أخذ هذا القيد مقدمه لما سياتى منه من ضمان المحال عليه معللا ذلك بالغرور، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزما.

(١) فان المال مال المحيل و أمره بيده و ليس المحال عليه إلا وعاء و طرفا له، فيجب عليه تسليمه الى المحتال كما كان يجب عليه تسليمه الى نفس المحيل لو كان يطلبه منه، فإن إعطائه له بمنزله إعطائه اليه، و ليس له التخلف عن طلبه حتى بحجه تسليمه الى المحيل نفسه.

بل لو فعل ذلك لكان ضامنا للمال و خرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدى و الغاصب.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فان المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمه للمحتال الى حين وصول حقه منه مباشرة أو من وكيله أو أمينه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠٠

المحال عليه (١) إذا كانت الخساره الوارده عليه مستندا اليه للغرور.

(تم كتاب الحواله)

(١) و فيه ما لا يخفى لمنع الغرور صغرى و كبرى.

أما الأول: فلعدم صدقه فيما إذا كان المحال عليه بانبا على الأداء و الدفع ثم بدا له ما يمنعه عنه، فإنه لا يصدق عليه التغيرير قطعاً.

و كذا لو كان المحال عليه عالما بالتزام المحيل بدفع المال و إفراغ ذمته، فان امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده وصول الحق الى صاحبه.

و أما الثانى: فلما عرفته غير مره من عدم إيجاب مجرد الغرور للضمان، و لذا لم يلتزم أحد قط بضمان

من رغب غيره في سلعه بدعوى زياده قيمتها في المستقبل أو زياده الرغبه عليها فظهر العكس و خسر المشتري.

و بالجملة: فمجرد الغرور ليس من أسباب الضمان، على أن صدقه في بعض الموارد محل منع.

و بهذا ينتهي كتاب الحوالة و بالفراغ منه يتم الفراغ من كتاب العروه الوثقى بتمامه و ذلك على حسب منهج سيدنا الأستاذ الوالد- دام ظلّه- في الدرس.

و إنى إذ أحمد الله تبارك و تعالى على ما وفقنى لحضوره من محاضرات

مباني العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠١

.....

سيدنا- دام ظلّه- و تحريرها، لأسئله أن يطيل في عمره الشريف منارا و ملاذا للمسلمين.

و كان الفراغ منه في يوم الثلاثاء العاشر من ربيع الأول سنه ألف و أربعمائه و خمسه من الهجره النبويه الشريفه، و ذلك بمدرسه دار العلم- العامره حتى ظهور الحججه البالغه إنشاء الله- جنب الروضه العلويه المقدسه على مشرفها آلاف التحيه و الشاء.

و أنا الأقل: محمد تقى الخويى

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مباني العروه الوثقى، ٢ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ١٤٠٩ هـ ق

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

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 آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

