

الفِئْمَةٌ

كُتَابُ
الضَّيَّانِ ، الْجَوَالِي

آيَةُ اَنَّهُ الْمُجَاهِدُ
اَحْمَدُ الرَّسِيْدُ مُحَمَّدُ اَحْمَدُ بِنِي الشِّيرَازِي
دَامَ ظِلُّهُ

الفِقْه

وهو شرح استدلالى على كتاب (العروة الوثقى)
لاية الله المرحوم السيد محمد كاظم اليزدى «قدس سره»

كتاب

الضمان ، الحوالة

آية الله المجاهد
احمد السيد محمد الحسينى الشيرازى
دام ظله

(Arab)

BP194

.2

.T4S4

1970z

[~~vol 51~~]

Vol. 54

مطبعة

سيد الشهداء عليه السلام

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

DUPL



32101 015593427

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا و نبينا محمد
وآله الطيبين الطاهرين ، واللعنة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين .

كتاب الضمان

كتاب الضمان

وهو من الضمن

كتاب الضمان

الكتاب بمعنى الجمع ، ولذا يقال لمجموعة من المسائل المدونة كتاب فالمراد المسائل المدونة في باب الضمان .

(وهو من الضمن) كما في المسالك وغيره ، لانه يجعل ما في ذمة انسان من المال في ضمن ذمة اخرى .

قال في الجواهر : أولان ذمة الضامن تتضمن الحق ، فالنون فيه أصلية ، فعلى الاول : يكون الملحوظ المظروف ، وعلى الثانى : الظرف ، فان الذمة تتضمن المال .

أما هل قيل له الضمان بملاحظة الذمة أو بملاحظة المال ؟ احتمالان .
أما قول المستمسك في رد المسالك في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء ، فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً منه . فلم يظهر وجهه ، اذ الاصل

لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما وما قيل من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة واضح الفساد اذ مع منافاته لسائر مشتقاته

اشتقاق ذي الزائد من غيره لا بالعكس ولا شك ان الضمان أزيد حرفاً من الضمن .

(لانه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية) كما قاله المسالك والجواهر وغيرهما: مثل الرهان والدهان وغيرهما من الرهن والدهن (كما يشهد له سائر تصرفاته) الذي بمعناه (من الماضي) فيقال: ضمنه (والمستقبل) فيقال: يضمه (وغيرهما) فيقال: اضممه ، ولا يقال ضمه و يضمه و ضمه ، فليس مثل الجنان و العنان من جن و عن و هكذا .

(وما قيل) والقائل به أكثر العامة .

قال في المسالك : أنهم قالوا ان الضمان غير ناقل ، و انما يفيد اشتراك الذمتين لاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة ، لانه ضم ذمة الى ذمة اخرى فيتمخبر المضمون له في المطالبة .

(من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة) بخلافه على ما ذكرناه واضح الفساد اذ مع منافاته لسائر مشتقاته) كما عرفت ، وذلك دليل على عدم اشتقاق أحدهما من الآخر، اذ اللفظة الزائدة في كلمة لا تدور في سائر المشتقات مع انا نرى دوران النون في المقام، والاشتقاق الكبير لا يدل على وحدة المعنى فقول المستمسك: اللهم الا ان يكون المراد الاشتقاق الكبير محل نظر.

لازمه كون الميم مشددة وله اطلاقان اطلاق بالمعنى الاعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس واطلاق بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً

(لازمه كون الميم مشددة) لما في أصله ، فان الضمان بتخفيف الميم بينما ضم بتشديد الميم، لكن لا يخفى ان هذا ليس دليلاً لكثرة الحذف والتبديل في الحروف الاصلية، نعم الاصل عدمهما .

(وله) أي للضمان (اطلاقان اطلاق بالمعنى الاعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً) فيقال: ضمنه اذا قبل حوالة، كما يقال: ضمنه اذا كفله، كما يشمل معنى ثالثاً وهو تعهد انه ان لم يدفع دفع عنه مما لا ينقل الذمة (فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس) ومعنى تعهد المال ان يعطيه وتعهد النفس ان يحضرها، واذا لم يحضرها تحمل الخسارة، لكنه في الشريعة لا يتحمل الحبس والجلد ونحوهما بينما عند بعض الناس قديماً وحديثاً يتحملها أيضاً، فاذا لم يحضر مستحق القتل قتل بدله .

(واطلاق بالمعنى الاخص وهو التعهد بالمال عيناً) بأن يعطى عينه (أو منفعة) بأن يعطى بدل منفعته اذا لم يسلم المؤجر الدار الى الاجير - مثلاً - .
(أو عملاً) بأن يعطى قيمة العمل ، كما اذا استأجر الاجير فضمن الضامن عمله، فاذا لم يعمل اعطاه قيمة العمل مثلاً .

والظاهر ان الاول : معنى لغوى يستعمله العرف العام أيضاً .
أما الثاني: فهو اصطلاح فقهي، فالمراد بالضمان المقسم في كلام المصنف أعم منهما ، وكلاهما حقيقة فلا مجاز في البين .

وهو المقصود من هذا الفصل ويشترط فيه امور :
 أحدها: الايجاب ويكفي فيه كل لفظ دال بل يكفي الفعل الدال
 ولو بضميمة القرائن على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.
 الثاني: القبول من المضمون له

وبذلك يظهر لك وجه النظر في كلام جملة منهم (وهو المقصود من هذا
 الفصل) ولذا عرفه محكى المبسوط والوسيلة بأنه اثبات مال في الذمة بعقد .
 أقول : وسيأتى الكلام في صحة المعاطاة فيه، فالمراد بالعقد، أما الاعم ،
 أو على سبيل المثال، أو هو عند من لا يرى المعاطاة فيه .
 (ويشترط فيه امور :)

(أحدها: الايجاب ويكفي فيه كل لفظ دال) أما اشتراط الايجاب فلانه حتى يتحقق
 العقد وبدون ذلك لا يكون عقد حتى يكون وفاء به، وأما كفاية كل لفظ فإطلاق
 دليل العقد ودليل الضمان بعد عدم دليل على الخصوصية، ولذا قال: (بل يكفي
 الفعل الدال ولو) كانت الدلالة (بضميمة القرائن) الحالية أو المقالمة الدالة
 (على التعهد والالتزام بما على غيره من المال) فإن الفعل له الدلالة بواسطة
 القرائن على انشاء العنوان، فيشمله الدليل، كما اذا سأل الدائن من يضمن الدائن
 فأشار الضامن برأسه بالايجاب .

ومنه يظهر، صحة ذلك بالكتابة كما ذكره بعض المعلقين، أما قول السيدين
 البروجردى والجمال، واللفظ للاول لو وجد فعل دال على ذلك على حد دلالة
 الالفاظ الدالة عليه، لكن الظاهر انه مجرد فرض، وتبعه بعض آخر، فلم يظهر
 وجهه، ولذا سكت على المتن السيد ابن العم، وأيده السيد الحكيم .

(الثاني: القبول من المضمون له) اذ ليس الضمان من الايقاعات عرفاً

ويكفى فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل وعلى هذا يكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول كذا ذكره ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة بل يكفى رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً كما عن الايضاح والاردبيلي

حتى يكون امضاء الشارع للضمان موجباً لكفاية الايجاب، بل هو من العقود فاللازم فيه القبول، هذا بالاضافة الى ان صحة ذلك بدون قبول المضمون له تصرف فى أموال الناس وهو خلاف الناس مسلطون على أموالهم، الذي دل عليه النص والفتوى .

(ويكفى فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل) لما تقدم في الايجاب وقد سبق في بعض المباحث ما يفيد انه لا دليل على كون الضامن موجباً والمضمون له قابلاً، بل يمكن العكس .

(وعلى هذا يكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول كذا ذكره) المحققان والعلامة والشهيدان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد ان الضمان عقد اجماعاً .

(ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة) أو الجائزة كالمضاربة .

(بل يكفى رضى المضمون له سابقاً) على الضمان (أو لاحقاً) أو مقارناً، اذ لا خصوصية للسابق واللاحق (كما عن الايضاح والاردبيلي) اختياره، بل يظهر من الشيخ في الخلاف عدم لزوم رضى المضمون له فضلاً عن قبوله، واحتج على ذلك بضممان أمير المؤمنين عليه السلام، وأبي قتادة دين الميت، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن رضى المضمون له .

أقول : وقد اوردهما في الخلاف .

وروى درر المثالي - كما في المستدرک - عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان لا يصلي على رجل عليه دين فأتى بجنازة فقال صلى الله عليه وآله وسلم : على صاحبكم دين ، فقالوا : نعم ديناران ، فقال (ص) صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة : هما علي يارسول الله ؟ قال : فصلى عليه ، قال : فلما فتح الله على رسوله قال : انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك ديناً فعلي .

وروي أيضاً ، عن أبي سعيد المخدرى قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في جنازة فلما وضعت ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم ، درهمان ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم : صلوا على صاحبكم ، فقال علي عليه السلام : هما علي يارسول الله ، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فصلى عليه ، ثم أقبل على علي عليه السلام فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك .

وعن الغوالي روايتهما باجمال .

وفي رواية معاوية بن وهب التي رواها الوسائل ، عن الكافي ، قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : ذكر لنا ان رجلا من الانصار مات ، وعليه ديناران فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وقال : صلوا على صاحبكم حتى ضمنهما بعض قرابته ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ذلك الحق - الحديث .

ومثله رواية الصدوق والشيخ .

وقد استدلل الجواهر على الرضا بوقوع الضمان ، بأنه يدل على وقوع الرضا باعتبار ان الضمان عقد مؤلف من الايجاب والقبول ، فالأخبار عنه اخبار

عنه .

أقول: كما انه لو قال : وقع النكاح ، أو البيع ، دل على الرضا من جانب القابل ، لكن فيه ان احتياج الضمان الى الرضا أول الكلام ، فالاستدلال بالضمان عليه أشبه بالمصادرة ، اللهم الا ان يقال : ان الجواهر استند في ذلك الى صحيح عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ، فقال عليه السلام : اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت .

فانه يدل على ان لاضمان الا بالرضا من الغريم ، لانه ضمان ، لكن بدون الرضا حتى يؤيد استدلال الشيخ فما في المستمسك من ان ظاهر اشتراط الرضا في الجواب ، انه أمر زائد على الضمان ، وانه يتحقق ، وان لم يرض المضمون له . وعلى هذا ، فوقع الضمان لا يدل على الرضا ولا على القبول ، غير ظاهر الوجه ، فان المتفاهم عرف أن مثل هذا الشرط انه من باب تحقق الموضوع فهو مثل ان يقال : ما تقول : فى من تزوج امرأة ؟ فقال : اذا رضيت لأبأس و نحوه شائع .

أما ما ذكره المستمسك ، من ان عدم سؤال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عن رضى المضمون له فيه ان عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا كما هو ظاهر ، اذ من الجائز اطلاعه صلى الله عليه وآله وسلم على حصول الرضا فلم يسأل عنه ، ولذلك قيل انه قضية في واقعة لاعموم فيها .

ففيه : ان المنصرف من الروايتين عدم حضور الدائن ، فهما مثل مارواه الكليني ، عن فضيل وعبيد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لما حضر محمد بن اسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم : قد عرفتهم قرابتي و منزلتي

ولا يعتبر القبول العقدي بل عن القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال
ويمكن استظهاره من قضية الميتم المديون الذي امتنع النبي صلى الله
عليه وآله وسلم ان يصلي عليه حتى ضمنه علي

منكم وعلي دين فأحب ان تقضوه عنى ، فقال علي بن الحسين عليه السلام :
ثلث دينك علي ، ثم سكت و سكتوا ، فقال علي بن الحسين عليه السلام :
علي دينك كله ، ثم قال علي بن الحسين عليه السلام : اما انه لم يمتنعني ان
اضمنه أولاً ، الا كراهة ان يقولوا سبقنا .
مما ظاهره ان المديون لم يكن حاضراً .

وكيف كان ، حيث ان الصحيح يستفاد منه اشتراط الرضا لابد و ان يحمله
غيره مما دل على عدم اشتراط الرضا على غير الضمان اللازم ، أي العرفي منه
ممامهم المديون ان يتحملة انسان ولما يعلم الدائن بأن ماله لا يتلف يرضى غالباً
لان المهم عنده المال ، لانه من العقد الناقل لذمة المديون الى الضامن ، وانه
لازم على الضامن الوفاء ، لانه بدون الرضا من الطرف الاخر ، لا دليل على
لزومه ، فهو وعد يستحب وفائه مثله مثل ما اذا قال انسان علي بناء هذا المسجد
وما أشبه ذلك .

(و) حيث ثبت اشتراط الرضا نقول: يأتي الكلام في الاحتياج الى القبول
علاوة على الرضا ، فقد ذكر الايضاح والاردبيلي انه (لا يعتبر القبول العقدي)
وكأنه للاصل بعد عدم دليل عليه (بل عن القواعد و في اشتراط قبوله احتمال)
مما يدل على احتمال عدم شرطه ، بل انه أقوى بنظره .

(ويمكن استظهاره) أي عدم اشتراط القبول (من قضية الميتم المديون
الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يصلي عليه حتى ضمنه علي

عليه السلام وعلى هذا فلا

عليه السلام) وبهذا تكون أدلة القائل بعدم اشتراط القبول الاصل و القضية كما ان اشتراط دليله الاجماع المتقدم من جامع المقاصد على انه عقد و دليل سلطنة الناس ، فان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن - وهو مال المضمون له - خلاف سلطنته فالتناس مسلطون يمنع من ذلك ، ولذا قال جامع المقاصد: لان المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه، وعليه فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، والاقرب الاشتراط، لان الاصل لايقاوم الدليل ، والقضية لا دلالة فيها على انها من الضمان المصطلح فهي مثل ما اذا امتنع شخص من تزويج بنته لزيد بحجة انه لا يملك داراً فتقول انت: انا أبيع الدار ، لان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يصل من جهة عدم سد الدين وبضمان علي عليه السلام، كان للدين أداء، وهذا هو المفهوم عرفاً من القضيتين.

(وعلى هذا فـ) العمدة في الدليل قاعدة السلطنة.

(لا) يقال : كما يمكن في الخارج نقل ملك زيد كأمواله بدون رضاه من مكان الى مكان كذلك يمكن في الذمة .

لانه يقال : قاعدة السلطنة تبين عدم التسلط التشريعي فلا يقاس بالتسلط التكويني ، فحال قاعدة السلطنة حال سائر الواجبات والمحرمات ، حيث اللزوم والمحذور في العمل شرعاً لا تكوينياً فيمكن اتخاذ المحارم زوجة تكوينياً ولكنه لا يمكن شرعاً، الى غير ذلك .

و بهذا تبين ، انه لامجال للاستدلال باصالة عدم تسلط المضمون له على

يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاته وسائر ما يعتبر في قبولها وأما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه اذ يصح الضمان التبرعى

منع الضامن من النقل اذ لا وجه لهذا الاصل بعد اطلاق دليل السلطنة .
وعليه (يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاته وسائر ما يعتبر في قبولها) لان الادلة الدالة على تلك الامور مطلقة شاملة لكل عقد ، ومنها هذا العقد .

نعم ، قد تقدم احتمال صحة ان يكون كل منهما موجباً ، فلا يختص الايجاب بالضامن فربما ينقله الضامن ويقبله المضمون له ، وربما ينقله المضمون له الى ذمة الضامن ، ويقبله الضامن ، وان كان ظاهرهم كون الموجب هو الضامن .

(واما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه) كما هو المشهور ، بل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه (اذ يصح الضمان التبرعى) وان كان ربما يستشكل على ذلك لولا الاجماع بأن [اذ] ليس دليلاً شرعياً ، بل هو شبه المصادرة ، بينما مقتضى الدليل الاولي عدم الصحة الا برضاه حيث انه تصرف في ذمة المضمون عنه ، فهو خلاف سلطنة الناس على أنفسهم ، فكما لا يصح ان يملأ الانسان ذمة الغير بدون رضاه كذلك لا يصح ان يفرغ ذمة الغير بدون رضاه ، اللهم الا ان يقال: ان الافراغ ليس تصرفاً ، ولذا يصح ابرائه بدون رضاه بل مع كرهه وعدم ارادته ويؤيده ما تقدم من الروايات الظاهرة في عدم تحصيل رضى المضمون عنه عند الضمان ، وان كانت تلك الروايات في الميت الا ان ذمته كانت مشغولة ، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم : وفك رهانك كما

فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه كما اذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً.

فككت رهان أحيك .

(فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه) و قد ورد في بعض الروايات اعطاء الزكاة عن الغير، كما ورد الحجج عن الميت. (و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء) لدين الغير (أو الضمان عنه ضرراً عليه) مثلاً: المديون لا يأخذ منه الظالم الضريبة.

أما اذا لم يكن مديوناً أخذ منه ضريبة باهضة (أو حرجاً) وهو نفسى غالباً ولذا قال: (من حيث كون تبرع هذا الشخص) أو أي شخص (لوفاء دينه منافياً لشأنه) عرفاً أو يزعم هو كذلك بما يسبب حرجاً نفسياً عليه .

(كما اذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً) حيث يقع في حرج نفسي ، فدليل لا ضرر ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ، يقف دون صحة الوفاء، بل والابراء، وكذلك الضمان عنه، اذ لو صحح تلك الامور كان قد جعل الضرر والحرج . وبذلك يظهر ، ان ما ذكره بعض المعلمين من انه يصح الضمان وان استلزم ضرراً و حرجاً غير ظاهر الوجه الا ان يقال: ان دليلهما لا يشمل مثل ذلك، كما لا يشمل مثل ما اذا فتح انسان دكاناً قبلاً وكان انسان آخر حيث ذهب بعض المشتريين الى دكان الثاني ، أو كان حرجاً نفسياً على الاول، فان دليل الضرر والحرج لا يشمل مثل ذلك حتى يقال : بأن اجازة الشارع فتح الدكان الثاني منافيه لدليلهما، فاللازم عدم جواز فتحه، اذ

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبي، وان كان مرهقاً، بل وان اذن له الولي على اشكال

يقال في جوابه: ان دليلهما منصرف عن مثل ذلك.

هذا ولكن لا يخفى ما في هذه المقايضة، اذ عمل الضامن والمعطي تصرف في الغير بافراغ ذمته، فالدليلان شاملان لذلك بخلاف مثل فتح الدكان، فما ذكره الماتن، وسكت عليه غالب المعلقين، كالسادة ابن العم والبروجردى وجمال، وأيده المستمسك هو الاوفق بالقواعد.

(الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبي، وان كان مرهقاً) بلا اشكال ولا خلاف عندهم، بل دعوى الاجماع عليه مستفيضة، وذلك لما دل على قصور الصبي عن التصرف في ماله.

قال سبحانه: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم».

وقال عليه السلام: لا يجوز أمر الغلام الى غير ذلك مما ذكره في [كتاب الحجر] وحيث لا يصح له التصرف في ماله لا يصح له التصرف في ذمته مثل الضمان والاشتراء نسيئة وما أشبه ذلك.

(بل وان اذن له الولي) كما صرح بذلك غير واحد، وذلك لانه نوع تصرف في المال، فيشملة أدلة المنع واذن الولي لا يجعل غير القابل قابلاً، بل شمول حق الولاية لمثل ذلك غير ظاهر كعدم شموله بالنسبة الى المجنون (على اشكال) وقد سكت عليه غالب المعلقين.

وقال في المستمسك: لانصراف أدلة المنع عن نفوذ تصرفه عن صورة اذن الولي، بل لعل قوله تعالى: «وابتلوا اليتامى» ظاهر في صحة تصرفه بأذن

ولا ضمان المجنون الا اذا كان ادوارياً في دور افاقته وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً

الولي .

وكذا رواية السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن كسب الاماء ، فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه ان لم يجد سرق - انتهى .

ويؤيده ما ذكرناه في باب المكاسب من أن ظاهر الآية يقتضي جواز كسب الصغير مع كراهة اذا كان مميزاً، وكان باذن الولي كما اختار الكراهة الشرائع فلا مانع من ذلك في المقام أيضاً لانهما من واحد والمميز ليس كالصغير المسلوب عبارته حتى يكون كالمجنون ، وتفصيل الكلام هناك .

(ولا ضمان المجنون) بلا اشكال ولا خلاف ، بل دعاوى الاجماع عليه مستفيضة ، وحيث انه مسلوب العبارة عند العقلاء لم يكن كالمميز في اعتبار ضمانه باذن الولي ، اذ لا يدخل ايقاعه في الادلة العامة ، ومن أقسام الجنون العته ، وكذا حال النائم والسكران الذي لا يشعر ، ومن أشبههما .

أما صحة نكاح السكرى ، فقد عرفت الكلام فيه في [كتاب النكاح] (الا اذا كان ادوارياً في دور افاقته) حيث انه عاقل حينئذ ، فتشمله الادلة ، ولم اجد هنا من أشكل فيه ، وان كان بعضهم أشكل في بعض معاملات الادوارى حال الافاقة من جهة عدم الاطمينان بعقله أو ما أشبهه ، مما قد فصلناه مع رده هناك .

(و كذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً) حيث قد تقدم اعتبار رضاه ، بل كونه طرف العقد ، ومن المعلوم انه لا اعتبار برضى وعقد غير البالغ الا

وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً
 نعم لا ينفع اذنهما في جواز الرجوع بالعوض .
 الرابع : كونه مختاراً فلا يصح ضمان المكره .

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

(وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك) رضاه وعقده ، لما تقدم من انه
 ليس طرف عقد الضمان، ولا دخل لرضاه في الضمان .

نعم، ما استثناه سابقاً يأتي هنا مثل ما اذا كان ضرراً عليهما أو منافياً لشرفيهما
 (فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً) .

(نعم ، لا ينفع اذنهما في جواز الرجوع بالعوض) لما تقدم من عدم
 سلطنتهما فلا اعتبار باذنهما حتى يحق للضامن الرجوع اليهما - على ما يأتي
 تفصيل الكلام في الرجوع - .

(الرابع : كونه) أى الضامن (مختاراً) في ضمانه (فلا يصح ضمان المكره)
 كما ذكره غير واحد ، بل عليه الاجماع منهم لحديث نفي الاكراه المستفاد
 منه عدم صحة العقد الواقع عن اكراه وقد ذكر تفصيل الكلام في رفع الاكراه
 للعقد في [كتاب المكاسب] لكن حيث انه امتنان، ويكفي فيه رفع اللزوم كان
 مقتضى القاعدة الصحة اذا رضى بعد ذلك، ويؤيده قوله عليه السلام: لم يعص
 الله، وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز . وغيرهما مما فصل الكلام فيه هناك .

ومنه يعلم، اشتراط ان لا يكون المضمون مكرهاً ، أما المضمون عنه فلا
 الا اذا كان من الاستثناء المتقدم فيه ولو زعم الاكراه ولم يكن كان بحكم
 الاكراه، ولو زعم عدم الاكراه وكان فهو بحكم عدم الاكراه لانه في الاول لم

الخامس : عدم كونه محجوراً لسفه الا باذن الولي وكذا المضمون له ولا بأس بكون الضامن مفلساً فان ضمانه نظير اقتراضه وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً

يصدر عن رضى، وفي الثاني صدر عنه والرضى وجوداً وعدمياً هو المعيار. (الخامس: عدم كونه) أى الضامن (محجوراً لسفه) أو عته أو ما أشبهه، لما دل على حصرهم المانع عن صحة تصرفهم، والضمان تصرف فى المال، وان فرض ان وقت الاداء يرتفع الحجر، لان الاعتبار بحال العقد لا حال الانجاز (الا باذن الولي) حيث ان السفه ونحوه ليس مسلوب العبارة كالمجنون فاذن الولي كاف في الصحة كما في سائر معاملات.

(وكذا المضمون له) لما تقدم من اعتبار رضاه و عقده والحجر لا يدع مجالاً للرضا حتى ينقل وللعقد حتى يصح .

(ولا بأس بكون الضامن مفلساً) اذ الممنوع فى المفلس تصرفه فى ماله، لا فى ذمته والضمان تصرف فى الذمة لافى المال (فان ضمانه نظير اقتراضه) ونظير اجارة نفسه للعمل، حيث ان اطلاق ادلتهما يشمل الاقتراض والاجارة، كما يشمل الصلح والمزارعة والمساقاة والمضاربة، وقد تقدم فى تلك الكتب الاشارة الى ذلك .

(واما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً) فان المفلس لا يتمكن من تصرف مالي، والمضمون له يتصرف تصرفاً مالياً حيث يعقد عقداً مع الضامن بأن يدفع الضامن المال عن المضمون عنه الى المضمون له فقد نقل المضمون له المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

ولابأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً لكن لا ينفع اذنه في جواز الرجوع عليه .

السادس : أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور لقوله تعالى : « لا يقدر على شيء » ولكن لا يبعد صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق ، كما عن التذكرة والمختلف ونفى القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى ، ودعوى أن المملوك لازمة له ، كما ترى ، ولذا لا اشكال في ضمانه لمتلفاته ، هذا وأما اذا أذن له مولاه فلا اشكال في صحة ضمانه ، وحينئذ فان عين كونه في ذمة نفسه ، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتبع وان أطلق الاذن ففي كونه في ذمة المولى ، أو في كسب المملوك ، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه ، أو كونه متعلقا برقبته وجوه وأقوال أوجهها الاول لانفهامه عرفاً ، كما في اذنه للاستدانة لنفقته ، أو لامر آخر ، وكما في اذنه في التزويج حيث ان المهر والنفقة على مولاه ، ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأن الاستدانة موجبة لمملكته وحيث انه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضمان حيث انه لا ملكية فيه مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية ، وعلى فرضه

(ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً) لانه ليس طرف العقد و

لا الضمان متوقفاً على رضاه - كما سبق - .

(لكن لا ينفع اذنه) اذن المضمون عنه (في جواز الرجوع عليه) لانه

أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي.

السابع: التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان ان أذن لي أبي، أو أنا ضامن ان لم يف المديون الي زمان كذا أو ان لم يف أصلاً بطل على المشهور لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان و

نوع تصرف و قد سبق انه لا حق للمفلس في التصرف في ماله ، لكن ينبغي ان يقيد ذلك بما ذكره السيد البروجردي في تعليقه وتبعه غيره قال: انما لا ينفع اذن المفلس في جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على نصيب المضمون له من امواله، وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب المضمون له وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب اذنه فلا مانع منه .

(السابع : التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان ان أذن لي أبي) ثم اذن له (أو أنا ضامن ان لم يف المديون الي زمان كذا) ثم لم يف الي ذلك الزمان (أو ان لم يف أصلاً) و لم يف حتى مات مثلاً (بطل) الضمان (على المشهور) بل عن تمهيد القواعد الاجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط وعن الرياض [في مسألة ضمان الدين لا مؤجلاً] قال: وربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً، وهو غير جائز عندنا، مما يظهر منه الاجماع في المسألة .

وقال في المستمسك : الظاهر انه من المسلمات التي لا تقبل المناقشة و التأمل ، و قد اختار قول المشهور غير واحد من المعلقين كالسادة ابن العم و البروجردي والجمال وغيرهم .

(لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان) عرفاً، فيتحقق بذلك الموضوع (و

شمول العمومات العامة الادعوى الاجماع فى كل العقود على أن
اللازم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غير تأخير أو دعوى منافاة التعليق
للانشاء

شمول العمومات العامة) فيثبت الحكم ، وقد ذكرنا في كتسابي [المزارعة و
المساقاة] ان الموضوع اذا تحقق فشملة [أوفوا بالعقود] كان أحكام ذلك الموضوع
الخاص مرتبة عليه، لان [أوفوا بالعقود] يقول : أوف بكل عقد بعنوان انه عقد
خاص، لا بعنوان انه عقد عام .

نعم ، اذا لم يكن له عنوان خاص شمله أوفوا بأعتبار انه مطلق العقد فلا
يثبت له أحكام أحد العقود الخاصة ، ولا يقف أمام هذا الدليل .

(الادعوى الاجماع) على ابطال التعليق (في كل العقود) والتي منها
الضمان أو دعوى الاجماع في الضمان بصورة خاصة وقد تقدم وجود الدعويين
فالاجماع مانع عن التعليق فى الضمان بما انه عقد ، وبما انه ضمان أيضاً ، فقد
قام الاجماع .

(على أن اللازم ترتب الاثر عند انشاء العقد من غير تأخير) للاثر عن
المؤثر ، فكيف يمكن ان ينشأ العقد الان ويترتب الاثر عليه في المستقبل عند
حصول الشرط .

(أودعوى منافاة التعليق للانشاء) لان الانشاء ايجاد والتعليق ضد اليجاد ،
فالجمع بينهما كالجمع بين الضدين ، وحيث لا يمكن الجمع لم يحصل الانشاء
فلا عقد .

وبهذا ظهر الفرق بين الدعويين ، فالاولى ناظرة الى تخلف المعلول عن
العلة ، والثانية ناظرة الى الجمع بين المتنافيين .

وفي الثاني ما لا يخفى وفي الاول منع تحققه في المقام وربما يقال:

(وفي الثاني ما لا يخفى) اذ لمنافاة بين الانشاء والتعليق ، فان الانشاء قد يكون مطلقاً ، وقد يكون معلقاً مثلاً - في التكوين - قد يقول الله سبحانه : كن الان وقد يقول : كن غداً ، كما ان في التشريع قد يقول المولى : اضرب الان ، وقد يقول : اضرب غداً ، وأي فرق بين انشاء الضرب وانشاء الضمان ، والمنافاة انما تكون اذا وجد الان ، ولم يوجد الان ، بينما ليس الامر كذلك حيث يعتبر الان وجود الشيء في المستقبل ولذا قال في المستمسك : والشيء في ان المعلق عليه الوجود للمحاذي لا الخارجى ، فالانشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك ، لكنه معلق على أمر ذهنى لمحاذي ، لا على الامر الخارجى الاستقبالي حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق .

أقول : ولذا تصح الانشاءات المعلقة في الاوامر والنواهي .

قال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : اذا وصلت الى مكان كذا فاقرء كتابي وكذلك الحال في الوصية التمليلية والنذر والعهد واليمين المعلق على شرط ، الى غير ذلك .

(وفي الاول منع تحققه) أي التأخير أو الاجماع (في المقام) ان كان المراد [التأخير] فمنعه ، لان الاثر لا يتأخر عن المؤثر اذ المؤثر ايجاده بعد الشرط ، والاثر يكون عند ذلك الوقت ، لان الامور الاعتبارية خفيفة المؤنة ، ومثله في المقولات الخارجية ، لورمى وبعد دقيقة وصل الرمي وقتل الطرف ، فلا يقال : ان الرمي كان قبل دقيقة والقتل بعد دقيقة فكيف أثر المؤثر المتقدم ، الاثر المتأخر ، وان كان المراد [الاجماع] فمنعه ، لانه لا اجماع في المقام ، وان كان اجماع في جملة من العقود والاقرب الى ظاهر عبارة المصنف ارادته منع الاجماع (وربما يقال:

لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال : بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له

لا يجوز تعليق الضمان .

(ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً) ولذا قال في الرياض : انه تأجيل دين حال لاضمان معلق ، وقد تبعه في ذلك الجواهر ، وأشار اليه قبلهما المسالك ، وعليه فالضامن يضمن حالا ، وانما يفى اذا اذن له أبوه ، أو اذا لم يف المديون .

(وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك) لم يظهر وجه عدم المعقولية ، وان سكت على المتن أكثر الاعاظم الذين وجدت تعليقاتهم كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي ، اذ الوفاء شيء غير اشتغال الذمة ، فالاول عمل خارجي والثاني تعهد ذمي ، فقول [يقال] لأبأس به .

لكن يرد عليه انه وان كان صحيحاً ، لكن ليس فيه كلام ، وانما الكلام في تعليق الضمان ، وانه لا دليل على منعه من عقل ، أو شرع وكان الاولى بالمستمسك ان يستشكل على الماتن بما ذكرناه لابما ذكره بقوله : اشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة ، فان الدين فيها مضمون في الذمة حالا ، والوفاء مؤجل ، وسيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالا ومؤجلا وهو اجماعى - انتهى . (نعم في المثال الثاني) انا ضامن ان لم يف المديون (يمكن أن يقال : بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له) لكن يرد عليه أولاً : انه خلاف ظاهر العبارة فانها مشتملة على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء .

لانه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الاعيان المضمونة اذ حقيقته قضية تعليقية الا أن يقال : بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدى .

وثانياً : ان سلم انه صرح بذلك ، يرد عليه ان مثل هذا الضمان يكون من ضم ذمة الى ذمة ، وقد تقدم انه لا يصح على اصولنا ، اذ الضمان عندنا نقل الذمة لاضم الذمة .

وثالثاً : انه بعد تسليم عدم تعلق التفكيك بين التعليقين كيف يمكن التفكيك فى هذا المثال ، ولذا أشكل على المتن السادة الحكيم والبروجردى والجمال وغيرهم ببعض ما ذكرناه .

وبذلك يظهر وجه النظر فى قوله : (لانه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الاعيان المضمونة اذ حقيقته) أي حقيقة الضمان فى الاعيان المضمونة (قضية تعليقية) فهو مثل ان يقول : المودع للوعى اذ اتلف فانت ضامن ، أو يقول المالك للمستعير : اذا تلف فانت ضامن فكما يصح فيهما تعليق الضمان بالتلف ولأمانع كذلك المقام .

(الأأن يقال : بالفرق بين الضمان العقدي) الذي هو مانحن فيه فلا يصح فيه التعليق (والضمان اليدى) كالمثالين فيصح فيه التعليق وجه الفرق ان الضمان العقدي انشائى ، وقد تقدم عدم معقولية التعليق فى الانشاء - كما ذكرنا - بخلاف الضمان اليدى فهو حكم شرعى غير انشائى اذ الشارع حكم بقاعدة اليد بالضمان لمن وضع اليد على مال الغير بلزوم اعطائه المثل أو القيمة لدى المتلف ، لكنه رفع الضمان فى الوديعة والعارية ، الامع التفريط اذا اطلقنا بأن عقدا العارية والوديعة بدون شرط .

الثامن : كون الدين الذي يضمه ثابتاً في ذمة المضمون عنه سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين

أمام الشرط فيرجع الأمر إلى قاعدة اليد، وعليه فليس الضمان فيهما انشأً بل جعلاً من الشارع ، وعليه فلا مجال لقوله: [لانه يصدق] اذ الصدق العرفي المسامحي لا يوجب صحة المستحيل الذي هو تعليق الانشاء - على فرض استحالته كما هو مبني المصنف [ره] - .

ثم انك قد عرفت صحة التعليق في الانشاء، والاجماع على منعه مناقش فيه صغرى وكبرى، فمقتضى الصناعة صحته، هذا بالإضافة الى انه يمكن تصحيح ما أفاده [قدس سره] بأن معنى هذا الضمان التعليقي هو بمعنى تعهد مافي ذمة الغير فيشملة [أوفوا بالعقود] لابعنى الثبوت في الذمة، فما ذكره [ره] قسم آخر من الضمان، وعليه فالضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس معناه النقل الى الذمة ليرجع الأمر الى تعليق الضمان ، بل هو بمعنى تعهد مافي ذمة الغير، فمثله مثل تعهد العين الخارجية، و عليه فلا تعليق في الضمان حقيقة، بل الضمان فعلي وأثره الانتقال الى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون ، كما ان الحال كذلك في ضمان العين الخارجية على تقدير تلفها فهو يضمن الان وأثره الانتقال الى الذمة باعطاء: مثل العين، أو قيمته على تقدير تلف العين الخارجية مثلاً: وحيث ان الضمان بهذا المعنى أمر عقلائي لم يردع عنه الشرع صرح، ولزم اذا بنيا عليه من باب : [أوفوا بالعقود] ونحوه ، لما عرفت مكرراً من شموله لمثل ذلك.

(الثامن : كون الدين الذي يضمه ثابتاً في ذمة المضمون عنه) كما ذكره المشهور، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه (سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين

في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخيارى كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض و كالمهر قبل الدخول ونحو ذلك

في البيع الذي لا خيار فيه) والصلح وغير ذلك (أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخيارى) وكل دين متزلزل (كما إذا ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشتري) كلياً في الذمة .

أما قوله: (أو المبيع الشخصي قبل القبض و كالمهر قبل الدخول ونحو ذلك) فالظاهر انه أراد المثال بالشخصي ، والا فالمبيع الشخصي والمهر الشخصي ونحوهما ليس من المقسم الذي هو قوله: [كون الدين] فان العين الخارجية ليست ديناً ، وقد تبع في ذلك الشرائع والقواعد وغيرهما ، قال الاول الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة ، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع - انتهى .

ولذا قال المستمسك : المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة يعني بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله اتماماً .

[أقول : كما صوره الشيخ المرتضى [ره] جمعاً بين الدليلين] وليس مضموناً بضمان اليد فلا يكون مضموناً في ذمة البائع والضمان بهذا المعنى حكم شرعي لا يقبل الاسقاط ، ولا يمكن نقله الى غيره بضمانه ، وذلك يختص بالضمان باليد ، نعم اذا أتلفه البائع كان ضامناً له ، لكنه بالاتلاف لا باليد - انتهى .

نعم ، يصح المهر مثلاً اذا كان كلياً في الذمة ، أما اذا كان شخصياً أو كلياً في

فلو قال : اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن أوبعه نسيئة وأنا ضامن لم يصح على المشهور ، بل عن التذكرة الاجماع قال : لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو على لم يصح اجماعاً، ولكن ماذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الاتية

المعين أو مشاعاً فليس ذلك من أمثلة المقام .

ومما تقدم يظهر حال الاجرة الكلية سواء في اجارة الاعيان أو الاشخاص وغيرهما، وعلى ما ذكرناه من لزوم كونه ديناً في ذمة المضمون عنه:

(فلو قال : اقرض فلاناً كذا وأنا ضامن أوبعه نسيئة وأنا ضامن) أوبعه سلفاً وانا ضامن أو ما شبه ذلك، مما لم يثبت في الذمة بعد (لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الاجماع) بل هو مقتضى نفي الخلاف في المبسوط ، كما يظهر من عبارة مفتاح الكرامة في شرح هذا الشرط من القواعد .

(قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو علي لم يصح اجماعاً) أقول: ان تم الاجماع المذكور يلزم ان يقال: انه لو كان المعطي مغروراً كان له الرجوع الى غاره، لامن باب الضمان، بل من باب الغرور، أو من باب انه معاملة جديدة فيشملة : [أوفوا بالعقود] .

(ولكن ماذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الاتية) كما سيأتي في المسألة السابعة والثامنة والثلاثين ، وكأنه أخذه من السيد العاملي [ره] حيث قال : وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة وضمان العهدة ونقصان الصنجة وغير ذلك، فهي أمامستثناة أو الشرط أغلبي .

ويمكن ان يقال: بالصحة اذا حصل المقتضى للثبوت، وان لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان وشمول العمومات العامة

(ويمكن ان يقال: بالصحة اذا حصل المقتضى للثبوت) كما اذا ضمن نفقة زوجة زيد بعد الزواج ، حيث ان المقتضى موجود (وان) لم يأت بعد وقت وجوب النفقة و (لم يثبت فعلاً) حين الضمان (بل مطلقاً) وان لم يكن المقتضى موجوداً وقت الضمان ، كما اذا امتنعت المرأة عن قبول فلان زوجاً لاعتقادها انه لا يدفع المهر أو النفقة، فضمن انسان لها ذلك، أو امتنع عن عقد الاجارة، أو البيع بزعم عدم اعطاء المستأجر والمشتري وجه الاجارة والثلث فضمنهما ، حيث يصح الضمان، وان لم يثبت المقتضى أصلاً، وانما يصح الضمان .
(لصدق الضمان) عرفاً مما يحقق الموضوع ، فيشمله اطلاقات أدلة الضمان .

مثل مارواه حسن بن خالد، فيمارواه الكليني، والشيخ قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال .

فانه شامل لمثل أكل المشتري والزوج والمستأجر المال - كما تقدم في الامثلة المتقدمة - .

ومثل مارويه عن عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه؟ قال: ليس له الا الذي صالح عليه .

(وشمول العمومات العامة) مثل : [أوفوا بالعقود] و [تجارة عن تراض] بعد ان عرفت انها شاملة لغير العقود المصطلحة أيضاً .

وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً .

التاسع : أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الاعم حيث قالوا انه بمعنى التعهد بمال أو نفس فالثانى الكفالة والاول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة ، وان لم يكن فضمام بالمعنى الاخص

(وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم) لما عرفت من انه تضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له ، والمفروض انه ليس فى المقام ذمة مشغولة .

(بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً) بتقريب ان المراد [بالمال الذي على المضمون عنه] اعم من المال الذي عليه الان أو عليه فى المستقبل ، سواء كان له مقتضى الان أو لم يحصل بل مقتضيه فى المستقبل ، ولذا يسمى بضمام مالم يجب . لكن لا يخفى ان دخوله فى التعريف خلاف ظواهرهم ، بل تصريحاتهم ، فهو ضمانة بالمعنى اللغوي والعرفي ، ويشمله دليل الضمان ، والادلة العامة .

(التاسع : أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الاعم) من الكفالة والحوالة والضمام بالمعنى الاخص (حيث قالوا انه) الضمان بالمعنى الاعم (بمعنى التعهد بمال أو نفس فالثانى الكفالة والاول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة ، وان لم يكن فضمام بالمعنى الاخص) المعنون فى [كتاب الضمان] قال فى الشرائع : هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس ، والتعهد بالمال قد

ولكن لادليل على هذا الشرط فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً فان كان باذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان والا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً

يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثة أقسام .
وقال في الجواهر: التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الاخص الذي يدخل فيه ضمان الاعيان، بناءً عليه ،
وممن عليه له مال وهي الحوالة - انتهى .
ومثله قال غيرهما كالقواعد وشرحه .

(ولكن لادليل على هذا الشرط) كما لادليل على عدم صحة الحوالة على البرى ، كما ذكره المسالك والجواهر ، فانه بعد صدق عنوان الضمان على فاقد هذا الشرط، وعدم وجود دليل خاص عليه لوجه لاشتراطه، فيشملة دليل الضمان وعمومات الوفاء بالعقد .

(فاذا ضمن) الضامن (للمضمون عنه بمثل ماله) للمضمون عنه (عليه) على الضامن (يكون ضماناً) عرفياً وشرعياً له أحكامه (فان كان) ضمانه عنه (بإذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان) لان أحدهما لا يطلب شيئاً من الاخر والتهاثر أمر عرفي لم يردع عنه الشارع، ولو بزيادة شرطاً أو ما أشبهه، فلا يقال: ان التهاثر خلاف الاصل .

(والا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه) على الضامن للاصل بعد عدم ادائه، وعدم صلاحية ضمانه وعطائه لاسقاطه، اذ لادليل على الاسقاط .

(وتفرغ ذمته) ذمة المضمون عنه (مما عليه بضمان الضامن تبرعاً) اذا لم

وليس من الحوالة لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة ومع الاغماض عن ذلك غاية مايكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين

يكن من الموارد التي يشترط الضمان فيها برضى المضمون عنه كما تقدم .

(وليس) هذا (من الحوالة لان المضمون عنه على التقديرين) تقدير اذنه وتقدير عدم اذنه (لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة) لوضوح ان الحوالة لا تتحقق الا بالاحالة .

(ومع الاغماض عن ذلك) بأن قيل بصدق الحوالة ، وان لم يحل المضمون عنه دائنه على الضامن (غاية مايكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين) عنوان الحوالة وعنوان الضمان كما ذكره المسالك وغيره فلا حاجة الى هذا الشرط التاسع في الضمان ليفترق عن الحوالة في المورد المذكور ، قال في المستمسك : والذي يتحصل الاشكال على الاصحاب من وجوه .

الاول: ان الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل ، بل تصح على البريء على قول يأتي .

الثاني : الضمان لا يختص بالبريء ، فانه لادليل على ذلك ، والعمومات تنفيه فيصح من المديون .

الثالث : ان الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم ، فان الحوالة متقومة بالمحيل والمحال ، بل والمحال عليه ، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له ، ولا يتوقف على رضى المضمون عنه ، فالمتصدي في الضمان الضامن ، والمضمون له تابع له والمضمون عنه اجنبي عنه ، والمتصدي في الحوالة المحيل والمحال ، والمحال عليه تابعان له ، فالفرق بين الحوالة والضمان في المفهوم

فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً .
 العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن

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

أقول : وجه التبعية لهما في الحوالة ، ولا حدهما في الضمان ان في الحوالة انسان يرسل شخصاً على شخص ليأخذ منه المال ، فالمرسول والمرسول اليه يلزم رضاهما ، والا فالمرسول لا يذهب والمرسول اليه لا يقبل ، بخلاف الضمان ، فانه يضمن للدائن ، فاللازم قبول الدائن ، و لا ربط للامر بالمديون - الا فيما كان عسراً ونحوه للمديون كما تقدم - فأصل مفهوم الحوالة يخالف مفهوم الضمان ، لان المفهوم الواحد يختلف حدوده في هذا عن ذلك ليكون مثل النقد والنسيئة حيث كلاهما يبيع الا ان حد أحدهما التعاطي الان ، وحد الاخر اعطاء أحدهما الان واعطاء الاخر بعد مدة .

ثم على تقدير ان يكون الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم ، لا في حدود مفهوم واحد ، فقد يقصد المتصدى هذا المفهوم ، وقد يقصد المفهوم الاخر ، وان كانت النتيجة واحدة ، فقوله داخلاً في كلا العنوانين ان أراد امكان تطبيق كليهما عليه باعتبار قصده لهذا تارة ولذلك اخرى لم يكن به بأس ، وان أراد الصدوق الخارجي في وقت واحد منع ذلك ، اذ كيف يجتمع مفهومان متنافيان على مصداق واحد .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: (فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً) بل اللازم ان يترتب عليه آثار ما قصده المتصدى من الضمان أو الحوالة ، ولذا أشكل عليه [ره] جملة من المعلقين .

(العاشر : امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن

على وجه يصح معه القصد الى الضمان ويكفي التميز الواقعي وان لم يعلمه الضامن فالضر هو الابهام والترديد

على وجه يصح معه القصد الى الضمان) اذ بدون ذلك لا قصد فلا عقد فان العقود تتبع القصود ، أما الاستدلال على ذلك بلا خلاف فيرد عليه ان جملة من الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الشرط ، كما ان لا خلاف لا يكون مستنداً ، فالمهم صدق الضمان عرفاً وقصده ، اذ مع عدم الصدق لا ضمان ، ومع عدم القصد لا يتحقق [عقود كم] المستفاد من [أوفوا بالعقود] .

(و يكفي التميز الواقعي وان لم يعلمه الضامن) اذ لا دليل على غير ذلك بعد شمول العمومات لما كان متميزاً واقعاً وان لم يعلمه الضامن .
وعليه (فالضر هو الابهام والترديد) وقد استدل له في المستمسك بأن المبهم لا خارجية له فلا ينطبق على فرد بعينه فلا يترتب عليه الاثر ، لان الاثر للموجود المتعين الخارجي دون غيره - انتهى .

لكن يمكن ان يقال ان قوله: [فالضر] غير مترتب على ما ذكره من الدليل على هذا الشرط بقوله: [على وجه] اذ المهم كما عرفت الصدق والقصد ، و ليس الابهام والترديد مما يضر ذلك دائماً ، وما استدل به المستمسك غير ظاهر فان المردد لا خارجية له بعنوان فرد خاص لا بعنوان الجامع ، وعنوان الجامع كاف في الصدق والقصد ، و لذا يصح ان يوصى لزيد بأحد الشئيين ، أو بان يعمل له أحد العاملين ، كما يصح بيع الكلي والكسر المشاع وما أشبه ذلك مع انه لا خارجية له وحتى الكلي في المعين لا خارجية له ، فان الشيء ما لم يتشخص لم يوجد .

و على هذا ، يشكل الفروع التي فرعها على الدليل المتقدم ، أي [على

فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد مع فرض تحقق الدينين ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لو واحد ولا ضمان دين لآحد الشخصين ولو على واحد ولو قال ضمننت الدين الذى على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر وأوالدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح لأنه متعين واقعاً

وجه الخ .

كقوله : (فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه التردد مع فرض تحقق الدينين) فأى ممانع من الصحة بعد شمول الاطلاق له وقصده ، حيث انه أمر عقلائي ، فلو طلب منه مناً من العنطة ومناً من الشعير فضمن أحدهما كلف باعطاء أحدهما ، ولا محذور فيه عقلا وشرعاً لتوفر الموضوع - أي الضمان عرفاً - وقصده حين العقد .

و منه يعلم وجه النظر في قوله : (ولا ضمان دين أحد الشخصين و لو لو واحد) بل ولو لآثنين (ولا ضمان دين لآحد الشخصين ولو على واحد) بل ولو على آثنين ، بل ويصح ضمان أحد الشخصين بأن يقول زيد وعمرو : ان أحدنا يضمن دين زيد على عمرو ، فيكون كالواجب الكفائي ان قام به أحدهما سقط عن الآخر والا لزم أحدهما به ، وكل اشكال يمكن ايراده على ذلك يجاب عنه بما يجاب به عن الاشكال على الواجب الكفائي هذا ومع ذلك فالمسألة بحاجة الى تأمل أكثر .

(ولو قال ضمننت الدين الذى على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمر) صح حتى بناءً على الشرط المذكور (أو الدين الذى لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح لأنه متعين واقعاً) وقد قصده مما تم به العقد والقصد .

وكذا لو قال ضمنت لك كلما كان لك على الناس أو قال ضمنت
عني كلما كان عليك لكل من كان من الناس ومن الغريب ما عن
بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف
والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما

ومنه يعلم ، صحة ان يقول زيد وعمرو ضمن أحدهما الاكبر سنأ دين بكر
على خالد بعد كونه متعيناً واقعاً ، ولو لم يمكن كشف الواقع في الفروع الثلاثة
كان اللازم اجراء قاعدة العدل أو القرعة ، وقد تقدم في بعض المباحث السابقة
ان العدل مقدم على القرعة - في المايات - لان قاعدة العدل لاتدع اشكالا
حتى يتحقق موضوع القرعة ، على تأمل .

(وكذا لو قال ضمنت لك كلما كان لك على الناس) أو على أحد هذين
(أو قال ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس) أو ما كان عليك
لاحد هذين ، الى غير ذلك من الامثلة .

(و) مما تقدم من صدق الضمان وقصده يظهر انه (من الغريب ما عن بعضهم)
كالمبسوط والمفاتيح وغيرهما (من اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون
له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما) وان لم تكن معرفة شخصية .
قال في محكي المبسوط: يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل
المعاملة أم لا؟ ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر ومعرفة المضمون عنه لينظر، هل
يستحق ذلك أم لا؟ وأضاف في المفاتيح انه لولا المعرفة كان ضرراً أيضاً ،
وعن المختلف اشترط معرفة المضمون عنه دون المضمون له ، خلافاً للخلاف
حيث حكى عنه انه قال: ليس من شرط الضمان ان يعرف المضمون له والمضمون
عنه ، وقد نقل عدم الاشترط مفتاح الكرامة عن جماعة آخرين ، بل الظاهر
انه المشهور ، وعن التذكرة لا يشترط معرفة المضمون عنه ، فلو ضمن الضامن

مع انه لا دليل عليه أصلاً ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود .

مسألة - ١ - لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه

عمن لا يعرفه صح ذلك عند علمائنا .

وكيف كان ، فقد استدل على عدم الشرط بعموم أوفوا ، و ببعض اطلاقات الضمان ، وبما تقدم في حديثي أبي قتادة وأمير المؤمنين عليه السلام ، بتقريب انهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه ، وله ، حيث لم يسأل صلى الله عليه وآله وسلم أمير المؤمنين عليه السلام ولا أبا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين ، فيدل على انه ليس من الشرط معرفتهما .

أقول : الروايتان لادلالة لهما ، لان الواقعة مجملة فلا دلالة لها -- كما أشار بذلك غير واحد -- (مع انه لا دليل عليه أصلاً) بل الدليل على خلافه ، وهو بناء العقلاء ، ويشمله اطلاق الادلة .

(و) يؤيده انه (لم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود) كأنه لاجل كثرة تقييداته ، مثل انقسامه الى الاقسام الاربعة النقد والنسيئة وغيرهما ، و الى بيع الصرف وبيع الثمار ، والى غير ذلك مما ليست سائر العقود بتلك التضيقات ، ووجه التأيد انه اذا كان البيع مورد العناية الاكثر ولم يذكر فيه هذا الشرط ، فعدم اشتراطه في غيره بطريق الفحوى والاولوية .

مسألة - ١ - لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه (كما هو المشهور شهرة عظيمة خلافاً لجماعة يأتي ذكرهم ، حيث اشترطوا لعلم ، وينبغي ان يقال: انه اذا كان بدون العلم غريباً يشترط لاطلاق نفى الغرر

ويمكن أن يستدل عليه مضافاً الى العمومات العامة وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم، بضمان علي بن الحسين عليه السلام لدين عبد الله بن الحسن عليه السلام

واذ لم يكن غريباً لم يشترط للاطلاق .

(ويمكن أن يستدل عليه) على عدم الاشتراط (مضافاً الى العمومات العامة) سواء العموم في أدلة الضمان كما تقدم في بعض المسائل، أو في العمومات العامة، مثل [أوفوا بالعقود] و [تجارة عن تراض] ونحوهما.

(وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم) كما استدل به في جامع المقاصد ، فان اطلاقه يشمل المقام ، والاشكال عليه بما في المستمسك من انه غير ثابت من طرفنا ، بل المروي في خبر الحسين بن خالد تكذيبه، غير ظاهر اذ يكفي روايته في مثل جامع المقاصد وغوالي اللثالي ودرر اللثالي، وما أكثر الروايات المروية في كتب الفتاوى.

وخبر الحسين بن خالد لا يكذبه قال: قلت لابي الحسن عليه السلام جعلت فداك : قول الناس الضامن غارم ؟ قال : فقال : ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال.

وظاهره ان المراد كون الضامن يرجع اليه لانه ليس بغارم.

واستدل له في المسالك بقوله تعالى : «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» مع اختلاف كمية الحمل .

أقول: لا يخفى اختلافها في الجملة، فرد المستمسك بأنه كمية خاصة غير

ظاهر الوجه ويتم ذلك بضميمة استصحاب الشرائع .

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

وضمانه عليه السلام لدين محمد بن اسامة

ففي الفقيهه ، روي انه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غرمائه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم : ما عندي ما أعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين عليه السلام، وعبد الله بن جعفر عليه السلام فقال: الغرماء أما عبد الله بن جعفر فملي مطول ، وأما علي بن الحسين فرجل لامال له صدوق وهو احبهما الينا فأرسل اليه فأخبره الخبر ، فقال عليه السلام اضمن لكم المال الى غلة ولم يكن له غلة، فقال القوم : قد رضينا فضمنه، فلما اتت الغلة اتاح الله تعالى له المال فأداه .

أقول: لم يرد الامام الى [غلة] غلة نفسه، بل أراد وقت مجيء الغلة ولعله لان الناس كانوا يخمسون ويزكون ويعطون ما للامام عليه السلام من حقه في الاوقاف وما أشبهه .

و من هذا الحديث يعلم ان الوقت يجب ان يكون معلوماً في الجملة لا بالدقة، لو ضوح ان وقت الغلة ليس بدقيق ، وعليه فاللازم عدم الغرر لا أكثر من ذلك .

(وضمانه عليه السلام لدين محمد بن اسامة) فقد روي الكافي عن فضيل و عبيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لما حضر محمد بن اسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعلي دين فأحب ان تقضوه؟ فقال علي بن الحسين عليه السلام: ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا فقال علي بن الحسين عليه السلام: علي دينك كله ثم قال علي بن الحسين عليه السلام: أما انه لم يمتعني ان أضمنه أولاً الا كراهة ان يقولوا سبقنا .

لكن لا يخفى انهما حكاية واقعة وهي مجملة لا دلالة فيها على المقصود نفياً أو اثباتاً - كما في المستمسك - فالعمدة ما تقدم من الدليل ، خصوصاً وفي

لكن الصحة مخصوصة بما اذا كان له واقع معين ، وأما اذا لم يكن كذلك كقوله ضمننت شيئاً من دينك فلا يصح

بعض الروايات تعيين الدين .

فقد روي المفيد [ره] عن عمرو بن دينار قال : حضرة زيد بن اسامة بن زيد الوفاة فجعل يبكي ، فقال له علي بن الحسين عليه السلام : ما يبكيك ؟ قال يبكيني ان علي خمسة عشر ألف ديناراً ولم أترك لها وفاءً ، فقال له علي بن الحسين عليه السلام : لا تبك فهي علي وأنت برىء منها فقضاها عنه .

فهو مثل مارواه ابن شهر آشوب - كما في المستدرک - عن عمرو بن دينار قال : دخل الحسين بن علي عليه السلام على اسامة بن زيد وهو مريض وهو يقول : واغماه ، فقال له الحسين عليه السلام : وما غمك يا أخي ؟ قال ديني وهى ستون ألف درهم ، فقال الحسين عليه السلام : هو علي قال : اني اخشى ان أموت فقال الحسين عليه السلام : لن تموت حتى اقضيها عنك قال : فقضاها قبل موته (لكن الصحة مخصوصة بما اذا كان له واقع معين ، واما اذا لم يكن كذلك كقوله ضمننت شيئاً من دينك فلا يصح) على المشهور بل قولاً واحداً كما عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و استدلل له بالغرر وبأنه خلاف الضمان العرفي و الشارع انما صحح الضمان العرفي .

لكن ربما يقال : انه لولا الاجماع لاوجه لعدم الصحة اذ هو مثل الوصية بشيء فما أدى فهو ومالم يؤد يأخذه المضمون له عن المديون ، خصوصاً اذا كان الضامن نوى قدراً خاصاً فى نفسه كثلث الدين مثلاً : ولا يعتر المضمون له بعد ان كان يرضى بكل شيء يضمه الضامن ، لانه يصعب عليه استخراج حقه عن المديون بخلاف الضامن لحسن معاملته .

ولعله مراد من قال : ان الصحة انما هي فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك فلا يرد عليه ما يقال : من عدم الاشكال فى الصحة مع فرض تعيينه واقعاً ، وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم

(ولعله مراد من قال : ان الصحة انما هي فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك) قال فى محكى التذكرة: ان قلنا بصحة ضمان المجهول، فانما يصح فى صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك ، كما لو قال : انا ضامن للدين الذى عليك وانا ضامن لثمن ما بعث من فلان وهو جاهل بالدين والثمن، لان معرفته ممكنة والخروج عن العهدة مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام ، فان الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً ، كما لو قال: ضمننت لك شيئاً مما لك على فلان ونحوه عن جامع المقاصد والمسالك. (فلا يرد عليه ما يقال:) والقائل الجواهر (من عدم الاشكال فى الصحة مع فرض تعيينه واقعاً ، وان لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم) فقد قال فى الجواهر: أن كلام التذكرة وغيره جيد ان كان المراد عدم امكان العلم فى الواقع للابهام ونحوه، والا كان محلاً للنظر. - انتهى .

والحاصل: ان هناك أمرين:

الاول: ما يبهم واقعاً مثل ضمننت شيئاً من دينك ، وهذا ما لا يصح عندهم

- على اشكال ذكرناه فيه - .

الثاني: ماله واقع معلوم ، ولكن يجهل به الان ، فأن امكن العلم به بعد ذلك بالرجوع الى دفتر المسجل فيه أو ما أشبهه ، لا ينبغى الاشكال فى صحة الضمان فيه لاطلاق الأدلة، وان لم يمكن العلم به لعدم معرفة أي منهم قدر الدين مثلاً : فان كان مردداً بين الاقل والاكثر كعشرة وعشرين أخذ بالاقل لاصالة

هذا وخالف بعضهم فاشتراط العلم به لنفي الغرر والضرر ورد بعدم العموم في الاول لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات

عدم الزيادة، وان كان مردداً بين المتباينين مثل الفرس والحمار، فالمرجع أما القرعة أو الرجوع الى القيمة مع اجراء قاعدة العدل بالنسبة الى الزائد عن قيمة أقلهما، مثلاً: كان الفرس بعشرين، والحمار بعشرة، فانه يعطى الحمار و يعطى خمسة، وانما لانقول باعطاء خمسة عشر، لان الحمار والخمسة أقرب الى المحتمل من خمسة عشر، والاقترب لازم لما ذكره في المثلى، فأن على اليد ولا يتوى ونحوهما، اذا عرض على العرف فهم المثل أو الاقرب الى المثل، بل يحتمل قاعدة العدل في الاقل والاكثر بالنسبة الى التفاوت بين الاقل والاكثر فاذا كان المحتمل عشرة أو العشرين اعطاه خمسة عشر ايضاً، اذ العشرة الثانية مرددة بينهما فقاعدة العدل تقتضي التنصيف وان كان يظهر من كلماتهم في الدين ونحوه الاكتفاء بالاقل.

(هذا) هو المشهور (وخالف بعضهم) كما نسب الى الخلاف والمبسوط والقاضي وابن ادريس وغيرهم (فاشترط العلم به) أي بمقدار الدين في صحة الضمان (لنفي الغرر والضرر) فان الضامن يغتر في صورة عدم العلم، كما انه يتضرر، لانه انما يريد قدرأ قليلاً فيظهر قدر كثير مما يوجب ضرره بدون أن يكون قد أقدم على ذلك.

(ورد بعدم العموم في الاول لاختصاصه بالبيع) فقدروي الوسائل في أبواب آداب التجارة نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر (أو مطلق المعاوضات) للاجماع أو المناط بعدم الفرق بين البيع وسائر المعاوضات . قال في المستمسك : وفي بعض كتب العلامة روايته نهى النبي صلى الله

وبالاقدام في الثاني

عليه وآله وسلم عن الغرر ، لكنه غير ثابت ، بل المظنون ان مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور - انتهى .

أقواه : رواه بلفظ الكافي وصحيفة الرضا عن علي عليه السلام عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم .

أما من المستمسك في رواية العلامة المذكورة في التذكرة ، ففيه : انه خلاف الظاهر ، وقد نقلها بهذا اللفظ جملة من الفقهاء وعملهم غالباً على طبقة ، والا لم يصح القول به حتى في المعاوضات ، اذ الاجماع غير محقق والمناطق غير مقطوع به ، فهي مرسلة مجبورة بالعمل ، بالاضافة الى انه قد يقال : ان الامور الغررية مما لا يقدم عليها العقلاء ، فاطلاق الادلة في المعاملات وغيرها لا يشمل الغررى منها بعد كون الاطلاق موجهاً الى العرف الذي لا يستفيد منه الا ذلك .

(وبالاقدام في الثاني) لان لا ضرر انما يكون اذا لم يقدم الانسان على ضرر نفسه - في غير ما يحرم وان اقدم ، مثل ما اذا اراد اعطاء ماله الى السفية والمبذر حيث يحرم ذلك بدليل خاص ، مثل قوله تعالى : «ولا تؤثروا السفهاء أموالكم» وغيره - فاذا اقدم لم يمنعه دليل لا ضرر ، وذلك لان المستفاد من دليل لا ضرر انه امتناني ، ولا امتنان في نفسه مع الاقدام . أما احتمال المستمسك تبعاً لغيره في وجه عدم الشمول بأن الظاهر من نفي الضرر ، نفي الحكم الذي يؤدي الى الضرر ، ومع الاقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الاقدام لا من جهة الحكم ، فربما يرد عليه ان الشارع لما قرر ذلك ينتهي بالاخرة اليه .

وكيف كان ، فقد تقدم انه ان كان الضمان غررياً لم يصح ، فالاولي في رد قول الشيخ ومن تبعه ان يقال : ان دليلهم أخص من المدعى ، اذ ليس كل جهل

ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والاذني فيعتبر في الثاني دون الاول اذ ضمان علي بن الحسين عليه السلام كان تبرعياً و

غرراً ، واذا لم يكن غرر لم يكن ضرر مرفوع .

(ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والاذني) المراد بالاول ما كان بدون قصد الرجوع الى المضمون عنه، وبالثاني ما كان بقصده، وحيث ان الرجوع لا يمكن الا اذا كان باذنه سمي اذنيًا ، اذ بدون الاذن لا يحق له الرجوع لاصالة برائة المضمون عنه عن ضمان الضامن .

(فيعتبر) علم الضامن بقدر الدين (في الثاني) الاذني (دون الاول) التبرعي أما اعتباره في الاذني فلانه معاملة ، فاللازم عدم الغرر فيها لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر .

و أما عدم اعتباره في التبرعي فلانه لادليل على اشتراط عدم الغرر في الامور التبرعية ، اذ المتبرع قد أقدم بنفسه على الضمان ، مثل اقدمه بنفسه على الضرر ، حيث لا يشمله دليل لاضرر .

وبذلك يظهر ، انه لا يمكن ان يقال : باشتراط عدم الغرر في مطلق الضمان بدليل عدم علم علي بن الحسين عليه السلام - في الظاهر - بمقدار الدين ، اذ كان ضمان الامام تبرعياً كما يظهر من القرائن ، فعدم علمه ظاهراً بالقدر لا يوجب سحبه الى الضمان الاذني .

(اذ ضمان علي بن الحسين عليه السلام كان تبرعياً) لوضوح انه لم يضمن ليرجع به الى المضمون عنه ، وان كان بأذن وطلب من المضمون عنه .

(و) ان قلت : لا يحتاج الضمان الاذني الى العلم ، اذ دليل الاحتياج الى الاذن عدم الغرر ، وقد تقدم عدم ثبوت نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم

اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة اذا كان بالاذن مع قصد الرجوع الى الاذن وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب .

عن الغرر ، وانما نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر . قلت : (اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع ، بل يجري) بالمناط في الحديث (في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة) و ان لم نقله بحديث نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، لما ذكرناه من المناط ، هذا بالاضافة الى انك قد عرفت ان الحديث موجود مجبور بالعمل (اذا كان بالاذن مع قصد الرجوع الى الاذن وهذا التفصيل) وان كان (لا يخلو عن قرب) عند المصنف الا انه بعيد ، بل اللازم جعل القسمين من الضمان ذا حكم واحد وهو عدم الغرر لاطلاق دليله ، و القول بعدم اعتبار عدم الغرر مطلقاً ، لان باب الضمان غير باب المعاوضات ، فلا فرق بين القسمين في عدم ضرر الغرر - فلا حاجة الى العلم - ولذا أفنى السادة ابن العم والبروجردى والحكيم بعدم الفرق ، وقال الثالث : الجواز مطلقاً أقرب لما عرفت من اطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر - انتهى .

غير ظاهر الوجه بعد اطلاق نهيه صلى الله عليه وآله وسلم والمناط في نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر . وأما ما يرى من الصحة مع الغرر في الجملة بعدم اعتبار العلم الكامل ، فلان مبني الضمان عند العرف على المسامحة في الجملة، فلا يسمى ذلك غرراً حتى يشمل النهى ، ولذا اذا كان يزعم ان دينه مائة فضمن -- و لو تبرعاً - ثم ظهر عشرة آلاف لانقول بصحة الضمان بالنسبة الى ذلك ، بل بنسبة ما احتمله

مسألة ٢ - - اذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وتبرء ذمة المضمون عنه بالاجماع والنصوص خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة

لانه لم يحتمل الكل ، بل قدر ماظنه والعقود والالتزامات تتبع القصود ، اذ ليس عقدكم وعهدكم ما كان خارجاً عن المقدار الذي ظنه ، وعليه فالاقوى اعتبار العلم بالقدر بما لا يوجب الغرر عرفاً .

(مسألة ٢ - - اذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة) المتقدمة(انتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن و تبرء ذمة المضمون عنه) عن ذلك الحق فلايصح اجراء احكام المديون عليه ، مثلاً: لايصح حبسه بمقتضى لي الواجد يحل عقوبته وحبسه، ولايصح حجره وما الى ذلك (بالاجماع) الذي ادعاه الغنية والتذكرة و المسالك والحدائق و الجواهر وغيرهم - باختلاف عباراتهم - (والنصوص) مثل صحيح ابن سنان المتقدم : اذا رضى المضمون عنه ، فقد برئت ذمة الميت .

ومثل روايات عدم صلاة النبي صلى الله عليه وآله و سلم على الاموات حتى ضمنه علي عليه السلام أو أبو قتادة ، حيث يظهر منها براءة ذمة الميت وان كان في دلالة هذه الروايات على ذلك تأمل ، حيث لم تدل على براءة ذمة الميت دلالة ظاهرة بل دلت على نوع من الكفالة بحيث انه اذا لم يدفع الورثة من الشركة أو غيرها كان على الامام وأبي قتادة ، و يكفي في عدم امكان الاستدلال بها لذلك احتمالها لذلك احتمالاً متساوياً بحيث يمنع عن الظهور .
(خلافاً للجمهور حيث ان الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة) وقد تقدم نقل

وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات.

ذلك عنهم في أول الكتاب، وقد اختلفوا في انه هل للمضمون له مطالبة أيهما شاء كما نقل عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم أو انه لا يطالب الضامن الا اذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبة أو اعسار أو نحوهما كما عن مالك .

(وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به على هذا النحو) فانهم ذكروا ان الضمان عندنا مقابل الضمان عندهم وان الصحيح هو ما عندنا .

(ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات) مثل : [أوفوا بالعقود] وما أشبهه لما تقدم في جملة من الكتب من ان هذه العمومات تشمل كل عقد لم يمنع عنه الشارع ، وان كان عقداً جديداً .

وعليه ، فلا يكون له أحكام الضمان المتقدم ، لان الشارع جعل الاحكام لنقل ما في ذمة الى ذمة اخرى ، وانما يترتب على هذا الضمان الاحكام العامة للعقود مثل وجوب الوفاء ، وعدم الغرر وما أشبه ذلك ، فاذا قرر الضامن الرجوع اليه أو الى المضمون عنه على سبيل البديل كان الضمان كذلك ، واذا قرر الرجوع اليه اذا عجز المضمون له من تحصيله من المديون أو ما أشبه العجز كان كذلك لان العقود تتبع القصود .

قال في المستمسك : ونظير ذلك الوجوب الكفائي فانه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب ، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد ، ولا فرق الا من حيث التكليف ، والوضع

مسألة - ٣ - إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه وان أبرء ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً فلا

الى آخر كلامه، ومع ذلك فالمشهور عند المعلقين عدم صحة هذا النوع من الضمان، وقد اختار عدم الصحة السادة ابن العم والبروجدي والجمال وغيرهم ولعله للاجماع، أولان عمومات العقود لاتشمل الاالمتعارف منها بضميمة ان ذلك لايصح جعله بنحو الشرط، لانه شرط خلاف مقتضى العقد، أو خلاف الكتاب والسنة، لكن قد عرفت ان عمومات العقود كافية والاجماع لو كان فهو محتمل الاستناد .

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

(مسألة - ٣ - إذا أبرء المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته) لانه حقه، فاذا أسقطه سقط، اذ ليس ذلك حكماً بل حقاً، ومعنى الحق انه يسقط بالاسقاط لقاعدة تسلط الناس على أموالهم مما يستفاد منه تسلطهم على حقوقهم بطريق أولى .

(و) أما (ذمة المضمون عنه) فقد برئت بالضمان قبل ذلك بالنسبة الى الدائن .

نعم، فائدة الابراء بالنسبة الى المضمون عنه ان الضامن لايستحق الرجوع عليه - اذا كان يستحق مثل الابراء كما اذا كان الضمان بطلبه بدون قصده التبرع فانه قد سبق في قصة الامام علي بن الحسين عليه السلام انه يمكن ان يكون الضمان بطلب المديون، ومع ذلك يكون تبرعياً - .

(و ان أبرء) المضمون له (ذمة المضمون عنه) المديون (لم يؤثر شيئاً فلا

تبرء ذمة الضامن لعدم المحل للابراء بعد برائته بالضمان الا اذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة فان ابرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً .

تبرء ذمة الضامن) لانه لم يبرئها فلاوجه لسقوط حق المضمون عنه الذي كان على الضامن (لعدم المحل للابراء بعد برائته) أي برائة المضمون عنه (بالضمان) ويظهر من الشرائع ان هنالك قولاً ببرائة الضامن قال : ولو ابرء المضمون له المضمون عنه لم يبرء الضامن على قول مشهور لنا - انتهى .

ولذا قال المسالك : انه يشعر بثبوت مخالف منا ، لكن لم نقف عليه ، وفي التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك .

أقول: لعل المحقق لم يرد انه هناك مخالف منا، بل أراد وجود المخالف في الجملة ، فقوله مشهور لنا ، في قبال قول مشهور من العامة (الا اذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً) في مقام الاثبات و الافالكلام في مقام الثبوت (ابراء ذمة الضامن) كما ذكره الجواهر ، واشكل عليه بانه خروج عما نحن فيه، وفيه : ان المراد تصوير المحتملات لخصوصية الضامن .

(وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة الى ذمة) مما تقدم في المسألة السابقة صحته بعنوان عقد آخر (فان ابرء) المضمون له (ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً) لانها الاصل في الدين، فاذا سقط الاصل سقط الفرع، سواء كان الضم بمثل الواجب الكفائي، أو كان بالترتيب، وانه اذا لم يدفع المضمون عنه كان على الضامن كما تقدم في المسألة السابقة .

وان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه كذا قالوا ويمكن ان يقال: ببرائة ذمتهما على التقديرين .
مسألة -- ٤ -- الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له

(وان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه) لان المضمون له أسقط حقه من الضامن فسقط .

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

(كذا قالوا ويمكن ان يقال:) الاظهر ان المصنف صور الواقع ، لانه أراد الاشكال عليهم ، اذ امكان المصنف خروج عن موضوع البحث ، وكما ذكرناه في قوله: [الا اذا استفيد الخ] .

(ببرائة ذمتهما) الضامن والمضمون عنه (على التقديرين) فيما اذا فهم من كلام الدائن رفع اليد عن الدين المضمون ، وان اظهره في صورة ببرائة ذمة الضامن .

ومما ذكرناه يعلم ، ان اشكال السادة ابن العم والبروجردى وغيرهما على الماتن انما هو فى غير ماصورناه قال ثانيهما لكنته [أى يمكن ان يقال:] ضعيف على ذلك القول ، فان اسقاط الوثيقة على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين - انتهى .

وسياتي بعض الكلام فى المسألة السادسة والعشرين .

(مسألة - ٤ - الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له) لا ينبغى الاشكال فى ذلك ، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه وذلك لاصالة اللزوم فى العقود وسياتي فى المسألة الآتية صحة جعل الخيار لاحدهما أولهما ، أو وجود حق

فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون عنه وتبين اعساره وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملائمة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بأعساره ، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه

الخيار تلقائياً لبعض أسبابه .

(فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان) الضمان (بأذن المضمون عنه) إذ المعاملة بين الضامن والمضمون له، ولا شأن للمضمون عنه بعد الضمان (و تبين اعساره) فإن اشتباه الضامن بظنه يسار المضمون عنه - فإذا دفع المال الى المضمون له رجوع الى المضمون عنه - لا يوجب تنزيل العقد لاطلاق النص والفتوى في كونه لازماً، ومنه تبين عدم حقه في الفسخ وان تبين مطل المضمون عنه وسوء معاملته .

(و كذا لا يجوز للمضمون له فسخه و الرجوع على المضمون عنه) بلا اشكال ولا خلاف كما في الجواهر، وذلك لاصالة اللزوم، ولانه اذا برئت ذمة المضمون عنه لاوجه لضمانيها ثانياً، الا بدليل وهو مفقود.

(لكن بشرط ملائمة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره) و مع ذلك قبل بضمانيه (بخلاف ما لو كان) الضامن (معسراً حين الضمان و كان) المضمون له (جاهلاً بأعساره، ففي هذه الصورة يجوز له) للمضمون له (الفسخ على المشهور) على ما وجدته المصنف في كتبهم.

(بل الظاهر عدم الخلاف فيه) كما صرح بعدم الخلاف الجواهر، وبعدم

ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً

وجدان الخلاف الریاض ، و عن الغنیة و السرائر و جامع المقاصد و غیرهم
الاجماع علیه صریحاً أو ظاهراً .

(ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً) بالاضافة الى الاجماع المتقدم وما استدل
به الجواهر من قاعدة الضرر، وبناء الضمان على الارتفاق و ارادة الاداء، و ما
ورد في الحوالة الدالة على ذلك وهي اخت الضمان والظاهر ان مراده بالخبر
موثق الحسن بن جهم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل مات وله
علي دين، وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم، فقال: انت في
حل مما لابي عليك من حصتي ، وانت حل مما لاختوتي واخواتي وانا ضامن
لرضاهم عنك؟ قال عليه السلام: تكون في سعة من ذلك وحل، قلت: وان لم
يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه، قلت: فان رجع الورثة علي، فقالوا: اعطنا حقنا؟
فقال عليه السلام: لهم ذلك في الحكم الظاهر، واما بينك وبين الله تعالى فانت
في حل منها اذا كان الرجل الذي احللت يضمن رضاهم ، قلت: فما تقول في
الصبي لانه ان تحلل؟ قال عليه السلام: نعم، اذا كان لها ما رضيه وتعطيه، قلت:
فان لم يكن لها مال، قال عليه السلام: فلا، قلت: قد سمعتك تقول : انه يجوز
تحليلها؟ فقال : انما أعني بذلك اذا كان لها ، قلت : فالاب يجوز تحليله عن
ابنه ؟ فقال له: ما كان لنا مع أبي الحسن عليه السلام [يعني موسى بن جعفر
عليه السلام، هامش الوسائل] أن يفعل في ذلك ما شاء، قلت: فان الرجل ضمن
لي عن ذلك الصبي، وانا من حصته في حل ، فان مات الرجل قبل ان يبلغ
الصبي فلا شيء عليه ؟ قال عليه السلام : والامر جائز على ما شرط لك.
والحديث رواه الشيخ والكليني [ره]، لكن يرد على الأدلة المذكورة ان

الاجماع محتمل الاستناد ، وقاعدة الضرر ليست مطردة ، وان اثبت الحكم الايجابي بالخيار بتقريب ما ذكره في خيار الغبن، وانما لم تكن مطردة، لان المديون قد يكون أيضاً معسراً حيث لا فرق بين بقائه مديوناً، وانتقال دينه الى الضامن ، وبناء الضمان على الارتفاق حكمة لاعلة يدور مدارها الحكم ، وما ورد في الحوالة لا يقاس عليه الا اذا قطع بالمناط والقطع يفيد القاطع فقط .

والموثقة لا دلالة فيها لما في المستمسك من ان مورده التحليل للضمان ومفاده ان الملائة شرط الصحة فيه لاشترط اللزوم كما هو المدعى، وان ذلك مختص بالصبي وامه دون البالغ وأخيه، فان اطلاق الصحة في الثاني يقتضى عدم الصحة فيه فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار مضافاً الى ما فيه من الاشكال من صحة التحليل بلا اذن الدائن ، أو الضمان بلا اذن المضمون له - انتهى .

لكن يمكن منع المناقشات المذكورة في الادلة في الجملة اذ الاجماع بعد عدم الخلاف من أحد يكفي مستنداً، وعدم الاطراد لا يضر بعد كفاية القاعدة في الجملة وعدم القول بالفصل، والبناء على الارتفاق مما يستفيد العرف منه ذلك.

وما ورد في الحوالة يفهم منه المناط عرفاً، قال أبو أيوب: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال : لا يرجع عليه ابداً الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك. ومثله سائر اخباره.

اما الموثقة فقد قال مفتاح الكرامة: ان الشهرة تجبر دلالتها، بالاضافة الى مرسله الشيخ فقد ذكر الشيخ في النهاية الحكم، ثم قال: على ان به خبراً أو اخباراً وابن ادريس افتى به مع انه لا يفتى الا بالمقطوعات، ومثل هذا يكفي مؤيداً، وعليه فلا ينبغي الشبهة في الحكم.

والمدار كما أشرنا إليه في الاعسار واليسار على حال الضمان فلو كان موسراً ثم اعسر لا يجوز له الفسخ كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولاً

(والمدار كما أشرنا إليه في الاعسار واليسار على حال الضمان) فلا عبرة بهما بعد ذلك (فلو كان موسراً ثم اعسر لا يجوز له الفسخ) أي لا يصح الفسخ كما هو المشهور، بل عن جامع المقاصد ان ظاهرهم الاتفاق عليه، والادلة السابقة لاتدل على الخيار هنا فاصالة اللزوم في المقام محكمة .

أما قوله: (كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار) فدليله الاستصحاب وان كان فيه نظر، ولذا قال الجواهر: قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان، ولم يعلم به حتى تجدد يساره للاصل، فان الادلة السابقة لاتجرى في المقام، اذ لا اجماع ولا لاضرر، ولا تعليل بالارفاق، وشمول اخبار الحوالة ولو بالمناط عرفاً غير ظاهر، وقد عرفت الاشكال في الموثق، وعليه فالحكم بما ذكره الماتن مشكل .

ومنه يعلم، ان لا اطلاق لكلمات الاصحاب وان استظهره المستمسك، ولذا استشكل على المتن بعض المعلقين، وان سكت عليه معظمهم .

(والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولاً) كما في الجواهر، فانه وان لم يجز فيه بعض الادلة السابقة مثل لاضرر والارفاق، الا ان اطلاق بعضها الاخر، كما ان الفتاوى مطلقة أيضاً كاف في الحكم .

ثم المراد بالمعسر الذي لا يقدر على الدفع، فاذا كان معسر يقدر لم يشمله

وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أولا وجهان .

الادلة السابقة.

ومنه يعلم حال الموسر الذي لا يقدر على الدفع لتجميد الجائر أمواله مثلا لصدق المعسر عليه في هذا الحال ، ويؤيده مسألة الارتفاق ونحوه مما تقدم في الادلة .

(وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أولا وجهان) ذهب جمع منهم المسالك الى عدم اللحق قال: وكما لا يقدر تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدر تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان، وتبعه مفتاح الكرامة وغيره، ومن المعلقين قال بذلك السيد البروجردى ، وبعض آخر ، لكن في الجواهر تنظر في عدم الخيار وقرب الخيار ابن العم وبعض آخر ، وجه الاول اطلاق كلماتهم وبعض الادلة السابقة ولو بالمناط، ووجه الثانى جريان لاضرر ونحوه ، ولعل هذا هو مقتضى الصناعة .

أما قول المستمسك : ان العمل بقاعدة نفي الضرر لاثبات الخيار ليس ، بناء الاصحاب عليه في البيع ، وليس من أنواع الخيار خيار المماطلة للبائع أو المشتري .

فيرد عليه ان ما ذكره في خيار البيع مع الاستدلال بلا ضرر - كما في مكاسب الشيخ [ره] وغيره - خلاف ما ذكره ويكفى ذلك عن ذكرهم خيار المماطلة ثم لو ادعى المضمون له اعساره حال الضمان، وأنكره فالاصل عدم الخيار الا اذا قلنا بأصل عدم الازلى، حيث يكون حينئذ كاستصحاب العسر، فيما اذا علم

مسألة - ٥ - يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له

باعساره ثم شك في بقاءه وعدمه .

(مسألة - ٥ - يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له) كما عن جامع المقاصد انه الاصح ، ونقل عن صريح بيع التذكرة و ظاهر بيع القواعد والمعتبر وغيرهما ، لكن عن القواعد في كتاب ضمانه : ان شرط الخيار في الضمان مفسد ، وعن التذكرة : لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلا لانه ينافي مقتضى الضمان ، فان الضامن على يقين من الغرر ، و المشهور بين المعلقين جوازه وهو الذي اختاره السيدان ابن العم والبروجردي ، خلافاً للسيد الجمال حيث قال : جوازه في غاية الاشكال ، بل لايبعد عدم جوازه .

أقول : مقتضى القاعدة جوازه ، لان اللزوم مقتضى اطلاق العقد لامقتضى ذات العقد ، فدليل الشرط يشمله ، كما ان ذلك مقتضى القاعدة العقلائية ، حيث انها تقتضى ان كل ما للطرفين ابقائه كان لهما فسخه والشارع لم يخالف ذلك كما خالف في بعض العقود والايقاعات ، مثل التسكاح والطلاق والعتق والنذر و نحوها ، فلم يرد دليل في الكتاب والسنة على خلاف ذلك ، و ليس الضامن مستثنى عن القاعدة المذكورة ، ولذا يأتي فيه بعض الخيارات الاخر .

أما الذي يمكن ان يكون وجهاً للمنع فهي امور كلها مخدوشة ، مثل ما تقدم في كلام التذكرة ، و مثل انه حكم لاحق فلا يدخله الخيار ، و مثل ان الذمة اذا برئت لايمكن ملئها بدون سبب شرعى .

اذ يرد على الاول : ان الخيار لاينافي مقتضى الضمان ، بل اطلاقه كما عرفت ، و قوله : فان الضامن على يقين من الغرر لايجعل اللزوم مقتضى ذات

لعموم أدلة الشروط والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما كما اذا قال الضامن انا ضامن بشرط ان تخيط لي ثوباً أو قال المضمون له : أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا

الضمان ، وكون الملزوم حكماً لاحقاً خلاف كون الضمان حقاً لم يتصرف فيه الشارع ، حيث لا دليل على التصرف ، و برائة الذمة لم تكن مطلقة بل مقيدة - فاذا ذهب سببها ذهبت البرائة كما تقدم انه لو ظهر اعساره كان له الفسخ .

وكيف كان ، فالخيار ثابت (لعموم أدلة الشروط) بل و كذا مثل خيار العيب، كما اذا ضمن ان يؤدي الدين من مال خاص، ثم ظهر العيب في ذلك ان قلنا بصحة مثل هذا الضمان، كما يظهر من العلامة في القواعد قال : فلو شرط أحدهما [في مسألة ما لو ضمن اثنان] الضمان من مال بعينه و حجر عليه لفلس قبل الاداء رجوع على الموسر بما أدى ، و يضرب الموسر مع الغرماء -- انتهى .

(والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما) أو للمضمون عنه، وذلك لاطلاق دليل الشرط الا اذا كان هناك محذور، كما اذا شرط الضامن على المضمون عنه ان يؤدي اليه أكثر مما يؤديه الى المضمون له، لانه ربما يشمله مناط الربا، حيث ورد في الحديث : ان الله لم يحرم الربا لاسمه ، وانما لانه سبب لفساد المال ، كما يأتي .

(كما اذا قال الضامن انا ضامن بشرط ان تخيط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا) الى غير ذلك من الشروط، خلافاً لما عن التذكرة قال: ولو ضمن رجل عن غيره ألفاً و شرط المضمون له ان

يدفع اليه الضامن^٢، أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان بطل الشرط اجماعاً .

قال في المستمسك : والظاهر ان دعوى الاجماع المذكورة مبنية على انه من الربا المحرم بالاجماع و الا فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط و لحكمه فضلاً عن كونه معقد اجماع، وليس هو من الربا في البيع ولا في القرض -- انتهى .

واشكل فيه أيضاً السيد الجمال قال، يشكل جوازه ولو قيل به ففي كون التخلف عنه موجباً للمخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح و جهان والظاهر الثاني .

أقول: انما كان مقتضى الشرط كذلك عند المعلق، لانه اذا لم يكن انفساخ عقد ولو بالتقابل -- كما في النكاح -- فأدلة الشرط لا تتمكن من جعل الخيار فيه لحكومية دليل العقد على دليل الشرط ، وانما دليل الشرط يجعل ذلك العقد وسائر لوازم الشرط ، مثل بطلان نكاح المرأة الثانية اذا شرطت عليه الاولى عدم نكاحها ، فيما اذا قلنا ان الشرط يقتضي الوضع أو عدم لزوم اطاعته اذا شرطت عليه عدم بكارتها -- مثلاً -- الى غير ذلك من اللوازم .

وكيف كان، فلو قيل بالعلة في الربا لم يصح الشرط، لان حاصل الشرط ان المضمون عنه يعطي أقل أو أكثر، والضامن يعطي أقل أو أكثر والمضمون له أعطى أقل فأخذ الاكثر، أو بالعكس، وكنه فساد للمال، ولعل العلامة نظر الى ذلك فلا يرد عليه اشكال المستمسك بانه ان تم ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط للضامن ، لان الشرط الموجب للربا ما يرجع الى الدائن دون ما يرجع الى المديون .

ومع التخلف يثبت للمشارط خيار تخلف الشرط .
 مسألة -- ٦ -- اذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير اذن مولاه أو باذنه وقلنا انه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له .

(ومع التخلف يثبت للمشارط خيار تخلف الشرط) لان ذلك مقتضى الشرط حيث انه لو لزم بدون الشرط كان ضرراً فلا ضرر يرفع اللزوم كما تقدم في ان نفي الضرر يرفع اللزوم على ما ذكروا في خيار الغبن وغيره، هذا بالاضافة الى ان العقد وقع قابلاً للفسخ اذا لم يأت بالشرط -- و لو ارتكازاً -- و العقود تتبع القصود، فهو عقد هكذا، فبدون الشرط وفسخه لا يكون [عقود كم] حتى يشملها [أوفوا] .

(مسألة -- ٦ -- اذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن) باذن مولاه، فلا اشكال و ان ضمن (من غير اذن مولاه) و اذن فلا اشكال، لان اعماله بالاجازة نافذة .

قال عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز .
 (أو باذنه وقلنا انه يتبع بما ضمن بعد العتق) أو ما أشبه ذلك بأن قلنا له : ملك ، و تمكن من الاداء في الوقت المقرر ، لم ينبغي الاشكال لاطلاق الادلة .

نعم، اذ لم يقدر على الاداء في الوقت المقرر (لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له) لمنط ما تقدم من الخيار في اعسار الضامن فانه كما المفلس المحجور عليه ، و حيث ان المسألة خارجة عن محل الابتلاء فعلا لم انفصل الكلام حولها .

مسألة - ٧ - يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً

(مسألة - ٧ - يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً) الاقسام ستة : لانه أما حال، أو مؤجل، وعلى كل حال، أما ان يضمه حالاً أو مؤجلاً، واذا كان مؤجلاً وضمه مؤجلاً، فاما بقدر الاجل أو اكثر منه أو أقل، وكلا القسمين المذكورين في المتن يشملهما الاطلاق، ولا اشكال في الضمان المؤجل .
وقد ادعى على صحته عدم الخلاف أو الاجماع المحققان والمسالك والايضاح والتنقيح والمفاتيح والكفاية وغيرهم، وتوهم انه لا يصح، لانه تعليق للضمان، مردود بانه لا دليل على عدم صحة التعليق أولاً .

وعدم كونه تعليقاً، ولذا قال المسالك : ليس هذا تعليقاً للضمان على الاجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم ثانياً .

ثم ان الاجل يلزم ان يكون محدوداً حداً لا يلزم منه الغرر لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر فلا يصح ان يضمّن الى أجل غير محدود، أما اذا ضمن الى مثل الغلة وقدم الحاج فلا بأس، حيث لا يلزم من ذلك غرر، وقد تقدم ضمان الامام السجاد عليه السلام الى الغلة .

ثم لو ضمن مؤجلاً بدون تعيين الوقت، فاذا كان ذلك مصب العقد أو قيداً، فاللازم القول بالبطلان، لانه عقد غرري يشمل نهى الشارع، وان كان من قبيل الالتزام في الالتزام كان اللازم القول بالصحة، و كان للمضمون له مطالبته حالاً .

ثم ان الضمان الى الغلة ونحوها ان كان له خارج محدود، فهو والا كان اللازم الرجوع الى العرف في الصدق، هل انه أول مجيء الغلة، أو بعد ذلك أو اخره؟ والغالب ان العرف يرى ذلك في وقت الوفور ووقت تواتر مجيء الحاج ونحو ذلك، وسيأتي الكلام في ضمان الحال حالاً .

وكذا ضمان المؤجل حالا ومؤجلا بمثل ذلك الاجل أو أزيد أو أنقص والقول بعدم صحة الضمان الا مؤجلا وأنه يعتبر فيه الاجل كالسلم ضعيف

(وكذا ضمان المؤجل حالا ومؤجلا) وذلك لاطلاق الادلة ، وذلك هو المشهور فيهما ، وسيأتي خلاف الشيخ والفخر في ضمان المؤجل حالا (بمثل ذلك الاجل أو أزيد أو أنقص) لاشكال ولاخلاف في ما كان أجل الضمان أبعد أما في المساوي والانقص فقد ذهب المشهور الى الصحة ، خلافاً في المساوي للشيخ وفي الانقص للشيخ وفخر الدين - كما حكى عنهم - لكن حيث ان ما يستدل به لهما فيه ضعف كان مقتضى القاعدة مع المشهور .

(والقول بعدم صحة الضمان الا مؤجلا) كما عن الشيخ والمفيد والقاضي وابن حمزة (وأنه يعتبر فيه الاجل كالسلم) والا لم يكن مسلماً فالاجل مقومه ، وكذلك في الضمان .

قال الشيخ في محكي النهاية : ولا يصح ضمان مال ولا نفس الأجل معلوم . (ضعيف) اذ استدل له بانه لولا الاجل كان غرراً ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عنه ، وفيه : ان ضمان الحال حالا لاغرر فيه ، هذا مع انه يحتمل ان يريدوا وضوح ما كان الاداء حالا أو مؤجلا ، لان المراد بالاجل مقابل الحال ، ولذا حمل محكي السرائر كلام الشيخ على انه اذا اتفقا على كون الضمان باجل ، فلا بد من تعيينه .

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

قال في الجواهر بعد ذكر ما تقدم : فمن الغريب ما في المسالك حيث انه

كالتقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً أو بآنقص

بعد ان ذكر الصور الاثني عشرة [الصور الستة بضر بها فيما كان الضمان تبرعياً أو بطلب المضمون عنه] ان كلها جائز على الاقوى، الا ان موضع الخلاف فيها غير محرر - انتهى .

اذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور ، ثم قال وأما احتمال المنع في ضمان الحال حالاً، والمؤجل بمثل أجله أو انقص الناشيء من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالارفاق فليس خلافاً في المسألة ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتضى ذلك ، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك .

(كالتقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً أو بآنقص) خلافاً لما عن الشيخ من انه لا يصح ، لان الفرع لا يكون أقوى من الاصل ، ولان الضمان نقل المال على ماهوبه ، ولان الحلول زيادة في الحق ، ولهذا يختلف الاثمان به ، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالهم يجب فلا يصح عندنا .

وهذه الوجوه ذكرها المحقق الثاني ناقلاً أخيره عن فخر المحققين ، والكل ضعيف ، فان الفرع لا يكون أقوى من الاصل ، وجه اعتباري لا يمكن بناء الاحكام عليه ، خصوصاً بعد وجود اطلاق دليل الضمان واطلاق دليل العقد - فيما اذا جعل مصباً - واطلاق دليل الشرط فيما اذا جعل شرطاً وكون الضمان نقل المال على ماهوبه ان أريد به لزوم ان يكون على ماهوبه فهو أول الكلام ، وان أريد به ان اطلاق الضمان يقتضى ذلك فلا يمكن ان يستدل به ، لما اذا ذكر الضمان مقيداً لما هو مقتضى الاطلاق ، لا مقتضى ذات الضمان .

ودعوى أنه من ضمان مالم يجب كما ترى .

مسألة --- ٨ --- إذا ضمن الدين الحال مؤجلا باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه

(ودعوى أنه من ضمان مالم يجب) كما في الدليل الثالث (كما ترى) لما ذكره المستمسك من ان الضمان للدين وهو ثابت في الذمة، لا للاجل ، فان الاجل للوفاء بما في الذمة ، لا انه مضمون بنفسه ، وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة ، ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .
ومما تقدم ظهر جواب اشكال انه مع الاختلاف في الدين والضمان حالا ومؤجلا ، أو بشرط وبلا شرط يلزم الربا، اذ للاجل قسط من الثمن وكذلك للشرط .

(مسألة - ٨ - إذا ضمن الدين الحال مؤجلا باذن المضمون عنه فالاجل للضمان لا للدين) فالدين موجود الآن ، وانما ليس للمضمون له مطالبته في الحال وانما صار الدين الحال مؤجلا بالشرط الذي يشمله عموم المؤمنون عند شروطهم فحاله حال ما اذا شرط على الدائن في عقد ان يؤجل دينه الحال ، حيث يلزم الشرط ، وانما قال باذن المضمون عنه ، لما أراد ان يتفرع عليه من قوله : فلو أسقط . اذ لو لم يكن باذن المضمون عنه لم يكن له مطالبة المضمون عنه .
نعم، لاشك في لزوم رضی المضمون له بهذا الاجل، لان له الدين الحال والعقد بين الضامن وبين المضمون له .

(فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الاجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه) كما ذكره الشيخ والعلامة في جملة من كتبه والمحقق والشهيد

لان الذى عليه كان حالاً ولم يصير مؤجلاً بتأجيل الضمان وكذا اذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة الى المضمون عنه

الثانين وصاحبى الحدائق والجواهر وغيرهم (لان الذى عليه) أي على المضمون عنه (كان حالاً ولم يصير مؤجلاً بتأجيل الضمان) اذ لوجه لانقلابه الى المؤجل فالمضمون عنه عليه ان يعطى الدين ، اما للدائن واما للضامن .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك ما اذا اذن المضمون عنه للضامن فى الضمان بشرط الاجل ، حيث لا يصح للضامن الرجوع عليه حالاً ، لان معنى شرطه اشتراط الاجل فى الرجوع عليه ، كما أشار الى ذلك المستمسك .

(وكذا اذا مات) الضامن (قبل انقضاء أجله وحل ما عليه) لان بالموت تحل الديون (وأخذ من تركته) أو اذاه الحاكم فيما اذا لم تكن له تركة ، لما ورد من ان دين المديون على بيت المال فقد قال صلى الله عليه وآله وسلم ، فيما رواه جابر : [انا أولى بالمؤمنين من انفسهم ، فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلي] وحيث ان الحاكم يؤدي عن الضامن الذى اشتغلت ذمته بالضمان كان للورثة الرجوع الى المضمون عنه فانه كمتبرع متبرع عن الضامن أو الميت فتأمل . (يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه) كما عن الشيخ والعلامة فى جملة من كتبه والمحقق والشهيد الثانين وصاحبى الحدائق والجواهر ، نعم يأتي هنا الاستثناء السابق .

(واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة الى المضمون عنه) لان معنى الضمان مؤجلاً ان صاحب الدين قد بعد دينه ، فاذا اعطاه الضامن حالاً

ضعيف .

مسألة - ٩ - اذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين

لا يحق له الرجوع على المضمون عنه ، لانه عمل تبرعي منه فلا يجعل الدين المؤجل حالا .

(ضعيف) اذ الضمان المؤجل لا يجعل الاجل لنفس الدين، لما تقدم من انه لا وجه للانقلاب، اذ لا دليل عليه من الشرع ولم يكن العقد كذلك حتى يقال : انه مقتضى العقد .

(مسألة - ٩ - اذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك) بقدر أجله مثلا (فمات) الضامن (وحل ما عليه) من الدين (وأخذ) الدائن (من تركته) أو دفعه الحاكم كما سبق (ليس لو ارثه) وارث الضامن (الرجوع على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين) الذي كان على المضمون عنه، وقد أفتى بذلك المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد ومفتاح الكرامة والجواهر وغيرهم على ما حكى عن بعضهم، وأشكل عليه المستمسك بأن الدين الاصلي قد فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، واطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضى جواز الرجوع في المقام بعد الاداء من دون مقيد يقتضى تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذي كان على المضمون عنه مؤجلا لا يقتضى التأجيل للدين الجديد، الى آخر كلامه .

وفيه : ان الدين الاصلي ، وان فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، لا يستلزم ان يكون للضامن الحق في ان يرجع اليه حالا،

لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الاجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الاجل .

مسألة - ١٠ - اذا ضمن الدين المؤجل حالا باذن المضمون

عنه

اذا كان أصل الدين مؤجلا، اذ ما يأخذه الضامن بدل ما كان يأخذه المضمون له ، وحيث لم يكن الاصل حقاً على المضمون عنه حالا، لم يكن الفرع حقاً عليه حالا فلما مجال لاطلاق مادل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه، فقوله وبالجمله تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالا ومؤجلا بكون الدين الذي كان عليه حالا أو مؤجلا، غير ظاهر ، لعدم دخل ذلك به، اذ لو كان الدين مؤجلا لم يكن حق على المضمون عنه حالا، سواء رجع اليه الدائن أو الضامن . وكذا اذا مات الضامن فحل عليه الدين (لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه) فالمرجع الدليل الاول الذي ذكرناه من كون الحق على المضمون عنه مؤجل، سواء أراد الدائن أو الضامن أخذه .

(وكذا لو أسقط أجله وأدى) الضامن (الدين قبل الاجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الاجل) سواء أداه حالا أو باجل أقل من أجل أصل الدين ، فان المعيار في أجل أصل الدين، لامطلق الاجل ، ولو قبل أجل أصل الدين ، لو حدة العلة فيهما ، ولذا الذي ذكرناه لم يعلق على المتن أحد من المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .

(مسألة - ١٠ - اذا ضمن الدين المؤجل حالا باذن المضمون عنه) فقد صار

الدين حالا بالنسبة الى الضامن ، لانه مقتضى العقد فيجب الوفاء به، اذ لا وحه

فان فهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك والا فلا يجوز الا بعد انقضاء الاجل والاذن فى الضمان أعم من كونه حالا.

لعدم وجوب الاداء حالا بعد التزامه به ، وكون أصل الدين مؤجلا ولايزيد الفرع عن الاصل غير تام ، لانه كان حق للمضمون عنه ان يؤخر فاسقط حقه باختياره .

وعليه كان اللازم اداء الضامن له حالا ، فان أداه، فهل يكون حالا بالنسبة الى المضمون عنه بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الاداء قبل أجل أصل الدين أولا ؟ فيه أقوال .

(ف) المصنف على انه (ان فهم من اذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك) لكن يجب ان يقيد كلامه بما اذا كان الرجوع اليه جزءاً أو شرطاً فى ضمن عقد، أو كان الضامن مغروراً، حيث يرجع الى من غره ، والافمجرد الرضى من المضمون عنه لا يوجب الزامه ، بل وان وعد، لان الوعد بدون العقد والغرور لا يصحح الالزام .

(والا فلايجوز الا بعد انقضاء الاجل) لما تقدم من ان الحلول بالنسبة الى الضامن لايلزم الحلول بالنسبة الى المضمون عنه بعدان كان أصل الدين مؤجلا ولاسبب لانقلابه حالا .

(و) ان قلت: قد اذن المضمون عنه فى ان يضمن حالا ؟

قلت: (الاذن فى الضمان أعم من كونه حالا) فلاغرور ولاعقد حتى يلزم على المضمون عنه اعطائه الضامن حالا ، كما أعطى هو للمضمون له حالا، ولعل هذا هو مراد الذين ذكروا انه لايقع للضامن الرجوع الى المضمون عنه ان اداه حالا ، كما نسبه مفتاح الكرامة الى المختلف والمسالك والروضة وظاهر

مسألة - ١١ - اذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه

ليس له الرجوع

التحرير ومجمع البرهان .

قال في محكي التذكرة : على قولنا : انه يصح ضمان المؤجل حالا اذا أدى الضامن المال الى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه الا عند الاجل ان أذن له في مطلق الضمان ولو اذن له في الضمان عنه معجلا ، ففي حلوله عليه اشكال أقرب به عدم الحلول أيضاً .

أقول : الظاهر منه ما ذكرناه من ان مجرد الاذن لا يوجب ضمانه له معجلا اذا لم يكن عقد أو غرور .

أما من أطلق جواز الرجوع الى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً ، كما عن التنقيح وظاهر القواعد - وان قال ثانيهما يحل مع السؤال على اشكال - فقد استدلل له المستمسك [بعد ان قاله انه الاقرب] باطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند اداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر ، والاذن في الضمان وان كان أعم من كونه حالا ، لكن الاطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع .

وفيه : ان الاذن في الضمان بعد ان كان أعم ، ولم يكن غرور ، لم يكن وجه لكون البديل حالا بعد ان كان المبدل منه مؤجلا ، والاطلاق لا يفيد انقلاب المؤجل حالا وهناك أقوال اخر نادرة لا يهتم التعرض لها .

ومما تقدم ، ظهر حال ما اذا ضمنه بأقل من أجله وأصله ولذا قال

المصنف :

(مسألة - ١١ - اذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع

على المضمون عنه الا بعد انقضاء أجله واذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه على مامر من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا وكذا اذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه .

على المضمون عنه الا بعد انقضاء أجله) لان المسألتين من واد واحد ، كما ذكره الجواهر وغيره .

وقال في المستمسك: يأتي في هذه المسألة الاقوال المتقدمة هناك لوجود مأخذ الاقوال المذكورة فيها هنا أيضاً .

ومنه يعلم ، حال ما ضمن اعطاء الدين بعضه حالا وبعضه مؤجلا مرة أو اقساطاً ، ومن هذه المسألة والمسألة السابقة يظهر حال ما اذا كان الدين اقساطاً مؤجلا ومعجلا ، أو مؤجلا طويلا وقصيراً ، ثم ضمنه بمثله أو بالاختلاف مما لاداعى الي تفصيل الكلام فيها .

(واذا ضمنه بأزيد من أجله) في المؤجل (فأسقط) الضامن (الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه على مامر) الا اذا كان الشرط عدم الرجوع اليه الا وقت أجل الضمان (من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلا) أزيد من أجل اصل الدين .

(وكذا اذامات بعد انقضاء اجل الدين قبل انقضاء الزائد) او ماشبه الموت كالارتداد ، حيث ان ديونه تكون حالة لانه بمنزلة الموت - كما حقق في محله - .

(فأخذ من تركته فانه يرجع على المضمون عنه) ولو كان له الاداء قبل الاجل

مسألة -- ١٢ -- اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه

في المؤجل ، أو بأقل اجلا في طويل الاجل بأن كان الشرط اعطاء المضمون عنه له حيث ادى، فادعى الاداء، فالقول قوله وان انكر المضمون عنه، لانه امين فقوله مقدم، وان كان خلاف الاصل .

و لو قال الضامن : كان الشرط عليك ان تعطيني حين ما اعطيت ، وقال المضمون عنه: بل لم يكن شرط فليس لك حق علي الا بعد وصول اجل أصل الدين، كان الاصل مع المضمون عنه، والامين انما يقبل قوله فيما فعل، لا فيما يقول، لان الاول هو الظاهر من أدلة ليس على الامين الا اليمين فلو قال الودعي اجزت لي ان اعطي الوديعة لزيد، وقال المالك: لم اجزه لك قدم قول المالك ولا يحق للودعي دفعها الى زيد.

نعم، لو اعطاها لزيد واعترض عليه المالك، فقال: انه اجازه له كان القول قول الودعي، لانه امين، الى غير ذلك من الامثلة.

و لو ضمنه ضماناً مطلقاً ان حالاً دفعه حالاً وان مؤجلاً دفعه مؤجلاً صح، لاطلاق الدليل و عدم الغرر ، وان اختلفا بعد ذلك في انه حال أو مؤجل كان على مدعى الاجل اقامة الدليل.

(مسألة - ١٢ - اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه) في كل الدين أو في بعضه كما اذا اذنه في ان يضمن نصف دينه فضمنه الكل (برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه) في الزائد عن اذنه ، فالصور أربع : لانه اما ان يضمن بأذنه أولاً، وعلى كل، أما ان يؤدي بأذنه أولاً .

ولذا قال الشرائع : يرجع الضامن على المضمون عنه بما اذاه ان ضمن

وان كان أدائه باذنه أو أمره الا أن يأذن له في الاداء عنه تبرعاً منه
في وفاء دينه

بأذنه، ولو ادى بغير اذنه، ولا يرجع اذا ضمن بغير اذنه، ولو أدى بأذنه، وقد
أدعى المحقق والشهيد الثانين على ذلك الاجماع، بل في الجواهر الاجماع
بقسميه عليه وكل ذلك حسب القاعدة، اذ الضمان بالاذن يوجب الرجوع عليه
- كما تقدم - ولا حاجة بعد ذلك ان يكون الاداء بالاذن، لعدم الحاجة اليه
بعد العقد.

نعم، اذا شرط ان يكون الاداء باذنه لم يكن له الاداء بدون اذنه، وان كان
الضمان باذنه، والضمان بدون الاذن يفرغ ذمة المضمون عنه، فلا فرق في عدم
ضمانه للمضامن كون ادائه بأذن المضمون عنه، أولاً، فانه (وان كان ادائه باذنه
أو أمره) لم يسبب ذلك ملاء ذمة المضمون عنه بعد فراغه بالضمان بدون الاذن
فأن الاذن والامر في اداء ماوجب على الانسان ليس من أسباب الضمان، فهو
كما لو أمر القاتل خطأً العاقلة باداء ماعليهم فأن ادائهم للدية لا يسبب ضمان
القاتل، الى غير ذلك من الامثلة، بل هو الحال، وان كان الضامن أراد عدم
الاعطاء عصياناً فأمره المضمون عنه بالاداء، اذ الامر بالطاعة لا يستلزم الضمان.

(الا ان يأذن له في الاداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه) وذلك لانه ضمان
عرفي امضاه الشارع للمسيرة المستمرة، فهو كما اذا قال: اد للمفقير ديناراً علي
أو قال: ألق متاعك في البحر علي، ولذا مال اليه الجواهر ممثلاً له بما اذا قال
للاجنبي: اد عن الضامن المتبرع وارجع به علي، فاذا ادى بعنوان امتثال أمر
المضمون عنه صح الرجوع اليه .

وعليه فقوله: [في الاداء عنه] يراد به كون الاداء عليه، لانه صادر عن أمره

كأن يقول : أد ماضمنت عنى وارجع به على على اشكال فى هذه الصورة أيضاً من حيث ان مرجعه حينئذ الى الوعد الذى لايلزم الوفاء به واذا ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الاداء

وأذنه، لأن الاداء عنه بمعنى افراغ ذمته ، اذ قد تقدم ان الذمة تفرغ بمجرد الضمان الموجب لنقل مافى ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن - كما تقدم - .
(كأن يقول : أد ماضمنت عنى وارجع به علي على اشكال فى هذه الصورة أيضاً) كما حكاه الجواهر، وعلمه بما فى المتن (من حيث ان مرجعه حينئذ الى الوعد الذى لايلزم الوفاء به) لكن الظاهر انه لا اشكال فيه ، لان الوعد انما لا يلزم الوفاء به اذا كان وعداً بالاحسان اليه مجاناً ، كما اذا قال : سوف اعطيك ديناراً، اما اذا كان وعداً فى قبال شىء يفعله الطرف، كما اذا قال: ألق متاعك فى البحر، او أعطه خبزاً، أو ابن داره أو ما أشبه ذلك وعلى كذا، أو علي عوضه فهو أما داخل فى عنوان الجعالة، أو انه عقد جديد يشمله [أوفوا بالعقود].

ويؤيده ما تقدم من السيرة المستمرة بين المتشركة كما استشهد بها المستمسك ولذا اشكل على اشكال المصنف غير واحد من المعلقين وان سككت عليه امثال السادة ابن العم والبروجردى والجمال.

نعم ، ليس من باب الجعالة والعقد اذا لم يكن فى قبال ما يعمله الطرف مال عرفاً ، كما اذا قال : زوجه بنتك واعطيك مائة، أو ادرس واعطيك عشرة أو ما أشبه ذلك، فيما لم يكن داخلاً فى الاجارة بأن لا يكون من قبيل اعقد العقد واعطيك كذا.

(و اذا ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الاداء) فأن ادى كله رجوع عليه

وان لم يكن باذنه لانه بمجرد الاذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لان الاذن على هذا الوجه كلا اذن .

بالكل ، وان أدى بعضه رجوع عليه بالبعض (وان لم يكن) الاداء (بإذنه) بلا اشكال ولا خلاف، بل عليه دعوى الاجماع في كلام جماعة ، وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه : وذلك لما دل على ان الضمان بالاذن يوجب الرجوع ولم يدل دليل على الاحتياج بعد ذلك الى الاذن ، بل لو صرح بانه ان أدى اليه لم يؤده اليه لم ينفع في دفع الضمان ، فانه بعد الضمان صار المضمون عنه أجنبياً وصار الدين في ذمة الضامن ، فالواجب ادائه ، وان منع عن الاداء الاجنبي واستشهد له غير واحد بما رواه المشايخ الثلاثة، عن الحسين بن خالد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال .

فان المراد ان قرار الغرم ليس على الضامن ، بل على المضمون عنه، و اطلاقه يشمل ما اذا كان الاداء بغير اذن المضمون عنه ، بل مع منعه ايضاً .
أما شمول اطلاقه للضمان بغير اذن فلا، للانصراف القطعي، ولانه خلاف سلطنة الناس، وللاجماع كما ادعاه غير واحد .

(ولانه بمجرد الاذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء) حتى يحتاج الى الاذن في الاداء .

(نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه) سواء طلب التبرع بكل الدين أو ببعضه فأن اقدام الضامن على الضمان بدون القرار بأعطائه بدله أو جب اشتغال ذمته (لان الاذن على هذا الوجه كلا اذن) وان لم يقصد

مسألة - ١٣ - ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الاذن الا بعد أداء مال الضمان على المشهور ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه وانما يرجع عليه بمقدار ما أدى اما لان ذمة الضامن وان اشتغلت حين الضمان بمجردة الا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل الا بعد الاداء وبمقداره واما لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء

الضامن التبرع حين الضمان، أو حين الاداء .

(مسألة - ١٣ - ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الاذن) غير التبرعي ، اذ قد عرفت ان الاذن بالضمان تبرعاً كلا اذن (الا بعد اداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه) نعم ، حكى عن المبسوط، حيث أفتى بأنه اذا ضمن باذنه كان له المطالبة عن المضمون عنه بتخليصه من الدين وان لم يطالبه المضمون له، وعن العلامة في التحريم متابعة الشيخ .

(وانما يرجع عليه بمقدار ما أدى) فلو أدى نصف الدين لم يكن له الرجوع اليه بالكل وهكذا، وانما قال المشهور بذلك .

(اما لان ذمة الضامن وان اشتغلت حين الضمان بمجردة) أي بمجرد الضمان بدون الاداء ، كما تقدم من أن الضمان نقل لما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (الا ان ذمة المضمون عنه لا تشتغل) للضامن (الا بعد الاداء وبمقداره) وكأنه لاصالة عدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل الاداء فان الاشتغال بعد الاداء متيقن اما قبله فلا .

(واما لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الاداء) فالاشتغال معلق بالاداء

فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه وأما لأنها وان اشتغلت بمجرد الضمان الآن جواز المطالبة مشروط بالأداء وظاهرهم هو الوجه الأول وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان في قبالة اشتغال ذمة الضامن

وان حصل مقتضيه بالضمان كالنذر المعلق بشيء، حيث انه قد حصل المقتضى وانما يلزم اذا حصل المعلق عليه النذر (فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه) أي حين الضمان .

(واما لأنها وان اشتغلت بمجرد الضمان الا ان جواز المطالبة مشروط بالأداء) وأما الوجه رابع احتمله الجواهر بأن يكون اشتغال الذمة حاصلًا بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالأداء واذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وأنفسخ. قال في المستمسك - في الفرق بين هذا والاحتمال الثالث المذكور في المتن - واما الاحتمال الثالث، فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان وبقائه، وان لم يحصل الأداء أبدًا.

(وظاهرهم هو الوجه الأول) وقد ذكر غير واحد انه مقتضى القاعدة أيضاً وكان المراد بها قاعدة عدم اشتغال ذمة الانسان بشيء الا اذا علم بذلك، ولا علم بأشغال ذمة المضمون عنه قبل أداء الضامن، فالأصل عدم اشتغالها.

(وعلى أي حال) من الاحتمالات في وجه عدم الرجوع اليه الا بعد الأداء وبمقداره (لا خلاف في أصل الحكم) كما عرفت (وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته) ذمة المضمون عنه (من حين الضمان في قبالة اشتغال ذمة الضامن) فان الضامن لما ضمن بالأذن كان معناه نقل مافى ذمة المضمون عنه إلى

سواء أدى أولم يؤد

ذمة نفسه في قبالة اشتغال ذمة المضمون عنه بقدر ذلك الضمان.

(سواء أدى أولم يؤد) فأن بالضمان فرغت ذمة المضمون عنه عن الدين في قبالة ملاء ذمته للضامن، اللهم الا ان يقال: أن هناك اشتغالين وأدائين، مثل البيع، فإنه بعد البيع يشتغل كل انسان بأداء مال الاخر اليه، فان أدى حق له ان يأخذ والا فلا حق وهنا تشتغل ذمة الضامن في قبالة اشتغال ذمة المضمون عنه، لكن أداء المضمون عنه لا يكون الا باداء الضامن فليس مقتضى القاعدة ألا مذكروه لا مذكروه الماتن.

ولذا اشكل عليه غير واحد لا لما ذكره السيد الجمال معللاً للقاعدة - المؤيدة للمشهور - بان أذن المضمون عنه في الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه في أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه، وظاهر أن قضية ذلك هو الاشتغال بعد الاداء وبمقداره - انتهى .

اذ يرد عليه ان الضمان يوجب ذلك لما عرفت من قضية المبادلة، ولذا قال السيد الحكيم: الاشكال فيه ظاهر مما عرفت فان أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، وانما يرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته. وأما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن وهو الذي اذن له فيه وأمره به وبنفس الضمان تكون الخسارة المالية على الضامن وهي بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً - انتهى .

وبذلك يظهر، ان سكوت ابن العم وتأيد السيد البروجردى للماتن غير ظاهر الوجه قال ثانيهما عند قوله [مقتضى القاعدة]: هذا هو الاقوى، ولاجماع ولاخبر على خلافه وهو مختار الشيخ وجماعة، نعم خالفه العلامة واشتهر بعده

فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت بالاجماع وخصوص
الخبر

- انتهى .

(ف) ليس (الحكم المذكور) بعدم الرجوع الابداء (على خلاف القاعدة)
بل طبقها ، وقد (ثبت) أيضاً (بالاجماع) المتقدم نقله .

(وخصوص الخبر) الذي دل عليه وهو خبر الحسين بن خالد الذي رواه
المشايخ الثلاثة ، عن أبي الحسن عليه السلام ، قلت له : جعلت فداك ، قول
الناس الضامن غارم ؟ فقال : ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال .
بناءً على دلالة على ان استقرار الغرم على المضمون عنه فلا غرم عليه قبل
اداء الضامن .

وموثق عمر بن يزيد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل ضمن
عن رجل ضماناً ثم صالح عليه ؟ قال : ليس له الا الذي صالح عليه . ونحوه
موثق عبد الله بن بكير ، عن أبي عبد الله عليه السلام .

لكن الاجماع والنص لم يدل على عدم الاستحقاق ، وانما دل الاجماع
على عدم الرجوع خارجاً ، وعدم الرجوع غير عدم الاستحقاق بل ظاهر عبارة
الشرائع وجود الاستحقاق قال : اذا ضمن عنه ديناراً باذنه فدفعه الى الضامن ،
فقد قضى ما عليه ، وظاهره اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بالاذن ، لانه
لا اشتغال الابداء .

ولذا قال المستمسك : ان الاجماع على عدم جواز رجوع الضامن الابداء
اداه ، وكذا النص لم يدل على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه ، فان الاجماع
دل على عدم جواز المطالبة قبل الاداء ، والخبر يدل على ان الضامن بعد ان يغرم
تكون غرامته على المضمون عنه ولو لاجل كونه مشغول الذمة بذلك من الاول

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ما خسر

أما لانه لا تشتغل ذمته قبل الاداء فلا دلالة له عليه - انتهى .

وعليه فالخبر المتقدم (عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه) لا دلالة له على قول المدعى بعدم الرجوع الابدع الاداء ، و ان قيل بالدلالة .

(بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ما خسر) وجه عدم الدلالة انه يدل على انه ليس للضامن الا مقدار ما أعطى ، ولا تلازم بين ذلك ، وبين عدم اشتغال ذمة المضمون عنه الابدع الاداء ، فالمورد مثل عدم استحقاق البائع من المشتري الامقداراً من الثمن يكون في قبض بعض المبيع الذي يؤديه اليه ، فاذا باعه منأ بدرهمين واعطاه نصف من استحق درهماً ، ولادلالة في ذلك على عدم اشتغال ذمة البائع بالمبيع كل المبيع ، فقد استحق الضامن على المضمون عنه كل المال في قبض اعطائه كل المال للمضمون له ، فاذا اعطى بعضه للمضمون له ولو بالمصالحة لم يستحق عن المضمون عنه الا أخذ مقدار ما اعطى . والحاصل : ان المصنف يقول : ليس للضامن الرجوع الابدع الاداء لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل اداء الضامن ، هذا هو الذي ذكره المشهور ، و دل عليه الاجماع والنص ، وان كان على خلاف القاعدة .

وفيه أولاً : ان الحكم ليس على خلاف القاعدة .

وثانياً : ذمة المضمون عنه مشغولة : بمجرد الضمان لأبداء الضامن .

و ثالثاً : ان النص و الاجماع بعدم رجوع الضامن الا بما أدى لايدلان

على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه - كما تقدم وجه عدم الدلالة - .

ويتفرع على ما ذكره أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً وان أبرئه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالاقبل -- كما هو مورد الخبر -- وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وان كان باذنه

(و) كيف كان (يتفرع على ما ذكره) من ان الضامن لا يرجع على المضمون عنه الا بما أدى - في قبال احتمال المصنف [الذي جعله مقتضى القاعدة] من الرجوع بمجرد الضمان أدى أو لم يؤد - (أن المضمون له لو أبرء ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً) وهذا يصح أيضاً على ما ذكرناه من ان الاداء في قبال الاداء ، و ان اشتغلت ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان .

(و ان أبرئه من البعض ليس له) للضامن (الرجوع) على المضمون عنه (بمقداره) أى بمقدار ما أبرئه ، لانه لم يؤد الا ذلك المقدار فقط ، فليس للضامن أكثر مما أعطى .

(و كذا لو صالح) الضامن (معه) مع المضمون له (بالاقبل) فله ان يأخذ من المضمون عنه ذلك المقدار الاقل (- كما هو مورد الخبر -) المتقدم .

(و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى) :

١ - كله ، فلا يحق للضامن الاول ان يأخذ من المضمون عنه شيئاً (فانه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه) بشيء (وان كان الضامن باذنه) .

وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً .

مسألة - ١٤ - لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه ولا يكون ذلك في حكم البراء

٢ - أو أدى بعضه وأدى البعض الآخر الضامن الاول ، فان الضامن الاول حيث يؤدي بعض المال ليس له ان يأخذ من المضمون عنه الا بقدر ذلك البعض .

(وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً) لان الضامن لم يعط شيئاً ، وقد كان أخذه من المضمون عنه باعتبار انه أعطى ، فاذا لم يعط لم يأخذ .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك كله ما اذا كان عطاء الاجنبي عن الضامن حيث يعد عطاء الضامن ، فقد اعطى الضامن - بسبب غيره - فله ان يأخذ من المضمون عنه ، كما تأتي الاشارة الى ذلك ، و من الواضح ان الاجماع والنص ليسا في مثل هذا المورد ، فلا يشملهما الاجماع والنص لا ينسحب اليه بالمناط ، وسيأتي مسألة ما لو أدى الدين مؤدى من باب الزكاة أو الخمس مثلاً .

(مسألة - ١٤ - لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه) لان الاحتساب للضامن حاله حال دفع الضامن ، وأي فرق بين ان يدفع المضمون له خمسه وزكاته و صدقته للضامن ثم يدفعها الضامن اليه من باب دينه الضماني ، وبين ان يحتسبها عليه فلا يأخذ منه .

(و) عليه - (لا يكون ذلك في حكم البراء) أو المصالحة مما لم يدفع الضامن شيئاً فليس له الاخذ من المضمون عنه ، بل ذلك مثل احتسابه عليه من

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة

باب الارث الذى لآب الضامن عند المضمون له فيأخذه المضمون له من باب طلبه من الضامن .

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر ، حيث قال : لعله كذلك غير جازم بالحكم واشكل عليه في المستمسك بانه لا يخلو من اشكال ، اذ لا غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه ، فان الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلا ، لاعلى الشخص المذكور .

اذ فيه : ان الغرم محتمله الضامن فانه لولا دينه اعطاه الزكاة وبعد ما ذكرناه من الدليل لكلام الماتن ، لاحاجة الى ما ذكره المستمسك بقوله : اللهم الا ان نقول : ان القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره و لم يثبت في المقام ما يقتضي الخروج عنها والحاقه بمورد النص غير ظاهر الى آخر كلامه ، اذ ليس الكلام في اشتغال الذمة ، وانما الكلام في ان الاحتساب هل هو كالابراء فلا يكون للضامن الرجوع أو كالاداء فله الرجوع .

(و) مما تقدم يعلم وجه قوله : و(كذا) يكون في حكم الاداء ، لا الابراء (لو أخذه) المضمون عنه (منه) من الضامن ، وفاءً (ثم رده عليه هبة) كما قربه التذكرة وغيره وتبعه الجواهر ، لان أخذ المضمون له أو جب حق الضامن في الاخذ من المضمون عنه .

أما الهبة بعد ذلك فليس له دخل بالابراء حتى يسقط عن المضمون عنه فانها كرده الى الضامن جعالة أو صدقة أو زكاة أو خمساً أو مظالم أو ما أشبهه ومثلها اذا ورثه الضامن .

وأما لو وهبه مافى ذمته فهل هو كالابراء أولاً؟ وجهان ولو بمات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه .

مسألة - ١٥ - لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل

من الدين

(وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالابراء أولاً؟ وجهان) .

الاول : ان له الرجوع، لانه كما اذا وهبه خارجاً بقدره ثم اخذه منه وفاءً لدينه فقد غرم الضامن اذ لو اعطاه الهبة، ثم أخذها منه كان غراماً منه، وكذلك هنا، ولذا جعله غير واحد من المعلقين أقرب .

والثاني: ان لاحق له في الرجوع لانها كالابراء، لان البرائة لم تكن بمال الضامن، والاول هو مقتضى القاعدة لما عرفت في وجه الاول، و جماعة من المعلقين كالسيديين ابن العم والبروجردي سكتوا على المتن مظهرين تردهم في المسألة كالمصنف .

(و لو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه) لا ينبغي الاشكال في ذلك، لان الارث مال للضامن تلف بسبب الضمان فلا وجه لعدم رجوعه الى المضمون عنه .

ومنه يعلم، انه ما كان ينبغي له ترده في الهبة وجزمه هنا، لان كليهما مال للضامن حصله هبة أو ارثاً، فاللازم الجزم بالحق في الرجوع في الهبة أيضاً، كما انه لا ينبغي للمستمسك جعل الارث مبنياً على المبنين الذين ذكرهما فراجع كلامه .

(مسألة - ١٥ - لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين)

أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما يسوى

بان باع المضمون له، الضامن، بأقل، أو صالحه كذلك، مثلاً كان يطلب الدائن فرساً من المضمون عنه يسوى بمائة، فلما ضمنه الضامن باع المضمون له الضامن الفرس بخمسين .

و منه يعلم ، ان قول المستمسك : الظاهر ان أصل العبارة [لو باع أو صالح] وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل - انتهى ، غير ظاهر .

(أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه) مثل ان كان يطلب منه مناً من الحنطة الجيدة فوفاه بمن من الحنطة الرديئة ، حيث كانت قيمة الرديئة أقل من قيمة الجيدة، وقبل بذلك المضمون له .

(فقد صرح بعضهم) الشرائع والقواعد والتذكرة والمسالك وغيرهم -

كما حكى عن بعضهم - (بأنه لا يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما يسوى) واستدلوا عليه بموثقتي عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير المتقدمين ، بتقريب انه لم يعط الا هذا فلا حق له في ان يأخذ الا ما أعطى .

قال في محكى التذكرة : لو صالح عن ألف على عبد يساوي ستمائة لم يرجع الا بستمائة - انتهى .

وما ذكروه هو مقتضى القاعدة ، و الخبر كما تقدم عند جعل المصنف مقتضى القاعدة على خلاف الخبر، وهذا هو الذى اختاره أغلب المعلقين ومنهم السادة البروجردى وابن العم والجمال .

وقال في المستمسك : ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذى ذكروه لا يقبل الانكار، وقد نفى الخلاف عن انه لا يجب على المضمون عنه ان يدفع

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة وكون القدر المسلم غير هذه الصور وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه لا ما اذا صالحه بما يسوى أقل منه وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا اشكال في عدم

الى الضامن أزيد مما دفعه الى المضمون له - انتهى .

ومنه يعلم ان قول المصنف : (وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة) غير ظاهر الوجه ، وقد تقدم ان الحكم على وفق القاعدة ، لان الاداء لا يكون الا بمقدار الاداء .

(و) عليه فادعاء (كون القدر المسلم غير هذه الصور) ممنوع (وظاهر خبر الصلح) كما يشمل (الرضا من الدين بأقل منه) كذلك (لا) غبار في شموله (ما اذا صالحه بما يسوى اقل منه) ولذا تقدم من المستمسك : ان شموله لا يقبل الانكار ، ولو باعه ما يساوي الدين ، ثم أخذ منه أقل ، فهل يأخذ من المضمون عنه كاملاً أو بمقدار ما اعطى المضمون له ؟ احتمل الامر في محكي التذكرة والمسالك مال الى رجوعه عليه بما يساوي الدين ، وفي المستمسك نقل القولين بلا ترجيح ، والظاهر أقربيه ما ذكره المسالك ، لانه ليس ابراءً عن الدين ، بل اعطاء من المضمون له للضامن في معاملة مستقلة .

و لو مات الضامن فعمل وارثه مع المضمون له الاعمال السابقة من هبة و ابراء وما أشبه ، أو مات المضمون له فعمل الضامن مع ورثة المضمون له الاعمال السابقة كان الحكم كالسابق في جميع الفروع ، لان العلة في المقامين لتلك الاحكام واحدة .

(وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا اشكال في عدم

جواز الرجوع بالزيادة .

مسألة - ١٦ - إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداء عماله عليه فلا اشكال

جواز الرجوع بالزيادة) على المشهور ، بل لم نجد خلافاً فيه لابن من ذكره ولا بين المعلقين ، فان كلهم سكتوا على الماتن ، وذلك لوضوح ان الضامن متبرع بالزيادة بدون أمر المضمون عنه ، فلا وجه لاختها من المضمون عنه بعد ان لم يشمل الضمان الزائد .

نعم ، تأتي هنا المسألة الاقتصادية التي المعنا اليها في (الفقه : الاقتصاد) من ان قيمة النقد لو تنزلت بما اضطر الضامن اعطاء الزيادة ، كان مقتضى الاقتصاد السليم اعطاء الزائد فله الرجوع بها على المضمون عنه ، مثلاً : ضمن مائة فيما كانت المائة تسوى داراً وعند الاداء ارتفعت الاسعار بالضعف مما اضطر الى اعطائه مائتين - لان المعاملات العقلانية على المبادلات بين الاشياء والنقد واسطة فقط ، فانه يحق له أخذ المائتين ، ويكون العكس فيما اذا تنزلت الاسعار حتى صارت القيم على النصف ، حيث يعطيه خمسين و يأخذ منه خمسين فقط لكن المسألة في موارد المختلفة السيالة تحتاج الى مزيد من التأمل .

(مسألة - ١٦ - اذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن) أو أقل منه ، أو أكثر ، لان الاحكام الاتية لا تختلف من هذه الجهة ، وان اختلفت في لزوم اعطاء الناقص ، واستيفاء الزائد ، وذلك خارج عن محل الكلام .

(فان كان ذلك بعنوان الامانة ليحتسب بعد الاداء عماله عليه فلا اشكال) في انه يشمله دليل الامانة باحكامها ، مثل ان تلفها بدون تعد أو تفريط من كيس الودعي ، لا الامين ، الى غير ذلك من الاحكام .

ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف الا بالتعدى أو التفريط وان كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاءً لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني وان قلنا انه لا تشتغل ذمته الا بالاداء من حينه - كما هو ظاهر المشهور -

(ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف الا بالتعدى أو التفريط) و لو نمي كان نمائه للمالك الى غير ذلك (و ان كان بعنوان وفاء ما عليه فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان) لانه في قبالة اشتغال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه .

(وان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن) لان الاداء في قبالة الاداء، كما في البيع، حيث ان الملك في قبالة الملك، والاداء في قبالة الاداء، كما تقدم اختياره وقلنا انه مقتضى القاعدة .

(أوقلنا باشتغاله حينه بشرط الاداء بعد ذلك على وجه الكشف) وهذا غير تام، اذ لا يدل عليه نص ، ولا انه مقتضى القاعدة (فهو صحيح ويحتسب وفاءً) منتهى الامر وفاء المضمون عنه قدم على وفاء الضامن كما اذا وفي أحد المتبايعين ما عليه قبل وفاء الآخر .

(لكن بشرط حصول الاداء من الضامن على التقدير الثاني) الكشف الذي لم نقل به (وان قلنا انه لا تشتغل ذمته الا بالاداء من حينه - كما هو ظاهر المشهور -) وان لم نقل به نحن تبعاً لظاهر الشرائع ، ومن المعلقين السيد

فيشكل صحته وفاءً لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد وبعد الاداء ليس له الاحتساب الا باذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به .

البروجردى ولذا قال عند قول المصنف [فان قلنا بأشغال ذمته حين الضمان]: وهو الأقوى.

(فيشكل صحته وفاءً لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد) كما ذكره التذكرة في محكى كلامه، فاللازم عليه رده، حيث ان مقتضى المقبوض بالعقد الفاسد ذلك، وهذا هو الذي يظهر من كافة المعلقين الذين سكتوا على المتن، خلافاً للسيد الجمال، حيث انه تبسع المسالك في جعله كالمقبوض بالسوم قال: لودفعه بدلاً عما ضمنه عنه، فلا يبعد ان يكون كالمقبوض بالسوم، ويملكه الضامن بنفس الاداء بلا حاجة الى اذن جديد - انتهى .

في قبال قول المصنف: (وبعد الاداء ليس له الاحتساب الا باذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به) والظاهر انه ليس مراده اذناً جديداً انشائياً، بل الاعم من ذلك ومن بقاء الاذن السابق فلا يستشكل عليه بما قاله المستمسك من انه لا حاجة الى الاذن الجديد، بل يكفي بقاء الاذن السابق.

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

ثم انه اذا دفع اليه قبل الاداء أمانة، ثم لم يدفع اليه بدل ما دفعه الى المضمون عنه كان من حقه ان يحتسب المدفوع امانة تقاصاً، ان قلنا بصحة التقاص عن الامانة، كما اخترناه في بعض مباحث [الفقه] .

مسألة - ١٧ - لو قال الضامن للمضمون عنه : ادفع عنى الى المضمون له ماعلى من مال الضمان فدفع برئت ذمتها معاً أما الضامن فلانه قد أدى دينه وأما المضمون عنه فلان المفروض أن الضامن لم يخسر

ولو دفعه وفاءً - على تقدير عدم صحة الوفاء حين الدفع - ثم دفع الضامن مما استحق أخذه من المضمون عنه ولم يأذن له المضمون عنه فى أخذه وفاءً بعد دفع الضامن، فإن دفع المضمون عنه غيره أرجعه الضامن اليه ، والا جاز له ان يأخذ ماعنده تقاصاً، لاطلاق أدلة التقاص، بلا اشكال هنا، ولو لم يدفع الضامن الى المضمون له جاز للمضمون له اخذه من مال الضامن تقاصاً ويأتي هنا المسألة التي تقدمت في بعض المباحث السابقة من احتياج التقاص الى تعذر جبر الحاكم للابى أو عدم احتياجه .

(مسألة - ١٧ - لو قال الضامن للمضمون عنه : ادفع عنى الى المضمون له ماعلى من مال الضمان) كلا أو بعضاً (فدفع برئت ذمتها معاً) قاله الشرائع وعلله المسالك قائلاً: اما الضامن فلو فاء دينه، وأما المضمون عنه فلان الضامن لم يفرم فلا يرجع عليه .

والى هذا اشار المصنف بقوله: (أما الضامن فلانه قد أدى دينه) فان دفع المضمون عنه بمنزلة دفعه كما في سائر امثال ذلك من الاوامر، مثل ان يقول: ادفع عنى المتاع الى البائع، او بدل القرض الى المقرض أو ما أشبه ذلك . (وأما المضمون عنه فلان المفروض أن الضامن لم يخسر) شيئاً فلا يرجع الى المضمون عنه.

ثم ان المسالك قال: ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت مادفعه المديون

والا وجه أن يقال : ان الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له حيث انه أذن له فى الضمان فالاداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره ولاشتغال ذمة المضمون عنه ، حيث ان الضمان باذنه وقد وفى الضامن فيتهاتران أو يتقاصان

فى ذمة الضامن لانه المديون وقد اذن له فى وفائه وثبوت مثله فى ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان .

وجعل المصنف هذا الوجه هو الواجه قائلًا: (والوجه أن يقال: ان الضامن حيث امر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالاداء) بعد ان اداه المضمون عنه الى المضمون له .

(والمفروض ان ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له حيث انه اذن له فى الضمان فالاداء المفروض) أداء المضمون عنه عن الضامن (موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه) كون الاداء (بأمره) وقد سبق ان الامر يوجب الاشتغال. (ولاشتغال ذمة المضمون عنه ، حيث ان الضمان بأذنه وقد وفى الضامن) لانه أمر غيره بأداء المال، فأداء المضمون عنه يسبب الاشتغالين - لكن لا يخفى ان اداء المضمون عنه عن الضامن وبأمر الضامن لا يسبب اشتغال ذمة المضمون عنه، لما تقدم ان اشتغال ذمة المضمون عنه انما يكون بالضمان بأمره لا بالاداء- (فيتهاتران) لتساوي دين كل على الاخر وادلة وجوب اداء الدين لا يشمل ما اذا كان على كل منهما مثل ما على الاخر .

(أو يتقاصان) كأن المصنف تبع فى تسمية هذا بالتقاص المسالك ، حيث جعل الباب من التقاص القهرى و الافليس الباب من التقاص ، بل من التهاتر

واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور في غير محله .

كما اشار اليه غير واحد من المعلقين .

(واشكال صاحب الجواهر) على المسالك (في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور) حين قال للمضمون عنه: ادعني الدين ، حيث قال الجواهر: ان في كلام المسالك ان اداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بأذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، اذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمدين ، كما انه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما فتأمل .

(في غير محله) لان الجواهر حصر الامر في كون اداء المضمون عنه قرضاً على الضامن ، أو كون الوفاء بالشيء المملوك للضامن - وحيث ليس أحد الامرين ، اذا ما يعطيه المضمون عنه للمضمون له ليس بقصد القرض على الضامن ، كما انه ليس بمملوك للضامن ، فلا وجه لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه بأمر الضامن - مع ان وجه ضمان الضامن ليس أحد الامرين ، بل أمر ثالث وهو ان الضامن أمر المضمون عنه بالاداء ، والامر يوجب الضمان كما لو قال للخباز : اعط خبزاً للفقير على ما تقدم ، و عليه فالضامن مدين للمضمون عنه بالامر بالاداء والمضمون عنه مدين للضامن ، حيث أمر الضامن بالضمان ، وحيث يتساوي الدينان كان ذلك يقتضي التهاثر ، كما انه يرد على قول الجواهر [كما انه لا يستحق رجوعاً الخ] ان اداء المضمون عنه لما كان بأمر الضامن فقد حصل الاداء من الضامن وبأداء الضامن يستحق الرجوع الى

مسألة -- ١٨ -- إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير اذن الضامن برئاً معاً كما لو دفعه أجنبي عنه .

مسألة -- ١٩ -- إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه

المضمون عنه .

(مسألة -- ١٨ -- إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له) الدين (من غير اذن الضامن) وأمره (برئاً معاً) أما برائة الضامن فلانه لم يبق موضع لدينه الذى ضمنه، وأما برائة المضمون عنه فلان الضامن لم يؤد شيئاً، حيث يرجع به الى المضمون عنه ، وقد تقدم ان الضامن انما يرجع الى المضمون بقدر ما يؤديه .
ويكون الحال :

(كما لو دفعه أجنبي عنه) أي عن الضامن ، في برائتهما معاً، ولا فرق في الحكم بين قصد رجوع المضمون عنه الى الضامن وعدم قصده ، وقد ذكر هذا الفرع المحقق والعلامة وغيرهما ، بل في الجواهر انه لا خلاف فيه ولا اشكال .

نعم ، إذا أداه المضمون عنه عن الضامن من باب الخمس أو الزكاة احتساباً على الضامن كان للضامن الرجوع الى المضمون عنه، على ما تقدم فى المسألة الرابعة عشرة .

(مسألة -- ١٩ -- إذا ضمن) الضامن دين المضمون عنه (تبرعاً) بدون اذنه وأمره (فضمن عنه ضامن) ثان (بإذنه) اذن الضامن الاول (وأدى) الضامن الثانى الدين (ليس له) أي للضامن الثانى (الرجوع على المضمون عنه) أي المديون الاصلى، وانما ليس له الرجوع عليه، لان الضامن الثانى لم يضمن عن

بل على الضامن بل وكذا لو ضمن بالاذن يضمن عنه ضامن باذنه
فانه بالاداء يرجع الى الضامن الاول ويرجع هو على المضمون عنه
الاول .

مسألة -- ٢٠ -- يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له

المديون، بل ضمن عن الضامن الاول ، فلاموجب لرجوع الضامن الثانى الى
المديون .

(بل) يرجع الضامن الثانى (على الضامن) الاول ، لان الاول أمر الثانى
بالضمان عن الاول، ولاحق للضامن الاول بعد الاداء ان يرجع الى المديون،
لانه تبرع بالضمان ، وقد سبق ان التبرع بالضمان لا يوجب اشتغال ذمة
المضمون عنه .

(بل وكذا) لاحق للضامن الثانى ان يرجع الى المديون (لو ضمن)
الضامن الاول عن المضمون عنه (بالاذن) والامر من المضمون (يضمن عنه
ضامن باذنه فانه بالاداء) بأداء الثانى (يرجع الى الضامن الاول) لانه طرفه .
(ويرجع هو) الضامن الاول (على المضمون عنه الاول) أى المديون ، وقد
تبين بذلك أحكام الصور الاربع من كون كلا الضمانين بالامر ، أو عدم الامر
فيهما ، أو كون الامر في أحدهما دون الآخر .

(مسألة -- ٢٠ -- يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له) فقد
يضمن الاقل من الابتداء ، وهذا ضمان بعض الدين وقد يتصلح معه بالاقل بعد
ان ضمن الكل ، وهذا ما تقدم الكلام منه ، وقد يضمن بالاقل ، وهذا قد يكون
باسقاط الزائد عن المديون ، وقد يكون باسقاط الزائد عن الضامن ، وقد يكون
بالمبادلة بين الزائد والناقص من قبيل اشتراء ما يسوى بألف ، بتسعمائة ، فاذا

وكذا يجوز أن يضمه بأكثر منه وفي الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه - مع اذنه في الضمان - الا بذلك الاقل كما أنه في الثانية لا يرجع عليه

اسقط الزائد عن المديون كان الضمان بقدر الدين ، واذا أسقط الزائد عن الضامن كان كما تقدم من انه لاحق له في الرجوع الى المضمون عنه الا بمقدار ما أعطى، واذا بدل لم يكن من الضمان المصطلح لانه نقل ما في الذمة ، وانما يكون عقداً جديداً لا بأس به لشمول [أوفوا بالعقود] له .

قال في المستمسك - بعد اشكاله في كونه ضماناً مصطلحاً - : اللهم الا ان يكون المراد من الضمان في المقام مفهوماً آخر، وهو اثبات بدل ما في الذمة في ذمة اخرى أقل منه أو اكثر ، ولا بأس بالبناء على صحته عملاً بعمومات الصحة ، ولا يكون من الضمان الاصطلاحى، ولا تجرى عليه أحكامه الا ما يقتضيه العمومات .

(وكذا يجوز أن يضمه بأكثر منه) أما على سبيل الشرط ، أو على سبيل المبادلة على ما تقدم في الاقل منه ، ومنه يعلم ان اشكال السيدين ابن العم والبروجردى في الاكثر محل اشكال .

(وفي الصورة الاولى لا يرجع على المضمون عنه - مع اذنه في الضمان-) اذ بدون اذنه لا رجوع أصلاً (الابدلك الاقل) على ما تقدم من ان الزائد، حيث لم يؤده لم يرجع الا بما أدى .

نعم، اذا كان على سبيل المبادلة - مما ليس ضماناً اصلاً - وبدل الدين بالاقل مع اشتراط ان يعطيه المضمون عنه كاملاً صح ، لقاعدة العقد وقاعدة الشرط .

(كما أنه في الثانية) وهي الضمان بأكثر منه (لا يرجع) الضامن (عليه)

الا بمقدار الدين الا اذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة .

مسألة -- ٢١ -- يجوز الضمان بغير جنس الدين كما يجوز

الوفاء بغير الجنس

على المضمون عنه (الا بمقدار الدين) لان الضامن لا يرجع الى المضمون عنه الا بمقدار دينه ، حيث انه الذي انتقل من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن .

نعم ، ان كان الشرط على المضمون عنه ضمانه اعطاء الضامن الزائد كان للضامن ذلك من باب الشرط ، كما تقدم مثله في صورة الضمان بالاقل .

واليه أشار بقوله : (الا اذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة) حيث ان الامر والاذن أو جب استحقاقه لما اعطاه زائداً .

ومنه يعلم ، حال ما اذا أعطى للمضمون له المساوى وطلب من المضمون عنه الزائد على ذلك بالشرط ، أو اعطاه أقل وطلب المساوى ، أو الاكثر ، كما يظهر حال بقية الاقسام الحاصلة من ضرب اعطاء الاقل أو المساوى أو الاكثر في تطلب الاقل أو المساوي أو الاكثر مما هي تسع حالات .

(مسألة - ٢١ - يجوز الضمان بغير جنس الدين) كان يضمن الفرس بالشاة أو الدينار بالدرهم ، أو العروض بالمد ، وهكذا ، ويصح هذا من باب المبادلة ، كما يصح من باب اشتراط الاداء من غير الجنس ، ففي الاول يدخل البديل في ذمة الضامن ، وفي الثاني يدخل الاصل ، ولكن الشرط تبدليه عند الاداء ، وهذا القسم يصح أما من باب عقد جديد ، أو من باب قاعدة الشرط نظير اشتراط الاداء من مال معين ، كما سيأتي (كما يجوز الوفاء بغير الجنس) بالتراضي ، كما ان كل مدين له الوفاء بغير الجنس مع رضی الدائن

وليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه الا برضاه .

مسألة -- ٢٢ -- يجوز الضمان بشرط

فانه نوع مبادلة ومراضاة ولذا قال المستمسك: بلا اشكال، وسكت عليه من وجدته من المعلقين .

(وليس له أن يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه) لانه انما أمر بذلك فلاوجه لاشتغال ذمته بما أدى ، واستدلال المستمسك عليه بقوله عليه السلام : ليس له الا الذي صالح عليه محل نظر ، لان الاطلاق ليس في هذا السبيل ، بل المنصرف جهة الكمية لا الكيفية والالزم ان يأخذ منه فرساً في قبال ضمانه الحمار اذا أعطاه الفرس بدل الحمار ، وذلك خلاف القاعدة .

(الابرضاه) يعد الاعطاء، أو بشرطه عليه بأخذه منه ما أعطاه عند أمره بالضمان عنه ، فيصح من باب الشرط .

(مسألة - ٢٢ - يجوز الضمان بشرط) ما على الضامن ، أو المضمون عنه ، أو المضمون له ، والشرط على الضامن أو المضمون له يصح ، لانه في ضمن عقد الضمان، فيشملة دليل الشرط ، أما الشرط على المضمون عنه أو له فانما يصح في غير الضمان التبرعي .

أما الصحة في غير التبرعي فلانه حيث أمر كان له الشرط ، كما كان عليه الشرط اذا قبل الضامن بشرط على المضمون عنه ، فان دليل الشرط يشمله ، وليس وعدا من أحدهما على الآخر، كما تقدم نحو هذا البحث في بعض المسائل السابقة .

وأما عدم صحة الشرط له أو عليه في الضمان التبرعي فواضح لانه ليس

الرھانة فيرهن بعد الضمان بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهنأ بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان .

ھناك عقد ولا أمر فلا مجال للشرط ، كما اذا تبرع الضامن بشرط ان يخيط المضمون عنه ثوب الضامن مثلاً .

ومما تقدم يعرف ، انه يصح الضمان بشرط (الرھانة) بنحو شرط الفعل فيقول المضمون له للضامن لأقبل ضمانك الا ان ترهن عندي رهنأ ، لاني لأثق ب ضمانك ، فاذا تخلفت عن الاداء كانت العين المرهونة وثيقة عندي لاجل أخذ حقي منها (فيرهن بعد الضمان) من غير فرق بين ان يكون الشرط رهنأ خاصأ كهذه الدار ، أو مطلق ذات قيمة تساوى الدين مثلاً ، الى غير ذلك من الكلي في الذمة ، أو في المعين ، أو الكسر المشاع ، أو الفرد المررد لاطلاق أدلة الشرط بعد عدم محذور في أى من ذلك .

(بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهنأ بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان) لانه أمر عقلائي ، لم يردع عنه الشارع ، فيشملة دليل الشرط بخلاف مثل النكاح والطلاق فلا يصح ان يجعل زوجية بنت الطرف للشارط ، أو طلاق زوجته عن حبالته بالشرط لان الشارع جعل للنكاح والطلاق سببأ خاصأ فاحتمال ان الاستدلال بدليل الشرط لصحة هذا الشرط معناه كون الشرط مشرعأ وهو غير تام ، خصوصأ وقد ورد في الشريعة شرط النتيجة في شرط الضمان في الاجارة والعارية وشرط الاجل في النسيئة والسلف وغير ذلك .

وحيث ان المصنف لم يكن بصدد ذكر خصوصيات الرهن في المقام لم يذكر لزوم القبض في شرط النتيجة ، كما لم يذكره في شرط الفعل والافلابد من القبض في الموردین - بناءً على اشتراطه في الرهن - كما أشار الى ذلك

جملة من المعلقين .

نعم ، في حاشية السيد الجمال في اشتراط صحة الرهن حين شرط النتيجة بالقبض وعدمه وجهان ، ثم اذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلم يرهن أجبر على ذلك بسبب الحاكم ، فاذا لم يمكن ، فالظاهر ان له ان يأخذه رهناً بنفسه ، فاذا لم يمكن حق له الفسخ ، أما الاولان فلان الشرط يقتضي الوضع كما حقق في محله .

وأما الاخير فليخيار تخلف الشرط ، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مسألة هل ان له الخيار في عرض اجبار الحاكم ، أو طوله الى آخر ما ذكرناه هناك فراجع .

أما اذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة فانه يدخل في رهانه بمجرد العقد لكن على المشروط عليه ان يقبضه اياه فاذا لم يقبضه أجبر عليه ولا فرق بين ان يكون شرط المضمون له على الضامن ، أو المضمون عنه ، أو ثالث ، كأن يقول : اني أقبل ضمانك بشرط ان يرهن ابنك عندي داره فاذا رهن فهو ، والا كان له الخيار ولم يكن له الاجبار اذ العقد لم يكن مع الولد حتى يكون ملزماً بالشرط بل وان وعد الولد بأنه اذا قبل الضمان رهنه الدار ، اذ وعده فيه غير ملزم ، بل هو مثل سائر المواعيد الابتدائية ، بل الحكم كذلك حتى فيما اذا لم يمكن من فسخ العقد كما اذا قال : انسي ازوجك بنتي بشرط ان يقوم ولدك ببناء دارى وقبل الولد الشرط ، فلما زوجه بنته لم يفعل الولد ما وعد ، فانه ليس له حق الفسخ ، اذ النكاح لا يفسخ بالشرط كما قرر في محله .

وكذا في الايقاع مثل الطلاق كما لو قال : اني اطلقك بشرط ان يزوجني ابوك اخته وقبل الاب الشرط ، فلما طلقها أبي ولم يزوجه اباه فان الطلاق لا يفسخ بالشرط .

مسألة - ٢٣ - اذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولاً يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء لكنه لا يخلو عن اشكال هذا مع الاطلاق

ثم انه يصح شرط الرهن فعلاً ، ونتيجة من كل من الضامن للمضمون له وبالعكس لاطلاق دليل الشرط ، وحيث ان مسائل شرط الفعل وشرط النتيجة ومسائل الرهن مذكورة في اماكن خاص بهاتركنا الاسهاب فيهما هنا استدلالاً وفروعاً ، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢٣ - اذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولاً) احتمالان (يظهر من المسالك والجواهر) وتبعهما جملة من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما (انفكاكه لانه بمنزلة الوفاء) قال في الاول لان الضمان بمنزلة الاداء ، وقال في الثاني : لان الضمان اداء ، لكن الظاهر ان مرادهما وغيرهما ما اذا لم يكن الرهن مطلقاً ، كما اذا قال : مادام الدين باقياً في الجملة - عليك أو على غيرك - كان هذا رهناً ، والافالظاهر بقاء الرهن ، وان انتهى دين المضمون عنه فان اطلاق دليل الشرط يقتضي بقاءه حسب القرار الذي قرراه .

وكيف كان (لكنه) عند المصنف والساكتين عليه (لا يخلو عن اشكال) لماعلمه المستمسك بانه لا اداء ولا وفاء ، وانما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه فالدين انتقل من ذمة الى اخرى من دون اداء ، فان كان الرهن على بقاءه بقي على حاله ، لعدم الوفاء ، وان كان على فراغ ذمة المديون بطل فراغ ذمته بالضمان - انتهى .

(هذا) الذي ذكرناه من احتمال الانفكاك وعدمه (مع الاطلاق) للرهن بأن

وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع .
 مسألة -- ٢٤ -- يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه
 التقييد أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام
 في الالتزام

لم يعين الانفكاك وعدمه بالضمان .

(وأما مع اشتراط البقاء) للرهن بعد الضمان (أو عدمه) بأن يشترط عدم
 بقاء الرهن بعد الضمان (فهو المتبع) عملاً بعموم المؤمنون عند شروطهم .
 (مسألة - ٢٤ - يجوز اشتراط الضمان) على المشهور ، وفي الجواهر
 لاخلاف أجد في صحته ، وفي المستمسك يظهر منهم التسالم على ذلك (في
 مال معين) فيكون الاداء منه ، كما عن المحقق والعلامة وغيرهما ، لكن في
 مفتاح الكرامة في مسألة مال وحجر على الضامن فيما لو ضمن كل من المديونين
 ما على صاحبه قال: هذا الفرع من منفردات هذا الكتاب ، وهو مبني على صحة
 الضمان في مال بعينه وهو من منفردات المصنف أيضاً - انتهى .

وعلى هذا، فلم أجد وجهاً لقول السيد الجمال اشتراط ذلك ، وان ادعى
 عدم الخلاف في جوازه، لكنه لا يخلو عن الاشكال، خصوصاً اذا كان على وجه
 التقييد.

وكيف كان، فالظاهر صحة مثل هذا الاخذ (على وجه التقييد أو على نحو
 الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام) وذلك لاطلاق ما دل
 على أن العقود تتبع القصد ، واطلاق دليل الشرط ، لكن في تعليقه السيد
 البروجردي لم يظهر لي معنى معقول لتقييد ما في الذمة بالمال الموجود في
 الخارج، وجماعة من المعلقين قالوا بصحة ذلك شرطاً لاقيداً، كما ان مفتاح

وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه

الكرامة حمل كلام القواعد على ذلك ، وبعض آخر أشكل في التقييد الا اذا كان كلياً في المعين ، لان الكلي في المعين لا يخرج عن الكلية والذمة فيكون ضمانه في دائرة المعين ، فمع تلف الكل يبطل الضمان ، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ، ويتعين للاداء ومع بقاء ما ينقص منه يبطل بالنسبة .

أقول: الذمة المشغولة قد تكون مشغولة بنحو مطلق - وهو الكلي - و قد تكون مشغولة بنحو مقيد بالخارج ، بحيث اذا ذهب الخارج ذهب الاشتغال - وهو الكلي المقيد - وقد تكون مشغولة بنحو مشروط بالخارج ، بحيث اذا ذهب الخارج كان للشارط ابقاء الاشتغال ، أو رفضه ، لانه من باب الالتزام في الالتزام ، لا من باب الالتزام الواحد بنحو المقيد والقيد ، ولا بنحو الالتزام البسيط - وهو الكلي المشروط - .

ومنه يظهر ، انه لا اشكال في كل الاقسام الثلاثة ، خلافاً لمن قال بأنه اذا كان الضمان بمعنى نقل الذمة فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود في الخارج ، شرطاً أو قيداً ، أو أشكل على القيد دون الشرط فصحح الشرط فقط .

اذ يرد عليهما ان كلا القسمين - مثل الكلي المطلق - معقول ، فيشملهما اطلاق مادل على ان العقود تتبع القصود في المقيد ، واطلاق دليل الشرط في المشروط ، وكأنه لذا سكت السيد ابن العم وآخرون على المتن .

(وحينئذ) حين كان الضمان مقيداً أو مشروطاً بالوفاء من مال معين (يجب

على الضامن الوفاء من ذلك المال) المعين عملاً بالقيد والشرط (بمعنى صرفه فيه) و انما قال ذلك ، لان الوفاء من ذلك المال معناه يشمل ما اذا بدل المال بغيره أيضاً .

وعلى الاول : اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان

مثلاً: يقال: أوف دينك من هذا البستان فإنه يشمل ما اذا باع تمر البستان وأعطى دينه من ذلك التمر ، والحال المراد هنا الوفاء من عين المعين ، لامن الاعم من العين وبدلها، والظاهر انه يصح كلا القسمين، فقد يكون المراد من الضمان من مال معين الوفاء من عينه، وقد يكون المراد الوفاء، سواء من عينه أو بدله وكلاهما صحيح لما عرفت، فان مساق الدليل فيهما واحد، كما انه قد يكون من قبيل الكلى في الخارج، وقد يكون من قبيل الكسر المشاع ، كما انه يصح جعله من المعين أو من أحد المالين، لو حدة الدليل في الجميع .

(وعلى الاول): الذي هو على وجه التقييد (اذا تلف ذلك المال يبطل الضمان) واذا تلف بعضه بطل بقدر ذلك التالف وذلك لفوات القيد الموجب لفوات المقيد ، وهذا هو المحكي عن التذكرة والشهيدين ، وان أشكل عليه المستمسك بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد وانما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف ، كما اذا قال : بعثك هذا العبد الكاتب فتبين انه غير كاتب ، ثم نظر ذلك بما اذا فات الشرط، أو تبعضت الصفقة أو ما أشبهه ، حيث يكون الخيار لا البطلان.

وفيه : ان العقود تتبع القصور ، فان كان العقد واقعاً على المقيد لا بنحو الالتزام في التزام لم يكن وجه للصحة، كما ان تبعض الصفقة انما يصح ويكون له الخيار اذا كان العقد من قبيل تعدد العقود بلفظ واحد، لا ما اذا كان من قبيل الامر الواحداني البسيط، فان مقتضى القاعدة عدم الصحة حينئذ لانه اذا اختار البقاء كان من قبيل ما اذا باعه لبناً فظهر سمناً حيث يختاران البقاء فانه لم يكن مستنداً الى العقد، بل تراض جديد من باب المعاوضة مثلاً ، اذ لا يحقق ذلك

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

عقودكم حتى يشملهم [أوفوا بالعقود].

(و) اذا بطل الضمان (يرجع المضمون له على المضمون عنه) لان الذي
افرغ ذمة المضمون عنه كان هو الضمان، فاذا بطل رجوع الامر كما كان.

لا يقال: ان الذمة اذا فرغت لم يكن وجه لاشتغالها.

لانه يقال: الوجه هو ان الفراغ لم يكن مطلقاً بل مقيداً وحيث ذهب القيد

رجع الاشتغال وهذا امر عقلائي قرره الشارع كما يستفاد من الاطلاق.

(كما أنه اذا نقص) الشيء الذي كان متعلق الضمان نقصاً أو جب عدم امکان

الاداء، كما اذا كانت ذمة الضامن مشغولة بمن حنطة في ضمن عشرة امنان

خارجية من باب الكلى في المعين فتلف منها تسعة امنان ونصف .

(يبقى الناقص) وهو نصف المن في المثال (في عهده) أي عهدة المضمون

عنه، لان الذي تعلق به ذمة الضامن نصف المن فقط، حيث كان ضمانه في المعين

والمعين لم يبق منه الا نصف من، ومثله ما اذا ضمن مائة من مقيداً بكونه من

الصبرة الخارجية بزعم انه ألف من فظهرت الصبرة تسعين مناً، فانه انما يضمن

الضامن حينئذ قدر تسعين من .

أما العشرة الاخر فلا تعلق بذمة الضامن من أول الامر اذا لاخارجية لها ،

وكذا اذا ظهرت العشرة الموجودة في مائة من خارجية مستحقة لغير الضامن،

حيث ليس للضامن تلك العشرة ، و مثله ما اذا ظهر حجر الحاكم للضامن

في كل أمواله ، حيث لا شيء له مطلقاً حتى يضمن ضماناً متعلقاً به ، أو في

بعض أمواله كالنصف من كل شيء شيء له ، حيث تكون صبرته التي هي مائة

من مثلاً غير ممكن التصرف في كلها ، بل في نصفها فيبطل نصف الضمان ، بناءً على الاقرب من صيغة الحجر بالنسبة الى بعض أموال المفلس مثلاً ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومن هذا يظهر حال ما اذا ضمن الضامن ضماناً مقيداً بالخارج على نحو الكسر المشاع - لا الكلي في المعين - حيث انه اذا كانت له صبرة ذات مائة من ضمن دين المضمون عنه ، حيث كان خمسين منناً ، فاذا تلف من الصبرة عشرة امنان بطل الضمان في خمسة امنان من الخمسين ويرجع المضمون له الى المضمون عنه في خمسة امنان ، و انما يرجع الى الضامن في خمسة و أربعين فقط ، اذ في الكسر المشاع يذهب من الطرفين بالنسبة ، بينما في الكلي في المعين لا يذهب من غير مالك الكلي مادام بمقدار الكلي في الشيء الخارجي كما ذكروا في مسألة من اشترى طنناً من اطنان القصب فاحترق بعض تلك الاطنان .

ثم انه اذا كان الضمان المقيد بالخارج على نحو الكلي في المعين - مثلاً - و غصب الخارجي شخص ، فالظاهر عدم بطلان الضمان ان امكن الاستدراك منه ، لان الشيء الممكن الاستدراك ليس تالفاً حتى يبطل الضمان ، فاذا استدرك منه الضامن أخذه المضمون له من الضامن .

و بذلك يعرف حال ، ما اذا كان الضمان على نحو المشاع ، و ما اذا لم يتمكن من الاستدراك ، و ما اذا كان الشيء قيماً لأمثلياً واعطى الغاصب قيمته حيث ان القيمة لم تكن متعلق الضمان ، بخلاف ما اذا كانت ، كما اذا قال الضامن للمضمون له: اني اضمن لك مقيداً بهذا الشيء الخارجي ، سواء من عينه أو من قيمته .

وعلى الثاني : لا يبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ

(وعلى الثاني :) بان كان اشتراط الضمان في مال معين على نحو الشرط الاعلى نحو القيد (لا يبطل) الضمان بتلف ذلك المال الخارجي .
 (بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما) اذ قد يجعل الشرط بالالتزام من المال الخارجي هذا ، وقد يجعله ذاك وقد يجعله كلا منهما ، وقد أشكل على كون من له الشرط الضامن السيدان ابن العم والبروجردى فقال أولهما : لوجه لخيار الضامن في فرض المسألة وهو تلف ذلك المال ، و قال ثانيهما : الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له ، اذ مرجعه حينئذ الى التزام المضمون له قبوله ان اداه الضامن اليه فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن - انتهى .

وفيه : ان مرجع الشرط حق الضامن فسي فسخ الضمان الذي كان ملتزماً به لولا الفسخ ووجود فائدة اخرى للشرط لا يستلزم منه انه لا خيار للضامن الا مع استتلاف المضمون له من الاخذ ، ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين .
 (ومع النقصان) بأن لم يتلف المال الخارجي كلا ، بل تلف بعضه ، أما في الكلبي في المعين فذلك بأن تلف ما لا يبقى منه بقدر المال المضمون ، وأما في المشاع فذلك بأن تلف منه أى جزء اذ المشاع يتلف منهما كما تقدم .
 (يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ) اذ الشارط قدر فع اليد عن شرطه فيبقى الضمان .

وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح .

(وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن) فلاذمة مشغولة بل (بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال) فيكون المال كالمال المحجور لا يمكن التصرف فيه الا في القدر الزائد عن قدر الضمان (فلا يصح) أى ضمناً معهوداً تقدم تقريره في أول الكتاب .

أما عدم صحته بعنوان عقد جديد فلاوجه لعدم صحته لاطلاق وعموم الادلة مثل: [أوفوا بالعقود] ونحوه له ، فأى مانع من ان يحصر الدين الذى كان في ذمة الشخص المضمون عنه في هذا المال الخارجى للضامن فنفرغ ذمة المضمون عنه ولا تشتغل ذمة الضامن ، وانما يقع الدين في عهدة المال ، وكان على المصنف ان يذكر الصحة في هذه الصورة كما تقدم منه وجه صحة صورة ضم ذمة الى ذمة بعنوان عقد جديد ، وان لم يصح بعنوان الضمان الخاص ، واحتمال صحة هذا القسم هو الظاهر من المسالك أيضاً ، قال : فيما لو شرط ان يكون الضمان من مال معين وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الدين بالجاني وجهان مأخذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن ، لان موضعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة فيه ، ولم تخرج الذمة عن العهدة ، لان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها ، وهذا هو وجه تعلق الرهن ، و من ان الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً ، وانما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمة واقواهما الاول .

قال في المستمسك : ظاهر بعض عبارات المسالك الاخرى الصحة وهو

مسألة - ٢٥ - إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه فان قلنا ان الضامن هو المولى للانفهام العرفي ، أو لقرائن خارجية يكون من اشتراط الضمان في مال معين ، وهو الكسب الذي للمولى وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة ان كان على نحو الشرط في ضمن العقود ، ويبطل ان كان على وجه التقييد ، وان اعتق يبقى وجوب الكسب عليه، وان قلنا ان الضامن هو المملوك وان مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة الى الضمان فاذا مات لا يجب على المولى شيء وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريره بالزكاة ونحوها ، وان اعتق يبقى الوجوب عليه .

مسألة - ٢٦ - اذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فأما أن يكون على التعاقب أو دفعة فعلى الاول الضامن من رضی المضمون

كذلك عملاً بعمومات الصحة ، وان لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمة فلا تجري عليه أحكامه .

(مسألة - ٢٦ - اذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فأما أن يكون على التعاقب) كما اذا ضمنه زيد ثم ضمنه عمرو (أو دفعة) كما اذا ضمنناه في آن واحد و مثله ما اذا ضمنه وكيلهما ، كما اذا قال الوكيل : ضمنته عنهما ، اذا الوكالة في الضمان جائز ، اذا الاصل قبول الوكالة في كل شيء الا ما خرج بالدليل ، كما ذكرناه في بعض مباحث [الفقه].

(فعلى الاول) الذي كان الضامن على التعاقب (الضامن من رضی المضمون

له بضمانه ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ويحتمل قوياً كونه كما اذا ضمنا دفعة خصوصاً بناءً على

له بضمانه) منهما لما قد تقدم من ان الضمان عقد واقع بين اثنين ، فلا يصح بدون رضی المضمون له، وان قلنا انه ايقاع ، وليس بعقد كان اللازم رضی المضمون له أيضاً ، وحينئذ فان رضی بأحدهما صح و بطل الاخر سواء كان السابق أو اللاحق ، فهو كما اذا قال لنفرين : بعتك الكتاب ، فقال احدهما : اشتريت ، حيث يبطل الاخر - أي لا ينعقد - سواء كان السابق أو اللاحق ولو قال المضمون له : رضيت بالاول ثم قال: وبالثاني - مثلاً - لم يصح الثاني لعدم الموضوع له، وعلله المستمسك بأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه فلا معنى للضمان الثاني.

أقول: ان كان ذلك من قبيل ما لا يقبل التعدد عقلاً أو شرعاً ، كما اذا قالت الاختان : زوجتك أنفسنا فقبل احدهما ، حيث لا يصح ان يقبل الثانية ، لانه جمع بين الاختين ، تم ما ذكره ، والا فان لم يكن مانع شرعاً ولا عقلاً ، كما سيأتي وجهه فيما لو اطلق الرضا بهما لم يكن فرق بين الرضى بهما دفعة أو تدريجاً فلا وجه للقول بانتفاء الموضوع بالنسبة الى رضاه بالثاني .

(ولو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق) في الضمان وذلك لما علله في مفتاح الكرامة بانه اذا رضي بضمان كل منهما فقد رضی بضمان الاول فيستقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه فيبطل وهذا هو الذي رجحه غير واحد ، لكن هل يقولون بمثله فيما قالت الاختان - بتعاقب - : انكحتك أنفسنا ، فقال الرجل : قبلتكما .

(ويحتمل قوياً كونه) في التعاقب ، (كما اذا ضمنا دفعة خصوصاً بناءً على

اعتبار القبول من المضمون له فان الاثر حاصل بالقبول نقلاً لا كاشفاً
وعلى الثانى ان رضى بأحدهما دون الاخر فهو الضامن

اعتبار القبول من المضمون له) وانه لا يكفي مجرد الرضا من المضمون له،
فليس الضمان كالايقاع، وانما هو عقد .

(فأن الاثر) أي تحقق الضمان، بناءً على كونه عقداً (حاصل بالقبول نقلاً)
اذ قبل القبول لا أثر، فأن الاثار فى العقود لاتحصل الا بعد تمام العقود بايجابها
وقبولها، كما حقق فى محله.

(لا كاشفاً) فليس القبول كاشفاً عن تحقق الاثر سابقاً حتى يقال: ان الضمان
للمتقدم لا للمتأخر، لان المتقدم لم يدع مجالاً للمتأخر .

والحاصل: انه لو رضى بهما دفعة تكون نسبتة الى الايجابين نسبة واحدة
فلا وجه لترجيح الضمان المتقدم، فلا وجه للقول [بأن الضامن هو السابق]
فيكون الحكم، كما اذا اقترن الايجابان، على ماسياتي فى قولنا: [وعلى الثانى]
ثم ان قوله: [خصوصاً] فى قبال ما اذا قلنا بأن رضى المضمون له يكفي، فانه
اذا رضى بهما كان الاثر للسابق لما تقدم من علة مفتاح الكرامة، اللهم الا ان
يقال: ان [الرضا] كالقبول لا أثر للضمان بدونه، فاذا رضى بهما دفعة كانت
نسبة الايجابين واحدة فيكون الحكم فى تعاقب الايجابين، مثله فى اقتران
الايجابين .

(وعلى الثانى) فيما كان الضمان من الاثنين دفعة (ان رضى) المضمون له
(بأحدهما دون الاخر فهو الضامن) اذ لاشك فى احتياج الضمان الى قبول أو
رضى وكلاهما مفقودان بالنسبة الى الاخر فلا وجه لضمان الاخر الذي لم يتعقبه
قبول ولا رضى .

وان رضى بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر

(وان رضى بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر) .

قال الاول : وان وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة الى ذم متعددة والصحة فيطالب كل واحد بقسطه لبالجميع والاقوى الاول .

وقال الثاني : الاصح البطلان .

وقال الثالث : لا يخفى على من أحاط خبيراً بالمسألة قوة البطلان .

وقد اختار البطلان آخرون أيضاً ، وربما نظر ذلك بقبول نفرين لايجاب واحد ، سواء كان ايجاب نكاح أو ايجاب بيع أو غيرهما اذا قلنا بصحة مثل زوجت نفسي أحد كما ، أو بعث الدار أحد كما ، فانه لا بأس به عرفاً ، ولذا يمكن القول بصحته في مثل البيع ، وان لم يصح في مثل النكاح ، لان الركن الزوجان فهو مثل بعثك أما الفرس أو الحمار .

أو يقال : انه لامحذور فيه ، وفي نظيره عرفاً فاذا قبل احدهما كونها زوجة له أو قبل كون الفرس منتقلا الى ملكه صح عند العقلاء ، وان لم يصح شرعاً بالنسبة الى النكاح لاجماع أو نحوه .

ويؤيده جعل القرعة حكماً في بعض أبواب النكاح والطلاق مما يدل على الصحة في نفسه حتى شرعاً في الجملة ، فان ثبت اجماع في بطلان مثل الفرس والحمار فهو والا لزم الصحة لصدق عقودكم في [أوفوا بالعقود] والمفروض ان الشارع لم يمنع منه .

أو التقسيم بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا أو ضمان كل منهما فاللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الايدي وجوه أقواها الاخير

(أو التقسيم بينهما بالنصف) ان كانا اثنين (أو بينهم بالثلث ان كانوا ثلاثة وهكذا) كما حكى عن ابن الجنيدي، واستدل له بأن الامردائر بين عدم الضمان وبين ضمان كل واحد للكل معاً أو بنحو الكلّي ، وبين الضمان بنسب مختلفة مثل ان يكون على أحدهما الربع ، وعلى الاخر ثلاثة ارباع وبين التقسيم ، لكن الثلاثة الاول باطلة فيبقى الرابع .

اذيرد على الاول: انه لاوجه له بعد وقوع العقد عرفاً ولم يمنع عنه الشرع فلاوجه للبطلان .

وعلى الثاني : أما شقه الاول فبأنه دين واحد فكيف يتحول الى دينين ، وأما شقه الثاني فبما ذكره الشيخ المرتضى [ره] من ان الشيء الواحد لايقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة .

وعلى الثالث: انه لاوجه للمضمان بنسب مختلفة، لانه خلاف وحدة ضمانها والعقود تتبع القصود فلم يبق الا التقسيم .

(أو ضمان كل منهما) من قبيل الواجب الكفائي والكلّي في المعين (فاللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الايدي وجوه أقواها الاخير) كما عن ابن حمزة ، وجعله عكس ضمان الواحد عن الجماعة ويحكي عن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا بهذا ، وهذا القول هو الاقرب وجواب الاشكال على الشق الثاني من الوجه الثاني ، انه لا مانع من اشتغال الدم المتعددة بواجب واحد ، كما في الواجبات الكفائية ، فان الدم تشتغل بواجب واحد ان قام

أحدهم به سقط عن الجميع والائتم الجميع .

ثم ان كان الواجب بسيطاً كصلاة الميت لم يمكن الا قيام أحدهم، وان كان غير بسيط كغسل الميت صح ان يأتي كل واحد بجزء منه بخلاف الصلاة التي لا يأتي بها الا احدهم، وحيث ان المملك من قبيل غير البسيط صح ان يقوم بادائه احدهم ، كما صح ان يؤديه كلهم أو جملة منهم مقسطاً بتساوي، او بالاختلاف، وان تعاسروا اجبرهم الحاكم بالنسبة المتساوية اذ لأولوية لاحدهم على الاخر فاذا كان الدين مائة وضممه اثنان اجبر كل واحد على نصفه، ولو كانوا اربعة اجبر كل واحد على رבעه وهكذا .

بل يمكن ان يقال : ذلك في مثل غسل الميت ، فاذا كانوا ثلاثة لم يحق للحاكم الشرعي جبر احدهم ، او اثنين منهم ، بل يجبر كل واحد على احد الاغسال الثلاثة، الى غير ذلك، وكذلك الحال في واضعي اليد على مال انسان بحيث كان لكل واحد منهم يد مستقلة ، مثل ثلاثة اغتصبوا داراً كل مستولى على كلها فتلفت، فانه لا يحق للحاكم الشرعي اخذها من احدهم، او اثنين منهم بل من كل ثلثها .

نعم ، ان اعطى بدلها احدهم برىء الجميع على اشكال في ذلك اذا لم يقبل المالك الاخذ كل ثلث من أحدهم، مثله فيما اذا قتل ثلاثة انساناً، فان الولي اذا لم يقبل من احدهم كل الدية، وان اراد من كل واحد ثلثا صح له ذلك ، بل لو أعطاها أحدهم فقبلها كان ذلك خلاف الاصل، وانما صح بالتراضي، وان كان فرق بين القتل والغصب، حيث ليس كل جزء في القتل عليهم بخلاف الغصب حيث فرض استيلاء كل واحد على كل الدار، فيشمله على اليد فيمكن ان يقال : لاحق للمالك في الزامهم بالتقسيت اذا أعطاه أحدهم ، بينما للولي الحق في الزامهم بالتقسيت في القتل .

وعليه اذا أبرء المضمون له واحداً منهما براء دون الاخر

وبما ذكرناه ظهر ، انه لاوجه للقول بأن المقولات الاعتبارية كالمقولات الحقيقية فكما لايمكن وجودشيء خارجي في مكانين كذلك لايمكن في الوجود الاعتباري ، اذبالاضافة الى ما في الكلية المذكورة نقول : ان ثبتت القضية المذكورة في الجملة لاثبت الكلية فالوجود الحقيقي لايعقل فيه ذلك .
أماالوجود الاعتباري فليس كذلك ، فان الاعتبار بيدالمعتبر وهو خفيف المؤنة .

وبذلك يظهر ضعف قول السيد الجمال : ان الوجه الاخير هو أضعف الوجوه مطلقاً ، بل لاوجه له ، وقول السيد البروجردي: ان هذا مبني على مايراه العامة ، اذعليه يمكن تعهدات كثيرة لمافي ذمة واحدة مع بقاءه على ماكان عليه بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً ، وأما على مذهب أصحابنا ، فالاقوى هو الاول - انتهى .

ولذا سكت عليه السيد ابن العم وجملة آخرون من المعلقين ، وقال المستمسك : فالتحقيق جواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد لمالك واحد كجواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد ، كما في الواجبات الكفائية ، فان اشتغال الذمم المتعددة بالواجب فيها حاصل ، ولافرق بينها وبين المقام الا في ان المصحح للاشتغال فيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك .

(وعليه اذا أبرء المضمون له واحداً منهما) أو منهم (براء دون الاخر) لان الطالب برئه دون الاخر ، فلاوجه لابرائه ، فهو كما اذا قال الشارع : في الحرب الواجب كفاية [ليس على الاعمى حرج] حيث ان اخراجه لايجب اخراج الاخرين ، وليس معنى ابراء أحدهم اسقاط المضمون له المال ، حتى يسقط

الا اذا علم ارادته ابراء أصل الدين لاختصاص ذمة ذلك الواحد .
مسألة -- ٢٧ -- اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما
ماعلى الاخر باذنه فان رضى المضمون له بهما صح

عن الجميع ، بل معناه ابراء أحدهم وحيث انه حق للمضمون له صح له الابراء
فلا يقال : انه يحق له التصرف في ماله ، لافي ذم الناس ، اذ التصرف في الذم
خلاف سلطنة الناس على ذمهم ، والافان صح ذلك لزم عدم صحة الابراء
من أحد لآخر وهو مقطوع العدم شرعاً و عقلاً (الا اذا) أراد .

وقوله (علم) من باب الاثبات لوضوح انه لاختصاصية للعلم في مقام الثبوت
(ارادته ابراء أصل الدين) أي اسقاطه ، والاعراض عنه ، فانه كالأعراض عن ماله
الخارجي ، حيث يسقط ماليته له (لاختصاص ذمة ذلك الواحد) فانه حينئذ
يسقط الدين وتبرء كل الذمم ، كما ظهر وجهه ، ولو لم يعلم هل انه برء ذمة ،
أوبرء الدين كان الاصل عدم الثاني ، لان ذمة غيره لما اشتغلت كان الاصل بقاء
الاشتغال ، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢٧ - اذا كان له على رجلين مال) بأن كانت ذمة كليهما مشغولة ،
لان يكون مال واحد في ذمتهم على سبيل البديل ، مثل الواجب الكفائي - كما
تقدم في المسألة السابقة -

(فضمن كل منهما ماعلى الاخر باذنه) لما تقدم من احتياج اذن المضمون عنه
في صحة الرجوع اليه سواء قلنا انه عقد ، أو إيقاع ، وان لم يحتج أصل الضمان
الى رضى المضمون عنه .

(فان رضى المضمون له بهما صح) لاحتياج الضمان الى رضى المضمون
له ، والا لم ينتقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن على ما تقدم .

وحيثئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدرأً تحول ماعلى كل منهما الى ذمة الاخر ويظهر الثمر في الاعسار واليسار وفي كون أحدهما عليه رهن دون الاخر بناءً على افتكك الرهن بالضمان

قال في الشرائع اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه .
وقال في المسالك : لاشكال في صحة هذا الضمان ، لان كل واحد جامع لشرائط الصحة ، وفي الجواهر بلاخلاف ولااشكال، لاجتماع ، شرائط صحة الضمان في كل منهما .

(وحيثئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدرأً) الظاهر ان مراده بالجنس أعم من الوصف ، والا لم يكن يترتب عليه ما يأتي من الحكم ، ولذا كانت عبارة الجواهر : [وتساوي المالان من جميع الوجوه] أظهر في افادة المراد .
(تحول ماعلى كل منهما الى ذمة الاخر) كما هو مقضى الضمان .
(و) لايقال : فما هي الفائدة بعد التماثل التام بين المالين .

لانه يقال : (يظهر الثمر في الاعسار واليسار) فاذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان ، فاذا فسخ صار تمام المال على الموسر .
(وفي كون أحدهما عليه رهن دون الاخر) كما ذكره المسالك معللاً له بأن الضمان بمنزلة الاداء .

(بناءً على افتكك الرهن بالضمان) كما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين ، وكان أولى لو قال كما في الجواهر : [وافتكك الرهن ان كان عليهما أو على أحدهما لان الضمان اداء] اذ قد يكون رهن على كل منهما فلا خصوصية لذكر ما اذا كان رهن على أحدهما .

وان كانا مختلفين قدرأً أو جنساً أو تعجيلاً وتأجيلاً أو في مقدار الاجل
فالشمر ظاهر

والحاصل صيرورة كل واحد منهما بضمانه فرعاً وبمضمونيته أصلاً فيتمتع كسان
ولذا يظهر الثمر أيضاً في ابراء صاحب الدين كله أو بعضه ، الى غير ذلك من
الثمار .

(وان كانا مختلفين قدرأً أو جنساً) الاعم من الوصف كما تقدم (أو تعجيلاً
وتأجيلاً أو في مقدار الاجل) كما اذا كان أحدهما بعد شهر ، والاخر بعد شهرين
ومثله ما اذا كان أحدهما دفعة والاخر مقسطاً ، أى يعطيه باقساط ، سواء كان الدفعي
مؤجلاً أو معجلاً ، وكذا اذا كان أحدهما مشروطاً والاخر مطلقاً .

(فالشمر ظاهر) وأضاف الجواهر قائلًا : بل في الفرض لو شرط أحدهما
الضمان في مال بعينه ، وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء أخذ المضمون
له حقه من المال مقدماً على الغرماء بسبق تعلق حقه الا ان المفلس قد استحق
على المضمون عنه مع فرض كون الضمان باذنه ، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء
الى آخر كلامه .

نعم ، اذا لم يكن ، أى من هذه الثمار فهل يصح الضمان لانه عقد ولا يلزم
ان يكون للعقد ثمر بعد اطلاق الدليل ، أو لا يصح ، لانه عمل سفهائي بعد عدم
أى ثمر ، لان الحال في المستقبل كالسابق بعينه لا يبعد الثاني ، لان الاطلاق
لا يشمل الاعمال السفهائية .

نعم ، ربما يقال : انه من قبيل تبديل نفرين مالهما المشابه تماماً بالاخر ، حيث
يصح ذلك مع انه لم يؤثر شيئاً .

وفيه : انه أثر شيئاً ، حيث لم يكن لاحدهما التصرف في مال الاخر قبل

وان رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه وحينئذ
فان أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى حيث ان المفروض كونه
مأذوناً منه وان أدى البعض فان قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه
ضماناً فهو المتبع

المبادلة ، وكان له التصرف في ماله وبعد المبادلة انعكس الامر بخلاف المقام
الذي ليس له ، حتى مثل هذا الثمر على ان كون الضمان صحيحاً أو لا لاثمر
له - الا في مثل النذر الذي يكرره صاحب القوانين ، اذ يفى بنذره اذا كان نذر
ان يعمل ضماناً ، ان قيل بصحة هذا الضمان ، بخلاف ما اذا قيل ببطلانه حيث
لم يف بنذره - وانما قلنا لاثمر له ، لانه سواء قيل بالصحة ، أو بعدم الصحة
تكون ذمة كل واحد منهما مشغولة وبعد الضمان كقبله لا يفرق الامر .

ثم انه يظهر الثمر أيضاً في صورة التماثل فيما اذا كان أحدهما كافراً عنده
أحكام خاصة للضمان ، حيث يشملها قاعدة الزموم بما التزموا به أو كانا كافرين
لكل أحكام خاصة .

(وان رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه) اما دينه
الاول فلانسه باق عليه بدون ان يؤديه ، أو يضمه أحد ، والمفروض انه لم يقع
أحدهما ، واما دينه الثاني فلانه انتقل اليه بضمانه لدين صاحبه .

(وحينئذ فان أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى حيث) كان بأذنه و
رضاه - (ان المفروض كونه مأذوناً منه) في الضمان منه .

(وان أدى البعض) أي بعض الكل الشامل لما يساوى دين نفسه ، أو دين
صاحبه ، ولما يكون أكثر من دين نفسه ولو بقدر (فان قصد كونه مما عليه أصلاً
أو مما عليه ضماناً فهو المتبع) اذ الاداء تابع للقصد ، والا يقصد لم يسم اداءً

ويقبل قوله ان ادعى ذلك

مثلاً: كان عليه خمس ودين لزيد، وكان زيد مستحقاً للخمس ، فانه ان أعطاه بقدر هذا ، أوذاك ، فان قصد الخمس براء منه وبقى الدين ، وان قصد الدين براء منه وبقى عليه الخمس، وربما يكون للقصد آثار خارجية مثل هذا المثال فانه ان قصد الدين لم يصح ان يصلي ويطوف في لباسه غير الخمس - على المشهور - بخلاف ما اذا قصد الخمس، الى غير ذلك من الامثلة.

ومما تقدم يعلم، حال التبويض في الجملة ، كما اذا كان عليه خمسون ضماناً وخمسون ديناً فأعطى [عشرة] فان له ان يحسبه لنفسه، أو للضمان أولهما بالاختلاف أو التساوي كما انه اذا اعطاه ستين كان له احتساب خمسين منه لنفسه والباقي لزمانه أو بالعكس ، كما كان له احتساب نصفه لنفسه ونصفه لزمانه، أو الاحتساب بالاختلاف كاربعين لنفسه وعشرين لزمانه، أو بالعكس وهكذا.

ثم ان أعطى، مثلاً: خمسين (و) لم يعلم انه هل لنفسه ، أو لزمانه (يقبل قوله ان ادعى ذلك) لنفسه أو لزمانه وعلله الشرائع وجامع المقاصد وغيرهما بأنه ابصر بنيته، وغيرهم بانه مما لا يعرف الا من قبله، وفي الجواهر: بلاخلاف ولا اشكال، وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى كتابي [القضاء والشهادات] فقد بني العقلاء على القبول والشارع لم يردعه ، بل ايده بحجية ذى اليد ، و مسألة الحيض والحمل وما أشبهه.

أما قول الجواهر: ويقبل قوله مع اليمين، فانه يريد مقام النزاع فانه منكر لقول المدعي ، وحيث لاشاهد كان عليه اليمين بمقتضى اطلاق انما اقضى بينكم بالبينات والايمان، وقال قولين مختلفين، فهل يؤخذ بالاول، أو الاخير أو يتساقطان ؟ احتمالات، ومحل كتاب [القضاء والشهادات].

وان أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد

(وان أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد) كما ذكره الجواهر تبعاً في ذلك للعلامة في القواعد، وعلمه جامع المقاصد بامتناع صرفه الى أحدهما نظراً الى عدم الاولوية فيتعين ذلك قال: ويحتمل الان صرفه الى ماشاء، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه، وذكر الجواهر مثل هذا الاحتمال أيضاً .

ومنه يعلم، ان مرادهم بالتقييد النسبة لا التنصيف ، فاذا كان دينه مائة و دين المضمون عنه خمسين واعطى ستين كان اربعون له و عشرون للمضمون عنه، لكن الاقرب انه يقع وفاءً لما في ذمته ، فان كان ما أداه زائداً عليه كان الزائد عن المضمون عنه و الا بقى الضمان عليه ، و ذلك لان الاداء عن الغير يحتاج الى قصده فما دام لم يقصد ذلك لم يكن اداءً بخلاف ما على النفس، فانه لا يحتاج الى قصد النفس ليكون اداءً عنها، وكذلك في سائر الامور كما اذا كانت عليه صلاة ظهر، أو صيام نذر أو خمس اوزكاة او حج نذر، وكان عليه أيضاً أمثالها لغيره استيجاراً، فانه اذا أتى بأحدها بدون قصد الغير كان ما أتى لنفسه، واذ لم يقع ما أعطى عن المضمون عنه لا حق له في الرجوع اليه .

ومما تقدم ظهر الاشكال في قول المستمسك من تمثيله المقام بما اذا كان عليه صومان أحدهما للكفارة والآخر للقضاء فصام يوماً ولم يعين فانه يبطل، ولا يصح لأحدهما قال: وكذا في المقام مادام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر لم يحصل الوفاء القصدى الا بقصد احد المتعينين و الا خرج عن كونه قصدياً الى آخر كلامه.

اذ قد تقدم ان الاصل كون الوفاء عن النفس، وان لم يقصد كونه عن نفسه فليس المقام من قبيل صومين كليهما عن نفسه ، كما انه ليس كذلك ما اذا

ويحتمل القرعة ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك

كان صومان كلاهما عن غيره مثل صوم زيد وصوم عمر ، كما انه ظهر بما تقدم الاشكال في التقسيط .

(ويحتمل القرعة) كما في الجواهر وغيره واستوجهه المحقق الثاني ، و ذلك لانها لكل أمر مشكل ، وقد حقق في محله ، ان المشكل قد يكون ظاهرياً وقد يكون واقعياً ، أي لا واقع له ، كما اذا طلق زوجته ، ثم شك في ان الطالق أيتها أو طلق واحدة بدون تعيين ، حيث تعين بالقرعة ، لكن احتمال القرعة ضعيف بعد ان كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه من انه عن نفسه أو ما ذكره من التقسيط ، ولذا ضعف هذا الاحتمال السيدان الحكيم والجمال وغيرهما ، وان سكت على المتن جماعة من المعلقين .

(ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك) كما ذكر هذا الاحتمال غير واحد ، وقد قال به المستمسك معللاً بانه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة فيبقى المدفوع على ملك الدافع الى ان يعين المراد له .

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

نعم ، ما ذكرناه من كون القاعدة الثاني انما يصح اذا كان الدين عن نفسه وعن غيره ، أما اذا كان الدين عن نفرين غيره ، فالقاعدة التقسيط بالنسبة لهما استدلاله به في المقام فانه وان لم يصح في المقام الا انه مقتضى القاعدة في دين نفرين .

ثم انه تترتب بعض الآثار على قول المستمسك ، و قولنا و قول المقسط ، حيث انه لا خمس عليه على قولنا ، اذ قد ذهب ملكه فلا شيء له عند رأس السنة حتى يخمس بينهما المستمسك يلزمه اعطاء الخمس الكامل ، أما القائل

والاظهر الاول، وكذا الحال فى نظائر المسألة كما اذا كان عليه دين
وعليه رهن ودين آخر لارهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان
أحدهما من باب القرض والاخر ثمن مبيع وهكذا فان الظاهر فى
الجميع التقييط

بالتقييط فاللازم عليه اعطاء خمس غير مقدار دينه ، اذا ما يقع للمضمون عنه
من المال يبقى بدله فى كيس الضامن ، و حيث انه ربح كان عليه خمسه .
(والاظهر) ما ذكرناه، وان كان الاظهر عند المصنف ومن لم يعلق عليه
من المحشين (الاول، وكذا الحال) فى التقييط عنده (فى نظائر المسألة كما
اذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لارهن عليه فأدى مقدار أحدهما) فان
المدفوع لو كان الاول بطل الرهن ، و ان كان الثانى بقى الرهن فيسقط ، لان
كليهما على نفسه، وليس أحدهما على غيره حتى يقال: بان المعطى باطلاق كان
من المعطى .

فتحصل: انه لو كان الدينان على نفسه، أو على غيره ، كان مقتضى القاعدة
التقييط ، ولو كان أحدهما على نفسه كان مقتضى القاعدة ان يكون عن نفسه
لا عن غيره .

(أو كان أحدهما من باب القرض والاخر ثمن مبيع) حيث انه اذا كان
الوفاء عن القرض كان للبائع خيار عدم دفع الثمن ، بخلاف ما اذا كان ثمن
المبيع ، أو اذا كان ثمن بيع الذهب ، وكان فى المجلس بطل البيع اذا قصد
به قرضه ، لا ثمن الذهب ، ولم يدفع ثمن الذهب حتى تفرقا عن المجلس الى
غير ذلك من الفوائد .

(وهكذا) فان المسألة سيالة (فان الظاهر فى الجميع التقييط) ان كانا على

وكذا الحال اذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الاصلى ويقبل قوله اذا ادعى التعيين فى القصد لانه لا يعلم الا من قبله .

مسألة - ٢٨ - لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه

نفسه أو على نفرين غيره أو على انسان غيره و كونه عن نفسه ان كان الدينان على نفسه وعلى غيره .

(و كذا الحال اذا أبرء المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد المبرء (كونه من مال الضمان أو من الدين الاصلى) فانه يسقط بينهما بالنسبة وعلى قول المستمسك يبقى حتى يعين انه يريد أحدهما أو كليهما بالتنصيف أو بالتقسيم أو بسائر النسب، فان كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وان كان من غيره رجع لما سبق من انه لا يحق للضامن الرجوع الابل مقدار ما دفع .

(ويقبل قوله اذا ادعى التعيين فى القصد لانه لا يعلم الا من قبله) وان أنكره الطرف حلف، وقد تقدم وجه كلا الامرين .

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

وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى ذلك فى [كتاب القضاء] و الله سبحانه العالم .

(مسألة - ٢٨ - لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه) وذلك لاطلاق الدليل أو مناطه بعد كونه عقلاً، ولاغر عرفاً

في ذلك، فلا يشملها نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر، بل ربما استظهر من جامع المقاصد والمسالك ظهوره والتسالم عليه .

قال في المستمسك: وعمومات الصحة تقتضي عدم اشتراط ذلك، وعدم الاشتراط هو الظاهر من كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم - على كثرتهم - حيث سكتوا على المتن، الا ان أحدهم تأمل فيه بل مقتضى ذلك عدم اشتراط علم المضمون عنه، ولا المضمون له لما عرفت من الاطلاق، أو المناط العقلية، بل لو أصر على العلم، اذ لا اطلاق في أدلة الضمان نقول: بأن عمومات [أوفو] ونحوه يشملها .

لكن قال في الشرائع: ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه ويلزمه ما تقوم به البيئنة انه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان لا ما يوجب في كتاب، ولا ما يقربه المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان - انتهى .

وقال في الجواهر - بعد العبارة الاخيرة - كما في القواعد ومحكى التحرير والارشاد والمختلف حكماً وتعليلاً، وكذا المبسوط والسرائر، بل هو المحكى عن المفيد والتقى .

أقول: واستدل للاشتراط في مفتاح الكرامة بعد ان نسبه الى الاصحاب بقاعدة نفي الغرر، وبدليل العقل، لكن قد عرفت ان المشهور عند الاصحاب عدم الاشتراط والعقل لا يرى به بأساً، بل يعتاد ذلك العقلاء فلا غرر عرفي حتى يشملها دليل نفي الغرر، واذ يشملها الدليل فلا مجال للتمسك باصالة عدم الصحة في العقود المشكوكة .

كما لا يشترط العلم بمقداره فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال على
بأعليه يصح وحينئذ فان ثبت بالبينة يجب عليه ادائه سواء كانت

(كما لا يشترط العلم بمقداره) ولا يجنسه ، كما اذا لم يعلم انه دينار ، أو
درهم ، أو لم يعلم انه عشرة أو مائة .

نعم ، يلزم ان لا يكون غرراً عرفاً و يكون مقصوداً في الضمان ، فاذا كان
قصده بين العشرة والمائة و كان أكثر لم يكن ضامناً للاكثر منها ، لانه لم يقصده
عند الضمان والعقود تتبع القصود ، وقد تقدم في المسألة الاولى عدم اشتراط
العلم بمقداره .

(فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال) الضامن (علي ما عليه يصح) ثم ان
ادعى الضامن بعد ذلك انه لم يعلم ان مقداره كان ألفاً ، وانما ظن انه الى السأة
مثلاً ، فهل يصدق حتى يكون الباقي على المضمون عنه نفسه ، لانه لا يعرف الا
من قبله والاصل بقائه على ذمة المضمون عنه ، أو لا يصدق ، لانه من قبيل الانكار
بعد الاقرار ، كما لو أقران ما في صندوقه لزيد ثم قال : ظننت ان فيه مال زيد
والان أرى ان فيه مالي ومالي أو يصدق في ضمانه للاقل ، وانما يجب عليه ان
يدفع التفاوت اذا سبب ضمانه تفويت المضمون عنه ، لانه غار ، و المغرور
يرجع الى من غره ، بخلاف ما اذا لم يكن غرور ، احتمالات ، والظاهر الاول
ويلزم عليه اليمين لانه منكر .

نعم ، اذا حصل الغرور -- و ان كان عن جهل من الغار -- كان عليه من بابه
لامن باب الضمان .

(و حينئذ فان ثبت بالبينة) أصله ومقداره (يجب عليه ادائه سواء كانت) البينة

سابقة أو لاحقة وكذا ان ثبت بالاقرار السابق على الضمان أو باليمين
المردودة وأما اذا أقر المضمون عنه بعد الضمان

(سابقة) على الضمان (أو لاحقة) لاطلاق دليل حجية البينة ، مثل قوله عليه
السلام : الا ان تقوم به البينة ، كما ذكرنا تفصيله في كتابي : [التقليد و
القضاء] .

(وكذا ان ثبت بالاقرار) من المضمون عنه (السابق على الضمان) لان اقرار
العقلاء على أنفسهم جائز ، فقد أقر المضمون عنه بأن عليه كذا فثبت عليه ، فاذا
ضمنه ضامن انتقل الى الضامن .

نعم ، ينبغي ان يقال : انه لو كذب الضامن المقر وأثبت ذلك ببينة سقط
الاقرار ، لانه لايقاوم البينة بعد انه طريقي ، لا يثبت الحق واقعاً ، كما ان اليد
والسوق والارض ونحوها تسقط حجيتها بالبينة .

(أو باليمين المردودة) و كذلك قبل الضمان كما اذا تنازع المضمون عنه
وله في أصل الدين ، أو في قدره وقد انكر المضمون عنه الدين - أصلاً أو قدرأ
الذي يدعيه المضمون له و لم يقم المضمون له البينة على دعواه فكان على
المضمون عنه اليمين على النفي فلم يحلف ورد اليمين على المضمون له فحلف
حيث ثبت بذلك الدين ، بل ينبغي ان يقال : مثله فيما اذا قلنا بأن مجرد النكول
يثبت الدين ، وان لم يرد اليمين .

(و أما اذا أقر المضمون عنه بعد الضمان) فهل يثبت على الضامن ، لان
الاقرار مثبت ، وقد ضمنه الضامن ، وان كان اجراء الضمان قبل الاثبات ، كما
اذا كان اجراء الضمان قبل البينة المثبتة للدين ، كما ذهب اليه أبو الصلاح و
أبو المكارم في ما حكى منهما ، أو لا يثبت ، كما في الشرائع على تفسير الجواهر

أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره

قال مازجاً: ولا ما يقربه المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون اقراراً في حق الغير احتمالان .

(أ) ثبت باليمين المردودة) بعد الضمان ، فهل يثبت كما حكى عن المقنعة فألزمه به ، وفي المسالك بناءً على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الأداء عليه لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه ، لأن الحق يثبت بها مطلقاً ، بخلاف الاقرار ، أو لا يثبت كما يظهر من الشرائع قال: ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين ، أو يفصل بين رضى الضامن ، فالاول وبين عدم رضاه ، فالثاني ، كما عن النهاية والقاضى . قال في الجواهر ، نقلاً عنهما ، قال فإن حلف ، أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه لصيرورة الخصومة معه أيضاً فيكون اليمين حجة في حقه ، احتمالات .

(ب) المصنف على انه (لا يكون) اقرار المضمون عنه بعد الضمان ، وحلف المضمون له اليمين المردودة عليه من قبل المضمون عنه (حجة على الضامن إذا أنكره) .

أما عدم الثبوت بالاقرار فلانه اقرار في حق الغير ، وأما عدم الثبوت باليمين المردودة ، فلما ذكره المستمسك من انها بمنزلة الاقرار من هذه الجهة لا تكون حجة للحاكم في فصل الخصومة لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك .

أما من قال بحجية الاقرار ، فقد استدلل له بانه اقرار في حق النفس ، اذ الضامن يرجع الى المضمون عنه بالاخرة بالاضافة الى انه واقع كثيراً فيلزم من عدم سماع اقراره هدر الحق ، فهو أولى بالسماع مما اذا أقر بأنه قتل فلاناً خطأً ، حيث ان الدية على العاقلة ولم يقل أحد بأنه لا يسمع الاقرار بالقتل خطأً .

ويلزم بأدائه في الظاهر

وكذا اذا أقر الفقير بأنه مدين لفلان فيما اذا كان الدين على الزكاة ، السى غير ذلك من الامثلة ، وهذا أقرب الى الصناعة ، وان كان الاصل مع المصنف وأما من قال بالشبوت باليمين المردودة ، فقد استدل له بانها حجة واطلاق أدلتها يقتضي عدم الفرق بين كونها قبل الضمان أو بعده، فاذا ثبت في حق المضمون عنه ثبت على الضامن ، فالقول بقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك غير ظاهر الوجه .

ومنه يعلم عدم الفرق بين رضى الضامن وعدمه، اذ الاطلاق شامل لهما، وهذا أيضاً أقرب الى الصناعة، وان كان عدم الحجية على الضامن مقتضى الاصل . (ويلزم) المضمون عنه (بأدائه) اي اداء الدين الذى أقر به أو رد اليمين فحلف المضمون له (في الظاهر) حسب الاقرار والحلف وانما قال: في الظاهر لان الاقرار والحلف لا يثبتان الواقع فهما كالبينة طرق ظاهرية ، وقد أشكل المستمسك على الماتن بقوله: هذا اللزوم غير ظاهر للمعلم بفرغ ذمة المضمون عنه، لانه ان كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان، وان كان برىء الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه - انتهى .

ويرد عليه ان الحكم ظاهرى، حيث انه لم يدل دليل على ضمان الضامن وقد اعترف بأنه مديون كان اللازم عليه الاداء، فهو كما اذا اعترف بان مديون والضامن يعلم بانه ليس بمديون، فانه ليس على الضامن ان يؤدي، وان كان اللازم بحكم اقراره الاداء .

ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أورد اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا كان منكراً، وان كان أصل الضمان باذنه ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان

(ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره) سواء في المقام أو غيره، كما اذا ضمنه على دين معلوم ثم اختلفا، سواء في الدين لادعاء الضامن أن المضمون ابرء أو قبل تبرعاً من غيره فلا يطلب شيئاً أو في مقداره. (فأقر الضامن) بما يقوله المضمون له (أورد اليمين على المضمون له فحلف) حيث لم تكن بينة (ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا كان المضمون عنه (منكراً) وذلك لان اقرار الضامن لا يثبت الدين على المضمون عنه، فان الاقرار يثبت على المقر لا على غيره، وكذا حال اليمين المردودة. (و ان كان أصل الضمان باذنه) فان اذن المضمون عنه لا يوجب حجية الاقرار ونحوه في حقه، فانه لا تلازم شرعي ولا عقلي بينهما.

(و لا بد في البينة المثبتة للدين) الموجبة لاشتغال ذمة الضامن (ان تشهد بثبوته حين الضمان) فان الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه، وحيث لا تثبت البينة اشتغال ذمته - و قد فرض عدم العلم به - لم يكن نقل ، فان البينة على خمسة اقسام : لانها أما تثبت الدين قبل الضمان بما يمكن بقائه وعدمه الى حين الضمان، كما اذا أثبتت ان ذمة المضمون عنه كانت مشغولة قبل سنة من الضمان، أو تثبت حين الضمان ومثله قبل الضمان بما لا يمكن سقوطه ، أو تثبت بعد الضمان بما لا يدل على كونه حين الضمان، اذ ربما تثبت انه مديون مائة لا شراء الاكل لنفسه وعائلته - وقال: ان دينه في شهر محرم - فان الاشتراء

فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه .

مسألة - ٢٩ - لو قال الضامن على

لم يتحقق قطعاً بهذا الثمن لشهر محرم ، مما يدل على انه كان في وقت الضمان وهو شهر ذى الحجة مديوناً، أو تثبت مطلقاً، اى ديناً ممتداً من قبل الضمان الى الحال، أو تثبت في الجملة، بأن قالت انه مديون بدون تعيين المدة، مما يمكن انطباقه على كل من الاربعة المتقدمة ، والضمان انما يكون في صورتين الاطلاق، وحين الضمان.

(فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه) أو أثبتت الدين السابق مما يمكن بقاءه وعدمه حين الضمان (لم يجب على الضامن ادائه) أما في الاولين فلعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل الى ذمة الضامن والاصل عدمه، واما في الثالث فلان الاستصحاب وان كان محكماً في بقاء الدين، الا ان المنصرف من الضمان غير مثل الدين المستصحب.

نعم، اذا كان من قصدهما حتى المستصحب منه - اى ما يثبت شرعاً - كان اللزوم الاداء وقد ذكروا مثله في باب قيام البينة بجرح الشهود بعد الحكم و انه يوجب نقض الحكم في ما تعلق الجرح بوقت الشهادة أو كان متعلقاً بالممتد ، لا ما اذا تعلق بقبل الشهادة أو بعدها أو في الجملة.

(مسألة - ٢٩ - لو قال الضامن علي) ما أقر أو يقر بشبوته عليه ضمن بما حصل بالنسبة اليه اقرار وذلك لانه ضمان عقلائي لم يردع الشارع عنه فيشملة دليله .

فاحتمال انه لا يضمن مطلقاً ، لان الاقرار لا يثبت الواقع ، والضامن انما

ما تشهد به البينة، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام لأنها طريق الى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة

يضمن الواقع ، او لا يضمن في الثاني ، أى ما اقر بعد الضمان ، لأنه حال الضمان لم يكن مشغول الذمة لا قطعاً ولا اقراراً ، لفرض ان الاقرار حصل بعد الضمان غير وجيه .

ولو قال الضامن : علي (ما تشهد به البينة وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام) أي حين الضمان ، أي سواء شهدت امتداداً ، أو في ذلك الوقت ، كما عرفت في المسألة السابقة (لأنها) أي الشهادة (طريق الى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه) قال عليه السلام : والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين ، أو تقوم به البينة . الى غير ذلك من الأدلة المثبتة لحجية البينة .

(فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة) قال : لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح ، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان .

أقول : هذا الحكم محكى عن القواعد والتحرير والارشاد والمختلف معللين له بهذا التعليل ، كما حكى عن المفيد والتقي والمبسوط والسرائر .

قال في الجواهر: وفسر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله فزمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما اذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلا يصح ، اذ لا يدل على الضمان المتقدم ، لان

الا ان يكون مراده في صورة اطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان، وأما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك

العام لا يدل على الخاص .

وفيه : ان المتجه - مع فرض ارادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ [ما] ذلك - الصحة في الثابت بها وقت الضمان والبطلان في المتجدد لالفساد في الجميع ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك ، لانه حينئذ من ضمان مالم يجب ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان ما يثبت ، والفرض وقوعه قبل ثبوتها ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله فلا يصح لانه ضمان لم يجب - انتهى كلام الجواهر ملخصاً .

أقول: اشكال الجواهر عليهما تام، اذ لوجه لبطلان الخاص ببطلان العام بما هو عام ، هذا بالإضافة الى ما فسراه ليس ظاهر كلام المحقق كما اعترفنا به، أما تفسير الجواهر فسيأتي الكلام فيه .

(الا أن يكون مراده في صورة اطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان) اذ قد تشهد البينة بأنه كان مطلوباً حين الضمان ، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً قبل الضمان مما يحتمل بقائه وانتفائه - وقد تشهد بأنه كان مطلوباً بعد الضمان ، وقد تشهد بالمطلوبية الممتدة الشاملة للاوقات الثلاثة ، وقد تشهد بالمطلوبية في الجملة ، فانه في الاخير لا يثبت ، اذ لا دلالة للبينة حينئذ على الطلب حال الضمان، مع ان الضمان لا يكون الا اذا كان الطلب حال الضمان .

(وأما ما في الجواهر من) تفسير كلام المحقق (أن مراده بيان عدم صحة

ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك) لان الضمان لا بد من تعلقه بالدين

لانه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البيينة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها فهو كما ترى لاوجه له .

بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليشار به اليه ، وما يشهد به البيينة ليس كذلك ، فالصحيح ما كانت البيينة على وجه المعرفية والمشيرية الى ما في ذمة المضمون عنه لاما اذا كان الثبوت بالبيينة على وجه التقييد .

(لانه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البيينة طريقاً بل جعل العنوان) في الضمان (ما يثبت بها) في المستقبل (والفرض وقوعه) اي الضمان (قبل ثبوته بها) بالبيينة (فهو كما ترى لاوجه له) كان المصنف أراد انه لاوجه لاستفادة الجواهر من الشرائع هذا المعنى ، لانه على تقدير ارادة الشرائع هذا المعنى لاوجه للمحكم المذكور .

وفيه: ان المختلف قد ذكر ذلك كما تقدم مما يؤيد ارادة الشرائع هذا المعنى فلا وجه لمنع المصنف اياه ، وان أراد المصنف انه لاوجه للمحكم المذكور على تقدير كون المراد من الشرائع ما فهمه الجواهر .

ففيه: ان وجهه واضح وهو انه ضمان لم يجب، وفي مفتاح الكرامة حمل العبارة على أمر رابع وهو عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله فيكون من ضمان مجهول الثبوت وهو غير صحيح لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان ورده المستمسك بأنه بعيد عن سيرة الاصحاب ، اذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم لا اهماله، والاشارة اليه بمثل هذه العبارة ، مضافاً على عدم الدليل عليه غير الغرر وهو غير ثابت .

مسألة - ٣٠ -- يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل ، وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس ، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود بأن الاول غير صالح للمانع

أقول: ان اراد عدم الثبوت نفي الموضوع، أي انه لاغرر ففيه انه ثابت اذ لا يرى العرف ذلك غرراً، وان اراد نفي الحكم، أي انه مع كونه غرراً لا مانع منه. لعدم ثبوت نهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر - كما هو الظاهر منه ، بقريئة تكراره [ره] في جملة من كتبه من الشرح ذلك - ففيه انه ثابت لورود الرواية، وقد عمل بها الفقهاء، بل ظاهرهم التسالم عليه.

(مسألة - ٣٠ - يجوز الدور في الضمان بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الاصيل) كما هو المشهور خلافاً للمحكى عن المبسوط حيث منعه ، اما المشهور فقد استدلوا بالاطلاقات مع انه أمر عقلائي فلا يقال : ان الاطلاق منصرف عنه ، لانه غير عقلائي والادلة منصرفه الى العقلائية .

(وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس) وظاهر الدليل عدم مثل ذلك، لانه منصرف الى الغالب العقلائي مما ليس منه ما يصير كذلك .

(و لعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان) فليس عقلائياً حتى يشمله الدليل (مردود بأن الاول غير صالح للمانع) اذ لانسلم ان ظاهر الدليل عدم مثل ذلك بل هو مثل ما اذا اشترى البائع ما باعه .

بل الثانى أيضاً كذلك مع أن الفائدة يظهر فى الاعسار واليسار وفى الحلول والتأجيل والاذن وعدمه وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال .

مسألة - ٣١ - إذا كان المديون فقيراً

(بل الثانى أيضاً كذلك) لان مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن اطلاق الادلة - كما فى المستمسك - فان المعيار فى الصحة العقلائية، وهى لا تلازم الفائدة، بل تلازم الغرض العقلائى، بل العقلاء يقدمون على ما فيه ضرر لاجل حصول غرض لهم كالبيع بالضرر لملاحظة ان المشتري قريب أو ما أشبهه .

(مع ان الفائدة يظهر فى الاعسار واليسار) فلو كان احدهما معسراً ولم يعلم به المضمون له صح له الفسخ بخلاف الموسر منهما .

(وفى الحلول والتأجيل) حيث يصح جعل الحال مؤجلاً وبالعكس (والاذن وعدمه) والرهن وعدمه والابراء ولو ازمه الى غير ذلك .

لكن لا يخفى انه لو لا الجواب الاول لم ينفع الجواب الثانى فى كلية صحة الضمان، اذ الجواب الثانى يصحح مواضع الفائدة، نعم هو يبطل كلية عدم الصحة، لان الموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلية .

وكيف كان، فالجواز مطلق، سواء كان بدون تعدد الوسائط او تعدده، وهو مقتضى القاعدة، ولذا قال فى الجواهر: لاشكال فى جواز الدور .

(وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال) قاله فى الجواهر، وقال فى المسالك لاشبهة فى جوازه، وقال فى محكى مجمع البرهان: الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب، وبذلك يظهر جواز اشتماله على الدور والتسلسل معاً .

(مسألة - ٣١ - اذا كان المديون فقيراً) او مستحقاً لسهم الامام عليه السلام

يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً

مثلاً: من باب أنه يخدم الإسلام، فقد قال الإمام عليه السلام: إن الخمس عوننا على ديننا، أو مستحقاً للزكاة من باب كونه عاملاً، أو مؤلفاً أو ما أشبهه.

(يجوز أن يضمن عنه) الولي كالمجتهد، أو من عليه الخمس والزكاة، حيث يجوز لهما صرفهما بأنفسهما، ولو بأن كانا استجازا الحاكم في صرفهما بأنفسهما (بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها) كما إذا نذر أن يؤدي ديناراً إلى الفقير، أو كان بيده وقف على الطلاب أو ما أشبه ذلك (من الوجوه التي تنطبق عليه) لوضوح أن غير المنطبق من الوجه لا يصح، فهو مثل أن يضمن بمال غيره (إذا كانت ذمته) ذمة الضامن (مشغولة بها فعلاً) وإنما يصح ذلك لأنه من قبيل الضمان في مال معين كما تقدم في المسألة الرابعة والعشرين فقد شغل الذي عليه الحق ذمته بالدين الذي على الفقير على وجه اشتراط، أو تقييد اعطائه من المال الخاص الذي عليه من الخمس والزكاة ونحوهما، وإنما يصح له ذلك لأنه ولي سواء كانت ولايته بالفقاهة، أو بالأجازة من الفقيه أو لانه الواجب عليه الحق بنفسه وله أن يضعه حيث يشاء من المصارف المقررة وهذا مصرف مقرر شرعاً وعليه فالذمة مشغولة.

أما الاحتمالان الآخران اللذان ذكرهما المستمسك من نقل الدين من ذمة الفقير إلى مصرف الخمس أو غيره بأن يكون المتعهد الصرف الخاص ومن التعهد بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لأن التعهد كان بالوفاء لا بالمال، فيرد عليهما انهما ليسا من الضمان الشرعي فإنه حيث لازمة للضامن تتحمل الدين لم يكن ضماناً.

بل وان لم تشتغل فعلا

أما اشكاله على ما ذكرناه من الفرض بأنه يتوقف على ولاية له على الحق وثبوت هذه الولاية غير واضح من الادلة، خصوصاً في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها الى الفقير ، فإنه لا تبرء ذمة من عليه الحق الا بالتمليك والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً الى آخر كلامه.

فيرد أن الحاكم، او من اجازه، او من عليه الحق اذا كان له التصرف كما يشاء له ولاية، فإن جعل الحق تحت اختياره هو عين الولاية والضمان المتعقب بالعطاء وفاء وقد ذكرنا في كتابي [الاجتهاد والتقليد] و [الحكم في الاسلام] وغيرهما شمول ولاية الفقيه لكل الشئون في الاطار الاسلامي، كما هو المستفاد من [خلفائي] و [فأرجعوا] وغيرهما .

ومنه يعلم، وجه سكوت جملة من المعلقين كالسيد البروجردى وغيره على الماتن وان قال السيد ابن العم: بل لا يجوز مطلقاً، وقال السيد الجمال: جواز الضمان في غاية الاشكال ، خصوصاً في ماعدا الخمس والزكاة، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً .

(بل وان لم تشتغل فعلا) كما اذا لم يكن عند الحاكم خمس أو زكاة ، أو لم يخمس الى رأس السنة من عليه الخمس والزكاة، وذلك لان الفرض ان الضامن ينقل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة نفسه مقيداً، أو بشرط ادائه عن الحقوق، ولا يشترط في ذلك وجود الحقوق الان- نعم، لا يصح أن يضمن العطاء حالاً، والحقوق ليست موجودة الان، اذ لاموضوع حينئذ ، وذلك خارج عن أصل مبحث صحة ذلك في الجملة- فهو مثل أن يضمن بشرط، أو قيد أن يؤديه

على اشكال .

مسألة -- ٣٢ -- اذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي بل ولاحد الفقراء

من اجارة داره، أو ثمرة بستانه، و كلاهما لوجود لهما فعلاً، وانما يصح ذلك لاطلاق دليل الضمان بعد كونه عقلياً في نفسه .

(على اشكال) اذ لا ولاية للحاكم و المالك على الخمس و الزكاة قبل وجودهما فكيف يجعلهما متعلق حق الضمان، لكن الظاهر عدم الاشكال فيه ، لان السيطرة الاستقبالية تصحح الولاية الحالية ، فهو نظير ما اذا اشترى ولى الزكاة محلاً لتجميع الزكوة، أو علفاً لانعام الصدقة، الى غير ذلك نسبة فيما لوجود للزكاة حالاً، فان الاشتراء يكون على الزكاة بعمله الثمن عليها حين وصولها اليه، ولذا جرت سيرة الفقهاء على القرض لمشاهدة الطلاب، وسائر شئون الاسلام على الخمس و الزكاة الذين يحصلانها بعداً .

(مسألة - ٣٢ - اذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً) أوجزية أو خراجاً أو مقاسمة (جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي) أو للسادة و الفقراء و سائر المصارف ، اذا كان لمن عليه الحق ان يعطيه بنفسه، أما ابتداءً أو بعد اجازة الحاكم له، ولذا قال: (بل ولاحد الفقراء) وذلك لان الحاكم و نحوه لهم تلك الاموال، و من عليه الحق مديون، و اطلاق دليل الضمان يشمل الضمان في مثل هذه الموارد .

ومنه يعلم، وجه قول المستمسك، و كذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات اذا كانت دينياً فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص ان كان، والا كان القبول من الحاكم الشرعي، كل ذلك لعموم الادلة المقتضية

على اشكال .

للصحة - انتهى .

وكذلك ما اذا كان ريعه للمطلبة مثلاً في هذه المدرسة فضمنه ضامن، الى غير ذلك من الامثلة ، و قد جرت العادة بضمان بعض لمن عليه الخمس عند حكام الشرع، في عصرنا الحاضر على ما شاهدناه .

(على اشكال) غير وجيه، وان سكت عليه السيدان ابن العم والبروجردى وقواه السيد الجمال، و ظاهر المستمسك تأييده، حيث قال : الاشكال ظاهر ، لان احاد الفقراء لا يملكون المال، بل ولاحق لهم فيه، اذ لادليل لهم على شيء من ذلك فلا ولاية لهم عليه .

و فيه ، أولاً : ان دليله أخص من المدعى ، اللهم الا أن يريد المصنف الاشكال في الثاني فقط ، كما يقتضيه ما قالوه في الاستثناء المتعقب للمجمل .
و ثانياً : بأن احاد الفقراء لهم الحق، فان الطبيعة لا تتحقق الا في أفرادها ، خصوصاً اذا انحصر الامر، مثلاً: كان في قرية لا يتمكن من ايصال زكاته، الى غير فقراء تلك القرية و كانوا عشرة .

قال سبحانه: «والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم» .

وقال سبحانه: «انما الصدقات للفقراء» الى غير ذلك .

بل ربما يؤيد ذلك انه كما يصح أن يعطي المديون بالخمس ونحوه المال لانسان حتى يوصله الى الفقير ونحوه يصح له أن يفرغ ذمته الى ذمة غيره ، و لافرق بين العين والذمة .

نعم، ينبغي أن يقال في المقام ان بعض الاحكام التي تقدمت في باب الضمان لايجرى في المقام، مثل انه لا يحق للضامن المصالحة مع الفقير و نحوه بأقل من الخمس المقرر لما دل على عدم هذا الحق في المديون بهما ، و كذلك

مسألة - ٣٣ - إذا ضمن في مرض موته ، فإن كان باذن المضمون عنه فلا اشكال في خروجه من الاصل لانه ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة

اذا لم يؤد الضامن كان للمصرف الحق في الرجوع الى المضمون عنه ، اذ الضمان في المقام لا يمكنه تغيير الحكم الشرعي الذي هو عدم سقوط حق الفقير ونحوه ، فالجمع بين اطلاق دليلي الضمان ، وان الحق لا يضيع يقتضى ذلك ، الى غيرهما من بعض الاحكام التي تستثني في المقام لاجل الدليل الخاص .

(مسألة - ٣٣ - إذا ضمن في مرض موته ، فإن كان باذن المضمون عنه) حيث للضامن أن يرجع اليه اذا أداه الى المضمون له (فلا اشكال في خروجه من الاصل لانه) أى الضمان باذن المضمون عنه (ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة) وما أشبه ذلك من سائر معاملات المريض ، لكن اطلاق قوله : فلا اشكال محل منع ، اذ قد يكون باذنه مع ان فيه اشكالا من جهة انه يعلم عدم تمكن المضمون عنه من الوفاء ، فيكون مثل التبرع يلزم ان يكون من الثلث على قول من يرى ان مثل ذلك من الثلث ، ونسبة المستمسك ذلك الى المسالك - مطلقاً غير ظاهر الوجه ، فان المسالك قال - فيما لروضن بسؤال انه كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه حينئذ انه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه ، فهو من الاصل و ان لم يمكن لاعساره ونحوه ، فهو من الثلث ، ولو امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاببات يتوقف ما يفوت منه على الثلث .

وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات، نعم على القول بالثلث يخرج منه .

مسألة -- ٣٤ -- اذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصبح ضمانه كما اذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة

(وان لم يكن باذنه فالاقوى خروجه من الاصل كسائر المنجزات) على ما قويناه في بابه .

(نعم على القول بالثلث يخرج منه) كما جعله الشرائع الاصح قائلًا: اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح وحيث رأى الجواهر الاشكال في كلام المحقق قيده بكون الضمان تبرعاً ، و لعله لما ذكره المستمسك من ان قوله خرج ما ضمنه من ثلث تركته ظاهر في الضمان التبرعي الذي يحتاج الى المخرج ، اذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالي كي يحتاج الى المخرج .

وكيف كان، فالمعلقون كافة الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن، وان كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه .

(مسألة - ٣٤ - اذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصبح ضمانه) لفرض ان المديون اشتغلت ذمته بنفسه، والضمان معناه انتقال ما في ذمة المديون الى ذمة الضامن، و من المعلوم ان ما في ذمة الضامن ليس مصداقاً لما في ذمة المديون، لكن اللازم ان يقيد المتن بما اذا كان اعتبار مباشرة المديون على نحو القيد ، حيث ان المقيد عدم عند عدم قيده ، اما اذا كان على نحو الشرط فاذا اسقط المشارط شرطه صح ان ينتقل الى ذمة غيره .

(كما اذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة) ثم انه يستثنى من صورة القيد ما

وكما اذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين كما اذا باع صاعاً من صبرة معينة

ذكره المستمسك بقوله : اللهم الا ان يقال : لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون فمباشرة الخياطة مثلاً : انما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المديون ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط بأن يستأجر زيد على خياطة ثوب، و يشترط أن يكون المباشر للخياطة عبده أو أجيده - انتهى .

أقول : ومراده ما اذا امكن الجمع بين الضمان والمباشرة ، لا ما اذا كان الضمان سبباً لعدم المباشرة مثلاً ، فانه حيث ان الضمان يتنافر مع المباشرة لا مجال للضمان حينئذ ، ولذا كان تخصيص المتن بذلك أولى من قوله : [اللهم] .

(وكما اذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون) يأتي هنا ما ذكرناه من مسألة القيد والشرط ، وما ذكره المستمسك من ان اعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضي اختصاص التعهد به بمالك المال بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به .

ثم انه لا يمكن الضمان أيضاً فيما اذا كان الدين مقيداً بما لا يقدر الضامن من انجازه ، أو مشروطاً كذلك ولم يسقط الشرط ، مثل كون الاداء في زمان خاص أو مكان خاص أو ما أشبهه، فكان على المصنف أن يذكره أيضاً .

(وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين كما اذا باع صاعاً من صبرة معينة) اذا كان الامر على نحو اشتغال ذمة البائع بأن ينقل الى ذمة الضامن، ما كان في ذمة المضمون عنه، وعليه فاشكال المستمسك عليه بقوله: الكلي في المعين ليس

فانه لا يجوز الضمان عنه والاداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة .
 مسألة -- ٣٥ -- يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لانها دين
 على الزوج

ثابتاً في ذمة فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة الذي هو موضوع كتاب
 الضمان - انتهى ، محل نظر .

(فانه لا يجوز الضمان عنه والاداء من غيرها) نعم، يجوز الضمان عنه والاداء
 من نفسها ، كما اذا كان المالك للكلي في المعين من صبرة متعدداً فضمن أحدهما
 عن الآخر ، وقد تقدم ان ضمان الاعيان لأبأس به اذا كان على نحو اشتغال
 الذمة .

أما قول المصنف : (مع بقاء تلك الصبرة) فهو لافادة ان التلف اذا كان
 بحيث لم يبطل البيع انتقل الامر الى الذمة ومع الانتقال اليها يصح الضمان .
 قال في المستمسك : فلو ضمنه بقصد الاداء من تلك الصبرة ، لامنع من
 صحته، ولو ضمنه بقصد الاداء من صبرة اخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح
 لان الاداء من الصبرة الاخرى ليس اداءً للمضمون ، بل اداء لغيره .

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه من مقتضى القاعدة وجه الايراد في سكوت
 غالب المعلقين ومنهم السادة البروجردي وابن العم والجمال على المتن، ومن
 الكلام في الكلي في المعين يظهر الحكم في الكسر المشاع لو حدة المدرك
 فيهما .

(مسألة - ٣٥ - يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة) بلا خلاف ولا اشكال
 كما في الجواهر وغيره ، ويظهر من جماعة كالمسالك ونحوه التسالم عليه
 (لانها دين على الزوج) كما قرر في باب النفقات ، وكل دين يصح ضمانه

وكذا نفقة اليوم الحاضر لها اذا كانت ممكنة في صبيحته لو جوبها عليه حينئذ

للاطلاق .

(وكذا نفقة اليوم الحاضر لها اذا كانت ممكنة) للزوج (في صبيحته) كما عن الشيخ والحلي والعلامة والمحققين وثاني الشهيدين وغيرهم (لوجوبها عليه حينئذ) .

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع : ويصح ضمان النفقة الحاضرة لها ايضاً لاستقرارها وثبوتها في ذمة الزوج بصبيحة ذلك اليوم الذي اظهرت التمكين فيه .

أقول: ظاهر المسالك انه لا اشكال فيه، وعلله بأنها تحتاج الى الطحن والخبز والطبخ ، لكن في الجواهر ان أدلة الانفاق لا تقتضى الملك ، فضلاً عن ثبوته في صبيحة اليوم، وفيه: ان ظاهر الأدلة، ومنها قوله تعالى: « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» هو الملك، فان حملهما على المصدر، لا العين خلاف المنصرف منهما ، مضافاً الى ان ظاهر المصدر - في الامور المالية - ايضاً الوضع الناشيء عن التكليف، فاذا قال : اعطه ديناراً رآه العرف مديوناً بحيث يحق له التقاص، لكن حيث ان اللازم النفقة لخصوصية لها في الصباح فالمعيار وقت الاكل واللباس ، فلو أعطاها في الصيف لباس الشتاء ، حيث يتعارف ذلك - ولم يهب ، بل بعنوان النفقة - حق له ان يأخذه ويبدله بغيره وقت ارادتها ان تلبس ، اذ لا دليل على ملكها له من وقت الاعطاء بدون نية التملك لها .

وكذا بالنسبة الى النفقة، فلوا اشترى من أول الصباح طعاماً مطبوخاً ليوماً، ثم أراد تبديله الى غيره وقت الغداء جاز له، ولذا قال المستمسك: تعيين أول

وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك

اليوم لادليل عليه ، ومقتضى الادلة حصول الملك عند الحاجة .
ثم لو اعطاها قبل الوقت حباً فطحنته ، أو صوفاً فغزلته ، فهل تملك بذلك
لهما أوله الحق في أخذهما وتبديل ذلك بغيره احتمالان من أصل عدم الملك ،
وانما لها اجرة عملها ، أو الشركة لها معه فيما اذا ارتفعت القيمة من باب ان
العرف يراه حقاً لها ، فيشمله : لا يتوى حق امرء مسلم والحق فيه ، لا انه
اجرة ، ومن ان الرزق يضاف اليها فيدخل في [رزقهن] والاستصحاب يقتضى
البقاء .

(وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في اثناء النهار بناءً على سقوطها
بذلك) اذ النفقة انما هي للمرأة الممكنة والنشوز يكشف عن عدم الموضوع ،
وان ظن الرجل وجود الموضوع ومثله عكسه ، فاذا ظن بقاء النشوز فلم يدفع ،
وفي اثناء النهار رجعت الى الطاعة كان الحكم وجوب النفقة .

ثم حيث ان النفقة - كما يراها العرف - لمجموع الوقت سواء في اللباس
أو المسكن أو المأكل أو ما أشبه ، كان اللازم تقدير النفقة بقدر زمان الطاعة ،
مثلاً : لو كانت عنده اسبوعاً ، وكانت النفقة للاسبوع لباساً وأكلاً وسكنى
لمدة اسبوع بمائة ونشزت نصف الوقت لم يكن لها الا خمسون ، وعليه فاذا
نشزت اثنتى عشرة ساعة في اليوم والليله لم يكن لها الا نصف قدر النفقة فلا
اعتبار بوقت الاكل وغير وقت الاكل ، بل الاعتبار بقدر الزمان فلو نشزت من
أول الصباح الى الظهر ثم اطاعت وقت الغداء ، لم يكن لها الغداء الكامل .

وكذا اذا انعكس بأن اطاعت من أول الصباح الى الظهر ثم نشزت وقت

وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم

الغداء لم يسقط كل النفقة ، بل بقدر النشوز ، وهكذا في الكسوة والمسكن ، هذا هو مقتضى الاصل الاولى ، حيث ان الكلام ملقاً الى العرف ، والعرف يفهم ذلك فلا ينفقض بأنه اذا ماتت قبل الظهر ، وهي مطيعة يلزم ان يكون لها بعض النفقة ، مع ان العرف لا يرى لها ذلك ، كما لا ينفقض بأنه اذا تزوجها قبل الظهر يلزم أن لا يكون لها النفقة الكاملة عند الغداء ، لانها لم تكن زوجة من الصباح الى الظهر ، وانما لا ينفقض ، لان العرف يرى الفرق بين النشوز وبين الموت والزواج كذلك ، وقد عرفت ان العرف هو المناط في المقام ، لان الكلام ملقاً اليه ، فاللزام أن يرى انه كيف يستفيد ، وان كانت استفادته مختلفة .

ومما تقدم يظهر ان احتمال ان موضوع النفقة هو الزوجية في صبيحة اليوم فاذا كانت زوجة حينئذ استحققت نفقة اليوم تامة ، غير تام ، وان قال القواعد : انها اذا ماتت ، أو طلقها في اثناء النهار ، ولم يسترد النفقة لانها ملكتها ، وكذلك قال في مفتاح الكرامة عند قول المصنف : [يصح ضمان النفقة الحاضرة] لانها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته ، وعلى ما ذكرناه من ان العرف هو المحكم وهو يرى التقييد اذا كانت تأكل مرتين مرة عند طلوع الشمس ومرة عند غروبها وكانت ناشزة اثنى عشرة ساعة لم تستحق الامرة واحدة ، فاذا نشزت بعد ذلك وجبة الفطور الى اثنى عشرة ساعة لم تستحق وجبة الغروب ، وان كانت مطيعة عنده وهكذا ، والضمان لنفقتها انما يكون بقدر استحقاقها .

(وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم) قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد : يصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة للمستقبلية : كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف

لانه من ضمان ما لم يجب ، ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضى وهو الزوجية ، وأما نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة الى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه

وجامع المقاصد والمسالك ، وفي مجمع البرهان لعله لاخلاف فيه وهو كذلك (لانه من ضمان ما لم يجب) وفي مفتاح الكرامة : لان النفقة عندنا انما تجب بالمقدم التمكين الكامل ، وهي ان تخلى بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً ، والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمان لم يقع بعد .

(ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضى وهو الزوجية) وان كان صرف المقتضى لا يجعله من الضمان المصطلح الذي هو نقل ما في الذمة ، اذلا اشتغال بعد ، وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن من شروط الضمان .

ولذا تأمل فيه الوالد [قدس سره] وقوى السيدان ابن العم والجمال عدم الصحة ، وقال البروجردي انه بعيد ، فاذا لم تطمئن المرأة بانفاقها أو باعطائها المهر مثلاً ، حين أراد عقدها صح لها أن تجعل ذلك شرطاً على الضامن في ضمن عقد لازم أو ما أشبهه .

(وأما نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة الى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه) كما في القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان كذا في مفتاح الكرامة ، وعلله في الجواهر - بعدما استظهره من الشرائع - بعدم ثبوتها في ذمته وان قصر في دفعها لانها من خطاب المواسات الذي لا يقتضي اثباتاً في الذمة ، أقول لو لا دعوى الاجماع - على ضعفه لانه محتمل بل ظاهر الاستناد - كان مقتضى الصناعة صحة ضمان الماضية نحو ما تقدم في الزوجة لأن الظاهر من أدلة المال الوضع لا التكاليف المجرد .

الا اذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه

و لذا قال في الجواهر : قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الاصل القضاء في كل حق مالي لا ذمي، ودعوى كون الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه واضحة المنع بعد اطلاق الادلة المزبورة وحرمة العلة المستنبطة عندنا .

أما ما في المستمسك، حيث أشكل على الجواهر بأن أدلة النفقة للاقارب قاصرة عن اثبات ملك المال .

ففي خبر حر يز، قلت لابي عبد الله عليه السلام ، من الذي أجبر عليه و تلزمني نفقته ؟ فقال: الوالدان والولد والزوجة . ونحوه غيره .

وهي كما ترى، لاتعرض فيها لملك عين النفقة ، بل ظاهرها التكليف بالبدل للنفقة في زمان الحاجة اليها فلاموضوع له بالنسبة الى الزمان الماضي فلا يتضح هذا الاطلاق المقتضى للقضاء - انتهى .

فيرد عليه أولاً: ان لاقصوري الادلة حيث تقدم ان المفهوم عرفاً من الامر بالماليات الوضع .

وثانياً: ان الرواية لا دلالة فيها على العدم ، بل دلالتها على الوضع أقرب حيث أردفت الوالدان والولد بالزوجة .

ولو لا ما ذكرناه لم يبق مجال لاستثنائه بقوله : (الا اذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه) اذ لا دليل على ان الاذن يوجب الضمان، فهو مثل ان يقول له: أنفق على نفسك من مالك وعلي بدل، حيث لا يلزم ذلك كونه عليه اذ ليس هو الا وعداً، فقول المستمسك: هذا واضح، فان الاذن كاف في صحة الاستقراض، غير ظاهر الوجه الا اذا اريد الاستقراض على الذي أذن فيكون المال ماله ويتصرف فيه المستقرض بأذنه، لكنه بعيد عن متبادر العبارة حيث ظاهرها أن يستقرض على نفس المستقرض .

أو أذن له الحاكم في ذلك اذ حينئذ يكون ديناً عليه ، وأما بالنسبة الى ما سيأتى فمن ضمان ما لم يجب مضافاً الى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته

على أي حال، فاذا قال له القريب: اقترض على نفسك ، وعلي بدلته كان وعداً لم يجب ، الا أن يقال: انه واجب عليه بعد ان كان مغروراً وهو يرجع الى من غر مثله ما لوقال: ألق متاعك في البحر، وعلي بدلته، الى غير ذلك، و ان قال له القريب اقترض على وتصرف فيه كان وكيلا عنه في الاقتراض وعلي القريب البديل بلا اشكال .

(أو أذن له الحاكم في ذلك) سواء قال له: اقترض على نفسك وبدلته على القريب او اقترض على القريب وتصرف فيه لاطلاق ولاية الحاكم قال في المستمسك كما ذكره في الشرائع وغيرهما ويظهر منهم المفروغية عن صحته (اذ حينئذ يكون ديناً عليه) على ما عرفت .

(واما بالنسبة الى ماسيأتي) من النفقة المستقبلية (فمن ضمان ما لم يجب) لان نفقة القريب في المستقبل ليست واجبة على قريبه الان فكيف يضمنها انسان وقد عرفت ان الضمان نقل مافي ذمة الى ذمة اخرى .

(مضافاً الى ان وجوب الانفاق) على الاقارب (حكم تكليفي) على ما ذكره [ره] (ولا تكون النفقة في ذمته) اذ التكليف لايلزم الوضع .

ثم انه كان على المصنف ان يذكر النفقة الحاضرة للاقارب ، والظاهر ان لهم اجباره بسبب الحاكم، ويجوز للحاكم الاخذ من ماله، وامرهم بالاستدانة عليه، او على انفسهم والوفاء من ماله .

ثم ان مقتضى ما رجحناه من الاقتراض عليه ، وانه حق عليه وضعي صحة

ولكن مع ذلك لا يخلو عن اشكال .

مسألة - ٣٦ - الاقوى جواز ضمان مال الكتابة سواء كانت

ضمانه، اما على مقتضى ما ذكره المصنف من انه ليس حقاً مالياً ، وانما هو تكليف فلا يصح الضمان ، اذ لاشيء في ذمة القريب حتى يصح ضمانه ، وقد جمع في القواعد بين عدم صحة ضمان النفقة الماضية وصحة ضمان النفقة الحاضرة قال، يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبله، مع ان الحاضرة والماضية من واد واحد ، ونسب ذلك مفتاح الكرامة الى التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وعلمه بأن الحاضرة تجب بطلوع الفجر - انتهى .

وانت خبير بأن الوجوب اذا لم يكن وضعياً لم يكن في الذمة، فلا يصح ضمانها ، وان كان وضعياً كان في الذمة وصار ديناً على القريب فيصح ضمان الماضي أيضاً .

لا يقال: الفارق ان نفقة الاقارب من قبيل ملك الانفاق ، ونفقة الزوجة من قبيل ملك العين والانفاق اذا ذهب وقته - بالنسبة الى الماضية - لا يتعلق بالذمة شيء، لانه لا بقاء للانفاق ، بخلاف ملك العين في الزوجة ، حيث ان العين تكون في الذمة .

لانه يقال: الكلام في ان ملك الانفاق يوجب تعلق شيء بذمة القريب ام لا فان كان الاول لافرق بين الماضي والحاضر في صحة الضمان وان كان الثاني فلا شيء في الحاضر في ذمة القريب حتى يصح ضمانه .
ولعله الى بعض ما ذكرناه أشار بقوله (ولكن مع ذلك لا يخلو عن اشكال)
وان ذكر أغلب المعلقين انه لا اشكال في بطلان الضمان .

مشروطة أو مطلقة ، لانه دين فى ذمة العبد ، وان لم يكن مستقراً
لامكان تعجيز نفسه والقول بعدم الجواز مطلقاً ، أو فى خصوص
المشروطة معللاً بانه ليس بلازم ولا يؤل الى اللزوم ضعيف كتعليقه
وربما يعلل بان لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة الى المضمون عنه
غير لازم فيكون فى الفرع لازماً مع أنه فى الاصل غير لازم وهو
أيضاً كما ترى .

مسألة - ٣٧ - اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان
بالعمل ، وكذا مال السبق والرماية

(مسألة - ٣٧ - اختلفوا فى جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل)
مع وضوح جوازه بعد الاتيان بالعمل ، لانه بالعمل صار ديناً على الجاعل (و
كذا مال السبق والرماية) .

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم،
ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل، وكمال
السبق والرماية ، وفاقاً للمحكى عن المبسوط والتحرير والمختلف و مجمع
البرهان والتذكرة ، الا انه قال اذا شرع فى العمل ، الى آخر كلامه .

لكن فى الشرائع بعد ذلك قال: [على تردد]، وفى القواعد صحة ضمانه
لكن فى محكى جامع المقاصد والمسالك عدم الصحة قال أولهما ، و الفرق
بين مال الجعالة و بين الثمن فى مدة الخيار ظاهر، لان الثمن حينئذ ثابت ،
غاية ما فى الباب انه متزلزل بخلاف الجعل ، فانه لاثبوت له أصلاً و المتجه
عدم الجواز قبل الفعل .

فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل والاقوى وفاقاً
لجماعة الجواز لا لدعوى ثبوته في الذمة من الاول وسقوطه اذالم
يعمل ولا لثبوته من الاول بشرط مجيء العمل في المستقبل

(فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل) والضمان نقل ما في
الذمة ، فاذا لم يكن في الذمة شيء كان مثل السالبة بانتفاء الموضوع .

(والاقوى وفاقاً لجماعة) تقدم ذكر جملة منهم (الجواز للدعوى ثبوته في
الذمة من الاول وسقوطه اذا لم يعمل) كما ربما يظهر من عبارة القواعد وغيره
حيث قال الخامس الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة ، و ان
كان متزلاً كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً ،
لكن يؤل اليه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية، وكأنه أخذه من
الشرائع، حيث قال : الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان
مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار ، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة
الخيار بعد قبض الثمن ، و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع و كذا ما
ليس بلازم ، ولكن يؤل الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط و كمال
السبق والرماية - انتهى .

و انما يسقط اذا لم يعمل ، لانه بمنزلة الفسخ ، حيث انها عقد غير
لازم، ولعل وجه الثبوت في الذمة ان ذمة كل طرف اشتغل هذا بالمال و الاخر
بالعمل وانما لم نقل بهذه الدعوى ، لان الجعالة لا تقتضي ثبوت شيء في ذمة
الجاعل عرفاً ، و هي التي قررها الشارع ، فلا صحة للضمان من هذه الجهة .
(ولالثبوت) في الذمة (من الاول) حين عقدها (بشرط مجيء العمل في
المستقبل) فيكون العمل بمنزلة الشرط المتأخر ان جاء العمل كشف عن ثبوت

اذ الظاهر أن الثبوت انما هو بالعمل بل لقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »

الجعل من حين العقد ، و ان لم يجيء العمل كشف عن عدم ثبوته ، و هذان الاحتمالان جعلهما الجواهر مبني صحة الضمان ، وقال بعد الاحتمال الثاني : لعل ذلك لا يخلو من قوة ، وقد سمعت امكان ارادته من الشيخ وابن زهرة - انتهى .

ثم هنا احتمالان آخران في وجه صحة ضمان مال الجعالة ، ذكرهما في محكى التذكرة والمختلف وهما وجود سبب الوجود، وانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار - كما في الاول - ومسيس الحاجة اليه فجاز ضمانه ، كقوله : ألق متاعك و على ضمانه - كما في الثاني - و ان كان المحكى عن التذكرة انه قال : اذا شرع في العمل ، و انما لانقول بهذه الاحتمالات لما عرفت من الايراد على الدعوى ، ولما يرد على الثاني .

(اذ الظاهر أن الثبوت انما هو بالعمل) لما تقدم من انه مقتضى الجعالة عرفاً ، و لم يحدث فيه الشارح خلافاً ، و بذلك يظهر انه قد قرر ما لدى العرف .

ويرد على استدلال التذكرة ان وجود سبب الوجود لا يلزم الوجود الذي هو مناط الضمان ، وعلى استدلال المختلف بأن مسيس الحاجة ليس من الأدلة الشرعية .

أما ألق متاعك ، فهو مثل اعط للفقير و على بدله يشملها دليل الضمان بالامر وانه لاضمان قبل الفعل فلا يستدل به لكون الضمان قبل الفعل .
(بل اقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ») كما استدل به

غير واحد بضميمة استصحاب الشرائع السابقة وأشكل على ذلك - كما في المستمسك - بأن الآية انما دلت على مشروعية التعهد على النحو المذكور ، ولادلالة فيها على انه من الضمان الذي هو محل البحث ، أو هو من قبيل الوعد الذي لا يجب الوفاء به فلا دلالة لها على شيء من ذلك - انتهى .

وبأن قول يوسف عليه السلام حجة ، وليس ظاهر الآية الا انه قول غيره ، حيث قال : «قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» وبأنه لم يثبت استصحاب الشرائع السابقة ، لقوله سبحانه : «لكل منكم جعلنا شرعة ومنهاجاً» وفي الكل ما لا يخفى .

اذ يرد على الاول : ان ظاهر الآية حسب استفادة العرف انه تعهد لازم لا وعد فحسب .

و ان شئت قلت : انه بضميمة قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم يفيد المطلوب وحمله على الاخبار لا الانشاء ، أي ان من طبيعة الزعيم ان يغرم خلاف ما ذكروا من ان الاصل في كلامهم عليهم السلام الانشاء لا الاخبار .

وعلى الثانى : بان الظاهر انهم كانوا يتكلمون عن شريعتهم كما يدل على ذلك قولهم فهو جزائه ، وما ورد من الاشكال والجواب في انه كيف قال يوسف عليه السلام انكم لسارقون ، الى غيرهما من المؤيدات .

وعلى الثالث : بأن مقتضى قولوا : آمنا بالله ، الى آخرهما ان الشريعة في كل الانبياء واحدة الا ما غير بمقتضى الزمان ونحوه ، وآية المنهاج لاتنافي ما ذكرناه بعد ظهور الجمع بينهما بما ثبت تفسيره حسب الزمان ونحوه ، و انما عموم الاحكام واحدة فالكل سواء الا ما خرج ، بل يمكن ان يقال : ان الظاهر عدم الاحتياج الى الاستصحاب ، فان امثال آية قولوا تدل على وحدة

ولكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت
الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً .

مسألة -- ٣٨ -- اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة
كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد

الشرائع للامم ، وهذا غير بعيد .

ولقد كان من الجميل أن يؤلف كتاب فقهى مبسوط حول ما ورد في أحكام
الشرائع من الطهارات الى الدييات مما في الآيات والروايات .

ثم ان الجواهر استدلت لمثل هذا الضمان بالحديث المتقدم الزعيم غارم ،
كما استدلت له السيد الجمال بقوله: انه لما تقدم من كون الضمان بالنسبة الى هذه
الامور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، والغناء لتعهد المضمون عنه لاثوحيلاها
من ذمته الى ذمة نفسه، وانطباق مفاد الآية المباركة على كون الزعيم هو المتعهد
بالمجعل ظاهر - انتهى .

(ولكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان) لانه عرفي، ولم يعلم ان الشارع
منع عنه (ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً) وان كان ربما يرد
عليه بانه خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمة وكون
الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، ويوجب بانه نوع من الضمان
وما نذكره هنا هو نوع آخر ولا منافات، وقد تقدم الكلام في ذلك، والله سبحانه
العالم .

(مسألة - ٣٨ - اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة) على احد قبل
الضمان (كالغصب) المضمون على الغاصب (والمقبوض بالعقد الفاسد) سواء كان
بدلاً، كما في البيع، أو لا في ضمن عقد كالمهر، أو غير عقد كعوض الخلع اذا

ونحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة، والاقوى الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً ومثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت

كان البيع والنكاح والطلاق باطلا .

(ونحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة) قال في القواعد: ويصح مان عوض الجنائية، وان كان حيواناً ومال السلم والاعيان المضمونة كالغصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال .

وقال في مفتاح الكرامة: صحة ضمان الاعيان المضمونة ، خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد، وكذا المفاتيح، لكن عن جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوى، وفي المسالك: انه أقوى، وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الارشاد ولا الكفاية - انتهى.

(والاقوى الجواز سواء كان المراد بالضمان ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً ومثلها أو قيمتها على فرض التلف) كما ذكر هذا المعنى التذكرة قائلاً: ان الضمان له صورتان :

الاولى : ان يضمن رد اعيانها وهو جائز ، لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه .

الثانية : ان يضمن قيمتها لو تلف ، والاقوى عندي الصحة لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان .

(أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت) قال في الجواهر عند قول الشرائع: وفي ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض

وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم

بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز، بمعنى وجوب ردها، أو قيمتها، أو مثلها عليه مع من في يده - انتهى .

وكان عليه ان يذكر المراد ثالثاً بالتزام رد عينها، وهناك احتمال آخر قاله السيد البروجردى بأن المراد جعلها باعيانها في عهده على نحو كونها شرعاً في عهدة من هي في يده المستتبع لاستحقاق مطالبته بها موجودة أو تالفة ثم لوجوب ردها بشخصه ان امكن والا فبنوعها أو بما ليتها، ولكن صحته محل اشكال سواء اريد به نقلها عن عهدة ذي اليد الى عهده ، أو ضمها اليها لاحتمال كونها من الاحكام الشرعية، لامن الامور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً - انتهى .

(و) انما قلنا : ان الضمان بكلا المعنيين جائز (ذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الزعيم غارم) على مارواه المستدرک ، عن غوالي اللثالي ، ودرر اللثالي وبه يرتفع اشكال الجواهر عليه، وتبعه المستمسك بان الحديث ليس من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا ، كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الانكار عليهم - انتهى .

وأشار بالخبر السابق الى مارواه الشيخ، عن الحسن بن خالد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام : جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم ؟ قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال.

ورواه الصدوق أيضاً - كما في الوسائل - وفيه: ان الحديث لا يدل على ارادته بالناس العامة ، والامام لم يرد ، وانما أراد بيان ان قرار الضمان على المضمون عنه .

وأى ربط بين [الزعيم غارم] و [الضامن لا يغرم] حتى يكون أحدهما رداً

والعمومات العامة مثل قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ودعوى أنه على التقدير الاول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة الى اخرى

على الاخر والحاصل، الاول: بيان الغرامة، والثاني : بيان القرار .

نعم ، الحديث ضعيف السند، لكن جماعة من الفقهاء استندوا اليه ولعل المصنف يرى جبره بمثل ذلك، ولعل السادة المعلقين على كثرتهم يرون ذلك، ولذا سكتوا على استدلال المصنف به .

(والعمومات العامة مثل قوله تعالى : «أوفوا بالعقود») ولايلزم من ذلك ان يكون عقداً جديداً ليس له أحكام الضمان ، وذلك لما تقدم في شرح المضاربة وغيرها انه لو صدق الموضوع عرفاً، وشمله العموم كان داخلاً في أحكام ذلك العنوان، وان لم يكن عموم بذلك العنوان نفسه ، لان المفهوم عرفاً من شمول الحكم لموضوع - ولو كان موضوعاً خاصاً - ان ذلك الحكم سار في مثل ذلك الموضوع الخاص مثلاً اذا قال الشارع في باب صوم رمضان: ان له حكم كذا، وقال: صم يوم المبعث، فهم العرف ان حكم صوم هذا اليوم له نفس ذلك الحكم أيضاً من باب فهمه ان حقيقة الصوم في الجميع واحدة .

(و) ال- (دعوى) التي ذكرها في جامع المقاصد في رد التذكرة ب- (انه على التقدير الاول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها) من الضامن (مع ان الضمان) عبارة عن (نقل الحق من ذمة الى اخرى) فليس ضمان العين من الضمان الشرعي في شيء، والى الاشكال المذكور أشار في الجواهر بأن الضمان عندنا من النواقل وان شرطه ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما يجب ردها وهو ليس بمال في الذمة.

وأيضاً لا اشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون من ضم ذمة الى اخرى وليس من مذهبنا، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب كما أنه على الاول أيضاً كذلك بالنسبة الى رد المثل أو القيمة عند التلف

(وأيضاً لا اشكال في ان الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون) الضمان (من ضم ذمة الى اخرى وليس من مذهبنا) هذا اشكال ثان ذكره المسالك ، مضافاً الى الاشكال الذي ذكره في جامع المقاصد وتبعهما في الاشكال المذكور الجواهر قائلًا - بعد عبارته السابقة - والغاصب مثلاً مخاطب به اجماعاً فيكون الضمان هنا ضم ذمة الى ذمة اخرى، وهو ليس من اصولنا .

ثم قال : ومن الغريب ما عن التذكرة من ان ضمان المال ناقل عندنا وفي ضمان المال والعهد اشكال اقربه عندي جواز مطالبة كل من الصامن والمضمون عنه، اذ هو كما ترى كالمتناقض - انتهى .

(وعلى الثاني) وهو ارادة مثلها أو قيمتها اذا تلفت (يكون من ضمان مالم يجب) لانه بالنسبة الى المثل ، أو القيمة حكم تعليلي على تقدير التلف فيكون من ضمان مالم يجب فلا يصح .

(كما انه على الاول) وهو ضمان العين على تقدير بقائها ومثلها أو قيمتها على تقدير تلف العين (أيضاً كذلك) من ضمان مالم يجب (بالنسبة الى رد المثل أو القيمة عند التلف) ومما تقدم يظهر الاشكال على الضمان اذا كان مراد الضامن الالتزام برد العين فقط من دون ارادته رد المثل، أو القيمة عند التلف - كما تقدم ان اشرنا اليه أيضاً - .

مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الامر أنه ليس من الضمان المصطلح وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى

(مدفوعة بأنه لا مانع منه) من كون الضمان هنا بمعنى الالتزام بالرد ، لا الانتقال من ذمة الى ذمة، كما انه لا مانع من ضمان الغاصب أيضاً فيكون من ضم ذمة الى ذمة (بعد شمول العمومات) مثل [أوفوا بالعقود] فقد قال الضامن [لك علي ان ارد مالك] وهذا عقد، فيشملة [أوفوا] ونحوه .

(غاية الامر انه ليس من الضمان المصطلح) بل اذا قلنا انه يشمله [الزعيم غارم] كان من الضمان المصطلح ايضاً، وقول الجواهر ان عموم [أوفوا بالعقود] انما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد حسب مقتضاه ومقتضى الضمان نقل المال من ذمة الى ذمة، والاعيان ليست كذلك ، وان الزعيم غارم ليس من اخبارنا، قد عرفت الجواب عنهما .

اذ يرد عليه أولاً: انه اذا اريد الضمان المصطلح، وقد ذكر المصنف انه لا يريده .

وثانياً: قد عرفت انه لما سمي عرفاً ضماناً جاء اليه أحكام الضمان، والزعيم غارم، قد ورد من طرفنا كما تقدم فتأمل .

(وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضى) وقد تقدم ان المقتضى كاف في صحة الضمان فالضامن يتعهد فعلاً للعين المضمونة ان يردها مع بقائها، وان يرد مثلها أو قيمتها مع تلفها، وهذا التعهد يشمله العمومات، بل يشمله الضمان المصطلح، حيث انه زعيم، فهو غارم .

ومنه يظهر حال ما اذا ضمن ردها - فقط - أو رد بدلها اذا تلف - فقط - .

ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو اجماع وان
اشتهر في اللسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته وفي
جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع، وأما ضمان الاعيان الغير المضمونة
كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد
أو تفریط فلا خلاف بينهم في عدم صحته

(ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو اجماع وان اشتهر
في اللسن) وانما يصح ذلك اذا لم يكن حتى المقتضى، والمقتضى في المقام
موجود.

(بل في جملة من الموارد حكموا بصحته وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا
اجماع) وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن فراجع.

ثم ان المستمسك، قد أطال الكلام حول المسألة وفيه مواقع للنظر تظهر
مما تقدم، قال الوالد عند قوله والاقوى الجواز: لا بالضمان الناقل لما في ذمة
الى ذمة اخرى، بل بمعنى التعهد والالتزام برد العين، أو بدله من غير ان يبرء
ذمة الغاصب والقابض، وكذا في المسائل التالية .

أقول: بل يمكن بنحو براءة ذمة الغاصب اذا تلف فيكون الضمان بضم
ذمة الى ذمة مطلقاً، أو ضمهما عند وجود العين وذمة الضامن عند تلفها.

(واما ضمان الاعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن) أي العيين
المرهونة (والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد او تفریط) أما بعد السبب
فان كانت موجودة دخلت في مسألة ضمان الاعيان المضمونة، وان تلفت دخلت
في ضمان الدين (فلا خلاف بينهم في عدم صحته) كما في الشرائع والقواعد
وجامع المقاصد والمسالك والتحرير والارشاد ومجمع البرهان والكفاية كما

والاقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً .

حكى عن بعضهم .

قال في التذكرة: اذا ضمن عيناً لمالكها، وهى فى يد غيره ، فإن كانت امانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة و مال الشركة والمضاربة والعين التى يدفعها الى الصانع والمال فى يد الوكيل والوصي والحاكم وامينه اذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع، لانها غير مضمونة العين ، ولا مضمونة الرد ، وانما يجب على الامين مجرد التخلية، فاذا لم تكن مضمونة على ذى اليد لانكون مضمونة على الضامن ، و لو ضمنها ان تعدى فيها لم يصح ايضاً، لانه ضمان مالم يجب ، وفى الجواهر انه لا اختلاف فيه ولا اشكال .

(والاقوى بمقتضى العمومات) عموم [أوفوا بالعقود] وعموم: الزعيم غارم (صحته ايضاً) والاجماع محتمل الاستناد ان لم يكن ظاهره ودليلاً التذكرة فى ما قبل التعدى وبعده قد عرفت وجه النظر فيهما فى الفرع السابق .

وبذلك يظهر، وجه النظر فى كلام المستمسك اذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها ، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذى نحن فى مباحثه و مسائله ، بل بمعنى محض اشتغال الذمة، قال : ولعل من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف فى هذا العصر، وان كان ضمانها فى مقابل المال لا تبرعاً فصاحب المال يعطى الشركة مالا فى قبال ان تضمن او فى قبال ان تنشأ الضمان الى آخر كلامه .

أقول : الظاهر صحة كل أنواع التأمين ، سواء كان مع ملاحظة الشيء المؤمن بأن ترسل الشركة الطبيب كل ثلاثة أشهر مرة لملاحظة المريض مثلاً

مسألة - ٣٩ - يجوز عندهم بلاخلاف بينهم ضمان درك الثمن

للمشتري

أونحو ذلك أوبدون الملاحظة كان يؤمن السفينة في البحر ، والطائرة في الجو مثلاً ، وذلك لانه معاملة عقلائية ، فيشملة [أوفوا] وما أشبهه . وبذلك يخرج عن كونه أكلاللمال بالباطل ، فلايشمله [لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل] . وبذلك يظهر انه يصح تأمين شركة التأمين في شركة أكبر أيضاً كما هو المتعارف .

نعم ، حيث ذكرنا في كتاب : [الفقه - الاقتصاد] انه لاحق للانسان في غير الامور الخمسة العملية والفكرية والشرائط والعلاقات والمواد يجب ان لا يكون قدر بدل التأمين اجحافاً عرفياً بحيث يكون أكثر من حق الشركة الفكري والعملي حتى يكون مساعداً للرأسمالية المحرمة شرعاً ، فان الرأسمالية على الاسلوب الغربي محرم شرعاً كما قرر في محله .

(مسألة - ٣٩ - يجوز عندهم بلاخلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري)

قال في مفتاح الكرامة : كما عن المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وغيرهم ، ثم نقل عن التذكرة ومجمع البرهان ان على جوازه اطباق جميع الناس في جميع الاعصار وعن المسالك ان الظاهر الاتفاق عليه ، كما نقل عن جامع المقاصد اطباق الناس على ضمان العهدة وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه وانما سمي درك لان المشتري يتدارك ما فات منه ، كذا كل مكان يطلق الدرك ، ولذا قال في الصحاح الدرك التبعة وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله ويسمي بضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده .

إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيد به الأكثر

فـ(إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير) دفع الضامن الثمن الى المشتري اذا لم يكن المبيع كلياً وبدله البائع بغيره ، أو لم يكن فضولياً ورضى المالك بالبائع أو لم يرث البائع عن المالك الى غير ذلك من صور استحقاق المشتري .
(أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته اذا كان ذلك بعد قبض الثمن) بأن قبض البائع الثمن ، وحيث يحتمل المشتري بطلان البيع وتمرد البائع من رد الثمن يأخذ من البائع ضامناً انه اذا ظهر البطلان كان على الضامن أداء ما على البائع من الثمن .

قال في المسالك : وهذا في الحقيقة فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حال الضمان .

(كما قيد به الأكثر) كما نقله عنهم مفتاح الكرامة قال ما عدا المبسوط والشرائع والأرشاد والممعة ، بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه ان كان قبض الثمن صح الضمان ، وان لم يكن قد قبض لم يصح وهو أيضاً مراد في كلام من لم يقيد به لانهم لا يختلفون في ان الضمان لا بد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به ، والبائع مالم يقبض لم يتعلق بذمته حق - انتهى .

وان شئت قلت : ان الضمان نقل مافي ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وان تعدينا عن ذلك قلنا ضم ذمة الى ذمة في ضمان العين الخارجية - كما تقدم في بعض المسائل السابقة - فاذا لم يقبض البائع الثمن لم يكن مشغولة الذمة كما لم يكن بيده شيء فكيف يصح ضمانه .

أو مطلقاً كما أطلق آخر وهو الاقوى قيل وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان

ولذا قال في الجواهر : ومن ذلك يعلم ارادة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ماصرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه الا بقبضه .
(أو مطلقاً) وان لم يقبض (كما أطلق آخر) ممن عرفت ، وكون مراد المطلق القيد ، كما حمله المفتاح والجواهر غير ظاهر ، فان اطلاق الفقهاء يؤخذ به ولعلمهم رأوا كراى المصنف ، فقول المستمسك ، ومن ذلك تعرف الاشكال في قول المصنف غير ظاهر الوجه .

(وهو الاقوى) أمام قبض البائع وتلفه فظاهر ، وأما مع قبضه وعدم تلفه أو عدم قبضه ، فلما تقدم في آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الاعيان غير المضمونة ، فالمشترى الذى يريد دفع الثمن الى البائع يخاف من فوته اذا ظهر المبيع مستحقاً ، ولم يمكنه استرجاع مادفع ، ولذا يأخذ ضامناً حتى يدفع اليه وهو أمر عقلائي متعارف ، فيشملة الزعيم غارم ، كما يشمله [أوفو بالعقود] ونحوه .

وبذلك يظهر ، وجه قول جامع المقاصد ، ولعل تجوز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة اليه ، واطباق الناس على ضمان العهدة ، ومثله قال غيره فلا يرد عليهم ان مثل ذلك لا يكون دليلاً شرعياً ، وبه يظهر وجه النظر في قول السيد البروجردى ان ضمان درك الثمن للمشتري محل تأمل واشكال ، وعدم الخلاف فيه مع قلة المتعرض له لا يفيد .

(قيل وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان) كما هو الظاهر من المحقق

وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور

والشاهد الثانيين ، وتبعهما الجواهر والذي أوجب استثنائه ماتقدم من الأدلة ، وان كان مقتضى الزعيم غارم ونحوه مما سبق الاستدلال به لضمان العين عدم كونه استثناءً ، بل الضمان ضمان عين وضمان ذمة ، وقد يكون بالنقل وقد يكون بالضم.

(وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض) حيث ان تلفه من المالك .

ومما تقدم يظهر حال ما اذا تلف بعد قبض المشتري في زمن الخيار ، حيث ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، أو رد بالعيب ، أو اختار الارش ، كما في تعليقه الجمال .

(فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع) لبطلان الضمان ، وذلك لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب) وهو باطل على المشهور ، سواء كان سببه موجوداً أم لا ؟

(بل لو صرح بالضمان اذا حصل الفسخ) بالخيار أو التقايل ، أو تلف المبيع قبل القبض (لم يصح بمقتضى التعليل المذكور) بانه ضمان ما لم يجب ، كما صرح به الجواهر وغيره معللين له بما ذكر ، اذ لا يصح الضمان ان لم يمضه الشارع ، وان عقده الضامن والمضمون له .

نعم فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهدة ويصح الضمان أولاً فالمشهور على العدم وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحة مع التصريح بالاولى والاقوى فى الجميع

(نعم) استثنوا من عدم صحة الضمان اذا حصل الفسخ صورة الفسخ بالعيب فى (فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق) مما يكون دركه على البائع ، وقد أشار بقوله : أو اللاحق الى رد مفتاح الكرامة حيث قال: وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما فى الشرائع ، والافقد يصح الفسخ بعيب لاحق ، كما لو وقع قبل القبض أو فى الثلاثة ، وهذا لا يكون موجوداً حاله الضمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً - انتهى .

(اختلفوا فى أنه هل يدخل فى العهدة) عهدة البائع (ويصح الضمان) عنه لانه ليس من ضمان مالم يجب (أولاً) يدخل فلا يصح الضمان (فالمشهور على العدم) وقد نسبه الجواهر الى المشهور ومفتاح الكرامة الى الأشهر .

(وعن بعضهم دخوله) نسبه مفتاح الكرامة الى الايضاح وجامع المقاصد ، وأشكل فيه فى القواعد قائلاً : أورد بعيب على اشكال ، وان كان ظاهر كلام له بعد انه وافق المشهور ، وعن المبسوط ذكر الاحتمالين من دون ترجيح .

(ولازمه) أي لازم من قال بدخوله فى العهدة (الصحة مع التصريح بالاولى) لانه اذا ضمن قبل الفسخ ضماناً - مطلقاً - بأن قال: انا ضمن لك أيها المشتري الثمن ، كان الضامن صحيحاً كان الضمان صحيحاً بطريق أولى اذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مقيداً ، بأن قال: انا ضمن لك أيها المشتري الثمن اذا حصل فسخ بسبب عيب سابق على العقد ، أو لاحق عليه .

(والاقوى فى الجميع) الضمان قبل الفسخ ، سواء كان الفسخ بعيب سابق ،

الدخول مع الاطلاق والصحة مع التصريح ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية وجود السبب، هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن اذا حصل الفسخ وأما بالنسبة الى مطالبة الارش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها

أو لاحق (الدخول) في العهدة (مع الاطلاق والصحة مع التصريح ودعوى) المشهور (أنه من ضمان ما لم يجب) وهو غير صحيح، ولذا قال في الجواهر في تأييدهم: ان الفسخ انما يبطل العقد من حينه، لامن أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لانه ضمان ما لم يجب .

(مدفوعة بكفاية وجود السبب) لانه مشمول للضمان العقلائي، فيشمله الزعيم غارم، بل العمومات على التقريب الذي ذكرناه غير مرة من انها في أمثال المقام مما له موضوع عرفي يوجب صحته عقداً خاصاً، لاعقداً مطلقاً فتترتب عليه الاحكام الخاصة بذلك العقد .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك : قد عرفت ان ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح، ولا تشمل أدلته الخاصة، نعم تشمل أدلة الصحة العامة، لكن شمولها لا يتوقف على وجود السبب - انتهى .

اذبرد عليه أولاً: انه يدخل في الضمان المصطلح .

وثانياً: انه بدون وجود السبب لا يكون ضماناً عرفياً، فلا يشمل الزعيم غارم ونحوه . (هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن اذا حصل الفسخ) بالعيب .

(وأما بالنسبة الى مطالبة الارش) حيث ان المشتري يتخير بين الفسخ والارش اذا ظهر في المبيع عيب سابق على العقد، أو عيب لاحق بحيث كان العيب من كيس البائع (فقال بعض من منع من ذلك) من الضمان بالفسخ (بجوازها) أي

لان الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب وقد عرفت أن الاقوى صحة الاول أيضاً، وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع امكان دعوى ان الارش أيضاً لا يثبت الا بعد اختياره و مطالبته

مطالبة الضامن (لان الاستحقاق له) أي للارش (ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب) قال في القواعد: ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لاما يتجدد له الفسخ بالتقاييل، أو العيب السابق، أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع، ولو طالب بالارش، فالاقرب مطالبة الضامن وقريب منه كلام الشرائع، وعلمه بأن استحقاقه ثابت حين العقد، لكنه قال فيه تردد.

وقال العلامة قبل عبارته المتقدمة: أو ارش العيب.

وقال في مفتاح الكرامة في شرحه: أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش عيب المعيب كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك، وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير.

(وقد عرفت أن الاقوى صحة الاول) ضمان الثمن في الفسخ بالعيب (أيضاً) فلا تنحصر الصحة بضمن الارش (وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع امكان النقض على من يقول بالصحة بالنسبة الى الارش دون الثمن بدعوى ان الارش أيضاً لا يثبت الا بعد اختياره ومطالبته) فكيف تقولون بصحة ضمانه، مع انكم لا تقولون بصحة ضمان الثمن عند الفسخ، وقد أشار المصنف بذلك الى ما ذكره المسالك، وتبعه الجواهر ومفتاح الكرامة حيث بينوا وجه عدم صحة ضمان

فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب

الارش أيضاً ، قال الثالث : ووجه العدم ان الاستحقاق للارش انما حصل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش ، بل التخيير ، بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره أقول: قد رد المسالك عدم الفارق بين الثمن عند الفسخ والارش قائلاً : والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن ماوجب الا بالفسخ، وأما الارش فانه كان واجباً بالأصل ، لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة - انتهى .

ولكن هذا الفارق غير تام، اذ الارش، وان كان في الحقيقة عبارة عن شيء فائت لان العقلاء يقابلون بين المبيع الصحيح والثمن الكامل، أما المبيع الناقص، فهو مقابل لبعض الثمن مما يكشف من ان بقية الثمن في أزاء الشيء الفائت، الا ان البيع خارجاً يكون بين المثلن والثمن ، ولذا يحتاج الارش الى اختياره ، لانه يستحقه المشتري تلقائياً، فليس مثل ما اذا باع مايملك وما لايملك، حيث يبطل البيع تلقائياً بالنسبة الى ما لايملك، واليه اشار المستمسك بقوله: ولذا كان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفقة - انتهى .

وكذا الحال بالنسبة الى الغبن ، فان قدراً من الثمن لا يكون بدون مقابل حتى يستحقه المشتري باعتبار ان قيمة المبيع بقدر تبعض الثمن لا كله .

وكيف كان (الصحة فيه) أي في الارش (أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب) وهو ضمان اصطلاحى ، لا كما قاله المستمسك على ماتقدم نقله عنه ، والاشكال عليه .

ومما تقدم يظهر الاشكال في كلام من قال بأن مطالبة الارش غير اختياره ، ومن قال ان الارش ثابت فيختار ، لان ثبوته بالاختيار .

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع .

مسألة - ٤٠ - إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض ، وفي البعض الآخر بتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة فيرجع على البائع بما قابله

اذ يرد على الاول : ان المطالبة بعد الاختيار .

وعلى الثانى : انه ثابت امكاناً ، أي يمكن ان يثبت بالارادة لا انه ثابت خارجاً .

(ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع) عن المشتري ، لو وحدة الدليل في المقامين .

(مسألة - ٤٠ - إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً) للمغير أو ظهر عدم قابلية بعض المبيع للمبيع كالخمر والمخل (فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض) لانه القدر الذي يتدارك ، أما ما بقى فلم يفت من المشتري شيء ، واللازم اعطائه بقدر خسارة المشتري ، لا بالنسبة ، فاذا اشترى بائناً فظهر أحد مصراعيه لغيره مما سبب ان يكون ثمن المصراع الباقي ربع المجموع كان على الضامن اعطاء ثلاثة أرباع الثمن للمشتري .

(وفي البعض الاخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة) اذا لم يكن بيعان فى بيع ، والا فلا خيار ، بل حاله حال نكاحين ، أو طلاقين فى صيغة واحدة ، والفرق يكون بالقصد كما ذكرنا تفصيلاً ذلك فى بعض مباحث الكتاب (فـ) اذا فسخ المشتري البقية (يرجع على البائع) لا الضامن (بما قابله) اذ الضامن لم يضمن الا عهدة الثمن الذي يظهر مستحقاً لا

وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له .

انه ضمن مطلقاً ، وهذا هو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وغيرهم ، بل عن الكفاية انه المشهور وعن التذكرة [عندنا] مما يظهر منه الاجماع .

(و) لكن (عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع) مما ظهر مستحقاً ومما فسخ ، وكأنه لاطلاق ضمان الضامن ولو حدث ما يقتضي انفساخ العقد بخيار أو اقالة أو نحو ذلك ، والا فلو كان الضمان حين عقده خاصاً بالقدر الذي يظهر استحقاقه لم يكن وجه لكلامه [ره].

(و) منه يعلم ان قول المصنف : (لا وجه له) على اطلاقه غير تام ، بل لا وجه له فيما اذا كان الضمان مقيداً ، لا ما اذا كان مطلقاً ، كما يعلم ان اشكال المستمسك على المصنف - اشكالا مطلقاً - غير ظاهر الوجه قال : بناءً على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من ان الاقوى جواز الضمان فيرجع المشتري على الضامن وجه كلام الشيخ ظاهر وهو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان ، وعدم جواز الرجوع على الضامن فالجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض - انتهى .

وكيف كان ، يظهر من الكلام في مسألة ضمان عهدة الثمن مسألة ضمان عهدة الثمن ، ثم انه لو اختلفا في انه هل كان الضمان مطلقاً للملك ، أو مقيداً للقدر الذي يظهر مستحقاً كان القول قول الضامن لاصالة عدم ضمان الزائد ولو اختلفا في انه هل كان بنحو بيعين في بيع أو بنحو بيع واحد؟ فالظاهر انه مع القائل الثاني لاصالة عدم قصد بيعين ، وان كانت المسألة بحاجة الى تأمل ، ولو اختلفا في انه هل ظهر بالجميع مستحقاً أو بعضه - فيما كان الضمان خاصاً بالقدر الذي

مسألة -- ٤١ -- الاقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس فى الارض المشتراة اذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الارش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع خلافاً للمشهور لانه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب

يستحق منه ، لامطلقاً ، وحتى لما يفسخه -- فالاصل عدم ضمان الاكثر من ما اتفقا عليه كل ذلك اذا لم تكن للطرف بينه كما هو واضح .

(مسألة -- ٤١ -- الاقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري) أو البائع فيما كان الثمن أرضاً (من بناء أو غرس في الارض المشتراة اذا ظهر كونها مستحقة للغير) ولم يمض البيع (وقلح البناء و الغرس فيضمن الارش) كما يضمن كل القيمة اذا كان مثل طم النهر ، حيث أجرى النهر في تلك الارض اذ الكل قد انهدم فلا يبقى شيء حتى يكون هناك تفاوت وتصل النوبة الى الارش.

(وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع) [عن] متعلق بالضمان، وهذا هو الذى احتمله في التحرير على ضعف - كما في مفتاح الكرامة - و هو قال به مستدلاً له بمسيس الحاجة اليه وقضاء الضرورة به .

(خلافاً للمشهور) فلم يجوزوا الضمان، كما عن المبسوط والشرائع و القواعد والمسالك وغيرهم، وعن التذكرة عدم ترجيح أحد الجانبين .

وانما ذهب المشهور الى ذلك (لانه من ضمان ما لم يجب و) لكن يرد عليهم ما (قد عرفت) من (كفاية السبب) ومشهور المعلقين وافقوا المشهور، خلافاً للسيدىن الوالد وابن العم، حيث سكتا على المتن، ومقتضى القاعدة ما

هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان وقيل بالصحة لانه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه لما مر من كفاية تحقق السبب

ذكره المصنف، وان قال المستمسك: ان اريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قيل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه وهو مفقود، وان اريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان، فانه يرد عليه انه ضمان عقلائي يشمل الزعيم غارم، و العمومات على التقريب المتقدم في المسائل السابقة، (هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي) قال في القواعد وفي ضمان البائع ذلك اشكال .

و قال في مفتاح الكرامة : جزم في المبسوط بعدم الصحة ، لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب ونحوه مافي التحرير والايضاح والمسالك والروضة من ان الاقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة .

(و) ان قلت : ان البائع ضامن بنفسه لانه غار والمغرور يرجع الى من غر . قلت : (ثبوته) على البائع (بحكم الشرع) لانه غار (لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان) لان الضمان كما تقدم في أول الكتاب نقل ذمة الى ذمة ولا اشتغال لذمة المضمون عنه في المقام حتى ينقل الى ذمة البائع . والحاصل : انه ليس هناك حق مضمون حال الضمان فلا يصح (وقيل بالصحة) كما عرفت عن التذكرة ، وقال في الشرائع : الوجه الجواز (لانه لازم بنفس العقد) اذ العقد سبب الغرور الذي ينشأ منه الضمان في وقته (فلا مانع من ضمانه لما مر من كفاية تحقق السبب) وضعفه في المسالك والروضة بانه لا يلزم من ضمانه

فيكون حينئذ للضمان سببان نفس العقد والضمان بعقده و يظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد فانه يبقى الضمان العقدي

لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان ، كما اشكل عليهم في مفتاح الكرامة بأنه اذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وان لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره ، فما الوجه في تجوزهم هذا ومنعهم ذلك .

وأخذ المستمسك منه ذلك فقال: الاشكال على المحقق ومن وافقه في التفصيل بين الاجنبي والبائع متوجه على كل حال ، وربما اشكل على ذلك بانه لامعنى لضمان الشخص عن نفسه ، وفيه : انه لو اريد بالضمان نقل الذمة ، أو الضم كان الاشكال وجيهاً بينما لا يراد به الاتدراك الخسارة وهو معنى عقلائي يشمل الدليل .

(فيكون حينئذ) حين ضمن البائع (للضمان سببان نفس العقد) حيث انه بالعقد حصل الغرور (والضمان بعقده) حيث ضمن البائع عند العقد (ويظهر الثمر) في الضمانين على ما ذكره المسالك والروضة (فيما لو أسقط المشتري عنه) أى عن البائع (حق الضمان الثابت بالعقد) أى عقد البيع بأن قال : لو كنت مغروراً فلا أرجع اليك ، بمقتضى المغرور يرجع الى من غر ، وهذا الحق قابل للاسقاط لتحقق سببه حال العقد .

(فانه يبقى الضمان العقدي) اذا لوجه لسقوطه، كما انه اذا أسقط بعد الضمان العقدي حقه الثابت من الضمان العقدي يبقى الضمان الغررى ، اذ من الواضح انه لا تلازم بينهما في السقوط ، كما لا تلازم بينهما في الثبوت .

كما اذا كان لشخص خياران بسببين فاسقط. أحدهما وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل

ومنه يعلم، ان قول المستمسك في رد المسالك : ان من المعلوم ان الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، بل من الاحكام ، ولو أسقطه لم يسقط وجواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن ، لا يقتضي جواز التعدد في ذمة واحدة ، غير ظاهر الوجه ، اذ بعد ان كان رجوع المغرور حقاً - كما يفهم عند القاء [المغرور يرجع الى من غر] على العرف - لم يكن وجه لعدم قابليته للاسقاط فليس ذلك حكماً حتى لا يقبل الاسقاط والتعدد معناه ان له ان يرجع بهذا السبب أو بذاك .

والحاصل : ان للمشتري ان يرجع الى البائع لكونه غاراً ، وله ان يرجع لكونه ضمن بمعنى انه التزم تدارك الخسارة ، وأي مانع للجمع بينهما بعد كونهما شرعياً وعرفياً .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في سائر كلام المستمسك المستشكل عليهم بأنه لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجرى الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما وبقاء الآخر .. فحال المقام :

(كما اذا كان لشخص خياران بسببين) كخيار الغبن وخيار العيب وهكذا (فأسقط أحدهما) حيث يبقى الآخر ، اذ لا تلازم بينهما في السقوط ، كما لا تلازم بينهما في الثبوت .

(وقد يورد عليه) على الضمان العقدي (بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه) كما أورده صاحب الجواهر .

(والمقام من هذا القبيل) فكيف يضمن البائع خسارة المشتري ان ظهر

ويمكن أن يقال : لا مانع منه مع تعدد الجهة هذا كله اذا كان بعنوان عقد الضمان ، وأما اذا اشترط ضمانه فلا بأس به ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد .

كون المبيع للغير (ويمكن أن يقال:) في رده انه (لامانع منه مع تعدد الجهة) مثل كون الانسان يضرب نفسه، أو يطيب نفسه فهو ضارب ومضروب ومريض وطيب من جهتين، والامر في المقام كذلك، فهو من حيث كونه بائعاً مضمون عنه، و من حيث كونه يلتزم درك الخسارة ضامن ، وهذا المعنى هو الذي فهمه جملة من المحشين فأشكلوا على المصنف بما في تعليقه السيد البروجردي بأن الأقوى عدم صحة مثل ذلك الضمان، وتعدد الجهة لا يجدي، وبما في تعليقه السيد الجمال ان عدم الصحة عندهم تام ، ولا يرجع تعدد الجهة في المقام الى محصل .

أما ما ذكره المستمسك في شرح العبارة بقوله : فان أحد الضمانين قائم بالغرور، والضمان الثاني قائم بالعقد ، فلم يظهر وجهه ، اذ كلام المصنف في رد اشكال انه لا معنى لضمان شخص عن نفسه .

وكيف كان (هذا كله اذا كان بعنوان عقد الضمان) فهو محل كلامهم ، و مورد الاشكال والجواب .

(وأما اذا اشترط ضمانه) فلا يكون الضمان عقداً، بل حسب الشرط، فهو مثل شرط انه اذا ظهر عيب كان دركه على البائع (فلا بأس به) لاطلاق دليل الشرط (و يكون مؤكداً لما هو لازم العقد) من ان المغرور يرجع الى من غره ، مثل اشتراط كون دركه على البائع اذا ظهر فيه العيب . لكن يرد على ذلك انه اذا بطل البيع لظهور كونه مستحقاً لغير البائع لم

مسألة -- ٤٢ -- لو قال :

يبق عقد حتى يلزم الشرط الذي في ضمنه، ولذا قال بعض المعلقين مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للمغير، ورد المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحة شرط الضمان الواقع في ضمن العقد، وكونه مؤكداً لما هو لازمه لايوافق القواعد، الا ان يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة.

أقول : نعم تصور صحة ذلك فيما ظهر بعض المبيع مستحقاً و لم يرد المشتري البعض الآخر، فان العقد باق حينئذ والشرط في ضمنه يكون مدلولاً للعمومات، اذ لا يلزم في لزوم الشرط بقاء كل متعلق العقد.

نعم، يمكن ان يقال : ان للمشروط عليه ان يبطل بعض الشرط اذا بطل بعض العقد، فان اطلاق لزوم الشرط لايشمل الا الشرط الذي كان في ضمن عقد كل متعلقه كان باقياً، مثلاً : باع زيد للخياط مائة جريب من الارض بشرط ان يخيط له ثوبين، فاذا ظهر الخمسون منه مستحقاً للمغير كان للخياط - بعد ان لم يأخذ بتبعض الصفقة - ان يمتنع عن خياطة أحد الثوبين، لان الشرط في الحقيقة منحل الى كون كل ثوب في مقابل نصف المبيع فتأمل، والله سبحانه العالم.

(مسألة - ٤٢ - لو قال :) لغيره فيما كان الغير بالغاً عاقلاً جامعاً لسائر الشرائط أعمل كذا من جرح نفسه، أو هدم داره، أو اتلاف متاعه، و كان ذلك جائزاً شرعاً لذلك الغير، قبال ما اذا كان حراماً عليه، مثل ان يكون اللازم اخراج الدم من جسده والامات مثلاً، أو كان بقاء داره هلكة له، لان الظالم أمر بذلك، فاذا لم يطعه قتله، أو كان بقاء متاعه سبباً لبطئه عن الحركة مما يسبب بقاءه في الصحراء وافتراس الاسد له، فهو على قسمين : لانه أما ان يأمره

عند خوف غرق السفينة ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، صح
بلاخلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه

بذلك بدون أن يظهر التحمل لضرره ، ولا ينبغي الاشكال في انه لا يضمن ذلك
للاصل بعد عدم وجود الدليل للضمان ، بل وان كان لولا تشويق الامر لم يفعل
المأمور ذلك ، اذ مجرد التشويق لا يسبب الضمان .

نعم ، فيما كان السبب أقوى من المباشر ، كقول الطبيب للمريض اشرب
هذا الدواء فشرّب فعطب فمات كان ضامناً كما ذكرناه بتفصيله في [كتاب
الدييات] .

و كذا اذا قال لمجنون ، أو سكران ، أو شارب مرقد أو نام نوماً
مغناطيسياً ، أو لطفل أو ما أشبه مما عدا السبب بنظر العرف أقوى من المباشر .
وأما ان يأمره بحيث انه لولا الامر لم يفعله كما لو قال : (عند خوف
غرق السفينة) أو سقوط الطائرة ، أو وقوف السيارة في محل الخوف لنوئها
عن السير بالاحمال الثقيلة وكذلك في حمل الدابة (ألق متاعك في البحر) أو
على الارض .

(وعلي ضمانه) أو بدله أو ما أشبه مما يقيد فائدته ولو بالاشارة المفهمة (صح
بلا خلاف بينهم بل الظاهر الاجماع عليه) وقد ذكره الشيخ و الفاضلان و
الشهيدان وغيرهم في [كتاب الدييات] ونحن اشرنا الى المسألة هناك ، و
في كشف اللثام بلا خلاف الا من أبي ثور ، كما في المبسوط والخلاف ، و
في الجواهر بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل وبين غيرنا الا من أبي ثور ، وعن
المبسوط نفي الخلاف فيه ، وعن الخلاف ان عليه اجماع الامة عداه ، وهذا
هو الذي قرره كافة المعلقين لسكوتهم على المتن عدا السيد البروجردي فقال

وهو الدليل عندهم

عند قول المصنف: [فلا يصح] وهو الاقوى، بل الاول أيضاً موضوعاً وحكماً محل تأمل.

(وهو الدليل عندهم) بالاضافة الى ما ربما يستدل له بأنه مقتضى احترام المال عرفاً، وحيث ان الشارع احترم المال كان لازمه ان يجعل الضمان على الامر، وبانه مقتضى العرف والشارع لم يردع عنه فهو تقرير منه، وبأنه مثل اتلاف وقت الغير بالامر حيث يوجب الضمان، فاذا قال لانسان: اكنس الشارع وعلي بدلته، كان عليه، لانه قد أتلّف وقته، وكذلك اذا قال: ألق متاعك، وبأنه نوع من العهد، والعهد واجب الوفاء لقوله سبحانه: «ان العهد كان مسئولاً» والفرق بين الوعد مما لايجب العمل به على المشهور، والعهد الذي يجب العمل به ان الاول بدون مقابل، والثاني بمقابل، فاذا قال وعدتك ان آتيك كان وعداً، واذا قال: اعاهدك ان فعلت كذا اعطيتك كذا كان لازماً، وفي المستمسك يحتمل ان يكون عقداً، ويكون قبوله فعلياً وهو الالقاء، وان يكون قولياً كما اذا قال: قبلت فيلزمه الالقاء عملاً بالعقد، ولا يلزم في الصورة الاولى، لعدم تحقق القبول، ويحتمل ان يكون ايقاعاً نظير خط ثوبي ولك درهم أو رد عبدي ولك نصفه، وهذا هو الاقرب - انتهى.

أقول: الاقرب انه وان كان عقداً لم يكن لازماً، فاذا قال: قبلت لم يلزم الوفاء لاصالة عدم اللزوم، وانما قال نظير للفرق بين المقامين، حيث ان المال في [ألق] مقابل ما أتلّف من ماله، وفي [خط] مقابل العمل نعم اذا كان المال في [ألق] مقابل عمل الالقاء كان المقامان من باب واحد.

وكيف كان، فقد يستدل للمقام أيضاً بأنه حق عرفاً، فيشملة لا يتسوى حق

وأما اذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها فلا يصح عندهم ، ومقتضى العمومات صحته أيضاً .

امرء مسلم، ولو كان السبب أقوى من المباشر عرفاً دخل في تلك المسألة كما اذا جبره الامر، أو كان المأمور طفلاً، أو مجنوناً أو ما أشبهه، وقد يستدل له بأنه نظير ضمان الشاهد ماتلف بسببه، من نفس، أو مال أو عرض ، حيث وردت الأدلة وقام الاجماع على ضمانه .

ومنه يعلم، وجه ضمانه في المقام اذا قال لغيره: ألق زيداً في البحر حيث كان الامر أقوى من المباشر.

(و اما اذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة اخرى) عقلائية (من خفة السفينة أو نحوها) كسرعة سيرها ، حيث تخف ، والوصول الاسرع مطلوب عقلائياً، الى غير ذلك من الامور العقلائية (فلا يصح عندهم) كما هو المشهور الذي ذكره المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن الايضاح: لو خلى عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً، بل عن الاول الاجماع عليه.

(و) لكن (مقتضى العمومات صحته أيضاً) فان الأدلة السابقة آتية هنا بل في بعض الحواشي ان السيرة القطعية العقلائية قائمة على الصحة .

أقول: الظاهر انه ان كان العمل حراماً ، وعلم المأمور بذلك لم يكن على الامر الضمان، لان الأدلة المتقدمة لانشمله، فهو مثل ان يقول زيد لعمرؤ: أقطع يدك وعلي ديتها، وعلم عمرو بحرمة القطع ، فان دليل العقد ، ودليل العهد و السيرة، ولا يتوى وما أشبه لا يشمل ذلك.

وأما اذا كان العمل حلالاً أو حراماً ، ولم يعلم بالحرمة المأمور كان على الامر الضمان، فانه مثل خطاء القاضي والشاهد حيث ان الجلاد لو أجرى القتل

ونحوه كان العمل حراماً ، لكن لا شيء على الجلابد المجرى ، بل السدية ونحوها على القاضي من [بيت المال] أو الشاهد، ولذا قال في المستمسك: وإذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان و بدونه ، وإذا أمره أمر على شرط الضمان، فالضمان باطل، لانه تعويض على الحرام، وتضييع المال ، ولا يبعد ان تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع ومورد الاجماع عليه.

أقول: والظاهر أن قول المصنف بالصحة ناظر الى ذلك فاشكال المستمسك عليه بأن اطلاقه الصحة عملاً بالعمومات غير ظاهر واللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلية وعدمه -- انتهى، محل نظر.

ثم انه لو قال لصديقه: اهدم دارك لتبنيها من جديد ، أو قال : أنكح امرأة بمهر كذا، أو اعتق عبدك، أو طلق زوجتك، أو ألق متاعك في البحر او ماشبه ذلك، ففعل ما أمره لم يضمن الامر ، اذ لا وجه للضمان ، سواء قصد المأمور كون ضمانه على الامر أم لا؟ اذ لا ضمان على احد بقصد انسان آخر.

نعم، لو قال: اهدم دارك علي، أو بمهر كذا علي، او ماشبه كان عليه لما تقدم من الادلة في ألق متاعك علي ، ولو ظن الفاعل انه ضمن ذلك لم ينفع لان الظن لا يوجب الضمان، وقاعدة الغرور لا مجال لها لان القائل لم يغر ، و انما ظن الفاعل، فهو كما اذا قال له: توضأ، فظن انه قال له: ألق متاعك ، فان الظن لا يوجب كون القائل غاراً .

ولذا قال في الشرائع: اذا كان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل، و ليس عليه ضمانه.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له كالشيخين والفاضلين، وثاني الشهيدين وغيرهم للاصل ، كما لو قال: اعتق عبدك فاعتقه ،

أو طلق زوجته فطلقها - انتهى .

ولو قال للطيب: عالجني، أو للحلاق احلق رأسي، أو للبناء: ابن داري، أو قال لهم: عالج هذا الفقير، أو احلق رأسه، أو ابن داره. فمقتضى القاعدة الضمان، لأن الأمر بأمره استوفى وقت غيره في المقامين، ولا فرق بين أن يصرف وقته لنفس الأمر، أو لمن أمره الأمر، ومثله لو قال للخباز: اعطه خبزاً، أو اعطني خبزاً، إلى غير ذلك، لأنه استوفى مال المأمور في كلا الحالين .

نعم، لو قصد الأمر بالخير، أي عالجني قربة إلى الله، أو اعطه خبزاً قربة إليه تعالى، لم يكن وجه للضمان، وكذا الحال لو قال له: أد دينه، أو أد ديني .

والحاصل: أن المأمور قد يقصد التبرع، سواء للأمر، أو للمأمور له، وسواء في عمله كالبناء، أو في ماله كالخباز، وسواء يعود النفع لاحدهما، أو يعود إلى نفس المأمور، كما إذا كان المأمور راكباً في السفينة المشرفة على الغرق، فقال له من على الشاطئ: ألق متاعك في البحر، أو يكون حاجة للأمر، كما إذا قال عابر شارع لكناس اكسس الشارع .

ففي كل هذه الصور إذا قصد المأمور التبرع لم يضمن الأمر، سواء قصد الأمر الضمان، أو التبرع، أو لم يقصد شيئاً، بل ولو قال: [علي]، وقد لا يقصد المأمور التبرع، بل الضمان، فإن صدق على الأمر [من أتلف مال الغير] أو [من أتلف وقت الغير] لأن الوقت محترم أيضاً، أو [من استوفى مال غيره، لنفسه أو لغيره] أو [من استوفى وقت الغير] ضمن، لأنه مشمول للدليل احترام مال الناس ووقتهم، ولو بالملازمة العرفية، والا لم يضمن للأصل .

ومنه يعلم، عدم ضمانه إذا قال له: [اد دينك] أو قال له: [ألق متاعك في البحر] فيما كان المأمور وحده راكباً في السفينة مما يخشى منه تلفه، وكان الأمر

على الشاطيء، الى غير ذلك من الامثلة .

نعم، اذا كان الامر لمصلحة المأمور، أو غيره مما كان واجباً . على المأمور لم يكن ضمان ، فانه لا ضمان اذا فعله نفس الامر، فكيف اذا أمر المأمور ، كما اذا قلع لوح السفينة لئلا تؤخذ غصباً ، كما في قصة موسى عليه السلام، أو قطع الطبيب يد المجزوم خوفاً من سراية الجذام حتى يهلكه، أو كان راكباً في السفينة فرآى انها مشرفة على الغرق من جراء ثقل متاع زيد، فالتقاها بنفسه في البحر، أو امر مالكة بالالقاء، او امر الثالث بذلك، الى غيره من الامثلة، والكلام في المقام طويل نكتفي منه بهذا القدر .

ومما سبق ظهر انه ليس من الضمان العقدي مثل هذه الضمانات، وانما ذكرها المصنف هنا استطراداً، والله سبحانه العالم .

تتمة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان وأنه نقل الحق الثابت من ذمة الى اخرى وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان لا وجه له وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل .

تتمة

(قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية او الخلافية ان ما ذكره في اول الفصل من تعريف الضمان) المصطلح (وانه نقل الحق الثابت من ذمة الى) ذمة (اخرى وأنه لا يصح) الضمان (في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان) الى غير ذلك (لاوجه له) بل الضمان المستفاد من الادلة يشمل غير ما ذكره ايضاً (وانه اعم من ذلك) المذكور (حسب ما فصل) وحيث قد تقدم الكلام في كل ذلك فلا داعي الى اعادته .

مسألة -- ١ -- لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فأدعى انه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله ، وكذا لو ادعى انه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له لاصالة بقاء ما كان عليه ولو اختلفا في اعسار الضامن حين العقد ويساره

ثم حيث ان المسائل الآتية مرتبطة بالمنازعات والشبهات الموضوعية جعلها مسائل مستقلة فقال :

(مسألة - ١ - لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فادعى المضمون عنه (انه ضمنه ضامن) فبرئت ذمته ، ولاحق للمضمون له في مراجعته (وأنكره المضمون له) بل قال : ان ذمته مشغولة، فله مراجعته ، دون سواه (فالقول قوله) اى المضمون له ، فله مطالبة المضمون عنه ، لاصالة عدم الضمان، فاذا جاء المضمون عنه بالبينة فهو، والا حلف المضمون له واخذ المال من المضمون عنه .

نعم، لو علم المضمون عنه بالضمان كانت دعواه في نفسه باطلة، ولا يحق له التصرف في المال .

(وكذا لو ادعى انه ضمن تمام ديونه وانكره المضمون له) وقال: انما ضمن بعض الديون فلي حق الرجوع في البعض الاخر الى المضمون عنه، فان القول قول المضمون له، لان الاصل عدم ضمان تمام الديون (لاصالة بقاء ما كان عليه) في كلا الفرعين .

(ولو اختلفا) المضمون عنه، والمضمون له (في اعسار الضامن حين العقد) فلا يصح ضمانه - مع جهل المضمون له - (ويساره) بأن ادعى المضمون عنه اليسار فانتقل المال الى ذمته، ولاحق للمضمون له في الرجوع الى الضامن،

فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه

وقال المضمون له : بل كان معسراً ، وانا لا أعلم بذلك فلى حق الرجوع الى المضمون عنه (فادعى المضمون له اعساره فالقول قول المضمون عنه) لاصالة الصحة واللزوم في العقد والايقاع، ومدعى البطلان بحاجة الى الدليل ولاينفع الاستصحاب لو كان سابقاً معسراً، فان الاستصحاب لايقاوم اصالة الصحة واللزوم بعد الوقوع، فاذا عقدا وبعد مدة شككا، أو ادعى أحدهما ان أحدهما كان حال العقد صغيراً ، أو كان صبيحة عقده سكراناً حتى يستصحب السكر الموجب لسلب العبارة أو ماأشبهه ، كان الاصل الصحة ، والذي يريد البطلان عليه الاستدلال .

وكذا لو عقد على امرأة وشك بعد مدة، هل كان حال العقد متزوجاً باختها حيث كان سابقاً متزوجاً باختها متعة، لكن لم يعلم هل بقى زواجه بها الى حين عقد الثانية حتى يبطل عقد الثانية لم يستصحب بمايوجب البطلان، الى غير ذلك من موارد استصحاب حالة توجب بطلان العقد أو جوازه .

ومنه يعلم، وجه سكوت ابن العم وجماعة من المعلقين على المتن، خلافاً للسادة الوالد والبروجردى والحكيم، حيث قال الاول: ما لم يثبت سبق اعساره وقال الثانى: اذا لم يكن مسبوقاً بالاعسار، وقال الثالث : كأنه لاصالة للزوم، لكن الظاهر انه مع سبق اعسار الضامن يجرى استصحابه فيثبت اعساره حال الضمان فيكون مدعيه منكراً لامدعياً، الى آخر كلامه .

وعليه، فلا اعتبار بالاصل، سواء كان مسبوقاً باليسار، أو العسر، أو مجهول الحال مطلقاً ، او مجهول الحال لتوارد الامرين عليه ولم يعلم تقدم وتأخر ايهما .

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه ، فان القول
قول المضمون عنه ، وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها .
مسألة - ٢ - لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل
الضمان أو في ثبوت الدين وعدمه أو في مقداره

(وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه ، فان القول قول
المضمون عنه) لاصالة عدم اشتراط الخيار ، ولا يخفى انه انما جعل الاصل
للمضمون عنه لانه غالباً يدعى عدم الخيار غالباً .

أما لو ادعى هو الخيار - لانه حقيقة يرى ذلك ، أو لمصلحة له في الخيار
بالنسبة له - وانكره المضمون له كان الاصل مع المضمون له .

والحاصل: ان الاصل مع منكر الخيار ، وكذا اذا اتفقا في أصل الخيار ،
لكن اختلفا في مدة الخيار فانه مع مدعى الزمان الاقل كما هو واضح .

(وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها) فالاصل مع مدعى الصحة لما
ذكره في [كتاب المكاسب] من الدليل القائم على اصالة الصحة في كل عقد
واقاع شك في صحته وبطلانه .

(مسألة - ٢ - لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان) فقال
الثاني : انت ضمننت ، وقال الاول : لم اضمن (أو في ثبوت الدين وعدمه) فقال
الضامن : لم يكن دين على المضمون عنه حتى ينتقل الى ذمتي ، وقال المضمون
له : بل كان دين ، فانت الان مدين .

(أو في مقداره) فقال الضامن : كان الدين مائة ، وقال المضمون له : بل

مأتين .

أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله اذا كان مؤجلاً أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين فالقول قول الضامن ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً

(أوفي مقدار ما ضمن) فقال المضمون له : ضمننت كل الدين ، وقال الضامن بل نصفه .

(أو في اشتراط تعجيله) فقال الضامن : ضمننته مؤجلاً ، كما كان ، وقال المضمون له : بل ضمننته معجلاً .

(أو تنقيص أجله اذا كان مؤجلاً) بأن كان أجله شهراً ، فقال المضمون له : ضمننته الى عشرة أيام ، وقال الضامن : بل كما كان ، أو الى عشرين يوماً .

(أوفي اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين) وذلك لصحة الشرط في عقد الضمان ، لاطلاق أدلة الشرط ، كما اذا قال المضمون له : اشترطت ان يعطيني الضامن الدين الذي علي المضمون عنه جديداً ، وقال الضامن : لم يكن هذا الشرط .

(فالقول قول الضامن) المنكر لكل ذلك ، لاصالة عدم الضمان الذي يدعيه المضمون له ، و لاصالة عدم الدين الذي يدعيه ، و لاصالة عدم الزيادة التي يدعيها و لاصالة عدم الضمان في الزائد الذي يدعيه ، و لاصالة عدم اشتراط التعجيل الذي يدعيه ، و لاصالة عدم اشتراط تنقيص الاجل الذي يدعيه - بكلاشقيه - و لاصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين .

(ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً) بأن كان الدين حالاً ، فادعى الضامن انه اشترط تأجيله أو كان مؤجلاً قليلاً ، فادعى الضامن تأجيله أجلاً

أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً أو وفاءً أو ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه أو اشتراط خيار الفسخ للضامن أو اشتراط شيء على المضمون له أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين قدم قول المضمون له .

أكثر ، ولذا قال : (أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً أو) ادعى الضامن (وفاءً) أي انه اعطى المضمون له المال، فهو يريد أخذه من المديون - المضمون عنه .
(أو) ادعى الضامن (ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه) فلا يطالبه المضمون له بشيء (أو) ادعى الضامن (تقييده) أي الضمان (بكونه من مال معين والمفروض تلفه) فبطل الضمان وبرئت ذمته من المال .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط خيار الفسخ للضامن) فأخذ بالخيار فعليه الرجوع الى المضمون عنه لانه اذا بطل الضمان رجع الدين الى ذمة المضمون عنه .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط شيء على المضمون له) كان شرط الضامن على المضمون له ان يعطي ثوب الضامن ، فهو يطالبه بشرط و المضمون له ينكر الشرط المذكور .

(أو) ادعى الضامن (اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين) فلا حق للمضمون له في أكثر من ذلك (قدم قول المضمون له) المنكر للتأجيل ، ولزيادة الأجل ، أو ان الضامن وفي كله أو بعضه ، أو ان المضمون له أبرئه أو ان الضمان كان مقيداً بمال معين ، أو قال : انه كان مقيداً ، ولكنه لم يتلف ذلك المال المعين ، أو انه لاخيار للضامن ، أو انه لاشيء قرر عليه من الشرط أو انه لم يقبل بأن يكون الدين أقل ، كل ذلك لاصالة عدم ما يدعيه الضامن

مسألة -- ٣ -- لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن وعدمه أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شيء على المضمون عنه

فهو مدع لا بد عليه من البينة ، فاذا لم تكن له بينة حلف المضمون له ، و كان الحق معه ، ومن هذه المسائل تفرع سائر أقسام ادعاء الضامن ، وانكار المضمون له ، كما انه لو كان الامر من التداعي جرت قواعده ، مثل ان يسلم كلاهما بأن الضمان من مال معين ، لكن قال أحدهما : انه من هذا المال المعين ، و قال الاخر : انه من المال المعين الاخر ، الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة -٣- لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن وعدمه) فادعى الضامن ان المضمون عنه اذن ، فاذا أدى الدين رجع الى المضمون عنه ، و قال المضمون عنه : انه لم يأذن له ، فلا حق للضامن في الرجوع اليه .
(أو في وفاء الضامن) بأن ادعى الضامن انه وفي فطالب المضمون عنه بما أدى ، وأنكر المضمون عنه ان الضامن وفي .

(حتى يجوز له الرجوع) في صورة الاذن والوفاء (وعدمه) في صورة عدم الاذن والوفاء (أو في مقدار الدين الذي ضمن) فقال الضامن : انه ضمن - باذنه - مائة ، وقال المضمون عنه : ان ضمانه باذنه كان بمقدار خمسين .
(و أنكر المضمون عنه الزيادة أو) اختلفا (في اشتراط شيء على المضمون عنه) أما بأن قال : أنا أضمن عنك ، بشرط ان تخيط ثوبي مثلا ، فالظاهر ان الشرط واجب عليه حينئذ ، وان لم يكن المضمون عنه في طرف عقد الضمان ، وذلك لما تقدم في مسألة ألق متاعك في البحر وعلي بدله .

أو اشتراط الخيار للضامن قدم قول المضمون عنه

وأما المراد باشتراطه عليه في ضمن عقد خارجي ، وبهذا فسره السيدان البروجردي والحكيم، وتبعهما غير واحد من المعلقين .

(أو اشتراط الخيار للضامن) فقال الضامن : انه اشترط لنفسه الخيار ، و قد فسخ عقده فرجع المال الى ذمة المضمون عنه ، وانكر ذلك المضمون عنه وقال : ان ذمة الضامن مشغولة ، لانه لم يشترط الخيار .

(قدم قول المضمون عنه) لانه ينكر الاذن في الاول ، وينكر الوفاء في الثاني ، وينكر الزيادة في الدين في الثالث ، و ينكر اشتراط شيء عليه في الرابع ، وينكر اشتراط الخيار للضامن في الخامس ، والاصل يوافق كل ذلك فان الاصل عدم الاذن و عدم الوفاء ، و عدم زيادة الدين و عدم اشتراط شيء عليه و عدم اشتراط الخيار للضامن فيكون منكرأ ، والقول قوله اذا لم يقم طرفه البينة .

أما قول المستمسك : لانه يدعى عدم الاذن في الفرض الاول الى آخره مما سمى ، كل ذلك ادعاءً ، فهو تعبير عرفي ، لا انه أراد الادعاء الذين يقولونه في [كتاب القضاء] في قبال المنكر - كما هو واضح - .

ثم انه قد ذكر المصنف في الفرض الثاني انه لو اختلف الضامن والمضمون عنه في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه حتى لا يكون له الرجوع قدم قول المضمون عنه، وهل يختلف الامر فيما اذا انكر المضمون له قول الضامن أو أقر به، أو سكت ولم يرد - ولو لموت ونحوه - أو لا يختلف ، كما اطلق المصنف وتبعه غالب المعلقين كالسادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم؟ احتمالان .

قال القواعد: يحتمل عدم سماع انكار المضمون عنه فيما اذا أقر المضمون له بالوفاء لسقوط المطالبة بالاقرار الذي هو أقوى من البينة، كما احتمال السماع أيضاً لأن قول المضمون له ليس حجة، وأشكل على كلا الاحتمالين محكي جامع المقاصد، أما عدم السماع بأن الاقرار انما يقتضي سقوط المطالبة ظاهراً لا واقعاً، اذ من الجائز كذبه في الاقرار فيكون دينه باقياً، و تجوز مطالبته، وأما السماع فلان المضمون له اذا لم يطالب لم يؤد الضامن شيئاً فكيف يأخذ شيئاً من المضمون عنه .

أقول: اذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون عنه، و وافقه في الانكار المضمون له فلا اشكال في ان القول قول المضمون عنه لانه لاشيء في قبـال انكار المضمون عنه، و كذا اذا سكت المضمون له - و لو لموت و نحوه - وأما اذا ادعى الضامن الوفاء و وافقه المضمون له، وأنكر المضمون عنه . فهنا أمران :

الاول: الحكم ظاهراً، وهنا يكون الحق مع المضمون عنه اذ ليس الاقرار من المضمون له من الأدلة، فان اقراره مثبت في حق نفسه، لافي حق غيره، و القول بأن الاقرار أقوى من البينة، غير ظاهر الوجه، فان كل لوازم البينة حجة بخلاف كل لوازم الاقرار، ولذا تقدم البينة على الاقرار اذا تعارضا، كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

والثاني: الحكم واقعاً، وفيه: يكون الامر مدار الوفاء وعدمه، والاقرار لا يؤثر في تغيير الواقع، و لذا لو توافق المضمون عنه، والمضمون له بأن الضامن وفي وهو يعلم عدم وفائه لم ينفذ توافقهما في براءة ذمة الضامن، وعدم جواز مطالبته المضمون له ظاهراً بعد اقراره لا يسقط حقه واقعاً .

نعم، ورد ان الحلف تسقط الحق بمعنى انه لا يحق له ان يطالب بعد ان

ولو اختلفا في أصل الضمان وأنكر الضامن أو في مقدار الدين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن .

مسألة -- ٤ -- إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو الدين

حلف غريمه ، وذلك ثبت بدليل خاص على خلاف القاعدة وعدم الحق في المطالبة لايسقط الحق واقعاً ، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم اقتطعت له قطعة من نار .

(ولو اختلفا في أصل الضمان) فادعى المضمون عنه الضمان ، فلا يحق للمضمون له مطالبة المضمون عنه (وأنكر الضامن) الضمان (أو) اختلفا (في مقدار الدين الذي ضمنه) فادعى المضمون عنه ان الدين مائة وادعى الضامن انه خمسون - مثلاً - .

(وانكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن) لان قوله موافق للاصل لو ضوح ان الاصل عدم الضمان ، وعدم الزيادة .

(مسألة - ٤ - إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى) المضمون له (الحق منه بالبينة) أو بالبينة واليمين لما حقق في محله من ثبوت الحقوق المالية بالشاهد ويمين صاحب الحق (ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للاذن أو) المنكر له (الدين) لانه قد ينكر أصل الدين ، وقد ينكر الاذن مع قبوله الدين .

أما اذا انكر الدين واثبت الاذن ، كما اذا ادعى المضمون له الدين على المضمون عنه وخاف من سمعته ، فقال للضامن اضمنه فضمنه واداه كان للضامن الرجوع ، لانه مثل ان يقال له : اعط ديناراً للفقير وعلي بدله ، وان لم يكن من

لا اعترافه بكونه أخذ منه ظلماً ، نعم لو كان مدعياً مع ذلك للاذن في الاداء بلاضمان ولم يكن منكرأ لاصل الدين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والاذن في الضمان جاز له الرجوع عليه اذ لامنافاة بين انكار الضمان وادعاء الاذن في الاداء فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الامر أنه

حقيقة الضمان في شيء .

(لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً) حيث انه يقربأن لادين على المضمون عنه ، أو انه لم يأذن له في الضمان فكيف يكون له ان يأخذ المال من المضمون عنه .

(نعم لو كان مدعياً مع ذلك) الذي يعترف بانه لاضمان (للاذن) من المضمون عنه ، له (في الاداء بلاضمان) عقدي ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن (ولم يكن منكرأ لاصل الدين) بل قد عرفت انه يصح مع انكاره أصل الدين أيضاً ، لانه دفعه باذن المضمون عنه ، فالمضمون عنه ضامن للمؤدي . (وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والاذن في الضمان) بل بالاذن فقط كما عرفت وجهه (جاز) أي حق (له الرجوع عليه) وانما حق للمعطي الرجوع (اذلامنافاة بين انكار الضمان وادعاء الاذن) من المضمون عنه (في الاداء) وتحصل ان مقتضى القاعدة ان الضامن لو أنكر الضمان ، واعترف باذن المضمون عنه له في الاداء ، واعترف المضمون عنه انه اذن له في الاداء ، فأخذ المضمون له المال عن الضامن بالبينة ، حق للضامن الرجوع الى المضمون عنه ، لان المضمون عنه اذن له في اعطاء المال .

(فاستحقاقه الرجوع) الى المضمون عنه (معلوم) لانه أدى باذنه (غاية الامر أنه)

يقول ان ذلك للاذن في الاداء والمضمون عنه يقول انه للاذن في الضمان فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى ينكر القرض ويقول انه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم

أي الضامن (يقول ان ذلك) طلبه من المضمون عنه (للاذن في الاداء والمضمون عنه يقول انه للاذن في الضمان) أو للاذن في الاداء اذا قال المضمون عنه : انه لم يكن مديوناً ، ولكنه اذن له في الاداء خوفاً من سمعته ، حيث ان المضمون له يطلبه بشدة وعنف .

(فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى ينكر القرض ويقول انه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم) وقد أكثر المعلقون الكلام حول ما ذكره ، خلافاً للسيد الجمال : لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش ، ولعله أراد ما ذكرناه من عدم الاحتياج الى بعض القيود ، وقال بعضهم : ان للضامن الرجوع اذا أداه بقصد ما اذن له ، وأما اذا أخذه منه قهراً من دون ان يقصد الاداء فلا وجه لرجوعه عليه لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غضباً .

أقول : اذا لم يقصد اذن المضمون عنه لم يفعل أمره فلاحق له في الرجوع عليه ، فهو كما اذا أمره ببناء داره ، لكنه لم يبن انطلاقاً من أمره ، بل جبره جابر بالبناء ، حيث لاحق له في الرجوع اليه [اللهم الا اذا كان لعمله قيمة في البناء حيث يشترك معه بمقدار قيمة عمله] أو امره بقراءة سورة من القرآن له اجرة لكنه لم يقرئها انطلاقاً من امره بل من جبر جابر ، حيث ليس له الرجوع الى

الامر .

اما قول السيد ابن العم ومعلق آخر [عند قوله : جازله الرجوع اليه] مقاصدة
اي لما اخذ منه قهراً ، فنقول : لا وجه للتقاص اذا لم يعترف المضمون عنه بالدين
وان اذن له في الاداء اذا لم يؤد بعنوان أمره .

واما اذا اعترف بالدين واذن له في الاداء واخذ المضمون له منه قهراً بدون
قصده الاداء ، فهناك طلب من الضامن عن المضمون له الغاصب الاخذ قهراً ،
وطلب من المضمون له عن المضمون عنه - حيث يعترف المضمون عنه بأن
المضمون له يطلبه - فيصح ان يتراضى الضامن والمضمون عنه بأن يكون ما اخذه
المضمون له من الضامن في قبال ما اخذه المضمون عنه من المضمون له ، وهذا
وان كان نوع تقاص لكنه يحتاج الى التراضى ، ولا يكفي فيه اذن المضمون عنه
للضامن في اداء الدين ، لانه لم يؤد الدين بل اخذ منه جبراً .

ومما تقدم تعرف وجه قول المستمسك بأن الاذن في الاداء انما تقتضى جواز
الاداء لا وجوبه ، كما لا تقتضى ولاية الدائن على الاخذ من المديون ولا جواز
اجباره على الاداء فاذا اجبر على الاداء لم يكن الاداء صحيحاً .

[اقول : اى اذا لم يقصد الاداء] بل المال باق على ملك المالك ولا يدخل
في ملك الدائن فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الاداء الاجبارى
اذ الرجوع انما يكون اذا كان الاداء صحيحاً مفرغاً لذمة المضمون عنه ، والحال
ان هذا الاداء كلا اداء .

نعم ، اذا رضى به بعد ذلك ، بناءً على صحة احتساب دينه على الغاصب
وفاءً على دين الغاصب على شخص آخر جاز رجوعه على الاذن ، الى آخر
كلامه - انتهى ملخصاً .

ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه

بقي شيء ، وهو هل ان مثال المصنف صحيح في نفسه ، أم محل تأمل ؟
لان المدعي اذا أنكر القرض ، وقال : انسه ثمن المبيع - والمطالب ينكر ثمن المبيع - حق للمدعي ان لا يدفع المال اليه ، لانه لم يثبت عليه القرض الذي يدعيه المطالب فيحلف على عدمه والمطالب لا يأخذه ثمن المبيع ، لانه يعتقد انه ليس ثمن المبيع .

نعم ، حق له ان يأخذه مقاصة ، حسب اعتقاده ، وفي مثل هذه الموارد لم يعلم انه يكفي الجامع ، كما في باب الشهادة ، فلو شهد اثنان بسرقة الكتاب ليلا ، وآخران بسرقة نهاراً .

لا يقال : ان الجامع مقطوع فعليه الرد والحد ، الى غير ذلك من الامثلة مما تعرضنا له في [كتاب الشهادات] فتأمل .

ثم انه قد تقدم من المصنف فرع فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً (و) لذا ذكر هنا فرع ما (ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه) و ذلك لعدم الفرق بين اعتراف المضمون عنه ، وبين قيام البينة بوجود الدين و الاذن في الضمان ، لان البينة قائمة مقام الاعتراف ، وبأني هنا كل ما تقدم من الكلام في الفرع السابق .

و بذلك يظهر الاشكال في جملة من التعليقات ، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وآخرون وقد أطال المستمسك الكلام في المقام ، وفيه مواقع للنظر كما لا يخفى على من راجعه مع ملاحظة

وهل يجوز للشاهدين على الاذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الاداء الظاهر ذلك وان كان لا يخلو عن اشكال

ما تقدم.

(وهل يجوز للمشاهدين على الاذن) من المضمون عنه (في الضمان حينئذ أن يشهدا بالاذن) فقط (من غير بيان كونه الاذن في الضمان) حتى يكون ضامناً و تفرغ ذمة المضمون عنه بضمانه.

(أو كونه الاذن في الاداء) حتى يبقى الدين على المضمون عنه، وانما يكون المأذون مأذوناً بالدفع فقط من غير اشتغال ذمة المأذون، لانه ليس بضامن حينئذ (الظاهر ذلك) لان لكلا الاذنين أثر، وان اختلفت الاثار، فان المأذون اذا دفع له الرجوع الى المضمون عنه على الاول من باب الضمان، وعلى الثاني من باب انه استوفى المال من المأذون، فهو كما اذا قال له: اعط الفقير درهماً كما تقدم في مسألة ألق متاعك في البحر .

(وان كان لا يخلو عن اشكال) باعتبار ان مجرد الاذن لا يدل على الضمان، ولا على انه اذن من قبيل اعط الفقير، فلعله كان اذنأ في التبرع بدون تحمل البديل من قبيل افعل كذا قربة الى الله تعالى.

ومن ذلك يعرف ، ان القاعدة التفصيل في سماع الشاهدين اذا كان كل طرف له أثر، وعدم سماعهما اذا كان بعض الاطراف لا أثر له ، وكأن السادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال فهموا الاول، ولذا سكتوا على المتن، والبروجردى والحكيم فهما الثاني، فأشكلوا عليه قال أولهما : الظاهر عدم ان يكون للشاهد ذلك، اذ ليس الاذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً

وكذا في نظائره كما اذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على اشكال .

له احكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البينة عليه بدون ذكر متعلقه ، وليس مثل الدين فانه له في حد نفسه تحصلاً وأحكاماً ، وليس متقوماً بأسبابه ، وقال ثانيهما: لا أثر لمثل هذه الشهادة بخلاف الدين وان لم يذكر السبب المقضى له من بيع أو قرض أو غيرهما .

(وكذا في نظائره كما اذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد) عند نفسها (بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب) بأن يقولان الطالب يطلبه بكذا من المال (من غير بيان انه للقرض أو لثمن المبيع) لانه ليس بلازم الشهادة بكل الخصوصيات، الا اذا كانت الخصوصيات مغيرة للحكم .

(على اشكال.) في غير المغيرة للحكم أيضاً، مثلاً: قد يرى الشاهد انه ان الوالد سرق من مال ولده، حيث التعزير لا القطع ، أو يرى الشهود الأربع ان الزاني زنا بمحارمه، حيث القتل لا الجلد، وهنا ليس لهم ان يشهدوا بالسرقة المطلقة بدون ذكر ان السارق كان والداً، أو الزاني كان بالمحارم لانه يوجب تغيير حكم الله والاعراء بالجهل فتقطع يد الوالد ويعجلد الزاني ، بينما ليس حكمهما القطع والجلد ، وقد لا تكون الخصوصيات مغيرة للحكم ، كما اذا علما بانه مديون لزيد من باب ارث أبيه - لا من باب ثمن المبيع - فقالا انه مديون كذا بدون ذكر الارث ، فانه لا بأس بمثل هذه الشهادة لانه لا تغير الحكم .

مسألة - ٥ - إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و

ولعل وجه قول المصنف: على اشكال ان الشاهد يجب عليه ان يشهد بكل الخصوصيات، لانه المنصرف من أقيموا الشهادة لله، كما انه المنصرف من لا ياب الشهداء اذا ما دعوا ، لكن الظاهر ان الانصراف بدوى ، ولذا قال بعض المعلقين: الشهادة على أصل الدين من دون ذكر السبب، لا اشكال فيه ظاهراً. ومما تقدم في اداء الشهادة من جهة ذكر الخصوصيات وعدمه يظهر حال تحمل الشهادة وان اللازم تحقيق الشاهد عن الخصوصيات ان كانت الخصوصيات تغير الحكم، بينما أراد الشهادة بعد ذلك، كما اذا شهد سرقة، فاللازم ان يحقق هل انه والد أم لا ، اذ لا حق في الشهادة المضللة اذا كانت شهادته توجب الضلال بأن لا يتمكن الحاكم من التحقيق أو ما أشبه ذلك ، واذا شهد عند الحاكم بما يتردد بين القطع والتعزير أو الجلد والقتل -- كما تقدم في المثالين- رتب الحاكم الاثر المقطوع ، اذا لم يقدر على تحقيق الحال ، بأن يعزره مثلاً على كل حال، اذ تركه بدون عقاب مقطوع العدم وحيث لا يعرف قدر العقاب يتمسك بأطلاقات أدلة العقاب .

أما الجامع بين الامرين ، مثل سقوط العدالة عن الزانى فهو مرتب على كل حال ، والمسألة بحاجة الى التفصيل، مما لا يسعه المقام ، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ٥ - إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و) كانت للمضامن بينة كان القول قبول الضامن ووجب على المضمون عنه اعطائه ما أدى، لان البينة مقدمة على انكار المضمون له كما هو واضح .

حلف ليس له الرجوع على المضمون عنه اذا لم يصدقه في ذلك وان صدقه جاز له الرجوع اذا كان باذنه وتقبل شهادته له بالاداء

وان لم تكن للضامن بينة و (حلف) المضمون له على عدم الوفاء (ليس له) أي للضامن (الرجوع على المضمون عنه اذا لم يصدقه) المضمون عنه (في ذلك) الوفاء ، لعدم ثبوت الاداء ، بل ثبوت عدمه فلاوجه لرجوعه الى المضمون عنه .

(وان صدقه) المضمون عنه (جاز) أي حق (له) الرجوع اذا كان باذنه لان المضمون عنه أقر بانه أدى فاستحق عليه البذل، وان كان المضمون له كذبه وحلف مما كان الحكم ادائه اليه ، اذ تصديق المضمون عنه للضامن لا يثبت على المضمون له انه أخذ المال .

(وتقبل شهادته) أي المضمون عنه (له) أي للضامن (بالاداء) اذا كان المضمون عنه أحد شهود الاداء ، وذلك لان المديون الان - بعد الضمان - الضامن ويكون المضمون عنه كالأجنبي، وان كان المال الى أخذ الضامن من المضمون عنه، فلا تدخل المسألة في من جرنفعاً ، حيث لا تقبل شهادة مثله لما ذكرناه في [كتاب الشهادات] من انه ليس كلياً، بل خاص بموارد مخصوصة .

ومما تقدم ظهر ، ان الضامن لو ادعى الاداء فقد يكون له حجة فهو ، وقد لا تكون له حجة ، وحينئذ فان صدقة المضمون عنه كان له الرجوع اليه، وان لم يصدقه كان عليه الاداء ان حلف المضمون له بعدم الاداء، وان لم يحلف ففيه احتمالان - على ما ذكرنا في كتاب الشهادات - من انه هل بمجرد النكول يكون الحق مع المدعى ؟ أو لا يكون الحق معه الا بحلفه اليمين المردودة ؟ والله سبحانه العالم .

اذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.
مسألة ٦ -- لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان
فوفى جاز له الرجوع عليه

فقوله : (اذا لم يكن هناك مانع من تهمة) التواطى بين المضمون عنه والضامن على المضمون له، في شهادة المضمون عنه للمضمون له (أو غيرها) من فقد المضمون عنه بعض شروطه قبول الشهادة، انما يتم في [غيرها] (مما يمنع من قبول الشهادة) أما التهمة فقد عرفت الحال فيه وانها ليست عامة تشمل كل تهمة، والالم تقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر والوارث لمورثه، الى غير ذلك، وتفصيل الكلام في باب الشهادات .

ثم انه لو ادعى الضامن انه أدى ولم يمكن الاستعلام من المضمون عنه، فاللازم على المضمون عنه الاداء ان لم يعلم صدقه أو كذبه، لان الضامن امين ويقبل قول الامين، منتهى الامر ان يطلب حلفه، فانه ليس على الامين الا اليمين كما قرر في محله .

ولو ادعى الوارث للمضمون له عدم اداء الضامن وادعى الضامن الاداء، فالظاهر ان على الضامن البينة والحلف لانه ادعاء على الميت، ولو ادعى الضامن الوفاء وانكر ولي المضمون عنه - فيما اذا مات - لم يكن له على الضامن الا اليمين، فان الامين لم يخرج عن امانته بموت الذي ائتمنه .

مسألة ٦ - لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه لم يكن من الضمان الناقل لذمة المديون الى ذمة الضامن فهو امر خارجي (بلا ضمان) اصطلاحى ليكون له احكام الضمان .

(ف-) ان (وفى) والحال هذه (جاز له الرجوع عليه) اذا كان قصده اعطائه

ولو ادعى الوفاء وأنكر الاذن قبل قول المأذون لانه أمين من قبله
ولو قيد الاداء بالشهادة

بدله ولم يقصد المأذون التبرع ، لانه حينئذ يدخل في قاعدة من استوفى مال
غيره، أو وقت غيره، كان عليه بدله ، المستفادة من قاعدة احترام مال الناس و
عملهم، أو كان صدق على المديون الغار - وان لم يقصد اعطاء بدله - لقاعدة
المغرور يرجع الى من غره .

ومنه يعلم ، انه اذا لم يقصد المأذون التبرع ، لكن لم يقصد الاذن اعطاء
بدله ولم يكن المأذون مغروراً ، لم يكن وجه لرجوع المأذون الى المديون،
لاصالة عدم ضمان المديون .

وعليه، فاحتمال القواعد في المسألة محل نظر ، قال ومن أدى دين غيره
بغير ضمان و لا اذن لم يرجع وان اداه باذنه بشرط الرجوع رجوع و لو لم
يشترط الرجوع احتمال عدمه، اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة
- انتهى .

أي احتمال ثبوت الرجوع ، لان العادة تقتضي ان المديون اذا اذن أراد
الرجوع عليه بعد أداء المأذون ومثلها ما حكى عن التذكرة، بل اللازم التفصيل
الذي ذكرناه ، كما ان اللازم حمل كلام المصنف و الساكتين عليه كالسادة
الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على ما ذكرناه .

(ولو ادعى) المأذون (الوفاء وأنكر الاذن) بصيغة اسم الفاعل ، ولم يأت
المنكر بالدليل (قبل قول المأذون لانه أمين من قبله) كما في الجواهر وغيره
والامين يقبل قوله، كما ذكرناه في [كتاب الطهارة] وغيرها.

نعم، للاذن عليه الحلف، لانه على الامين (ولو قيد) الاذن (الاداء بالشهادة

وادعى الاشهاد وغيبه الشاهدين قبل قوله أيضاً ولو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع ، نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه .

وادعى) المأذون (الاشهاد) عند ادائه الدين (و) لكن ادعى (غيبه الشاهدين) حيث طلب منه ان يأتي بهما أو موتهما (قبل قوله أيضاً) لانه أمين كما تقدم .
(ولو علم عدم اشهاده) حين الاداء (ليس له الرجوع) كما في الجواهر وغيره ، لان الاذن انتفى بانتفاء قيده فلم يكن الدفع بأذن المديون حتى يكون للمأذون الرجوع عليه، ومثله ما لو قيد الاذن بشرط آخر ، وانتفى الشرط، وحيث كان للمأذون الرجوع بما أعطى لانه لم يقع عن الاذن ولم يكن المعطي متبرعاً بعطائه .

(نعم لو علم انه وفاه ولكن لم يشهد) أولم يأت بالشرط الاخر المشروط عليه للوفاء (يحتمل جواز الرجوع عليه) على الاذن (لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.) والاولى ان يفصل في المسألة بأنه ان كان الاذن مقيداً لم يحق له الرجوع ، لانه لم يقع على الوجه المأذون فيه - وان حصل الغرض - وان لم يكن الاذن مقيداً حق له الرجوع وان لم يحصل الغرض، لانه وقع على الوجه المأذون فيه.

ولذا أشكل على المتن السيد الجمال بقوله: لكنه ضعيف، وتعليقه بحصول الغرض أضعف.

ثم انه اذا اشترط عليه الاشهاد ، فدفع المأذون المال الى الدائن بحضور الاذن لم ينفذ في الرجوع عليه، لانه أتى بغير الشرط ، أما ما في القواعد من

انه لو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان، اذ المقصير ينسب اليه - انتهى فهو في مسألة اخرى، لا في محل الكلام .

ولو شرط عليه الاشهاد، فان أراد مجرد حضور شاهد أو شاهدين ولو غير جامعين للشرائط فهو ، والا لزم الاشهاد المحجة شرعاً من عادلين ، أو رجل و امرأتين، وعليه يحمل كلام القواعد والتذكرة وجامع المقاصد قال في الاول : ولا تفرط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين، فانه لا بد وان يحمل على ارادة من ظاهره العدالة كما في الحديث ان يكون ساتراً لجميع عيوبه .

قال في مفتاح الكرامة: ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك، والأقرب انه ليس بمفطر، لان عليه ان يشهد من يكون عادلا في نظر الشرع حين الاشهاد وقد فعل.

وفي المقام فروع كثيرة نكتفي منها بما تقدم، والحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

قم المقدسة

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة الى ذمة

كتاب الحوالة

بفتح الحاء على وزن غزالة ، وهي مشروعة عقلا وشرعاً ، وعن التذكرة انها جائزة بالنص والاجماع ، وعن المبسوط والسرائر انها مشروعة بالنص و اجماع الامة ، وقد ذكر ذلك الجواهر ومفتاح الكرامة والمستمسك وغيرهم ساكتين عليه مما يدل على انهم موافقون للاجماع المنقول في كلام اولئك .
و المراد بكتاب الحوالة كتاب هو حوالة أو بطريقة الاضافة ، و الحوالة كانت قبل الاسلام، وانما قررها الشارع وزاد ونقص في بعض خصوصياتها، و لذا كان المرجع العرف اذا شك في تصرف الشارع في خصوصية لاطلاق الدليل.

(وهي عندهم) غالباً لا جميعهم (تحويل المال من ذمة الى ذمة) .
قال في الشرائع : فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة مشغولة الى

والاولى أن يقال : انها احالة المديون دائنه الى غيره وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضممان

ذمة مشغولة بمثله ، ومراده بمثله ليس لزوم التطابق حتى لا تصح حوالة مائة على من ذمته مشغولة بألف ، بل المراد لزوم ان تكون تلك الذمة مشغولة بما لا يقل من مائة ، وانما قلنا غالباً ، لان العلامة لا يرى لزوم اشتغال ذمة المحال عليه مشغولة .

ولذا قال في القواعد: وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى ونحوه المحكى عن تحريره وتذكرته، وكذا عن الوسيلة والسراير.

(و) على هذا فـ (الاولى) لا الافضل ، بل من قبيل أولى لك فأولى (ان يقال:) في تعريفها (انها احالة المديون دائنه الى غيره) واذا قيل بصحة الحوالة من البرى الى البرى، مثل احالة شخص الفقير الى غيره، كما هو متعارفـ بل قد يجب اذا وقع ضمن شرط عقد و نحوه - لم يحتج التعريف الى ذكر الدائن والمديون والظاهر صحة ان يحيل الى ذمة غيره كلياً أو في عين خارجية كما تقدم مثله في الضمان ولعله لذا أسقط [ذمة] غيره.

(و) كيف كان ، قال في مفتاح الكرامة : لما لم يشترط المصنف في الحوالة شغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه .

قال في المسالك : لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك ، وهو انتقاضه في طرده ، وكأنه الى رد ذلك أشار المصنف بقوله : (على هذا فلا ينتقض طرده بالضممان) وجه الانتقاض ما ذكره بقوله :

فانه وان كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمته الا أنه ليس فيه الاحالة المذكورة خصوصاً اذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه ويشترط فيها مضافاً الى البلوغ والعقل والاختيار

(فانه وان كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمته) فيشبهه من هذه الجهة بالحوالة (الا أنه ليس فيه الاحالة المذكورة) لان التحويل والنقل انما هو عن ذمة المحيل والمحول، والمضمون عنه ليس محيلاً، ولا محولاً والنتيجة وان كانت نقل ما في ذمة الى ذمة الا ان الناقل قديكون من شغلت ذمته - كما في الحوالة - وقديكون غيره - كما في الضمان - .

(خصوصاً اذا لم يكن) النقل (بسؤال من المضمون عنه) فان الفرق أوضح وان كان حتى في سؤاله لاحوالة، اذ لا يحيل المضمون عنه، بل يسأل الضامن الاحالة، ولذا قال في المستمسك : لان الذي يسأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسئول منه الفعل .

أقول : وما يعبر به في العرف احياناً، حيث يقال: ان المضمون عنه احاله الى الضامن من باب التوسعة للاحقيقة، كما يقال للمحال عليه عند قبوله الحوالة انه ضمنه .

(ويشترط فيها مضافاً الى البلوغ) لتحديث رفع القلم وحجر الغلام، الا ان يقال : بكفاية الرشد في الجملة مما يكفي في المعاملات الجزئية، حيث تقدم كراهة معاملته لابطالها .

(والعقل) حيث لا تشمل الادلة مسلوب العقل، والادوارى انما تصح معاملته حال افاقته .

(والاختيار) اذ لا تصح معاملة المكره، وان كان ربما يستشكل في اشتراط

وعدم السفه في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه وعدم
الحجر بالسفه في المحتال والمحال عليه

اختيار المحال عليه المديون للمحيل اذا احال عليه بمثل ما يطلبه، لان الحوالة
مثل ان يرسل وكيله الى المديون لقبض دينه فلا يحق للمديون ان يقول: لأسلم
الدين الا الى الدائن نفسه .

نعم ، اذا كانت الحوالة على برىء أو بغير الجنس الذي كان مديوناً فيه
اشترط رضاه، لان كرهه خلاف دليل سلطنة الناس على أموالهم، وهو مديون
بشئء فمبادلتة بشئء آخر - في الحوالة عليه بغير الجنس - مبادلة، وفي المبادلة
يعتبر رضى الطرفين .

(وعدم السفه) لان السفه ممنوع من التصرف في ماله ، وكل من الثلاثة
متصرف في ماله (في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه) .

ومنه يعلم انه قوله : (وعدم الحجر بالسفه) من غلط النسخ ، والصحيح
بالفلس ، كما نبه عليه السادة الوالد والحكيم والبروجردى وغيرهم .

(في المحتال والمحال عليه) فان المحتال اذا كان محجوراً لم يحق له نقل ماله على
المحيل الى المحال عليه، لانه تصرف في ماله والمحال عليه اذا كان محجوراً
لم يحق له ان ينقل ماعليه للمحيل الى ان يكون عليه للمحتال، وقد اشكل على
[المحال عليه] المستمسك بقوله : يشكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفاً في ماله
الذي هو موضوع حق الغرماء، وانما هو تصرف في نفسه، وفي ذمته فلا مانع
منه، نعم هو تصرف مالي فلا يجوز من السفه، ويجوز من المفلس نظير الاقتراض
الذى سيدكره - انتهى .

وحاصله: ان المحال عليه نقل لدمته المشغولة بدين المحيل الى المحتال

بل والمحيل الا اذا كانت الحوالة على البريء فانه لا بأس به فانه
نظير الاقتراض منه أمور :

أحدها : الايجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث
عدوها من العقود اللازمة

فصارت مشغولة بدينه، وفيه: ان نوع تصرف مالي، فيشملة دليل الحجر، كما
هو كذلك في السفية، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والجمال
والبروجردى وجملة آخرون من المعلقين .

(بل والمحيل) لاجابة الى [بل] وكأنه جاءه بقصد ما ذكره من الاستثناء
وذلك لان المحيل المحجور عليه في ماله لا يحق له نقل الدين الى ذمة المحال
عليه ليكون وفائه مما في ذمته فتكون الحوالة تصرفاً في ماله الذي في ذمة المحال
عليه وهو متعلق حق الغرماء .

(الا اذا كانت الحوالة على البريء فانه لا بأس به فانه) بناءً على صحة الحوالة
على البريء يكون (نظير الاقتراض منه) وذلك ليس تصرفاً في ماله .
وعلى هذا ، فلا يعتبر عدم الفلاس في المحال عليه أيضاً كما نبه عليه السيد
البروجردى وغيره .

(أمور): بعضها مورد الخلاف وبعضها مورد الاتفاق (أحدهما : الايجاب
والقبول على ما هو المشهور بينهم) وفي المستمسك: بل الظاهر انه من المسلمات
من دون خلاف ولا اشكال .

(حيث عدوها من العقود اللازمة) ولذا قال في المسالك : لان الحوالة
عقد لازم من جملة العقود اللازمة فلا يتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من
المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيها ما يعتبر في غيرها من اللفظ والمقارنة

فلايجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً أو اذا كان بريئاً فان مجرد اشتراط الرضا منه لايدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة

وغيرهما .

أقول: كونه عقدآ يدل عليه ماسياتي، واما كونه لازماً فلانه الاصل في العقود:

قال سبحانه: « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ولذا كان جواز عقد ما

محتاجاً الى دليل مخرج له عن الاطلاقات والعمومات .

(فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال) لان المحيل يحيل المحتال

لكن ربما يقال بصحة العكس بأن يكون الايجاب من المحتال والقبول من

المحيل فيقول المحتال احيل نفسي منك الى مديونك، فيقول: المحيل قبلت،

وذلك لانه كالعكس له اعتبار عقلائي، وقد ذكر المصنف في كتاب النكاح صحة

الايجاب من كل من الزوج والزوجة فيكون الاخر قابلاً ، والمقام ليس فوق

النكاح .

(وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وان اعتبرنا رضاه مطلقاً) بريئاً

كان أم لا ؟ - كماياتي الكلام في انه هل يعتبررضى المديون للمحيل أم لا-؟

(أو اذا كان بريئاً) لو صوح انه باطل بدون رضا لان الناس مسلطون على أموالهم

وانفسهم، فلا يحق للمحيل اشغال ذمة البرى بدون رضاه، وانما لم يكن المحال

عليه من أركان العقد ، وان اشترط رضاه .

(فان مجرد اشتراط الرضا منه لايدل) ولا يلزم - لان الكلام في مرحلة

الثبوت لا الاثبات كما لا يخفى -.

(على كونه طرفاً وركناً للمعاملة) فهو كرضى الاب بتزويج بنته البكرعلى

ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين

القول بلزوم رضاه ، فان ذلك لا يجعل أركان العقد ثلاثة .

(و) لكن مع ذلك (يحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين) أو من إيجابين وقبول وذلك لان المقولة الحقيقية المتقومة بأكثر من طرف قد يكون طرفاه بالتأثير والتأثر مثل الكسر للكوز والانكسار وقد يكون بإيجادين يكملان حقيقة واحدة كسقي الباب حيث انهما إيجادان لتأثير لاحدهما في الآخر .

وكذا الحال اذا كانت الاطراف أكثر من اثنين واذا كانت المقولة الحقيقية هكذا كانت المقولة الاعتبارية كذلك مع وضوح ان الاعتبار أخف مؤنة ، ففي البيع والنكاح مثلاً يمكن إيجاب من جانب أحدهما وقبول من الآخر ، ويمكن إيجابان من كل جانب إيجاب ، فالاول يكون من قبيل التأثير والتأثر ، والثاني يكون من قبيل الإيجادين ، فهذا يجعل نفسه زوجاً لتلك وتلك تجعل نفسها زوجة لذلك .

وهذا يوصل علاقة ماله بذلك وذلك يوصل علاقة ماله بهذا على نحو عملية واحدة لها طرفان ، واذا صح ذلك في المقولة الاعتبارية يكون المقام كذلك إيجاب لقبولين ، أو إيجابان لقبول واحد ، أو إيجابات ثلاثة كان الموجود الاعتباري الذي هو الحوالة يوجد كل واحد من الثلاثة ثلثه ، فقد يفعل هذا الوجود الاعتباري أحدهم ، والآخر ان يقبلانه ، وقد يفعله اثنان والثالث يقبله ، وقد يفعله كل الثلاثة .

ولذا احتمله الجواهر كما يظهر من قوله : لم أجد القول باحتمال اعتباره

وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمة من
المولات بين الايجاب والقبول فلا تصح مع غيبة

على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من ايجاب وقولين وان كان هو
مقتضى ماتسمعه من دليلهم .

ثم ان السيدين الوالد والبروجردى قويا احتمال الماتن ، قال الاول : بل
هو الاقوى اذا كانت الحوالة على البرئى أو بغير الجنس . وقال الثانى : هذا لا يخلو
من قوة ، فيما اذا كانت الحوالة على البرئى أو بغير جنس ما على المحال عليه ،
نعم لا يبعد عدم بطلان الحوالة بالفصل على النحو المتعارف فيها - انتهى .
وأراد [ره] بذلك رفع اشكال انه كيف يتأخر القبول من المحال عليه عن
ايجاب الحوالة ، وهو كذلك لما تقدم من انه أمر عرفى امضاه الشارع ، كما ورد
فى الروايات جملة من صغريات المسألة ، وشملها [أوفوا بالعقود] ونحوه على
التقريب الذى ذكرناه فى [كتاب الضمان] وغيره من انه يشمل الامر العرفى
فيكون ذلك العقد المعروف باسمه ، لانه يجعله عقداً جديداً ، وان قال الماتن
والمستمسك فى جملة من مسائل المضاربة والمزارعة والمساقاة والضمان الثانى
فراجع .

أما قول السيد الجمال فى تعليقه على ايجاب وقولين : أو منحلا الى
عقدين فلا يخفى ما فيه ، اذ هوشىء واحد لاشيئان ، ولذا لم أجده من غيره .
(وعلى ما ذكره) من ان الحوالة عقد (يشترط فيها ما يشترط فى العقود
اللازمة من المولات بين الايجاب والقبول) لكن اللازم القول بذلك بالقدر
العرفى لأكثر ، اذ لا دليل على الاكثر ، وعليه (ف) قوله : (لا تصح مع غيبة

المحتمل أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة ولكن الذي يقوى عندي كونها من الايقاع

المحتمل أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة) غير ظاهر الوجه اذ هي حوالة عرفية، فيشملمها [أوفوا] .

(و لكن الذي يقوى عندي) خلافاً للمشهور ، بل ظاهرهم التسالم عليه (كونها من الايقاع) وكأنه أراد بذلك التخلص من احتياجها الى قبلين، ومن صحة انفصال القبول عن الايجاب وما أشبه مع انه وقع في الاكثر اشكالا، حيث ان الفرق بين العقد والايقاع ان الاول اعمال السلطة من نفرين ، بينما الثاني اعمال السلطة من شخص واحد ، ولذا كان النكاح ، حيث بحاجة الى اعمال سلطة كل من الزوجين عقداً بينما الطلاق حيث لا يحتاج الا الى اعمال سلطة الرجل فقط ايقاعاً ، ولا ينقض ذلك بمثل الخلع حيث يحتاج الى بذل المرأة ، اذ الكلام في ان اليجاد هل يحتاج الى نفر أو الى نفرين و الخلع يوجد نفر واحد، وان كان مشروطاً بشيء، وليس الكلام في الشرط، بل الكلام في المقوم، وحالهما كحال الجزء والشرط حيث ان الاول مقوم والثاني خارج لكنه مرتبط، ولذا الذي ذكرناه أشكل غير واحد على المتن فقال السيد الوالد: بل الاقوى كونها عقداً بين اثنين تارة و بين ثلاثة اخرى والوجه المذكور ممنوع من وجوه، كما ان الاقوى كون الضمان والوكالة عقداً أيضاً.

وكذا اشكل عليه السادة ابن العم والجمال و البروجردى قال ثالثهم هذا ضعيف جداً، وما استدل به عليه أضعف منه، اذ الوفاء هو تأدية العين الى مالكة والمديون هو السلطان عليها بعد حلولة، وليس لصاحبه الامتناع منه والمحيل لا يؤدي ما في ذمته الى مالكة ، بل ينقله الى ذمة اخرى و هو تصرف في ملك

غاية الامر اعتبار الرضا من المحتمل أو منه ومن المحال عليه ومجرد هذا لا يصيره عقداً وذلك لانها نوع من وفاء الدين ، وان كانت توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً

الغير ، وفي ذمة الغير بلا سلطنة منه عليها ، فلا يصح بدون قبولهما فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً الى القبول - انتهى .

ثم انه يظهر مما تقدم ، ان ليس مناط الايقاع والعقد كونه تحت سلطان أو سلطانين - فقط - كما جعله المستمسك المعيار ، بل يحتاج مع ذلك الى بيان الفارق بين ما كان تحت سلطانين على نحو الجزء الذى يكون عقداً ، أو على نحو الشرط الذى يكون ايقاعاً .

و مما ذكرناه يظهر وجه النظر في استدلال المصنف بقوله : (غاية الامر اعتبار الرضا من المحتمل أو منه ومن المحال عليه ومجرد هذا لا يصيره عقداً) اذ الرضا غير كونه جزءاً الذى هو ميزان العقد (و ذلك) الذى ذكرناه من انها ايقاع (لانها نوع من وفاء الدين) فيه ان نقل المحتمل دينه من ذمة الى ذمة اخرى غير الوفاء الذى هو وصول الدين الى الدائن .

نعم ، كلاهما يوجبان فراغ ذمة المديون لكن الاشتراك في ذلك لا يوجب كون أحدهما كالآخر في كونه ايقاعاً ، ولذا لم يكن وجه ظاهر لقوله : (وان كانت) الحوالة (توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه و الانتقال نوع من الوفاء وهو) أى الوفاء (لا يكون عقداً) لانه تحت سلطة انسان واحد حيث يفرغ المديون ذمته بدون اختيار للدائن ، ولذا لا يحق للدائن الامتناع ، لكن فيه : ان الانتقال ليس وفاءً ، ولذا يحتاج الى رضی الدائن .

وان احتياج الى الرضا من الاخر ، كما فى الوفاء بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك ايقاع ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الايقاع فانه نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر فى العقود اللازمة ويتحققان بالكتابة ونحوها

ولذا استدركه بقوله: (وان احتياج الى الرضا من الاخر ، كما فى الوفاء بغير الجنس، فانه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك ايقاع) لكن فيه: ان الوفاء بغير الجنس معاوضة، فهو عقد وليس بايقاع، ولذا قال المستمسك : فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الاخر.

(و من ذلك يظهر أن الضمان أيضاً) ليس (من الايقاع) لانه يحتاج الى رضى المضمون له وتحت سلطنة كليهما ، لا تحت سلطنة واحد ، وليس مثل الخلع - على ماتقدم - (-) الاستدلال على كونه ايقاعاً بـ (انه نوع من الوفاء) غير ظاهر الوجه.

(وعلى هذا ف-) اللازم ان (لا) يكونا كالايقاعات بل (يعتبر فيهما) كل (شيء مما يعتبر فى العقود اللازمة) أما على قول الماتن فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر فى أى عقد لازماً كان العقد أو جائزاً فتخصيصه [باللازمة] من باب انه محل الكلام.

(و) أما انهما (يتحققان بالكتابة ونحوها) كالاشارة فلانها كافية فى كلية العقود، اذ لادليل على اللفظ كما ذكر فى باب المعاطة ولذا قال فى المستمسك: لو بنى على المنع فى العقود بنى عليه فى الايقاع لاشتراكهما فى دليله نفيًا و اثباتاً .

بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك كما ان الجعالة كذلك و
ان كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الاخر ، ألا ترى أنه لا فرق
بين أن يقول أنت مأذون في

ومنه يظهر وجه النظر في قوله: (بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك)
من الايقاع، لان الوكيل يوقعها فليست كالبيع عقداً مما يعطي هذا شيئاً لذلك و
ذاك شيئاً لهذا ولا كالنكاح مما يعطي كل نفسه للاخر .

(كما ان الجعالة كذلك) ايقاع (وان كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف
الاخر) اذ اعتبار الرضا لا يوجب كونها عقداً أو وجه النظر فيه ان الوكالة والجعالة تحتاجان
الى القبول والقبول غير الرضا وبدون القبول لا تحقق الوكالة والجعالة عرفاً .
ولذا اذا قال له: أنت وكيلى، وقال: لم أقبل لا يراه العرف وكيلاً، وعليه
فاذا أراد من قيل له التصرف بعد رفضه لم يحق له ذلك بخلاف المأذون، فاذا
قال له: أنت مأذون في كذا، وقال: لم أقبل لم يرفع ذلك اذن الاذن ولذا قيل في
باب الوكالة انها عقد لها آثار عند العرف والمعتبر فيها اضافة مخصوصة بين
الوكيل و الموكل من آثارها سلطنة الوكيل على الموكل سلطنة مخصوصة
ليست هي في المأذون فيه .

وان شئت قلت: ان الاذن يستند بالاذن وان لم يرض المأذون بينما ليست
الوكالة كذلك .

ومن الكلام في الوكالة، يعرف وجه كون الجعالة عقداً ، وليس ايقاعاً و
اذناً مجرداً .

وبذلك ظهر ضعف قوله : (ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في

بيع دارى أو قال أنت وكيل مع أن الاول من الايقاع قطعاً .

بيع دارى، أو قال أنت وكيل) في ذلك واذلا فرق بينهما (مع أن الاول من الايقاع قطعاً) اذ الاذن لا يحتاج الى القبول، فان معناه ان تصرفك ليس ممنوعاً من قبلى فهو مربوط بالاذن فقط، كان اللازم ان يكون الثانى ايقاعاً أيضاً، لان المساوى لشيء محكوم بأحكامه، كما هو بديهي، وانما ظهر ضعف ذلك، لان الاذن رخصة، أما الوكالة فهي اعطاء سلطنة، والاول لا يحتاج الى القبول، أما الثانى فبحاجة اليه، لانه اذا لم يتحقق الاخذ لم يتحقق الاعطاء، فهو فعل قائم بالطرفين ولذا اختلفت آثارهما .

قال فى المستمسك : الفرق بين الامرين ظاهر فان الوكيل كالاصيل ، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة والمأذون في الاداء ليس كذلك وأيضاً فان الوكيل تجوز مطالبته فى الوفاء ومخاصمته والمأذون ليس كذلك وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة فلا يكون وكيلاً ، والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الاذن، والوكيل يستطيع ان لا يقبل الوكالة ويرد الايجاب فلا يكون وكيلاً ، والمأذون ليس كذلك والوكالة المعلقة باطلة بخلاف الاذن والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل ، وليس كذلك المأذون، ومن ذلك تبين ان الوكالة قائمة باختيار الوكيل وتتوقف على قبوله وليس كذلك الاذن - انتهى .

أقول : ما ذكره من الاثار، وان كانت بعضها محل مناقشة الا ان جملة منها مما دل عليه العقل، وقرره الشرع بالامضاء وبعضها مما دل عليها الشرع بنفسه، وتفصيل الكلام فى ذلك فى [كتاب الوكالة] .

ولو تنازعا فى الاذن والوكالة كان من التداعى، لانه لأصل فى أحدهما ،

الثانى: التنجيز فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور ولكن الاقوى عدم اعتباره كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين .

وان كان الاصل في بعض الاثار يقتضى أثر الوكالة كإصالة عدم جواز التصرف اذا رد ما قال له - بدون ان يدرك انه اذن له أو وكله - وفى بعض الاثار يقتضى أثر الاذن كإصالة عدم نفوذ التصرف بعد سحب ما أعطى أو اذن، وان كان النفوذ مقتضى الدليل اذا كانت وكالة .

وعليه، فلو شك المعطى له بينهما كان عليه ان يرتب الاثر الموافق للاصل، ولزوم التفكيك بين المتلازمين في الاحكام الشرعية غير عزيز كما لا يخفى .
(الثانى : التنجيز) ذكره هنا غير واحد ، وسكت عن ذكر هذا الشرط آخرون ، ولعل الساكت هنا اكتفى بذكره في بعض الكتب الاخر ، مثلا : الشرائع والقواعد سكتنا عن ذكر هذا الشرط فى الحوالة مع انها ذكرها في بعض الكتب الاخر ، ولذا أشكل فى هذا الشرط هنا غير واحد ، وان جعله بعضهم أحوط .

(فلا تصح) الحوالة (مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور) فقد ادعوا الاجماع على عدم صحة التعليق فى العقود والايقاعات ، ولعل الذين لم يذكروه هنا اكتفوا بذكره فى غير المقام .

(ولكن الاقوى عدم اعتباره كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين) وهذا هو الاقرب ، ولذا سكت عليه ابن العم والبروجردى وغيرهما ، وان جعل الاشرط الوالد أقوى والجمال الصحيح .

وقال المستمسك : العمدة فى اعتباره الاجماع المدعي على اعتباره فى

الثالث : الرضا من المحيل والمحتمل بلاشكال وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتمل أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى وحينئذ فيشترط رضى المحتمل والمحال عليه دون المحيل لا وجه له اذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان

كلية العقود الذى لامجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الاساطين، وتلقى الباقين له بالقبول والا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب .

(الثالث: الرضا من المحيل والمحتمل بلاشكال) قال في مفتاح الكرامة : انه حكى عليه الاجماع فى التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية، ونفى عنه الخلاف فى مجمع البرهان والرياض، وفى الغنية الاجماع على الاول ونفى الخلاف عن الثانى الا من داود ومراده بين المسلمين ، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر .

(وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتمل : أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى) فانه تصح حوالة ، وان لم يرض المحيل .

(وحينئذ فيشترط رضى المحتمل والمحال عليه دون المحيل) وهذا هو المحكى عن التذكرة والمسالك والروضة والحدائق، لكن فى المسالك زيادة فيشترط هنا رضى المحتمل والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره - انتهى .

لكن فى صحة كون هذه حوالة (لاوجه له) عند المصنف وآخرين (اذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان) ولذا قال فى الجواهر : فيه

امكان منع صحة هذه الحوالة لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها و [أوفوا بالعقود] انما يراد منه العقود المتعارفة أي البيع والصلح والحوالة ونحوها فلا شمول فيه للمشكوك فيه من افرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها ثم استدل بالاجماع على اشتراط رضی المحيل وبالاتفاق على ان المحيل والمحتال من أركان العقد لعدم اختلاف أركان عقد الحوالة ، وأشكل عليه المستمسك بأن التعارف لا يقيد الاطلاق ، ولو بنى على ذلك لزم تأسيس فقه جديد .

أقول : ما ذكره المستمسك تام ، لكن لا يكفي في رد الجواهر الابعداثبات ان هذا القسم حوالة متعارفة ، فيشملة دليل الحوالة - ان كان هناك اطلاق في دليل الحوالة - أو المناط في جزئيات الحوالة الواردة في النصوص ، حيث يفهم منها ان الشارع أمضى الحوالة المتعارفة ، والذي منها ما استثناه الجماعة فهما بالمناط أو يقال كما تقدم مناغير مرة ان الشيء لو كان داخل في مفهوم عرفي يشمله [أوفوا بالعقود] بذلك العنوان ، لابعنوان عقد جديد ، فاذا قال العرف : انه حوالة وشملة [أوفوا بالعقود] كان حوالة شرعاً أيضاً لاعقداً جديداً ، وحيث يتم الثاني والثالث أي المناط وشمول [أوفوا] لابد من ملاحظة هل ان العرف يراه حوالة أولاً؟ والظاهر عدم ، فلا يقول الدائن : ان لي حوالة ، ولا يقول المحال عليه : ان علي حوالة ، وعليه يتم قول المصنف ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم ، امثال السادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم .

ومنه يعلم ، وجه النظر في اجماع الجواهر واتفاقه الذين استشهد بهما لمطلبه حيث انه كيف يمكن دعوى الاجماع مع خلاف مثل هؤلاء الاساطين .
وكيف كان فهل ما ذكره المصنف من انه ضمان هو الصحيح اوليس ضماناً ايضاً ، بل نوع عقد جديد ، كما استظهره المستمسك قائلًا : ان ما ذكره المصنف

يتم اذا كان مفهوم الضمان نقل مافي ذمة الى ذمة كما ذكره الاصحاب .
 اما اذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور ، وان كان التعهد من
 لوازمه ، وحينئذ لا بد من الرجوع في تصحيحه الى عموم الوفاء بالعقود ونحوه
 وعليه فلا يختص بصورة ما اذا كان المحال عليه بريئاً ، بل يجري في غيره فليس
 وفاءً من مال المحيل وانما من مال المحال عليه ويبقى دين المحيل على المحال
 عليه بحاله - انتهى .

أقول: الظاهر كونه ضماناً، لانه هو الذي يفهم العرف فيقال ضمن فلان دين
 المحال فانه لا اعتبار عندهم بالالفاظ، بل بالواقعات ولذا يلزم والا كان وعداً فقط .
 ثم ان كلام المستمسك اخيراً ، وان كان في نفسه صحيحاً الا انه ليس وارداً
 على التذكرة وغيره ممن شرطوا في صحة هذه الحوالة [المستثناة] صحة الحوالة
 على من لادين عليه ، اذ مرادهم ان مثل هذه الحوالة خارجة من كيس المحال عليه
 لا كيس المحيل ، واشترطهم صحة الحوالة على البرئي ، لافادة ذلك ، لانه
 لا تصح مثل هذه الحوالة على المديون ، لوضوح ان وجود الدين على المحال
 عليه للمحيل ، وعدم وجود الدين ، سواء من هذه الجهة .

وكيف كان فكون ما ذكره هو الضمان لا العقد الجديد هو الظاهر من المعلقين
 الساكتين على المصنف امثال السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي
 وغيرهم .

ومما تقدم يظهر حال ما اذا كان المحيل هو المحال او الاجنبي كما اذا قال
 المحال للمحال عليه : احلت ديني عليك ، فقال : قبلت او قال الاجنبي للمحال
 عليه : احلت دين المحال عليك ، فقال : قبلت ، فانهما نوع ضمان ، لان المحال
 عليه قبل بالدين الذي على غيره ، سواء كان لذاك الغير دين على المحال عليه
 اولم يكن له دين عليه ، والله سبحانه العالم .

وكذا من المحال عليه اذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه

(وكذا) يشترط الرضا (من المحال عليه اذا كان بريئاً) قال في مفتاح الكرامة وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور ، كما في المختلف والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه ونسبه الى علمائنا في المختلف ، ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التقي .

(أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه) نقل في الجواهر عن التنقيح انه قال ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً وان لم يشترط الشغل ، أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً ، قال: وان كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً ، نعم هو كذلك في سابقه ، أي الحوالة على البريء ، بناءً على صحتها ، كما اعترف به غير واحد من الافاضل .
أقول: وذلك لتسلط الناس على أموالهم ودمهم فلا حق لاحد أن يحول على البريء .

نعم ، اذا رضى فقد أباح بنفسه التسلط على ذمته وماله ، كما لا يحق لاحد ان يبدل ماله بمال غيره الا برضاه فلا يحق للمحيل ان يحول المحال بغير جنس ما على المحال عليه ، فإنه كان مشغول الذمة بشيء خاص فاشتغال ذمته - بدون رضاه - بجنس آخر خلاف سلطنته فهو كما اذا احواله الذي يطلبه الدنانير الى مديونه الذي يطلبه شياء بأن يأخذ منه شياء بدون رضى المحال ، فكما انه خلاف دليل سلطنة المحال ، كذلك اذا احواله على ان يأخذ منه دنانير ، فهو خلاف سلطنة المديون المحال عليه .

وأما اذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف

(واما اذا كانت) الحوالة (بمثل ما عليه ففيه خلاف) هل يعتبر رضى المحال عليه أم لا؟ فالمشهور اعتبار رضاه، وعن الاردبيلي لم يظهر فيه مخالف، وعن التذكرة والمختلف الاجماع عليه، لكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه، وعن المختلف الميل اليه ومر المحكي عن المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرهم، فراجع كلماتهم في مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما.

استدل المشهور، بأن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل بعد ان لم يرض المحال عليه بالحوالة، وبأن المتيقن من صحة الحوالة ما اذا كان المحال عليه راضياً وبأن نقل المال من ذمة المحيل الى المحال عليه تابع لرضاه، فانه كيف يتصرف المحيل في ذمة المحال عليه بدون رضاه وبأنه احد من تتم به الحوالة فأشبهه المحيل والمحتال في اعتبار رضاه، وبأن الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة، وقد لا يريد المحال عليه ان يكون طرف المحتال بينما كان راضياً ان يكون طرف المحيل، فهو كما اذا باع زيد داره لعمر و لم يرد أن يكون القابض لها الا نفس عمرو لا وكيله حيث ان عمرواً لين العريكة حسن الاقتضاء بينما وكيله بئىء اللسان شديد الاقتضاء يكرهه الناس حتى انه اذا كان هو المقتضى للبيع لم يبعه البائع وبالاجماع المتقدم - كما في الجواهر - .

واستدل غير المشهور الذين لم يشترطوا رضى المحال عليه باطلاقات الحوالة بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للاحتياج الى رضى من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه كذا في المسالك وبان المحيل قد

ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله، عليه بما له عليه بأن يقول: اعطه من الحق الذي لى عليك فلا يعتبر رضاه فانه بمنزلة الوكيل فى وفاء دينه

اقام المحتال مقام نفسه فى قبض دينه فلا وجه لاعتبار رضى المقبوض منه ، و بأن الحوالة ايفاء بماله الذى فى ذمة المحال عليه، وبان الحوالة بمنزلة توكيل المحال عليه فى وفاء دينه.

أقول: قد يكون الوسط وكيلا فى قبض حق الاول عن الثالث، وهذا لا يعتبر فيه رضى الثانى، لكنه ليس من الحوالة فى شيء، اذ الحوالة عبارة عن نقل مافى ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فتبرء ذمة المحيل، وقد ادعى فى المسالك الاتفاق على ان الحوالة نقل مافى ذمة الى ذمة اخرى .

وفى باب الوكالة لا يشترط رضى المديون للاصل وغيره مما تقدم فى دليل المشهور وقد يكون الوسط محتالا بأن ينقل المحيل مافى ذمته الى ذمة المحال عليه فيبرء ذمة المحيل عن دين المحتال وتبرء ذمة المحال عليه عن دين المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه الى دين المحتال، وهذا يلزم فيه رضى المحال عليه لانه تصرف فى ذمته من قبل المحيل، وهو خلاف الناس مسلطون على ذمهم ولذا كان مقتضى القاعدة مع المشهور، وقد وافق غالب المعلقين المشهور، وأن سكت السيد الوالد و بعض آخر على المتن ، مما يدل على تصديقهم لتفصيل المصنف حيث قال: (ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بماله عليه بأن يقول: اعطه من الحق الذى لى عليك فلا يعتبر رضاه فأنه بمنزلة الوكيل فى وفاء دينه) وحيث يلزم على المديون الوفاء لم يفرق بين ان يؤدى الدين الى الاصيل أو الوكيل فلا حق له فى الامتناع.

وان كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبرائة ذمة المحيل بمجرد الحوالة بخلاف ما اذا وكله فان ذمة المحيل مشغولة الى حين الاداء وبين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه على نحو الحوالة على البريء فيعتبر رضاه لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة

(وان كان) فرق بين الوكالة والحوالة فالمقام هو (بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبرائة ذمة المحيل بمجرد الحوالة) بينما الوكالة ليست كذلك .

ولذا قال: (بخلاف ما اذا وكله فان ذمة المحيل مشغولة الى حين الاداء) اذ لم ينتقل المال للوسط من ذمة الموكل الى ذمة اخرى (وبين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذى له عليه) فيكون المقام (على نحو الحوالة على البريء فيعتبر رضاه لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة) لكن هذا التفصيل ضعيف، ولذا اشكل عليه السادة ابن العم والجمال والبروجردى .
قال الاول: لا يبعد اعتبار رضاه، ولا محصل لهذا التفصيل .

وقال الثاني: الاحوط للمديون قبول الحوالة في هذه الصورة .

وقال الثالث: لا محصل لهذا التفصيل، فانه اذا كان للمحيل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيدا عليه بعشرة دنانير فقد احواله بما يملكه عليه في ذمته، سواء قيده بكونه له في ذمته أو أطلقه .

وقال في المستمسك : ان جعله بمنزلة الوكيل في الاستيفاء ينافي كون الحوالة نقلا فالمصنف جمع بين دعويين متنافيين .

ثم ان بعض ادلة الطرفين، وان كانت مخدوشة كما لا يخفى ، الا انك قد عرفت ان مقتضى القاعدة مع المشهور .

وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه ولا يخفى ضعفه والا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه .
 الرابع : أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل سواء كان مستقراً أو متزلزلاً

(وقد يعلل) كلام المشهور كما في المسالك و مفتاح الكرامة وغيرهما (باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه) كما سبق توضيحه (ولا يخفى ضعفه) اذ ذلك ليس دليلاً شرعياً (والا) نقض بموارد كثيرة ، مثلاً : (لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه) كما ذكره في [كتاب الدين] ولزم ان لا يصح ارسال الوكيل للاقتضاء ديناً كان أو عيناً ولزم ان لا يصح الامر فيما انتقل حق الاقتضاء الى الوصي، أو الولي، أو المولى عليه، الى غير ذلك مع انه لا اشكال لاحد فيها .

(الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل) نقل هذا الشرط في مفتاح الكرامة عن المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك و مجمع البرهان و المفاتيح والتحرير ، وعن الكفاية نسبتها الى الشهرة ، وفي مجمع البرهان نقل عن بعضهم حكاية الاجماع عليه وعن التحرير لو احواله بما يقرضه لم يصح اجماعاً .

(سواء كان مستقراً أو متزلزلاً) كما صرح جملة منهم بذلك ، واستدل له بأن موارد الحوالة في الروايات في المال الثابت في الذمة، فالتعدى الى غيره مع عدم العلم بالمناط غير تام ، وبانه مقتضى التحويل عرفاً وهو الذي أمضاه الشارع، اذ الحوالة عرفاً نقل مافي ذمة الى ذمة فهو يتوقف على وجود شيء في الذمة، وانما عممنا الامر الى المتزلزل، لان التزلزل لا يضر بالثبوت في الذمة،

فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه ، هذا ما هو المشهور لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان

كما اذا اشترى بالخيار، فان المال ثابت في ذمة المشتري، لكن بتزلزل ، فاذا حول البائع الى مديون له صححت الحوالة .

(فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل) فان سبب الاستحقاق الجعل ، وقد حصل .

(ومال السبق والرماية قبل حصول السبق) والنصف الثاني من الصداق المتوقف على الدخول وكالجراح انساناً، حيث أشرف على الموت مما يوجب عليه الدية الى غير ذلك .

(أولم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه) أو يشتره أو بمهر بعد ان يتزوج في المستقبل أو ما أشبه ذلك (هذا ما هو المشهور) كما عرفت، بل قد تقدم نقل الاجماع عليه .

قال في مفتاح الكرامة بعد نقل الشهرة عن الكفاية - كما تقدم - : ولعل نسبه الى الشهرة ، لعدم تعرض جماعة كثيرين له ، ولعل السرفي ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة ، قال : وفي الحدائق حكاية على البت وهو منه عجيب - انتهى ولعل المصنف نسبه الى الشهرة لا لاجماع لذلك .

(لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان) اذا اراد بذلك الحوالة بمعنى الالتزام والتعهد ، كما قاله الوالد في تعليقه حيث قال : لو تم ذلك لكان من باب الالتزام والتعهد لا الحوالة - انتهى .

بل لا يبعد الصحة فيما اذا قال : اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد
فرضي، ورضي زيد أيضاً لصدق الحوالة وشمول العمومات

تم ما ذكره، لكنه ليس من هذا الباب، وان أراد الحوالة المصطلحة ذات
الاحكام الخاصة فيرد عليه ما ذكره غير واحد من المعلقين كالسادة البروجردى
والحكيم والجمال وغيرهم من تقوية قول المشهور لانه اذا لم يكن دين على
المحيل لم تتحقق الحوالة العرفية حتى تشملها الادلة الشرعية، اذ الحوالة عرفاً
عبارة عن نقل المحيل مافي ذمته الى ذمة المحال عليه، والمفروض انه لادين
في المقام فتأمل .

ومنه يعلم حال ، فرضة الثاني الذي عنونه بقوله : (بل لا يبعد الصحة فيما
اذا قال: اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد فرضي) المقرض (ورضي زيد أيضاً
لصدق الحوالة) ان أراد صدقها بتوسعة فذلك لا يصحح موضوع الحوالة العرفية
والشرعية، فهو مثل صدق البيع والتجارة والاشتراء والشراء في قوله سبحانه:
«فاستبشروا ببيعكم» و «تجارة لن تبور» و «ان الله اشترى» و «الذين يشرون
الحياة الدنيا» .

ومثل صدق النكاح في الوطى واللواط بمادون الدبر وغير ذلك من الالفاظ
الصادقة مجازاً على غير حقائقها المتبادرة منها، وان أراد صدقها حقيقة، ففيه انه اذا
لم يكن دين لم يصدق حقيقة، ولذا يصح السلب فيقول المحال عليه علينا حوالة
اذا تحقق قرضه مثل قوله : [علينا دين] اذا تحقق الزواج من جهة مهر الزوجة
الى غير ذلك من الامثلة .

(و) عليه، فلا (شمول) لـ (العمومات) ومنه يعلم ، الحال في التفريع بقوله

فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل وبعد الافتراض.
الخامس : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا
للمحيل والمحتال فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر

(فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل) في الجمالة والسبق والرماية
(وبعد الافتراض) فانه اذا كان معنى اقرضنى الخ، ان العوض يؤخذ من زيد لم
يكن انتقال دين فلا يتحقق التحويل والتحول حتى يصدق الحوالة الا اذا قيل
بصحة العقد المعلق، والله سبحانه العالم .

(الخامس : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا) كيفاً وكمياً
(للمحيل والمحتال فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور) قال في مفتاح
الكرامة : نبه على هذا الشرط المبسوط والخلاف، وبه صرح في الشرائع
والتذكرة والارشاد والتحرير، بل قال في الاخير: اجماعاً، وفي مجمع البرهان:
لعله لا خلاف في الاشتراط، وفي جامع المقاصد: والكفاية ان المشهور اشترط
علمهم بالقدر .

ثم قال السيد لم نجد المخالف، وانما احتملت الصحة مع الجهل في
التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً، الا ان نقول: ان الخلاف يفهم من
الوسيلة والغنية وغيرهما، حيث لم يذكروا هذا الشرط فيها.

أقول : وعن النهاية الاجماع عليه، وقد ايد المشهور السيدان ابن العم
والجمال، وان سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردى، وكذا اختلف
سائر المعلقين بين مؤيد لهم اوله (للغرر) وذلك لما تقدم في جملة من الكتب
من ان حديث نفي الغرر مروى عنه صلى الله عليه وآله وسلم بطرقنا وطرقهم
والعمل به صحيح، وان كان طريقنا ضعيف السند، فاشكال المستمسك في المستند

ويمكن أن يقال بصحته اذا كان أثلاً الى العلم كما اذا كان ثابتاً في دفتره على حد ما مرفى الضمان من صحته مع الجهل بالدين بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله الى العلم بعدا مكان الاخذ بالقدر المتيقن بل وكذا لو قال كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان

محل اشكال .

(ويمكن أن يقال بصحته) اذا كان الجهل لا يوجب غرراً عرفياً، اذ لا تلازم بين الامرين ، فاذا كان الدين بين دينار ودينار ونصف لا يسمى غرراً عرفياً ، وان كانت جهالة ، وكذا اذا لم يعلم ان المن المطلوب هل هو حنطة أو شعير مثلاً .

أما ما ذكره المصنف من امكان صحته (اذا كان أثلاً الى العلم كما اذا كان ثابتاً في دفتره) يعرفانه اذ اراجعه (على حد ما مرفى الضمان من صحته مع الجهل بالدين) كما أو كيفاً، لان يكون أصل الدين وجوداً وعدمياً مجهولاً، اذ الكلام في الجهل بهما لا بأصله .

(بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله الى العلم بعدا مكان الاخذ بالقدر المتيقن) كما اذا تردد بين الخمسة والعشرة، فان الاصل البرائة من الزائد، أو بعدا مكان الوفاء ، كما اذا علم انه يطلب زيداً أو عمرواً ديناراً ، ويطلب الاخر دينارين ، وكلا المحيل والمحال لا يعلم قدر طلبه من هذا ومن ذاك ، فاذا احاله صححت مع الجهل بالقدر وعدم الاول الى العلم .

(بل وكذا لو قال كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان) الى غير ذلك من الامثلة فقي اطلاقه نظر .

لانه اذا كان في شيء من ذلك الغرر لم يصح - لما عرفت - وان لم

نعم لو كان مبهماً كما اذا قال أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان بطل

يكن غرر صرح و لم يعلم هل ان المصنف لا يعتبر عدم الغرر لضعف سنده أو يعتبر ، ولكن يرى انه لا غرر في امثال المقام ، فان كان الاول ، فقد عرفت ما فيه وان كان الثاني ففيه ان الاول لا يوجب رفع الغرر حين المعاملة ، وذلك هو المنطوق والا لصرح ان يقول له : بعثك ما في هذه الغرفة - وكلاهما لا يعلم بما فيها - لكنهما يعلمان به بعد فتح بابها .

(نعم لو كان مبهماً كما اذا قال أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان بطل) علمه في المستمسك بأن المبهوم المردد لا مطابق له في الخارج اذ كل ما في الخارج متعين غير مردد واذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع ان يثبت له حكم شرعي يترتب عليه عمل ، وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم لكن مقتضى القاعدة الصحة فيما اذا لم يكن غرر عرفاً ، وذلك للمنطوق في الحوالة الواردة في الروايات وللعموما بعد ان لم يكن مانع من غرر ونحوه ، كما اذا كان الدائن يطلب زبداً عشرة دنانير ومائة درهم - وهما معادلان - فقال له المدين خذ احدهما من المحال عليه ، فانه لا غرر عرفاً وما استدل به في المستمسك له اشبه بالامور العقلية ، اذ المعيار في الموضوعات المترتبة عليها الاحكام العرفيات كما قرر في محله والعرف لا يشك في ان المولى اذا قال لعبده احد الدارين لك ، اولك حق ان تسافر احد سفرين ، او تزوج احدى الفتاتين او ما اشبه ، لم يكن فيه محذور .

وكذا في المقام اذا لم يكن دليل خاص او كان غررياً ، وكذا في كل المعاملات والايقاعات ولذا صرح مثل ذلك في باب ابقاء الزوجة فيمن اسلم عن اكثر من

وكذا لو قال خذ شيئاً من دينك من فلان ، هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته لعدم الإبهام فيه حينئذ .

اربع ، وفي باب الطلاق ، الى غير ذلك .

(وكذا لو قال خذ شيئاً من دينك من فلان) للإبهام الموجب للغرر ، اما اذا كان من قبيل مال او وصى بشيء او جزء أو كثير او ما شبه كما قالوا في باب الوصية فمقتضى القاعدة الصحة اذا قلنا انه لا خصوصية لباب الوصية ، والا اشكل للغرر ولذا سكت على المتن كافة المعلقين وقرره المستمسك .

(هذا ولو احال الدينين) بأن قال : خذ أحد الدينين (على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته) و ذلك (لـ) عمومات الأدلة بعد (عدم الإبهام فيه حينئذ) وقد قرره على ذلك السيدان الوالد وابن العم وقال السيد البروجردى فيه تأمل ، وقال السيد الجمال : لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذى صرح ببطلانه ، والمستمسك قرر الفارق قائلاً : يفترق الواجب التخييري عن المرددان المردد لا يكون موضوعاً للحكم شرعي لعدم المطابق الخارجي له والواجب التخييري يكون موضوعاً للوجوب التخييري ، وله مطابق خارجي فان الوجوب التخييري ليس قائماً بالمردد بين الخصال ، وانما قائم بكل واحدة من الخصال ، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال ، و كذلك الوجوب الكفائي ، الى ان قال : فاذا تعلق الحوالة بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لاحدهما على التخيير لاجمعاً ، فإذا وفى أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة الى الآخر ولم تقتض وفائه - انتهى .

أقول: في مقام الخارج لا يوجد الا الفرد ، وفي مقام الذهن يوجد الفرد

السادس : تساوى المالين ، أى المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة خلافاً لآخرين ، وهذا العنوان وان كان عاماً الا أن مرادهم بقريئة التعليل بقولهم تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به

المردد ، كما يوجد الجامع بين الفردين ، ولا بد في الواجب الكفائي و التخييري ملاحظة مقام الذهن ، وهما سواء من هذه الجهة ، فالفرق بين المردد والجامع غير ظاهر الوجه ، والقول بأن المردد لا خارج له بخلاف التخييري والكفائي غير تام ، فالقول بصحة كليهما هو مقتضى القاعدة .

(السادس : تساوى المالين ، أى المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً و وصفاً) مثل كون كليهما حباً وحنطة وبغدادية مع وضوح عدم الحاجة الى ذكر الثلاثة ، ولذا اقتصر في الشرائع الى ذكر الجنس والوصف (على ما ذكره جماعة) كالشيخ وابن البراج وابن حمزة (خلافاً لآخرين) كالعلامة والشهيدين وقال في الشرائع : ويشترط تساوى المالين جنساً ووصفاً تفصيلاً عن التسلط على المحال عليه ، اذ لا يجب ان يدفع الامثل ما عليه ، وفيه تردد .

قال فى الجواهر : وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي مستقلة ، أو وفاء للدالة الخاصة التي لا تشمل الحوالة قطعاً وأن كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض .

(وهذا العنوان) - تساوى المالين - (و ان كان عاماً) يشمل الحوالة على المديون والحوالة على البري . (الأأن مرادهم) خصوص الحوالة على المديون وذلك (بقريئة التعليل) في كلماتهم لهذا الشرط (بقولهم تفصيلاً من التسلط) للمحيل والمحتمل (على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به) وهو خلاف تسلط

اذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم

المحال عليه على ذمة نفسه.

(اذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به) [فيما] متعلق [بمرادهم] و [بقرينة - الى - ما عليه] جملة متعوضة دليل على مرادهم وانما كان مرادهم ذلك بقرينة قول جماعة منهم كالعلامة في القواعد قال وتصحح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأى - انتهى . مما يظهر منه ، ان موضع الخلاف كون ما حوله المحيل مخالفاً لما للمحيل على المحال عليه، ومراده [برأى] ما أظهره في مفتاح الكرامة من انه رأى المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح .

(كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم) فالمحتمل له على المحيل دراهم ويطلب المحيل من المحال عليه دنانير فيقول المحيل للمحتمل : اذهب وخذ دراهمك من المحال عليه - والحال ان المحيل لا يطلب من المحال عليه الا الدنانير - .

ولا يخفى ان هذا هو محل الكلام ، لاعكسه ، وهو ان يكون التبديل في مال المحتمل كان يطلب المحتمل من زيد دراهم ، فيقول له : اذهب وخذ عوض دراهمك دنانير اذ الصور المتصورة أربع لانه أما لا يتبدل ، او يتبدل عند كليهما - المحتمل والمحال عليه - كان يقول لمن يطلبه دنانير : اذهب وخذ دراهم ممن لي عليه شياه ، أو يتبدل عند المحتمل فقط ، أو يتبدل عند المحال عليه فقط

فلا يشمل ما اذا أحوال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع
الدنانير أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم

وكلام المصنف هنا في الرابعة .

(فلا يشمل) كلامهم (ماذا أحوال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع
الدنانير) فانه خرج بالقييد الاول حيث قال : [على مشغول الذمة] هذا بالاضافة
الى انه صار التبديل عند المحتمل ، لا عند المحال عليه .

(أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم) الظاهران في العبارة
نوع التواء ، واللازم ان تكون هكذا [بأن يأخذ بدل ماله غيره] اشارة الى كون
التبديل لدي المحتمل ، وقد أوجز مفتاح الكرامة معنى كلامهم بقوله : ان الحوالة
تتصور على وجهين :

الاول : ان يكون على المحيل لزيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو ودنانير ،
والحال ان له على عمرو ودنانير .

والثاني : ان يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الا الدنانير بدراهم ، وهذا
هو الذي فرضوا النزاع فيه - انتهى .

أقول : أما - في فرض المفتاح - فالظاهر صحته ، لانه اذا تراضى المحيل
والمحتمل على تحوّل الدراهم التي للمحتمل في ذمة المحيل الى الدنانير وصار
الدين دنانير جاز التحويل حينئذ ، وكان تحويل لما ثبت في ذمة المحيل - بعد
قبول المحتمل - لكن الكلام في انه هل نفس الحوالة بذلك وقبول المحتمل
كاف في لزوم هذا التحويل حتى اذا لم يدفع المحال عليه صار طلب المحتمل
من المحيل غير ما كان طلبه سابقاً أو لا يلزم هذا التحويل ، وانما يكفي لانه عقد
عرفاً ، فيشملة [أو فوا بالعقود] أو لا يلزم لانه لا يسمي عقداً .

ولعله لانه وفاء بغير الجنس برضى الدائن فمحل الخلاف ما اذا
أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس والوجه فى عدم الصحة
ما اشير اليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه

نعم ، اذا أخذ الممحتال من المحال عليه غير طلبه لزم لانه من قبيل المعاطاة ،
وقد ذهبنا الى لزوم المعاطاة في باب البيع ، خلافاً للمشهور بينهم ، وقد ذهب
المستمسك الى اللزوم مع تردد فيه قال : ولعل انشاء الحوالة كاف في حصول
هذا التحول ، ومن الكلام في صورتين - أي كون التبدل لدى الممحتال ،
أولدى المحال عليه - ظهر الكلام في الصورة الثالثة ، وهي ما اذا كانت التحول
لديهما معاً ، فانه يلزم بالنسبة الى الممحتال - اذا قلنا بكلام المستمسك - ولا يلزم
بالنسبة الى المحال عليه .

(ولعله) أى ما كان التبدل عند الممحتال انما لم يكن فيه خلافاً (لانه وفاء
بغير الجنس برضى الدائن) حيث ان الدائن الممحتال قبل ان يأخذ بدل حقه
شيئاً آخر من المحال عليه ، والحق لا يعد والمحيل والممحتال .

ثم لا يخفى ان قوله : [وفاء] فيه تسامح اذ الحوالة ليست وفاءً بل هي نقل
وتحويل لما في ذمة الى ذمة اخرى ، كما تقدم .

وكيف كان (فمحل الخلاف ما اذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس)
هل يصح أو لا يصح ؟ (والوجه في عدم الصحة ما اشير اليه) في قولنا : [تفصيلاً]
(من أنه) المحال عليه (لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه) فكيف يلزمه بالحوالة
ان يدفع غير ما عليه ، فانه مستلزم لتسلط المحيل على ذمة المحال عليه ، مع
ان المحال عليه هو وحده مسلط على ذمته .

وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة ولا اطلاق في خصوص الباب ولا سيرة كاشفة والعمومات منصرفه الى العقود المتعارفة ووجه الصحة أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به ، وهذا هو الاقوى

(وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة) كما ذكره الجواهر ، فان تبديل ما على المحال عليه الى غيره بدون رضاه الاصل عدمه، حتى وان لم تكن قاعدة السلطنة .

(ولا اطلاق في خصوص الباب)باب الحوالة حتى يرفع الاصل (ولاسيرة كاشفة) عن تقرير المعصوم حتى تقوم قبال الاصل (والعمومات) مثل: [أوفوا] ونحوه (منصرفه الى العقود المتعارفة) لان الشارع لم يغير العقد الا نادراً ، فالمرجع فيها العرف، وليس هذا يراد به لزوم ان يكون العقد في زمان الشارع حتى يرد عليه عدم تمامية ذلك - كما تقدم الكلام منافية - بل المراد لزوم ان يكون عرفياً سواء كان قديماً أو حديثاً ، ولذا صححنا عقد التأمين و نحوه .

(ووجه الصحة) لمثل هذه الحوالة بغير الجنس الذي على المحال عليه (أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الاقوى) مع رضی المحال عليه ، كما قيده به السادة الوالد والبروجردى وغيرهما .

وقال في المستمسك : اذ الاشكال المشار اليه في الشرائع لامجال له مع التراضي، لان التسليط يكون بسلطنة -- انتهى .

لكن ربما يقال : انه بمجرد قبول المحال عليه لم يحصل وفاء فليس الا وعداً منه بالتبديل والوعد ليس واجباً ، فهو كما اذا قال البائع : اثنتي ابيع

ثم لا يخفى أن الاشكال انما هو فيما اذا قال : اعط مما اى عليك من الدنانير دراهم بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه، وأما اذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه اذ هو نظير احالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير و تشتغل ذمة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان

لك البضاعة فله ان لا يبيع ، و لذا احتاط بعض المعلقين بقلب ما على المحال عليه بناقل شرعى بالجنس ، ثم الحوالة فتأمل .

(ثم لا يخفى أن الاشكال انما هو فيما اذا قال : اعط مما لبي عليك من الدنانير دراهم ، بأن أحال عليه بالدراهم) مع اعتباران تكون تلك الدراهم (من الدنانير التي عليه) حتى اذا اعطى عشرة دراهم نقص من دين المحال عليه دينار مثلا .

(وأما اذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير) كما اذا نسي المحيل ان له على المحال عليه دنانير ، أو ما أشبه النسيان ، فاحال عليه بدراهم (فلا ينبغي الاشكال فيه) لانه لا تبديل عند المحال عليه (اذ هو نظير احالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير) مع رضی المحال عليه - على ما تقدم من الحوالة على البريء - .

(وحيثئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها) حيث رضی بالحوالة (و تبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير) للمحيل (و تشتغل ذمة المحيل له بالدراهم) حسب الحوالة (فيتحاسبان) المحيل والمحال

بعد ذلك ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الاولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً، وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم .

مسألة -- ١ -- لا فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في

الذمة

عليه (بعد ذلك) الاداء ، اذ يطلب أحدهما من الاخر دراهم و الاخر منه دنانير .

(ولعل الخلاف أيضاً) [أيضاً] أي كما ان الدليل للبطلان (مختص بالصورة الاولى) من باب التبديل (لما يشمل هذه الصورة) - أي ما ذكرناه بقولنا : و أما اذا الخ - (أيضاً) لانها المنصرف من كلماتهم ، حيث يريد المحيل التبديل ، لامثل ما اذا كان حوالة على البريء .

(وعلى هذا) الذي من [لعل] (فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما اذا كانت الحوالة على مشغول الذمة) وذلك (بأن) يحوله عليه لكي (يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم) وحيث يأتي في المسألة الآتية أقسام من الحق الذي عليه من العين والمنفعة والعمل ، لافرق فيما ذكرناه من مورد الاختلاف بين كل الاقسام و التي منها ما اذا اختلف الوصف ، وان اتحد النوع ، كما اذا كان يطلبه حنطة بغدادية فيحول عليه بحنطة بصرية ، و ذلك لان التبديل بينهما أيضاً يحتاج الى رضی الطرفين المحيل والمحال عليه ، أوالمحتال والمحال عليه .

(مسألة -- ١ -- لافرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمة) كأن

أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة ولو مثل الصلاة والصوم و الحج والزيارة والقراءة سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها

يطلبه المحيل مائة دينار (أو منفعة) كخياطة الثوب (أو عملاً) كان يخيط ثوباً ، والفرق بين المنفعة والعمل ان المنفعة أثر العمل فقد يطلب المحيل من المحال عليه ان يخيط له ثوباً ، وقد يطلب منه خياطة ثوب ، فالفرق بينهما كالفرق بين الابداد والموجود .

(لا يعتبر فيه المباشرة) اذ لو اعتبر فيه المباشرة على نحو مضب العقد ، أو القيد لم تصح الحوالة ، مثلاً : يطلب المحتال من المحيل ان يخيط ثوبه بنفسه - بأن وقع بينهما عقد مصبه ذلك ، أو مقيد بمباشرة المحيل - فانه لا يصح حينئذ حوالة ليخيط ثوبه المحال عليه .

نعم ، اذا كان بنحو الشرط من المحتال على المحيل صح للمحتال ان يرفع يده من شرطه ، ويقبل بالحوالة ، وكذا في عكس المسألة ، كما اذا طلب المحيل من المحال عليه ان يخيط ثوباً للمحيل ، فان كان بنحو المصب أو القيد لم يصح ان يحول المحيل المحتال - بذلك - على المحال عليه الا بنحو الحوالة على البريء ، وان كان بنحو الشرط صح رفع يده عن الشرط وحوالة المحيل المحتال على المحال عليه ، وعليه فقوله : لا يعتبر فيه المباشرة ، يراد به ما كان الاعتبار بنحو لا يمكن فيه غير المباشرة ، لامطلقاً حتى يشمل مثل المشروط بالمباشرة بعد رفع اليد عن الشرط .

(ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة) مما كان الغرض منه الثواب والاجر الاخرى (سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها)

وأيضاً لافرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد والثوب

لاطلاق الأدلة .

قال في الجواهر : بل لايبعد ان لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البرىء، أو على مشغولة الذمة للمحيل بمثلها، بناءً على انها بحكم المال بدليل وقوعها ثمنياً للمبيع و عوضاً للمخلع ومهراً في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب، أو غيره ، وحينئذ فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة، أو صلاة ، أو حج ، أو غير ذلك على برىء ، أو على مشغول الذمة بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه - انتهى .

أقول: لا اجماع في المسألة كيف ولم يتعرض لها غير واحد ممن وجدتهم من الفقهاء أما المعلقون كالسادة الوالد وابن العم والبر وجردي والجمال وغيرهم سكتوا على المتن، وقد ورد جعل سورة من القرآن مهراً كما ذكر في باب النكاح . وقوله : [الثواب وغيره] مراده بالغير ما كان لحاجة ، لا لصرف الثواب ، والا فالثواب - أي الامر الأخرى - والقربة متلازمان، ومثل هذه الاعمال لا بد فيها القربة .

قال في الجواهر: لكنني لم أجد مصرحاً به ، كما انه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه، أو ظاهر، بل هو غير متعارف .

أقول : نعم لا يأتي هنا جملة من المسائل المتقدمة في المال ، مثل الحوالة بغير الجنس فيما اذا كان يطلبه صلاة فيحوله الى من يطلبه صوماً، الى غير ذلك مثل صحة العبادة على المحال عليه، مثل ان يكون مسلماً في الصلاة والصوم طاهراً ، لامثل الجنب والمحائض وهكذا .

(وأيضاً لافرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد والثوب) فيما لم

والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ضعيف والجهالة مرتفعة
بالوصف الرافع لها .

مسألة -- ٢ -- اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه

المحتمل

يكن الثوب مثلياً ، كما صرح بعدم الفرق الشرائع وغيره ، وانما لافرق لاطلاق
الادلة .

(والقول بعدم الصحة في القيمي) كما عن الشيخ وابن حمزة ، بل نسبه
الحداثق الى الشيخ وجماعة (للجهالة) مثلاً : لو كان على المحيل شاة فاحالها
على المحال عليه يجهل المحال عليه خصوصياتها مما يوجب الغرر ، وقد نهى
النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر .

(ضعيف و) ذلك لضعف دليله ، اذ (الجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها)
مما يوجب عدم الغرر عرفاً .

ومنه يعلم ، ان اشكال المستمسك على الاستدلال بأن الجهالة لاتقذح في
الحوالة وليس من شرائطها العلم كاشكاله في الجواب غير ظاهر الوجه ،
والظاهر ان التبديل عند المحال ، أو المحال عليه جائز في القيمي ، كما جاز في
المثلي - على ماتقدم - لو حدة الدليل في كليهما ، ومنه يعلم ، صحة الحوالة
في المثلي بالقيمة سواء وجد المثلي أو لم يوجد فرضاً .

(مسألة - ٢ - اذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وان لم يبرئه المحتمل)
اذا لم يكن المحتمل مغروراً ، وكان قاصداً الى مثل هذه الحوالة ، خلافاً لما اذا
غره المحيل بأن أوهمه ان ذمة المحال عليه تشتغل بالاضافة الى ذمة نفسه -
كأنه من ضم ذمة الى ذمة - حيث دأبل ان المغرور يرجع الى من غر يشمل

والقول بالتوقف على ابرائه ضعيف والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتمل

المحيل حيثئذ ، كما انه اذا لم يكن غرور ، لكن المحتمل زعم عدم فراغ ذمة المحيل بالحوالة فقبل على ذلك بحيث كان قاصداً حين عقد الحوالة للمحوالة التي هي ضم ذمة الى ذمة لم تصح الحوالة ، لان الحوالة الناقلة لم تكن مقصودة للمحتمل ، والعقود تتبع القصور .

نعم ، اذا قلنا في الحوالة بصحتها عند ضم ذمة الى ذمة كما تقدم القول به في الضمان صحت الحوالة المذكورة ولم تبرء ذمة المحيل .
(والقول بالتوقف على ابرائه) كما عن نهاية الشيخ وأبي علي والقاضي والحلي والمقداد استناداً الى رواية تأتي .

(ضعيف و) ذلك لان (الخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتمل) لا يمكن العمل به بظاهره ، وذلك لابتنائه بالمعارض الاقوى .

فقد روي زرارة في الصحيح ، عن أحدهما عليهما السلام ، في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر ، فيقول له الذي احتال : برئت ممالي عليك ، فقال عليه السلام : اذا أبرئه فليس له ان يرجع عليه ، وان لم يبرئه فله ان يرجع الى الذي احاله .

ويؤيده خبران آخران نقلهما المستدرك عن الدعائم .

فقد روى ، عن أبي جعفر عليه السلام ، انه قال : في رجل كانت له على رجل دراهم فاحاله بها على رجل آخر؟ فقال : ان كان حين احاله ابرئه فليس له ان يرجع عليه ، وان لم يبرئه فله ان يأخذ أيهما شاء اذا تكفل له المحال

المراد منه القبول لا اعتبارها بعده أيضاً

عليه .

وعنه عليه السلام، انه قال: اذا كان لرجل على رجل دين وكفل له بهرجلان فله ان يأخذ ايهما شاء، فان احاله أحدهما لم يكن له ان يرجع على الثاني اذا ابرئته .

و(المراد منه القبول لا اعتبارها) أي الابراء (بعده) بعد القبول (أيضاً) وانما نحمله على هذا المحمل لانه بظاهره معارض باخبار عمل بها المشهور، فاللازم تأويل تلك الصحيحة بما لا ينافي الروايات المذكورة، وهناك محامل اخر يأتي ذكر جملة منها .

فقد روى الكليني، عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع أبداً الا ان يكون قد أفلس قبل ذلك .

وروي الشيخ عن زرارة مثله، وباسناده عن أبي أيوب الخزاز، انه سأل أبا عبد الله عليه السلام وذكر مثله .

وعن عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع الى صاحبه اذا احتال ورضي؟ قال عليه السلام: لا.

فان هذه الروايات لاجمع عرفي بينهما وبين الصحيحة السابقة ولذا قال في المستمسك: حمل هذه النصوص على صورة الابراء فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد بعيد، فان الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر ولا سيما، وان اعتبار الابراء بعيد عن المرتكزات العرفية جداً فيكون

وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتمل فينتقل الدين الى ذمته وتبرء ذمة المحال عليه للمحيل ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به

أولى بالتنبيه عليه من صورة الافلاس - انتهى.

ثم انهم حملوا الصحيحة على محامل، اشهرها ما تقدم من المصنف، و قيل بحملها على ما اذا شرط المحيل البرائة حتى وان ظهر افلاس المحال عليه فانه يبرء بذلك وان ظهر الافلاس ان يقبل المحتمل الشرط ويقول: برئت مما لي عليك، وقيل بحملها على ما اذا ظهر بعد التحويل اعسار المحال عليه فأبرء المحتمل المحيل فانه لاحق له في الرجوع بعد ذلك.

قال في الجواهر: بل رد هذا القول - مضافاً الى ما ذكرنا - بالاجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ثم ناقش في الاجماع.

ومما تقدم ظهر، انه يلزم ان يؤل قوله عليه السلام في رواية الدعائم: [فله ان يأخذ أيهما شاء].

أما على ارادة الانضمام، مع القول بصحة ذلك، وأما على ارادة انه ان قبل رجوع الى المحال عليه، وان لم يقبل رجوع الى المحيل لكن في المسالك قال: ان بعض العامة جعل الحوالة كالضمان بمعنى الضم وفساده ظاهر.

(وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتمل فينتقل الدين الى ذمته) نصاً و اجماعاً على ما عرفت (وتبرء ذمة المحال عليه للمحيل) فيما كان المحال عليه مديوناً للمحيل (ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به) فاذا كان طلب المحيل مائة وحول اليه مائة برئت ذمة المحال عليه، وان حول عليه تسعين برئت من التسعين وان حول عليه مائة وعشرة برئت من المائة وكان بالنسبة الى العشرة من الحوالة

وتشغل ذمة المحيل للمحال عليه ان كانت على برىء أو كانت بغير المثل ويتحاسبان بعد ذلك .

على البرىء، ولا فرق في ان يأخذ المحال عين ما حيل أو غيره برضاية المحال عليه، وان لم يرض المحيل بالتبديل، لان الامر خرج عن يده .

وقد روي الشيخ، عن داود بن سرحان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دنانير فأحال عليه رجلا بدنانير أياخذ بها دراهم قال عليه السلام: نعم .

ورواه الصدوق باسناده عن البزنطي كما في الوسائل .

(وتشغل ذمة المحيل للمحال عليه ان كانت على برىء) وقبل المحال عليه بلا اشكال ولا خلاف اذا لم يقصد المحيل التبرع، وقبل المحال عليه والا لم تشغل ذمته، لانه لا دليل اليد ولا الاستهلاك يشمل المقام - كما هو واضح - (أو كانت بغير المثل) ولم يقصد المبادلة بين ما عليه وبين ما حوله على المحال عليه، والا فاذا قصد المحيل المبادلة وقبله المحال عليه لم يكن وجه لاشتغال ذمة المحيل، وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة تبديل الدين، عند المحتمل، أو عند المحال عليه .

نعم، اذا كانت الحوالة بغير المثل بدون التبديل عند المحال عليه اشغلت ذمة المحيل للمحال عليه بمثل ما حال عليه .

(ويتحاسبان بعد ذلك) فاذا طلب من المحال عليه عشرة دنانير وحول عليه تسعين درهماً، وتحاسبنا بقي من طلبه عليه دينار اذا كان كل دينار - عشرة دراهم - مثلاً، وقد تقدم مسألة التحاسب .

ثم ان بعض المعلقين أشكل على المتن بقوله : اشتغال ذمة المحيل في

مسألة -- ٣ -- لا يجب على المحتمل قبول الحوالة

الحوالة على البريء بمجرد الحوالة محل منع ، والمحقق اشتغال ذمته بعد اداء المحال عليه كما في الضمان ، و قد مر انه مطابق للقواعد ، وأما الحوالة على المشغول بغير الجنس ، فقد مر منه [قدس سره] انه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته له - انتهى .

و يرد عليه أولاً : ان الحوالة توجب اشتغال ذمة المحال عليه - اذا رضى في البريء - فصار المحال عليه مديوناً ، وفي قبيل صيرورته مديوناً يكفون المحيل مديوناً له فلا شأن للوفاء في اشتغال ذمة المحيل وهذا هو مقتضى اطلاق النص والفتوى حيث قال (ع) [لا] في جواب أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضى كما في رواية عقبة المتقدمة و التنظير بالضمان غير ظاهر الوجه ، حيث هناك دليل خاص غير موجود مثله هنا .

و ثانياً : قد مر الاشكال على المصنف في جعله الحوالة على المشغول بغير الجنس وفاءً فراجع ، و سيأتي في المسألة العاشرة بعض الكلام في ذلك ، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم .

(مسألة - ٣ - لا يجب على المحتمل قبول الحوالة) بلا اشكال ولاخلاف

وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة وغيرها اجماع المسلمين عليه الامن زفر، ويدل عليه انه خلاف سلطنة المحتمل على نفسه وماله، كما انه لا يجب على المحيل قبوله الاحالة اذا طلب منه الدائن له، لان وجوب القبول خلاف سلطنته .

نعم ، للحاكم الشرعي - باعتبار انه الممتنع - جبر المحيل على

وان كانت على ملى ء .

مسألة - ٤ - الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل

من الثلاثة

الحوالة ان انحصر وفاء دين المحتمل على ذلك ، وان لم يقبل احاله الحاكم بنفسه (وان كانت) الحوالة (على ملى ء) وينقل عن داود الظاهري وجوب القبول حينئذ للنبوي : اذا احيل على الملى فليحتل .

وفيه : ان ضعف السند واحتمال ارادة القبول استجاباً - مما يؤيده النص والاجماع على العدم - مانع عن العمل به .

(مسألة - ٤ - الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة)

المحيل والمحتال والمحال عليه ، وهذا هو الذى ذكره غير واحد ، بل ادعى المختلف وغيره الاجماع عليه .

قال في الجواهر : ان الحوالة من العقود اللازمة ، مضافاً الى النصوص السابقة ، خصوصاً خبر عقبة منها ، بل عن الخلاف انه المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فما عن أبي حنيفة من ان له الرجوع اذا جحد المحال عليه أو مات مفلساً ، وعن عمرو أبي يوسف ومحمد بن الحسن : اذا أفلس وحجر عليه الحاكم واضح الفساد ، ثم استند الى النص والاجماع واصل اللزوم ، ونقل عن سائر جواز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تامة القبول بدونه ، قال : وهو شاذ نادر واضح الضعف ومعنى عدم جواز الفسخ عدم صحته ، و عدم جواز ترتيب أثر الفسخ اذا فسخ ، فاذا فسخ لم يجز له أخذ الدين من المحيل كما انه اذا أخذه منه كان اللازم على المحال عليه - اذا لم يكن بريئاً - ان

نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بأعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل

يرد المال على المحيل، لان الحوالة قد بطلت مثل ما اذا لم يسلم أحد المتعاملين المال الى الاخر ، أما اذا كان بريئاً فلا شيء لاحد من المحال عليه والمحيل على الاخر .

(نعم لو كانت) الحوالة (على معسر مع جهل المحتال بأعساره يجوز) له البقاء لانه حقه في البقاء كما يجوز (له الفسخ والرجوع على المحيل) بلا اشكال ولاخلاف .

قال في الجواهر : بلا خلاف أجده فيه ، كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكى التذكرة نسبه الى علمائنا والسرائر الى أصحابنا بل عن الخلاف الاجماع عليه .

أقول : يدل عليه بالاضافة الى دليل لاضرر بالتقريب الذي ذكره في خيار الغبن روايتا أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية .

ثم ان مرادهم بالرجوع على المحيل أعم من تركته بعد موته ، فاذا علم المحتال بالأعسار ، و قد مات المحيل رجع الى تركته و هو مقدم على الارث .

قال سبحانه : «من بعد وصية يوصي بها أو دين» و هل للمحتال ان يرجع في بعض الحوالة دون بعض الظاهر ذلك ، لان المعاملات قابلة للتبعض ، و هي تعقد غالباً كمعاملات متعددة ولذا قالوا به في مسألة تبعض الصفقة .

نعم ، لكل من المحيل والمحال عليه - اذا اشترط رضاه - ان يفسخ الحوالة حينئذ لتبعض الصفقة عليه .

والمراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين

ثم ان المحتمل اذا علم باعسار المحال عليه ورجع الى المحيل بطلت الحوالة - كما هو المستفاد من النص والفتوى - فليس له ان يرجع الى المحال عليه بعد الرجوع .

نعم ، لو شك في انه هل يرجع أم لا ؟ كما اذا نوى في نفسه الرجوع من غير مظهر له كان الاصل بقاء الحوالة .

(و المراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين) واذا تحقق الاعسار أو الفلاس كما في الروايات، وكان مع ذلك المحال عليه باذلاً بأن يبيع داره مثلاً، أو يطلب من غيره اعطائه تبرعاً على المعسر لاديناً -- مثلاً - فهل له الفسخ و الرجوع الى المحيل ؟ احتمالان ، من اطلاق النص وكلماتهم ، و من انه لا ضرر على المحال حينئذ ، والادلة منصرفه الى صورة عدم البذل ، لكن يأتي عدم فائدة الغني بعد العسر .

وكيف كان، فقد اختلف عباراتهم في هذا الشرط، قال العلامة في القواعد و علم المحتمل باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط المزوم ، و قال في موضع آخر : ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ .

وقال في مفتاح الكرامة : فلو كان معسراً واحتمال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة، سواء شرط اليسار، أو اطلق عند علمائنا، كما في التذكرة و نسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملائة وقت الحوالة ، أو علم المحتمل باعساره ، وفي الخلاف الاجماع على الاول وفي الغنية نفي الخلاف

نعم ، في الشرائع عبر بلفظ الفقر قال : ولو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود الى المحيل ، وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه .

والظاهر ان كلا الطرفين أرادا شيئاً واحداً ، والذي يفهم من الروايات و لو بمعونة القرينة الخارجية ان المعيار الوفاء وعدمه ، فلو كان مفلساً و يفي لم يكن له الرجوع ، وان كان مفلساً بحيث لا يفي أو معسراً بدون التفليس ولا يفي ، كان له الرجوع فليس المعيار الفلاس والعسر والفقر ، أما اذا كان مليئاً ولا يفي لاحق له للزوم العقد واجبار المحاكم له .

ومنه يعلم، عدم كون المناط الزيادة على مستثنيات الدين وعدمها، وعليه فاذا كان فقيراً شرعاً ، أى لا يملك قوت سنته قوة أوفعلا ، ويملك زائداً على مستثنيات الدين كان للمحتمل الفسخ اذا لم يستعد لدفع الحوالة، اذ لا يحق للمحتمل جبره ، حيث ان زائده لا يجبر على أخذه منه ، اذ لا يحق للمحاكم الجبر الا في الزائد عن مؤنة السنة، وأنما ليس للمحاكم الجبر لانه اذا لم يملك قوت السنة قوة وفعلا صدق عليه ذو عسرة ، فيشمله قوله سبحانه: «فنظرة الى ميسرة» .

وعليه، لم يملك المحاكم جبره، فتحصل: ان المحتمل ليس له حق الفسخ في صورة ملائمة المحال عليه [الا اذا كان البقاء ضرراً ، حيث يماطل فله حق الفسخ بدليل لا ضرر على ما استدلوا به في خيار الغبن] وفي صورة استعداد المحال عليه الدفع ولو كان مفلساً ، بأن يدفع بعد طلبه من متبرع دفعه، اذ الدليل الدال على رجوعه اذا أفلس منصرف عن ذلك.

أما المليء ، فان امكن جبره بسبب المحاكم أو التقاص لا يحق له الفسخ والا حق له الفسخ .

وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم ولا يعتبر فيه كونه محجوراً
والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتماमितها

ومما تقدم ظهر وجه قول المصنف : (وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم)
حيث قلنا: [والظاهر ان كلا الطرفين ..].

(و لا يعتبر فيه كونه محجوراً) اذ ليس المراد بالفلس في الرواية الا
الموضوع العرفي ، كما هو المنصرف منه و ما ذكرناه أولى من ما ذكره
المستمسك بقوله : لاطلاق النصوص التي أخذ موضوعها المفلس واقعاً في
مقام الثبوت فلا يعتبر ان يكون في مقام الاثبات .

(والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة) لقوله عليه السلام: الا ان يكون
قد أفلس قبل ذلك.

وفي رواية اخرى: ثم يتغير حال الصيرفي . فالمعيار في اللزوم الاعسار بعد
تمام الحوالة، ولذا قال: (وتماमितها) فاذا كان قبل الحوالة معسراً، أو كان حين
الحوالة معسراً كان له الفسخ، فانه وان لم يذكر حال الحوالة في الروايات، بل
ظاهر الروايات التدافع في ما عسر حال الحوالة.

حيث ان قوله في خبر أبي أيوب : [قبل ذلك] يدل على عدم حقه في
الفسخ اذا أفلس حال الحوالة ، وقوله في خبر عقبه : [ثم يتغير] يدل على ان
التغير بعد الحوالة لا يدع مكاناً للفسخ مما يفهم منه ان التغير حال الحوالة يوجب
الفسخ، الا ان المتفاهم عرفاً بعد الجمع بينهما انه اذا تمت الحوالة في حال
اليسار ، لا حيق له في الفسخ ، فالعسر حال الحوالة حاله حال العسر قبل
الحوالة .

ولذا قال في المستمسك : ظاهر رواية أبي أيوب اعتبار الافلاس حال

ولايعتبر الفور في جواز الفسخ ومع امكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار للانصراف على اشكال

الحوالة، والتعبير بذلك مبني على الغالب لندرة المقارنة بينهما حدوثاً، ولو اختلفا في انه هل افتقر قبل الحوالة أو بعدها، فإن كانت حالة سابقة استصحبت، والا فالاصل صحة الحوالة لاصالة اللزوم فالبينة على مدعى الفقر.

(ولايعتبر الفور في جواز الفسخ) كما اختاره الجواهر وغيره، واستدل له باطلاق النص والفتوى، أما احتمال الفور، وقد أفتى به محكي الحواشي، فقد يتمسك له بأطلاق اصالة اللزوم والخارج منه بالقطع الفور فيبقى الباقي تحت الاصل، وقد استدلوا بمثل ذلك في خيارات المعاملات، وحيث ان تفصيل الكلام في المكاسب فلا داعي الى تكراره هنا.

و مما تقدم ظهر الاشكال في الاستدلال للفور بأنه المتيقن بعد الشك في اطلاق النص، لانه لم يعلم نظره الى هذه الجهة، بالاضافة الى انه لو شك في الاطلاق كانت اصالة الاطلاق محكمة كما قرر في محله.

(ومع امكان الاقتراض) للمحال عليه (والبناء عليه) بما لا يكون حوالة موجبة لغرر المحتمل (يسقط الخيار للانصراف) أي انصراف مادل على الخيار له عن هذه الصورة، خلافاً للجواهر حيث قال: نعم، الظاهر ثبوت الخيار له، وان بذل المال بقرض ونحوه بل ولو تبرع متبرع عنه للاطلاق.

أقول: ولعله الوجه في قول المصنف: (على اشكال) الا ان الاقرب سقوط الخيار، أما ما ذكرناه من التقييد فلا انه مع الغرر لاوجه لسقوط الخيار، وان أمكن الاقتراض وبنى، والسيد الجمال ذهب الى رأي الجواهر بينما السادة الوالدوا بن العم والبروجردى سكتوا على المتن.

وكذا مع وجود المتبرع .

أما قول المستمسك: من أن العمل بأطلاق دليل الخيار المقتضى للتراضي متعين ، وأما دعوى الانصراف فممنوعة، ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجباً لثبوتته بتجدد الاعسار وهو خلاف النص فمنشاء الانصراف مخالف للنص -- انتهى .

فيرد عليه اذا سلم الانصراف هنالم يكن وجه لقياسه بمسألة اخرى يجعل الجميع من باب واحد مع وجود الفارق بين هذه المسألة ، ومسألة تجدد اليسار أو الاعسار .

(و كذا مع وجود المتبرع) لكون الاقتراض و التبرع من باب واحد ،
فالكلام في أحدهما بعينه هو الكلام في الآخر .

ثم أن الفقهاء فرضوا المسألة في ما اذا علم بسبق وتجدد اليسار . قال في القواعد: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال .

قال في مفتاح الكرامة : ينشأ هذا الاشكال من زوال الضرر ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب ، وهذا هو الاظهر من اطلاق النص والفتوى ، ثم نقله عن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وعلمه في الجواهر بتحقيق المقتضى له فيستصحب وليست العلة الاعسار مادام يزول بزواله ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق .

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكره للاطلاق، ولا دليل على ان الضرر علة، بل الغالب ان تكون العلة المذكورة في الادلة حكماً والا فلاحكام جارية من باب ضرب القاعدة، وأن لم توجد تلك العلة وانما لم يأخذ بالاطلاق في فرض

مسألة - ٥ - الاقوى جواز الحوالة على البريء

المصنف للانصراف، أما كلام الفخر حيث بنى ذلك على كون علل الشرع معارفات أو عللا حقيقية وعلى الثاني: هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج فعلى الأولين يثبت الخيار، وعلى الثاني من الثاني يزول.

فلا يخفى ما فيه، إذ هو خلط بين الأدلة اللفظية التي هي المعيار والاستحسانات العقلية مع أن مبني الفقه الأول فقط، ولذا اشكل عليه المستمسك وغيره، وأن قال في مفتاح الكرامة انه تحقيق قوى.

وقال في الجواهر: انه لأبأس به، وعليه فمع تجدد اليسار يبقى الخيار مع تجدد الاعسار يبقى اللزوم، ولو اختلفا فقال: المحتمل لي الخيار لتجدد اليسار، وانكره المحال عليه كان القول قوله لاصالة اللزوم.

(مسألة - ٥ - الاقوى جواز الحوالة على البريء) كما هو المشهور شهرة عظيمة وعن السرائر الاجماع عليه.

قال في الجواهر: وهو الحجة بعد اطلاق النصوص السابقة، وعموم [أوفوا بالعقود] والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها.

أقول: بل ويدل عليه العقل أيضاً، حيث انه عمل عقلائي لامانع منه، وعليه فالادلة الاربعة تقتضي ذلك، والمراد باطلاق النصوص ما تقدم من اخبار أبي أيوب ومنصور وعقبة، واحتمال ان لا يطلق لها لانها في مقام بيان حكم آخر خلاف المستفاد منها عرفاً، فهنا دليلان من النص دليل عام، مثل: [أوفوا] ودليل خاص، مثل الروايات، وقد سبق ان [أوفوا] لا يدل على انه عقداً، بل ما يسمى في العرف بشيء يشمله: [أوفوا] بنفس ذلك العنوان، هذا ومع ذلك فالمنقول عن الشيخ في آخر الباب من المبسوط والقاضي وابن حمزة عدم

ولا يكون داخلا في الضمان .

صحة الحوالة على البرىء وكأنه لاصالة عدم ترتب الاثر ، وفيه : انه لامجال للاصل بعد الادلة المذكورة .

أما ما في جامع المقاصد من ان مبنى القولين على الخلاف في ان الحوالة اعتياض ، أو استيفاء فعلى الاول لاتجوز ، وعلى الثاني تجوز ، وهو المحكى عن الشهيدين في الحواشي والمسالك .

ففيه : ما ذكره مفتاح الكرامة والجواهر ، وتبعهما المستمسك من انها أصل برأسه ، وان لحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال والاعتياض في بعض آخر فهي مثل الصلح ، حيث ان لحق احكام متعددة به لايجعلها من تلك العناوين ذات الاحكام المذكورة .

ولذا قال الشيخ في محكى الخلاف : ان الذي يقتضيه مذهبنا ان نقول انها عقد قائم بنفسه - انتهى .

ويؤيد عدم كونها احدها ان المفهوم من الحوالة شيء ، بينما المفهوم من الوفاء والاعتياض شيء آخر ، اما ما تقدم من المصنف من انها وفاء - كما سبق في الشرط السادس - فقد تقدم انه من باب التوسعة في التعبير ، ثم انه قد سبق ان الحوالة على المديون قد ينخرط في ضمن الحوالة على البرىء باعتبار ان المحيل لا يريد حوالة المحتال على ما يطلب ، بل على غير ما يطلب ، ولعل مرادهم هنا الاعم من القسمين عند ذكرهم [البرىء] .

(ولا يكون داخلا في الضمان) لما عرفت من تعدد المفهوم ، وان جعلها جماعة كالشرائع والقواعد اشبه بالضمان ، بل عن الكاشانى الاظهر انها ضمان والظاهر انهم لاحظوا ان الحوالة خاصة الضمان في انتقال الدين الى ذمة المحال

- مسألة -- ٦ -- يجوز اشترط خيار الفسخ لكل من الثلاثة .
مسألة -- ٧ -- يجوز الدور في الحوالة

عليه كانتقاله الى ذمة الضامن البريء .

لكن فيه : ما ذكره الجواهر من عدم حصول انشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً بل اقصاه الرضا بما انشاء المحيل من معنى الحوالة التي هي حينئذ بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك في ذمة البريء او الاعتياض عنه بذلك وهو معنى غير معنى الضمان ، الى آخره .

وكيف كان ، فاشتركا في بعض الاثار لايجعلهما شيئاً واحداً ، ولعل الفاضلين عبرا بالاشبه لهذا السبب .

(مسألة -- ٦ -- يجوز اشترط خيار الفسخ لكل من الثلاثة) احدهم ، او اثنان منهم ، او ثلاثتهم ، كما ألمع الى ذلك الجواهر ، وقرره كافة المعلقين ، وفي المستمسك : بلا اشكال ظاهر عملاً بعموم نفوذ الشرط وصحتها .

ومنه يعلم ، صحة جعل احدهم الخيار لاجنبي ، كما اذا قال : اني اقبل الحوالة ، لكن لابي الحق في فسخها كما ذكروا مثله في باب المؤامرة ، وفي المقام سائر ما ذكروه في باب الخيار من كونه مطلقاً او ذامدة ، الى غير ذلك .

(مسألة -- ٧ -- يجوز الدور في الحوالة) بأن يحيل المحال عليه في بعض مراتب الحوالة على المحيل الاول ، أو غيرا لاول فيرجع المحتمل ، أولاً أو وسطاً ، بعد ذلك عليه ، وقد ذكر الدور في الحوالة العلامة وغيره ، بل في الجواهر لم نجد ، خلافاً هنا وان سمعته في الضمان .

أقول: ويدل عليه بالاضافة الى دليل الحوالة عموماً أو مناطاً اطلاقات أدلة العقود بالتقريب الذي ذكرناه غير مرة من انها تقتضي جريان الاحكام الخاصة

وكذا يجوز الترامي بتعدد المحال عليه واتحاد المحتمل أو بتعدد المحتمل واتحاد المحال عليه .

مسألة - ٨ - لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته

بالعقد المذكور عرفاً، لانه عقد جديد، وقد تقدم الاشكال والجواب في باب الضمان عن الضمان الدوري فراجع .
ولذا الذي ذكرناه من عدم الاشكال في الدور سكت على المتن كافة المعلقين وأيده المستمسك وغيره .

(وكذا يجوز الترامي) كما ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل الظاهر انه لا اشكال فيه عندهم ، ولذا أرسلوه أرسال المسلمات والترامي على قسمين : فهو إما (بتعدد المحال عليه واتحاد المحتمل) كان يحيل زيد عمرواً على محمد ، ويحيله محمد على علي ، وهكذا فيكون المحتمل واحداً والمحيل متعدداً ، ويدل عليه دليل الحوالة والاطلاقات - كما تقدم مثله في الدور - .

(أو بتعدد المحتمل واتحاد المحال عليه) كان يحيل زيد عمرواً على محمد ويحيل عمرو [المحتمل] علياً على محمد، ويحيل على الحسن على محمد وهكذا فان المحتمل تعدد، وان اتحد المحال عليه، والدليل عليه ما تقدم .

ثم ان التعدد في المحتمل والمحال عليه ، قد يكون بالنسبة الى كل مال الحوالة ، وقد يكون بالنسبة الى بعضه ، كما اذا احال المحال عليه ببعض مال الحوالة ودفع هو البعض الاخر ، وكذا بالنسبة الى تعدد المحتمل ، وذلك لاطلاق الأدلة .

مسألة - ٨ - لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته اذا أخذه المحتمل

وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال ، وكذا لو تبرع المحيل عنه .

وذلك لاشكال فيه ، ولاخلاف على ما وجدت من كلماتهم .

قال في المستمسك : ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه ، وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً ، ويقنضيه جواز وفاء الوارث دين المورث ، وما دل على وفاء دين الفقير من الزكاة ، وماورد في وفاء الولد دين والده وانه يكتب بذلك باراً .

أقول : وماورد من وفاء المشتري دين البائع من باب الزكاة التي على البائع ، وماورد من قبول الامام السجاد عليه السلام دين اسامة ، وغير ذلك من الموارد المتعددة ، وقد ذكرنا بعضها في [كتاب الضمان] .

نعم ، اذا لم يقبل المحتال ان يأخذه من غير المحال عليه حق له ذلك خصوصاً اذا كانت فيه عليه منة لتسلط الناس على انفسهم ، وكذا كل من اراد دفع دين الاخر ولم يقبل المدين ذلك .

(وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال) وقد تقدم في [كتاب الضمان] وجهه ، وكان قوله : [برضى] راجع الى كلتا الجملتين ، لا الجملة المتأخرة فقط .

(وكذا لو تبرع المحيل عنه) لما تقدم من تبرع الاجنبي ، ولو لم يرض المحال عليه باعطاء المحيل ، أو الاجنبي دينه فاعطاه أحدهما وقبله المحتال كان مثل ابراء المحتال له ، حيث ان الابراء لا يحتاج الى اجازة المدين ، فان ذمته تبرء وان كرهه ، لان الابراء ايقاع فلا يحتاج الى طرف آخر ، وقد ألمعنا الى ذلك في [كتاب الضمان] .

مسألة - ٩ - لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المححيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المححال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على برائته ويطالب عوض ما أداه لاصالة البرائة من شغل ذمته للمحيل

قال في مفتاح الكرامة ، وفي جامع المقاصد : ان الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة ، وفي مجمع البرهان : ان الترامي الى غاية فتأمل ثم قال : وليعلم انه يصح ترامي الكفالة دون دورها لان حضور المكفول يبطل ماتاخر منها .

(مسألة - ٩ - لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب المححيل بما أداه فادعى المححيل (أنه كان له عليه) أي على المححال عليه (مال) وانه كان من الحوالة على المديون (وأنكر المححال عليه) انه كان مديوناً ، قال : بل كان من الحوالة على البريء ، ولذا اني أطلب من المححيل ما أديته .

(فالقول قوله) أي المحال عليه (مع عدم البينة) للمحيل (فيحلف) المحال عليه (على برائته ويطالب عوض ما أداه) من المححيل وذلك (لاصالة البرائة من شغل ذمته للمحيل) اذ قول المحال عليه ببرائة ذمته موافق للاصل فالبينة على خصمه واليمين عليه ، فاذا حلف المحال عليه فهو ، وان لم يحلف يبني على ثبوت الامر بمجرد النكول - لخصمه - أو الاحتياج الى حلف المححيل اليمين المرودة كما فصلناه في [كتاب القضاء] .

وبذلك يظهر ، ضعف قول بعض المعلقين من ان كون القول قول المحال عليه انما هو اذا لم يكن المتعارف - ولو في نوعه - اشتغال ذمة المحال عليه ،

ودعوى أن الاصل أيضاً عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الاداء مدفوعة
بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال
ذمة المحال عليه وعدمه

والايقدم قول المحيل لكونه موافقاً للظاهر - انتهى .

اذ الظهور لاحجية له في امثال المرافعات .

أما مافي الدعائم - كما في كتاب المستدرك باب آداب القاضي - عن علي
عليه السلام ، انه كتب الى رفاعه لما استقضاه علي الاهواز : واقض بالظاهر ،
وفوض الى العالم ، ودع عنك الباطن . فليس المراد الاخذ بالظاهر على خلاف
قاعدة البينة على المدعي ، واليمين على من انكر ، والالزم اختصاص القاعدة
بما لا ظاهر وهو خلاف اطلاقها ، وخلاف الموارد الجزئية الواردة في الروايات
والسيرة المستمرة ، بل المراد الظاهر المدعوم بالدليل مثل سوق المسلم ويد
ذي اليد ، وما يقتضيه الاقرار ونحو ذلك فليس علي القاضي ان يحقق ، وان كان
كثير من الظواهر المدعومة على خلاف الباطن لو حقق حولها .

(ودعوى ان الاصل ايضاً) في جانب المحيل فيتساقط الاصلان ، اذ هو
يقتضى (عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الاداء) فيكون الامر من باب التداعي كما
هو كذلك في كل مورد لا اصل في جانب حتى يتحقق المدعى والمنكر ، وفي
التداعي يعمل بقاعدة العدل من التصنيف او القرعة .

(مدفوعة بأن) اصل عدم اشتغال ذمة المحيل غير جار ، لان (الشك في
حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه)
فان ذمة المحيل انما تشتغل -- بمثل ماداه المحال عليه - اذا لم تكن ذمة المحال
عليه مشغولة للمحيل ، فاذا شك في انه هل اشتغلت ذمة المحيل يلزم ملاحظة :

وبعد جريان اصاله برائة ذمته يرتفع الشك هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لان مرجع الخلاف الى صحة الحوالة وعدمها

هل ان ذمة المحال عليه كانت مشغولة ام لا ؟

فاذا جرى الاصل في ان ذمة المحال عليه لم تكن مشغولة لم يبق مجال لاجراء اصاله عدم اشتغال ذمة المحيل ، بل تشتغل ذمة المحيل ، من جهة انه بأمره أعطى المحال عليه المال للمحتال ، فهو نظير ما اذا اشترى المشتري من البائع ، ثم ادعى انه كان يطلب البائع بمقدار الثمن ، وأنكر البائع فانه لا يقبل قول المشتري بطلبه الا بالبينة ، فاذا لم تكن له بينة كان البائع منكراً ويحلف ويثبت حقه على المشتري ، فان اصاله برائة المشتري لامجال لها بعد جريان اصاله برائة البائع عن طلب المشتري منه .

وان شئت قلت : ان مجموع [كون المشتري استوفى المبيع ، و اصاله برائة ذمة البائع] يوجب كون الحق مع البائع الا اذا اقام المشتري دليلاً على انه كان يطلب من البائع ، وحيث لا دليل له فالحلف على البائع ، وكذا الكلام في السحيل والمحال عليه في المقام .

(وبعد جريان اصاله برائة ذمته) ذمة المحال عليه (يرتفع الشك هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل) بأنه كان يطلب المحال عليه بمقدار ما أداه المحال عليه على المحتال (لان مرجع الخلاف) بينهما (الى صحة الحوالة) التي يدعيها المحيل - لانه كان يطلب من المحال عليه - (وعدمها) الذي يدعيه المحال عليه ، لانه يقول : انه كان بريئاً ، فلما دفع المال الى المحال عليه طلب بدله من المحيل .

ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعى الصحة وهو
المحيل

(ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعى الصحة وهو المحيل)
لاصالة صحة العقد في ماذا شك في صحته وبطلانه ، واذا ثبتت صحة العقد لازم
ذلك برائة ذمة المحيل وذلك لاختصية دليل أصل الصحة من أدلة الاصول المقتضية
للفساد ، اذ اصل الصحة وضع في محل أصل الفساد ، فاذا لم يقدم أصل الصحة
على أصل الفساد كان تشريع أصل الصحة بلا مورد .

وبهذا تبين ، ان جعل المحقق والشهيد الثانيين التعارض بين أصل الصحة
مع أصل برائة ذمة المحال عليه غير ظاهر الوجه ، ولذا أشكل عليهما مفتاح
الكرامة والجواهر وغيرهما بتقديم أصل الصحة على أصل برائة ذمة المحيل ،
وقد سكت على المتن جملة من المعلقين كالسيدين الجمال وابن العم ، خلافاً
لاخرين ، ومنهم السيدان الوالد والبروجردى ، حيث أشكلا في تقديم قول
المحيل - بناءً على عدم صحة الحوالة على البرىء - .

وهذا هو الاظهر ، لان المعيار في المرافعات مصب الدعوى ، لا ما يؤل اليه
النزاع على ما ذكرناه في [كتاب القضاء] وأمعنا اليه في [كتاب المضاربة] وغيرها
مكرراً ، فان النزاع بين المحيل والمحال عليه في ان المحال عليه هل يطلب
المحيل أم لا ؟ المحال عليه يقول : اني دفعت مالا بأمرك الى المحتمل ، فاللازم
عليك اعطاء بدله ، سواء كانت الحوالة صحيحة ، لانها حوالة على المديون ، أو
باطلة لانها حوالة على البرىء ، فان بطلان الحوالة على البرىء لا يستلزم عدم مديونية
المحيل للمحال عليه ، فان من أخذ من غيره مالا بعقد باطل كان مديوناً للمأخوذ

ودعوى أن تقديم قول مدعى الصحة انما هو اذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه فليس طرفاً

و كذا اذا كانت الحوالة باطلة فقد استوفى المحيل ما لامن المحال عليه بسبب المحتال ، فاللازم عليه ان يعطي بدله للمحال عليه الا اذا ثبت ان المحال عليه كان مديوناً له وحيث لا بينة للمحيل يحلف المحال عليه على برائة ذمته من دين للمحيل ، ويستوفى المال من المحيل .

وقد أشكل المستمسك على المتن بصورة اخرى قال : يشكل ما ذكر بأن أصل الصحة وان اقتضى اشتغال ذمة المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة لبلحاظ أثر آخر فاذا وقع عقد أو ايقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحة يقتضي تحقق البلوغ لم تجز ترتيب آثار البلوغ كلية بل يختص بصحة العقد المذكور. و كذلك اذا شك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة ، فانه لا يترتب على اصاله صحة الصلاة الا الطهارة من حيث الصلاة الواقعة فلا يجوز له ان يصلي صلاة اخرى بلا طهارة اعتماداً على اصاله صحة الصلاة المشبهة للطهارة فلا تثبت الطهارة بلحاظ سائر آثارها ، كما بنى على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه .

(و) ال (دعوى) التي ذكرها في الجواهر معترضاً على نفسه في اشكاله على المحقق والشهيد الثانيين في كلامهما المتقدم من (أن تقديم قول مدعى الصحة) في صورة تعارض أصلي الصحة، وبرائة المحال عليه (انما هو اذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل و المحتال و أما المحال عليه فليس طرفاً) للعقد .

وان اعتبر رضاه في صحتها مدفوعة .

أولاً : بمنع كونه طرفاً فان الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين .
وثانياً : يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقق
المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة

(وان اعتبر رضاه في صحتها) على ما تقدم (مدفوعة) بالاضافة الى ان جريان
أصل الصحة لا يختص بطرف العقد ، بل يجري بالاضافة الى كل من ابتلى
بتلك القضية ، وان لم يكن طرف العقد فلو اختلف رجل وامرأة في صحة
عقدهما وبنى على الصحة لم يجز لثالث ان يتزوج بتلك المرأة عملاً باصالة
انها خلية ، اذ اصل صحة العقد جار بالنسبة الى الثالث أيضاً ، كما انه جار
بالنسبة الى نفس الزوجين .

(أولاً : بمنع كونه طرفاً) قد تقدم (ان الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين)
فيقدم قول المحال عليه اذا ادعى الصحة .

(وثانياً : يكفي اعتبار رضاه في الصحة) فانه لو لم يرض لم تصح الحوالة -
وان لم يكن طرفاً في المعاملة - (في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة) الحوالة (حجة
عليه بالحمل على الصحة) فهو اذا قال بانه أحيل اليه حملت الحوالة على الصحيح
ولازم صحة الحوالة انه كان مديوناً فلا حق له في الرجوع الى المحيل ، وما
ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة، لاما أشكل عليه المستمسك قائلًا: لا يتوقف
العمل بأصل الصحة على اعترافه ، بل اذا ثبت وجود الحوالة وشك في صحتها
لزم ترتيب الاثر عليها، وان لم يعترف بها أحد المتنازعين ، فان القاضي الشرعي
يجري الاصل المذكور ، ويعمل عليه في تشخيص المدعي والمبكر وترتيب
الاحكام - انتهى .

نعم ، لو لم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه يقدم قوله لاصالة البرائة من شغل ذمته فبأذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة اليه حتى تحمل على الصحة

اذ يرد عليه ان مدعي الصحة لو لم يكن طرفاً لم يثبت قوله بالصحة ، الصحة المترتبة عليها آثارها ، وان كان رضاه معتبراً فاب البكرالمعتبر رضاه في العقد اذا اعترف بالعقد، فهل ينفع ذلك بالنسبة الى الرجل والبنت المنكرين للنكاح ؟

نعم ، ان الاب بنفسه حسب اعترافه لايمكنه اجازة ثانية بالنسبة الى عقدها من رجل آخر لقاعدة اقرار العقلاء على أنفسهم ، وكذا في أمثال ذلك ، فقوله اذا ثبت وجود الحوالة ، غير تام ، اذ من اين ثبت وجود الحوالة .

(نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه اذن له في أداء دينه) أو انه أمره حيث قد سبق ان الامر يوجب الضمان لانه نوع استيفاء ، فيشمله : من أتلف ولايتوى ونحوهما .

(يقدم قوله) أى المحال عليه، فاللزام ان يوفي المحيل ماأداهالىالمحتال (لاصالة البرائة من شغل ذمته) أى ذمةالمحال عليه، اذ الاذن والامر ليساحوالة حتى تحمل على الصحة - وحيث لاتكون الصحة الا بكون المحال عليهمديوناً - مما لازمه عدم شغل ذمة المحيل للمحال عليه بوفائه المال الى المحتال .

(فبأذنه) أو أمره (في أداء دينه له مطالبة عوضه) بعد الاداء ، لما عرفت من انه نوع استيفاء (ولم يتحقق هنا) في الاذن (حوالة بالنسبة اليه) الى المحال عليه (حتى تحمل على الصحة) ويكون لازمه عدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه .

وان تحقق بالنسبة الى المحيل والمحتال لاعترافهما بها .
 مسألة - ١٠ - قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث
 قالوا: « لو أحال عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف ما اذا
 كان النزاع بعد الاداء أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز
 مطالبة العوض الا بعد الاداء فقبله وان جعل الوفاء بالنسبة الى
 المحيل والمحتال ، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء
 الا بعد الاداء

(وان تحقق) عقد الحوالة (بالنسبة الى المحيل والمحتال لاعترافهما بها)
 فأحكام الحوالة ترتب عليهما دون المحال عليه المنكر لها ، فالمحال عليه هنا
 حاله حال أب البكر ، فان اعتراف البنت و زوجها بانها عقدا عقداً صحيحاً ،
 مع انكار الاب الاذن - ان قلنا بتوقف النكاح على اذنه- لا يوجب حجية ذلك
 الاعتراف على الاب والله سبحانه العالم .

(مسألة - ١٠ -) قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: « لو أحال
 عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف) في ان الحق مع المحيل أو المحال
 عليه (ما اذا كان النزاع بعد الاداء) لقولهم : [أدى] يستفاد من ذلك (أن حال
 الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الاداء) كما تقدم في
 [كتاب الضمان] ان الضامن لا يأخذ البديل من المضمون عنه الا بعد أن أداه الى
 المضمون له .

(فقبله) أي قبل أداء المحال عليه (وان جعل الوفاء بالنسبة الى المحيل و
 المحتال) فان الحوالة اداء من المحيل للمحتال لفراغ ذمة المحيل بمجرد
 الحوالة .

(لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء الا بعد الاداء) وانما قال :

والاقوى حصول الشغل بالنسبة الى المحيل بمجرد قبول المحال عليه اذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة الى دين المحيل بمجرد

[البرىء] لانه اذا كانت ذمة المحال عليه مشغولة بدين المحيل، لا يكون المحيل مشغولة ذمته للمحال عليه حتى بعد الاداء.

ثم ان قوله : [قد يستفاد] اراد به قول مثل الشرائع [أدى ثم طالب] والا فجامع المقاصد والمسالك ومفتاح الكرامة والجواهر وآخرون ، قد صرحوا بذلك، مثلاً قال أولهم: لا يرجع المحال عليه مع برائة ذمته الا بعد الاداء، لان الحوالة حينئذ في معنى الضمان - انتهى.

وكذا عبارة غيره، وعللوه بما ذكره من مشابهة الحوالة بالضمان لانهانقل المال من ذمة المحيل الى ذمة البرىء ، وقد ورد الدليل في باب الضمان بأنه لا تشتغل ذمة المضمون عنه بالمال الا بعد اداء الضامن، فليكن الحوالة الشبيهة به حكمها حكمه من هذه الجهة، وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين ومنهم السيد الجمال ، خلافاً لجماعة ، حيث سكتوا على المصنف مما يظهر منهم موافقته ومنهم السيدان الوالد وابن العم.

(و الاقوى حصول الشغل بالنسبة الى) ذمة (المحيل بمجرد قبول المحال عليه) البرىء - لان الكلام فيه كما هو واضح - .

(اذ كما يحصل به) أي بسبب عقد الحوالة (الوفاء بالنسبة الى دين المحيل بمجرد) من دون الوفاء الخارجى ، فان المحيل اذا احوال على البرىء برئت ذمته بمجرد الحوالة، لان الدين ينتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه - فيما اذا قبل المحال عليه - فيبرء المحيل من الدين ولذا اذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل، يسقط دينه بمجرد الحوالة .

فكذا في حصوله بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديوناً له وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئاً ، ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه الا أن الاجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الاداء فيه

(فكذا في حصوله) أي الوفاء (بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل اذا كان مديوناً له) فقد وفي المحال عليه للمحيل بمجرد الحوالة ، لان ذمته قد اشتغلت للمحتال فلا شغل لذمته للمحيل .

(وحصول شغل ذمة المحيل له اذا كان بريئاً) والحاصل : ان اموراً ثلاثة تقع بمجرد الحوالة :

الاول: ان المحيل تبرء ذمته من المحتال .

الثاني: ان المحال عليه تبرء ذمته من المحيل - اذا كان مديوناً للمحيل - .

الثالث: ان المحيل تشتغل ذمته للمحال عليه اذا كان المحال عليه بريئاً .

(ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل) ذمة (المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه) لان الضمان يوجب نقل ذمة المضمون عنه الى الضامن ، فاذا اشتغل الضامن بالدين كان اللازم ان يشتغل المضمون عنه للضامن أيضاً، ولو قبل الوفاء من الضامن ، اذ الاشتغال على الضامن في مقابل الاشتغال له ، والا لزم ان تشتغل ذمة الضامن بدون ان يكون للضامن في قبال شغل ذمته شيء، وذلك خلاف قاعدة المبادلة.

(الا أن الاجماع) في الضمان (وخبر الصلح) الذي مر هناك (دلا على التوقف) توقف اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن (على الاداء) من الضامن للدين (فيه) أي في الضمان فرغنا اليد عن القاعدة في باب الضمان كان لاجل

وفي المقام لا اجماع ولا خبر بل لم يتعرضوا لهذه المسألة

دليل خاص على خلاف القاعدة.

(و) لكن (في المقام) باب الحوالة (لا اجماع) على التوقف (ولا خبر) يدلان على ان الشغل بعد الاداء حتى نرفع اليد عن القاعدة بسببهما.
(بل لم يتعرضوا لهذه المسألة) أصلاً، فكيف يكون اجماع في الحوالة كما كان اجماع في الضمان .

أقول: فيه ما عرفت أول المسألة من تعرضهم لها.

ومما تقدم يعلم، وجه النظر في قول جماعة من المعلقين حيث ذكروا أن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه الا بعد الاداء اذ به يتحقق استيفائه لماله بأمره وعليه يترتب ان حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن مثل الصلح والابراء والوفاء بالاقبل .

أقول : هذا المعلق وغيره استدلوا بأن كون الحوالة كالضمان من باب القاعدة - لانهم استدلوا لذلك بقولهم: اذ به ، الخ - .

وبعض المعلقين الاخر استدلوا لتساويهما بأن الحوالة ضمان ، ولذا كان لها حكم الضمان .

قال السيد البروجردي : الظاهر ان حكمها حكم الضمان في ذلك ، اذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى ، وان اختلف اللفظ وخصوصية اللفظ لا دخل لها في نظر العرف ، بل الظاهر ان الابراء والوفاء بالاقبل كذلك - انتهى .

وفيها ما لا يخفي، اذ تخلص المحيل استيفاء لا الاداء، والحوالة غير الضمان مفهوماً ووحدة الحقيقة لا توجب وحدة الاحكام والافالهة المعوضة والبيع لهما

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الاداء ، بل وكذا لو أبرئه المحتمل أو وفاه بالاقبل أو صالحه بالاقبل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً اذا كان بريئاً .

وحدة الحقيقة وهكذا .

(وعلى هذا) الذي ذكرناه من ان براءة ذمة المحيل عن المحال بمجرد الحوالة ، توجب اشتغال ذمته للمحال عليه بمجرد ما أيضاً (فله الرجوع على المحيل ولو قبل الاداء) بمجرد الحوالة .

(بل وكذا) له الرجوع (لو أبرئه المحتمل أو وفاه بالاقبل أو صالحه بالاقبل) أو نحو ذلك مما يسبب عدم اعطائه له، أو اعطائه الاقل ، كما اذا صار المحتمل كافراً حربياً، حيث هدر ماله فلم يؤد المحال عليه له شيئاً .

(فله) للمحال عليه (عوض ما أحاله) المحيل (عليه بتمامه مطلقاً) دفع الكل أو البعض ، أو لم يدفع شيئاً (اذا كان) المحال عليه (بريئاً) .

وما ذكره الماتن هو الذي أيده المستمسك، حيث نقل اشكال بعض الاعاظم على المتن [بان استيفاء مال الغير الموجب لضمانه انما يحصل بالاداء لا بمجرد الاشتغال] فقال : ليس الامر كذلك لان الاداء انما يكون لمصلحة المحال عليه للمصلحة المحيل ، فان مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة بما كان فراغ ذمته وصلاح حاله والاداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه ولا يرتبط بالمحيل حتى يكون له استيفاء بالمحيل ، الى آخر كلامه .

ومما تقدم ظهر ، عدم الفرق - في مال الامر - بين الحوالة على البرىء والحوالة على المشغول الذمة، ففي كليهما ينتقل الامر من المحيل الى المحال عليه، فان كان مديوناً للمحيل برئت ذمته منه، وان كان بريئاً، اشتغلت ذمة المحيل

مسألة -- ١١ -- اذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح ، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته ، والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف . اذ غاية ما يكون كونه مترلز لا فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الاداء تكليفاً كما ترى .

ثم ان العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولولم يحصل الاداء منه فاذا أعتقه المولى قبل الاداء بطل عتقه ، وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الاداء لان الحوالة ليست في حكم الاداء ، بل في حكم التوكيل .

وعلى هذا اذا اعتقه المولى صح وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لانه صار لازماً للمحتال ، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة فيه نظر من وجوه ، وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الاداء انما هي بالنظر الى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الاداء ، كما في الضمان فهي وان كان كالاداء بالنسبة الى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرء ذمة المحيل ، لكن بالنسبة الى المحال عليه والمحيل

له ، من غير فرق بين ان يدفع المحال عليه للمحتال كل الدين أو صالحه أو ابرئه

ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور، كما عرفت فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالاداء فيتحقق بها الوفاء .

مسألة - ١٢ - لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بشمنها صح لان حاله حال الاحرار من غير فرق بين سيده وغيره، وما عن الشيخ من المنع ضعيف .

مسألة - ١٣ - لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجباً لانعتاقه سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا ؟

مسألة - ١٤ - لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة

(مسألة - ١٤ - لو اختلفا) المحيل والمحتال (في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة) فقال المحيل: كانت وكالة، فاللازم عليك ان تدفع المال الي وقال المحتال: بل حوالة فالمال صار لي، اوقال المحيل: كانت حوالة فلاحق لك ايها المحتال علي، لان ما في ذمتي نقلت الي ذمة المحال عليه، وقال المحتال بل كانت وكالة، فالمال كان لك، فمثلا: اذا تلف في يدي ذهب من كيسك لاني أمين، وقد بقي طلبتي عليك، الي غير ذلك من وجوه نفع مدعي الوكالة أو مدعي الحوالة .

(فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة) كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير علي ما نقل عنهم مفتاح الكرامة ونسب الي اولهم انه لاخلاف فيه، وعلمه بأن الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض علي المديون - في مفروض

سواء كان هو المحيل أو المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده وذلك لأصالة

القواعد، حيث قال: ولولم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: احلنتي وقال المديون: وكتلتك في استيفاء ديني صدق المديون.

(سواء كان هو المحيل أو المحتال وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده) أشار بذلك إلى جماعة منهم، حيث فرقوا قبل القبض وبعده، هذا ولكن الأقرب أن المسألة من التداعي، لأن كل واحد منهما يدعي خلاف ما يدعيه الآخر، وقد ذكرنا في [كتاب القضاء] وغيره أن المعيار في كون الشخص مدعياً أو منكرأً مصب الدعوى، لا الغرض المقصود من التداعي، لأن المصعب هو المنصرف من البينة على المدعى، واليمين على من انكر، وهو الذي جرت عليه سيرة القضاة، فإذا تنازع رجل وامرأة في انهما زوجان أو لا؟ وكان غرض المرأة المدعية للزواج تحصيل النفقة فقط، وغرض الرجل المنكر عدم اعطائها لم يلاحظ القاضي الغرض المقصود بل لاحظ المصعب، وكذا في سائر أمثاله.

وعليه فالمقام من التداعي من غير فرق بين أن يكون الخلاف بين المحيل والمحال عليه كما في المتن، أو بين المحيل والمحتال، أو بين المحتال والمحال عليه، مثلاً: يدعى المحال عليه أنك كنت وكيلاً، وعزلت بموت الموكل، ويقول المحتال: بل كنت محالاً عليك واطلب منك الآن، وإن مات المحيل إلى غير ذلك من الفوائد في صورة ادعاء المحتال الحوالة والمحال عليه الوكالة أو صورة عكسها.

(و) منه يعلم، أن قول المصنف بتقديم منكر الحوالة لأن ذلك لأصالة

بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه
للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال

بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال (بصااة بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل
وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال) محل منع، ودعوى المبسوط عدم
المخلاف بالاضافة الى انه ليس باجماع يرد عليه ظهور الاستناد الى القاعدة
المذكورة في ميزان المدعي والمنكر، لان غير واحد استدلوا لتقديم مدعي
الوكالة بذلك؛ وقد عرفت الاشكال في الميزان المذكور فلم يصح الاستناد الى
عدم الخلاف.

ثم ان غالب المعلقين، ومنهم السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي
ذهبوا الى ما في المتن وسكتوا عليه، الا ان بعضهم ذكر بعض التفاصيل في
المسألة، والمستمسك حيث يجعل المعيار في المدعي والمنكر الغرض المقصود
لامصب الدعوى ذهب الى ما ذكره المصنف، وبعضهم أشكل على عدم فرق
المصنف بين قبل القبض وبعده بما لفظه:

لاشكال في جريان الاصول المذكورة قبل القبض.

وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، لانه على
فرض الحوالة تبرء ذمته بمجردها، وعلى فرض الوكالة تبرء بادائها الى وكيل
المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنها، وكذلك ذمة المحيل في
الحوالة تبرء بمجردها، وفي الوكالة بأخذ الوكيل بمقدار ما عليه من المحال
عليه عوضاً عن دين المحيل.

نعم، لو كانت الدعوى الوكالة في أخذ المحال بوكالة المحيل والبقاء عنده
امانة فيصح استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما

ودعوى أنه اذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتمل
فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً فيكون القول قول المحتمل
في هذه الصورة مدفوعة بأن مثل هذه اليد لا تكون امارة على ملكية
ذبيها فهو نظير ما اذا دفع شخص ماله الى شخص وادعى أنه دفعه
أمانة

أخذه اليه - انتهى .

(و) الدعوى التي ذكرها في الجواهر وجهاً لتردد الشرائع ، حيث قال
المحقق : اذا قال احلتك عليه فقبض ، وقال المحيل : قصدت الوكالة وقال
المحتمل : انما أحلتني بما عليك ، فالقول قول المحيل ، لانه أعرف بنيته وفيه
تردد .

أما لو لم يقبض الى آخر كلامه مما يدل على ان كلامه السابق كان بعد القبض
(أنه اذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتمل فيكون المحيل المنكر
للحوالة مدعياً فيكون القول قول المحتمل في هذه الصورة) التي كانت الدعوى
بعد القبض ، وعليه فاذا قبض البعض كان لكل بعض حكمه ، وان أورث التفكيك
بين المتلازمين ، لانه غير عزيز بمقتضى الادلة .

(مدفوعة بأن مثل هذه اليد لا تكون امارة على ملكية ذبيها) وذلك لان النزاع
في سبب هذه اليد ، ومادام يكون النزاع هناك لا تحكم اليد لوجود الحاكم
على اليد السابق عليها، ولذا اشتهر بينهم ان ذا اليد اذا ادعى الملكية عن سبب
معين كان مدعياً، لانه كما في المستمسك: اليد انما تدل على الملكية في الجملة،
ولا تدل على السبب المدعى فالمدعى له تخالف دعواه الاصل - انتهى . والسبب
ان أدلة حجية اليد لا تشمل مثل ذلك .

(فهو نظير ما اذا دفع شخص ماله الى شخص وادعى) الدافع (أنه دفعه أمانة

وقال الاخر دفعتنى هبة أو قرضاً فإنه لا يقدم قول ذى اليد هذا كماه
اذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما اذا علم وكان ظاهراً في
الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع

وقال الاخر) القابض (دفعتنى هبة أو قرضاً) أو اعراضاً عن ماله أو ماأشبه ذلك
(فانه لا يقدم قول ذى اليد) باعتبار كونه ذا يد، بل اللزم التحالف ، كما نراه من
كون المعيار فى المنازعات مصب النزاع ، لاملاحظة الغرض ، وجعل النزاع
من باب المدعي والمنكر، على مااختاره بعضهم كما تقدم .

وبذلك يظهر ، وجه النظر فى قول المستمسك : ان المدار فى كيون
الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى ، والغرض هو الملكية لا السبب
المعين، فالعمدة فى عدم حجية اليد فى المقام عدم الدليل على حجية اليد، لان
أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي وهو يختص بغير هذه الصورة .

هذا كله اذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما) عند العقد ولم يكن الى العلم
به سبيل، اذ اللزم فى المرافعات فحص الحاكم عما له مدخلية فى احقاق الحق
لانه الموضوع لذلك .

(وأما اذا علم) اللفظ (وكان ظاهراً فى الحوالة أو فى الوكالة فهو المتبع)
وان قال أحدهما: انه حين التلفظ لم يرد مفاده، بل أراد غير ظاهره، اذ الانسان
مأخوذ بظاهر كلامه، والالملك كل انسان ان ينكر ان مراده ظاهر لفظه فى الأقرارير
وماأشبهه ، مع انه خلاف المتيقن من سيرة المشرعة التي امضاها الشارع ،
حيث لم يردع عنها، فاذا قال له: علي ألف درهم، أو قد طلقت زوجتي، أو انها
تطلب النفقة منى أو ماأشبهه أخذ بظاهر كلامه، ولم يقبل انه أراد غير الظاهر من
هذه الجمل ، مثل حذف جملة شرطية فى الاول بأن قدر [ان اقرضني] واردة

ولو علم أنه قال : أحلتك على فلان وقال : قبلت ، ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة ، فربما يقال : انه يقدم قول مدعى الحوالة

اعطاها الاختيار والاطلاق في الثاني، وحذف لفظة: [في المستقبل] في الثالث الى غير ذلك .

ولذا قال في مفتاح الكرامة: لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد ، فان كان قال له : أحلتك بالمائة التي لك علي علي زيد، فهذا لا يحتمل الاحقية الحوالة، فالقول قول مدعيها قطعاً ، كما في التذكرة والتحرير - انتهى .

فان مراده بلايحتمل، من جهة الظهور لالنصوصية، ولما ذكرناه في وجه قول المصنف سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم .

(ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان وقال: قبلت، ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة ، فربما يقال : انه يقدم قول مدعى الحوالة) كما عن التحرير وجامع المقاصد وتبعهما الجواهر، واستدل له ثانيهما: بمانبه عليه في محكى التذكرة من ان اللفظ الواقع مجرداً عن القرائين يجب حمله على حقيقته، لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز، فالتجرد دليل ارادة الحقيقة والالزم الاغراء بجهل المقصود، والاصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفة للاصل، ثم ذكر انه اذا لم يقدم قول مدعي الحوالة لزم القدر في جميع أبواب البيع والصلح والاقرار والنكاح وغيرها .

أقول: وكأنه أراد ان عدم القدر فيها مقتضى السيرة الواصلة من الشارع فلزم ان يكون المقام كذلك .

والمصنف ذكر نصف الاستدلال ، أي الصغرى ، واحال الكبرى على

لان الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في
الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة وفيه منع الظهور المذكور، نعم
لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها كلفظ
أحلت

وضوحها، قال: (لان الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله)
أى لفظ: أحلت (فى الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة) لما تقدم من السيرة
ونحوها ومقابل قول من يقول بتقديم قول مدعى الحوالة قول الشيخ في محكى
المبسوط وجماعة - على ما نسبه اليهم المسالك - وتبعهم القواعد، فقالوا بتقديم
قول المحيل .

واستدل له فى الاخير بأنه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء
حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتمل على المحيل، لكن تردد أخيراً
فقال: ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ، كما ان التردد محكى عن
التذكرة والشرائع والكفاية وقد اطال المسالك فى تصحيح كلام الشيخ ورد
جامع المقاصد .

ومما تقدم ظهر، ان القائلين بتقديم قول المحيل لم يستشكلوا فى ظهور
لفظ: [أحلت] بل استشكلوا من جهة الاصل، وانه اعرف بنيته .

فقول المصنف: (وفيه منع الظهور المذكور) محل منع، ولذا قال ابن
العم: لا يبعد ظهوره فى الحوالة المصطلحة، وقال الوالد: ان [ربما يقال] هو
الظاهر، وان سكت على المتن جماعة منهم السيدان البروجردى والجمال .

(نعم لفظ الحوالة ظاهر فى الحوالة المصطلحة وأما ما يشتق منها كلفظ
أحلت) واحالة [ولم يرد كل مشتق والايشمل مثل: المحيل، والمحتال، والمحال

فظهوره فيها ممنوع كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك فتقديم قول مدعى الحوالة في الصورة المفروضة محل منع.

عليه ، مع وضوح ظهورها في المصطلحة] .

(فظهوره فيها ممنوع) لعدم التلازم بين ظهور المبدء وظهور المشتق ، فهو مثل صحة استعمال أحدهما دون الآخر في بعض المجالات ، مثلاً : ورد في القرآن الحكيم : « وعلم آدم الاسماء » و « امنحن الزارعون » و « يضل من يشاء » مع انه لا يصح اطلاق المعلم والزارع والمضل ، بالنسبة اليه سبحانه .

أما ما ذكره المستمسك على قوله : [ممنوع] بقوله ، فيه نظر ، لان المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له في مادة الاشتقاق ، نعم كان الاولى له ان يمنع ان يكون : احلتك ، مشتقاً من الحوالة ، فلعله مشتق من التحويل ، وحينئذ يتخلص من الاشكال المذكور ، الى آخر كلامه .

فيرد عليه أولاً : ان التبعية في الاشتقاق لا يلزم التلازم في الظهور .

وثانياً : ان الحوالة هي الاصل حتى بالنسبة الى التحويل ، فلا ينفع جعل المشتق منه التحويل .

(كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك) ولذا قال سبحانه : « يوصيكم الله في أولادكم » واستعملت [وصيتي] في نهج البلاغة في غير المصطلحة ، الى غير ذلك .

وكيف كان (فتقديم قول مدعى الحوالة في الصورة المفروضة) فيما قال [احلتك على فلان] (محل منع) وفي المستمسك : انه هو المتعين .

أقول : في كلام المصنف نظر لعدم تسليم منعه الظهور واذا كان ظاهر أخذ

مسألة -- ١٥ -- اذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين

بالظهور ، الا ان يثبت خلافه لما عرفت من ان ذلك مقتضى السيرة .
و منه يعلم ، ان تجويز المسالك كون لفظ الحوالة مشتر كاً بينها وبين الوكالة ، لا يصحح كلام الشيخ ، لانه على تقدير تسليم الاشتراك - و هو غير قابل للتسليم - لا ينفع بعد ظهورها في المصطلحة ، فان صرف الاشتراك لغة لا يلزم منع الظهور الذى هو المعيار ، والله سبحانه العالم .

(مسألة - ١٥ - اذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن) الذى يطلبه البائع من المشتري وكذا لو أحال المؤجر الذى يطلبه الاجرة دائنه على المستأجر ، الى غير ذلك .

كما لو أحالت المرأة دائنتها الى زوجها الذى يطلبه المهر (أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري) حيث ان بناء الحوالة في الامثلة المذكورة على صحة البيع والاجارة والنكاح (ثم بان بطلان البيع) وغيره (بطلت) أى ظهر بطلان (الحوالة في الصورتين) المذكورتين في المتن ، كما في الشرائع والقواعد والمسالك وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر وغيرها ، بل عن الفخر الاجماع عليه .

وكذا يظهر بطلان الحوالة في الصور التى ذكرناها ، نعم اذا ظهر بطلان النكاح ، وقد دخل بها من دون علم منها ببطلان النكاح استحقت المهر بسبب الدخول ، و ان لم تستحق بسبب النكاح فلا تبطل الحوالة ، لانها تطلب منه المهر .

لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع ، واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال وهذا في الصورة الثانية ، وفي الصورة الاولى ، وان كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البريء الا أن المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه

أما اذا كانت عالمة بالبطلان ومع ذلك اعطتها نفسها كانت زانية ولا مهر لبغى فتبطل الحوالة أيضاً ، وانما تبطل الحوالة في الصور المذكورة (لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع) وعدم اشتغال ذمة المستأجر للمؤجر والرجل للمرأة .

نعم ، اذا استفاد المستأجر من الدار مع بطلان الاجارة كانت الحوالة صحيحة أيضاً ، وكذلك اذا استفاد المشتري من المبيع بيعاً باطلا ، اذ البطلان لا يوجب عدم الضمان لقاعدة اليد والاستيفاء ، فمرادهم صورة عدم الاستيفاء .

(واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال) كما علل البطلان بهذه العلة غير واحد منهم (وهذا في الصورة الثانية) أى ما ذكره بقوله : أو أحال المشتري الخ .

(وفي الصورة الاولى) ما اذا احال البائع على المشتري (وان كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البريء) كما اخترناه في بعض المسائل السابقة (الا أن مقتضى كون العقود تتبع القصد ، ولا قصد للحوالة حقيقة فلا حوالة بالاضافة الى ان (المفروض ارادة) البائع (الحوالة عليه) على المشتري (من حيث ثبوت الثمن في ذمته) أى ذمة المشتري (فهى في الحقيقة حوالة على ما في ذمته) ذمة المشتري (لاعليه) حتى يكون من الحوالة على البريء لكن ربما

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبيل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض ويكون المقبوض باقياً على ملك

يمنع كلا الاشكالين .

أما الاول : فلانه انما تبطل الحوالة اذا كان من قبيل التقييد ، لامن قبيل تخلف الداعى ، و الا لم يكن وجه للبطلان ، كما لا تبطل سائر العقود ، و الايقاعات اذا تخلف الداعى فيها .

وأما الثاني : فلانه لامعنى للحوالة على ما في الذمة ، فقد سبق في تعريف الحوالة انها نقل ذمة الى ذمة ، منتهى الامران المحال عليه لو كان مشغول الذمة للمحيل كانت الحوالة استيفاءً من المحيل لدينه بخلاف ما اذا كان المحال عليه بريئاً .

و منه يعلم ، عدم وجه لسكوت جملة من المعلقين أمثال السادة الوالد و البروجردى وابن العم وغيرهم على المتن وان اشكل عليه السيدان الجمال و الحكيم وغيرهما ، قال ثانيهما : فيه ان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه لا الى ما في ذمته .

نعم ، قد يلحظ ما فى ذمته قيداً للتحويل ، وقد يلحظ داعياً ، وقد لا يلحظ أصلاً ، وفى الاول : تبطل الحوالة بفقده لانتفاء المقيد بانتفاء قيده ، ولا تبطل فى الاخيرين لانتفاء المقتضى .

أقول : وقد يكون ما فى ذمته مصباً ، وهو مثل القيد فى البطلان اذ لامصب كما تقدمت الاشارة الى ذلك فى بعض المسائل السابقة .

(ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده فاذا كان بعد القبض) للمحال من المحال عليه ، (ويكون المقبوض باقياً على ملك

المشترى فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الاولى وعلى البائع في الثانية .

مسألة - ١٦ - اذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة

المشترى) أى فى الصورة الاولى وعلى ملك البرىء ، أو مديون المشتري فى الثانية - كما فى تعليقة الوالد - فانه اذا احال المشتري البائع على البرىء يكون المقبوض باقياً على ملك البرىء ، فله الرجوع به ، واذا تلف جاز له الرجوع على كل من المحيل والمحتال ليأخذ بدله .

(فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال) لانه القابض ما ليس له (فى الصورة الاولى وعلى البائع فى الثانية) لانه القابض لما ليس له ، ثم من سوق الكلام فى البائع والمشتري تعرف كيفية سوقه فى المؤجر والمستأجر وغيرهما مما المعنا اليه فى أول المسألة ، لوحدة الدليل فى الكل ، واذا تلف البعض ، فهل الرجوع بقدر نفس ذلك البعض ، أو بقدر ما تلف عليه ، اذا كانت قيمة البعض تختلف بالانضمام وعدمه كمصراعى الباب والحذاء؟ المسألة مرتبطة بباب الغصب ولذا فلا حاجة الى اطالة الكلام فيه هنا .

(مسألة - ١٦ - اذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين) ذكر فى اول المسألة الخامسة عشر .

(ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات) حيث اختار من له الخيار الفسخ، ومنه يعلم، حال ما اذا حصل الانفساخ فى البعض حيث ان ذلك يؤثر فى عدم تمامية كل الحوالة، مثلاً: كانت الحوالة بمائة، فاذا بطل نصف البيع أثر فى نصف الحوالة (فالحوالة صحيحة) لشمول الادلة لها بدون محذور فى

لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري بالثمن ، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية - وهي ما اذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي -

بقائها (لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن) نعم، لو كانت الحوالة مقيدة بالمديونية للمشتري، أو كون ذلك مصباً بطلت لذهاب الحكم بذهاب موضوعه، أو بذهاب قيده.

أما اذا كانت مشروطة حق له الفسخ أخذاً بالشرط (فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما أنتقل اليه ثم حصل الفسخ) البيع بالاقالة أو الخيار (فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع) كما قرر في بحث الخيارات.

(ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده) لان الدليل المتقدم في عدم ضرر ذلك بالحوالة شامل لكلتا الصورتين (فهي) أي الحوالة (تبقى بحالها و يرجع البائع) المحيل (على المشتري بالثمن) لان البائع قد قبض الثمن من المحال عليه، فاللازم عليه أن يرد الثمن بعد بطلان البيع.

(وما عن الشيخ) في المبسوط (و بعض آخر) وهم أصحاب الايضاح و جامع المقاصد ومجمع البرهان على ما حكى عنهم (من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان في الصورة الثانية - وهي ما اذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي -) بل في مفتاح الكرامة: ان البطلان هو مذهب كل من

لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الاولى ضعيف والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة

قال ان الحوالة استيفاء (لأنها تتبع البيع في هذه الصورة ، حيث أنها بين المتبايعين) فاذا بطل البيع بطلت الحوالة .

(بخلاف الصورة الاولى) وهي ما اذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن فانها لا تبطل (ضعيف) لعدم الفارق بين الصورتين فاللازم أما بطلان الحوالة فيهما أو صحة الحوالة فيهما لأن الحوالة في الصورة الاولى وقعت من البائع على الثمن، وفي الصورة الثانية وقعت من المشتري بالثمن فان كان بطلان الثمن لفسخ المعاملة موجباً لبطلان الحوالة لزم بطلانها في كلتا الصورتين وان لم يكن بطلان الثمن موجباً لبطلان الحوالة لم تبطل الحوالة في كلتا الصورتين. وكأنه لذا تردد المحقق في الشرائع والعلامة في الارشاد في البطلان و نقل مفتاح الكرامة التردد عن التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك.

(والتبعية) أى تبعية الحوالة للبيع (في الفسخ وعدمه) فاذا فسخ البيع بطلت الحوالة وان بقى البيع بقيت الحوالة (ممنوعة) اذ الحوالة تكون على الذمة لاعلى المال والذمة باقية .

نعم ، اذا كان الثمن مأخوذاً مصباً أو قيداً بطلت الحوالة ، لانه لامال بعد الفسخ .

أما اذا أخذ الثمن شرطاً كان له الفسخ للحوالة باعتبار تخلف الشرط ، واذا أخذ داعياً ، أو لم يلحظ أصلاً لم يكن وجه لبطلان الحوالة .

ومنه يعلم ، ان قول المستمسك : المال مأخوذ قيداً تارة وداعياً اخرى و غير ملحوظ نالته ، والتبعية تختص بالصورة الاولى لاغير وفيها أيضاً ، لاتبعية

في الفسخ - انتهى .

يرد عليه أولاً : انه لم يذكر الشرط والمصعب مع انهما اعتبار ان يختلف الحكم حسبهما باعتبار ان العقود تتبع التصود .

وثانياً : ان التبعية ليست خاصة بصورة واحدة فقط .

وثالثاً : انه لا بد من القول بالتبعية في الفسخ في القيد ، لان المقيد عدم عند عدم قيده .

ومما تقدم يظهر وجه التأمل في كلام الشرائع ، حيث فصل بين الموضوعين قال : اذا احوال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لانها تتبع البيع وفيه تردد ، أما لو احوال البائع اجنبياً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب ، أو بامر حادث لم تبطل الحوالة لانها تعلقت بغير المتبايعين -- انتهى .

اذ لافرق بين الصورتين ، سواء فيما أخذ الثمن مصباً أو قيداً ، أو شرطاً أو داعياً ، أو غير ملحوظ في الانفساخ في الاولين ، وعدمه في الاخيرين ومراعي في الاوسط ، كما يظهر وجه التأمل في قول المحقق بعد ذلك ، ولو ثبت بطلان البيع - أي من أصله لا من الفسخ - بطلت الحوالة في الموضوعين - انتهى .

اذ اللازم نفس ذلك التفصيل بين المصعب والقيد وغيرهما هنا أيضاً ، ولا يقف أمام هذا التفصيل الذي ذكرناه قول الجواهر في تعليل كلام الشرائع بقوله : لظهور عدم اشغال ذمة المحال عليه ، وان قلنا بجواز الحوالة على البريء فان القرض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي حوالة على ما في ذمته لاعليه - انتهى .

اذ لماذا فرض كون الحوالة هنا مقيدة ، أو جعل الثمن مصباً ولم يفرض

نعم ، هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن ، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين وربما يقال: ببطانها ان قلنا انها استيفاء وتبقى ان قلنا انها اعتياض والاقوى البقاء ، وان قلنا انها استيفاء لانها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع

ذلك في الصورتين المتقدمتين ، مع ان عقد الحوالة يمكن تصويره على كل الانحاء الخمسة في كل فروض الشرائع الثلاثة .

(نعم ، هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن ، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين) وان حاول المستمسك جعل الفرق بينهما بما ليس بفارق (وربما يقال) والقائل العلامة في القواعد والتذكرة (ببطانها ان قلنا انها استيفاء وتبقى) الحوالة على حالها بعد الفسخ أيضاً (ان قلنا انها اعتياض) قال كما في الاولى بما لفظه: ولو احتمال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق ، فان قلنا ان الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق ، فاذا بطل الاصل بطلت هيمة الارفاق ، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ، ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح ، وان قلنا انها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب .

(والاقوى البقاء) للحوالة (وان قلنا أنها استيفاء) بالمعنى الاعم ، و بذلك يظهر وجه النظر في قول السيد الجمال كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض ، ورجوعاً الى دعوى الاعتياض ظاهر (لانها معاملة مستقلة) فليس ايفاءً مجرداً حتى تبطل الحوالة ببطلان البيع ، بل هي (لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع) بل ولو لم تكن الحوالة لازمة كان الامر كذلك ، فقوله [لازمة] من باب بيان الحقيقة ، لامن باب توقف عدم البطلان عليه .

وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة كما اذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع الى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً ، حيث انه اذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسرة

(وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة) حتى ترتبط بالبيع (كما) مثال [ليس] (اذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع الى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً) .

أقول : الشيء الآخر قد يكون بينه وبين الثمن نوع قريب كالحيوان المدرب والحيوان غير المدرب ، وقد يكون بينهما نوع بعيد كالشجر والحجر وكلاهما يصلح وفاءً اذا لاحظ المالية دون الخصوصية ، فانه اذا لو حظت الخصوصية كان في كليهما اعتياض ، و اذا لو حظت المالية كان في كليهما وفاء ، فقول المستمسك : في كون ذلك من الوفاء اشكال ، لان الوفاء أرادها في الذمة والجنس الآخر اجنبي عما في الذمة فلا يكون اداءً له .

نعم ، اذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح و المكسرة يمكن تنازل المشتري عن الوصف ، فيدفع غير الموصوف كالصحيح بدل المكسور فيكون الوفاء بالنسبة الى الذات ، وهذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات - انتهى . غير ظاهر الوجه ، اذ قد ظهر ان الاختلاف بقصدهما المالية ، أو مع الخصوصية ، ففي الاول يكون كلاهما وفاءً ، وفي الثاني يكون كلاهما اعتياًضاً .

(حيث انه اذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسرة) التي وقع عليها البيع .

فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فى الانفساخ بخلاف ما نحن فيه ، حيث ان الحوالة عقد لازم وان كان نوعاً من الاستيفاء .

لايقال: بل اللازم ان يرحح اليه الدراهم المكسرة ، لان المعطي أعرض عن صفة الصحة عند اعطاء الصحيحة ، فالذى يطلب منه بعد الفسخ المكسرة فقط ، أي بدون صفة الصحة ، وكذلك اذا أعطاه دابة غير معلمة مكان الدابة المعلمة ورضى به المشتري ، لان الصفة سقطت بالاعراض .

لانه يقال : أولا - الفسخ يجعل البيع كان لم يكن فيرجع كل شىء الي صاحبه .

وثانياً - كان الاعراض مقيداً، فاذا ذهب القيد ذهب الاعراض .
ولايقال : انه كالابراء لايمكن الارجاع فيه .

لانه يقال: حيث كان القيد اعتباراً عقلياً وانهم يرون الرجوع، حيث الفسخ لم يكن كالابراء، فان الشرع في المعاملات امضى العقلانيات الا ما استثني ، وليس المقام من المستثنى، اذ لا دليل على الاستثناء .

(فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة بل يتبع البيع فى الانفساخ) فيرجع كل شىء الى حالة ما قبل البيع (بخلاف ما نحن فيه) من الحوالة (حيث ان الحوالة عقد لازم، وان كان نوعاً من الاستيفاء) ثم اذا قبض المحتمل المال ثم ظهر بطلان البيع رجع المحال عليه على المحتمل بعين ماله ان كانت موجودة وبديلها ان كانت تالفة لقاعدة على اليد وللمسألة فروع تظهر مما ذكر.

مسألة - ١٧ - إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائته عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحال والمحال عليه وجب عليه الدفع اليه ، وان لم يكن من الحوالة المصطلحة ، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته

(مسألة - ١٧ - إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائته عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل المحال) إذ يحق له ان لايقبل ، لانه مقتضى تسلطه على نفسه وماله (والمحال عليه) إذ يحق له ان لايقبل لانه مكلف بدفعه الى المالك ، لاالى من احاله عليه ، فان جبره ان يدفعه الى المحال خلاف سلطنته على نفسه .

(وجب عليه الدفع اليه) الظاهر ان قبول الوكيل الدفع الى المحال لايسقط سلطنته على نفسه ، إذ القبول ليس عقداً لازم الوفاء فلمو كيل بعد ان قبل ان يرجع من قبوله ويدفعه الى نفس المحيل ، ولذا أشكل المستمسك في وجوب ذلك قال : وكما يمكن الفرار عن التصرف في المال بغير اذن مالكة بالدفع الى المحال يمكن ارجاعه الى المالك .

نعم ، إذا تعذر الدفع الى المالك حينئذ وجب الدفع الى المحال لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير اذنه ، وحينئذ لايتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة .

(وان لم يكن من الحوالة المصطلحة) لانه ليس انتقال الدين من ذمة الى ذمة .

(و) حينئذ (إذا لم يدفع) المحال عليه المال الى المحال (له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته) بل له الرجوع ، وان استعد المحال عليه الدفع ، إذ قد

ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه اذا كانت
الخسارة الواردة عليه مستنداً اليه للغرور .

تقدم ان القبول لايسبب اللزوم، لانه ليس بعقد لازم الوفاء .

(ولو لم يتمكن) المحتمل (من الاستيفاء منه) أي من المحيل - بعد ان
احاله - (ضمن الوكيل المحال عليه) فللمحتمل اجباره، وان لم يكن فالتقص
منه (اذا كانت الخسارة الواردة عليه) على المحتمل (مستنداً اليه) الى المحال
عليه (للمرور) فان المحال عليه، حيث قبل اعطاء المحتمل المال، كان غاراً له،
فانه اذا لم يكن قبل أجبر المحتمل المحيل على الدفع، فقبول الوكيل تغرير
والمغرور يرجع الى من غر، فهو مثل ما اذا قبل المحال عليه وسافر أو مات
المحيل مما أوجب تعذر الرجوع عليه .

وهذا هو الذي أيده غالب المعلقين بالسكوت على المتن كالسادة الوالد
وابن العم والبروجردى وغيرهم، وان أشكل عليه السيد الجمال بأن التشبث
بقاعدة الغرور ضعيف غايته، وفيه ماتقدم، ولذا قال المستمسك: قاعدة الغرور
شاملة للمقسام، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لا يمنع من صدق
الغرور، فان الغرور لم يكن مستنداً الى وجوب الوفاء، بل مستنداً الى الثقة
بالوفاء بالوعد - انتهى .

أما ما أشكل على المتن بعض المعلقين من الاغتشاش في هذه المسألة،
ففيه انها كسائر المسائل التي تختلف انظار الفقهاء فيها فلا ترمى بالاغتشاش،
وانما باختلاف النظر، والله سبحانه العالم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة
والسلام على محمد وآله الطاهرين .

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

قم المقدسة

الفهرست

- ٩ الضمان من ضمن لاضم
١١ يكفى فيه اللفظ والفعل
١٣ هل يكفى رضى المضمون له؟
١٥ هل يشترط القبول في الضمان؟
١٧ وفاء الدين تبرعاً
١٩ شرط الضامن البلوغ والعقل
٢١ عدم كون الضامن مكرهاً أو محجوراً
٢٣ اشتراط التنجيز في الضمان
٢٥ المناقشة في شرط التنجيز
٢٧ هل فرق بين العقد واليدي؟
٢٩ ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه
٣١ هل يصح الضمان اذا حصل المقتضى؟
٣٣ تهاتر الدينين بالضمان
٣٥ اشتراط امتياز الدين و ...

- ٣٧ لا يصح الضمان المجهول
- ٣٩ لا يشترط العلم بمقدار الدين
- ٤١ عدم الغرر في الضمان
- ٤٣ هل يشترط العلم بقدر الدين؟
- ٤٥ المناقشة في كلام المستمسك
- ٤٧ نفى الغرر عام في المعاوضات
- ٤٩ الضمان بضم الذم
- ٥١ إذا أبرء المضمون له
- ٥٣ الضمان لازم
- ٥٥ فسخ المضمون له الضمان
- ٥٧ لو تبين كونه مماطلا
- ٥٩ اشتراط الخيار في الضمان
- ٦١ تبين كون الضامن مملوكاً
- ٦٣ ضمان الحال حالا ومؤجلاً و...
- ٦٥ إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً
- ٦٧ إذا مات الضامن فحل دينه
- ٦٩ إذا ضمن الدين المؤجل حالا
- ٧١ إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله
- ٧٣ إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه
- ٧٥ لو أذن له في الضمان تبرعاً
- ٧٧ إذا أدى الضامن رجوع إلى المضمون عنه
- ٧٩ هل كون الرجوع بعد الأداء مقتضى القاعدة؟

- ٨١ اذا ابرئه لا يرجع الى الضامن
- ٨٣ لو أخذه المضمون له ثم وهبه
- ٨٥ لو باعه أو صالحه بالاقبل
- ٨٧ اذا دفع المضمون عنه الى الضامن
- ٨٩ الاشتغال حين الضمان أو حين الاداء
- ٩١ لو قال الضامن للمضمون عنه ادفع عني
- ٩٣ اذا ضمن تبرعاً
- ٩٥ ضمان الدين بأقل منه
- ٩٧ الضمان بشرط الرهانة
- ٩٩ بشرط فعل الرهن أو نتيجته
- ١٠١ اشتراط الضمان في مال معين
- ١٠٣ اذا كان على التقييد يبطل الضمان
- ١٠٥ اذا بطل الضمان يرجع الى المضمون عنه
- ١٠٧ هل يصح الضمان على عهدة المال؟
- ١٠٩ ضمان اثنين عن واحد
- ١١١ اذا ضمنا معاً فرضى بهما
- ١١٣ حق على كلهم بالنسبة
- ١١٥ لو ضمن كل مديون صاحبه
- ١١٧ ان كان الدينان مختلفين
- ١١٩ يقبل قوله انه أى دين
- ١٢١ لو أطلق ولم يقصد أحدهما
- ١٢٣ هل يشترط علم الضامن؟

- ١٢٥ لايشترط العلم بمقدار الدين
 ١٢٧ اذا أقرء المضمون عنه بعد الضمان
 ١٢٩ لو اختلفا في ثبوت الدين
 ١٣١ لو قال علي ما تشهد به البيعة
 ١٣٣ كلام الجواهر حول الشرائع
 ١٣٥ الدور والتسلسل في الضمان
 ١٣٧ الوفاء من الخمس والزكاة
 ١٣٩ الضمان للحاكم عن من عليه الخمس
 ١٤١ اذا اعتبر مباشرة المديون
 ١٤٣ ضمان نفقة الزوجة
 ١٤٥ اذا احتتمل نشوزها اثناء النهار
 ١٤٧ كفاية وجود السبب في الضمان
 ١٤٩ ضمان نفقة الاقارب
 ١٥١ ضمان مال الجعالة
 ١٥٣ ضمان مال الجعالة قبل العمل
 ١٥٥ هل يجوز ضمان الاعيان المضمونة
 ١٥٧ قوله (ص) الرعيم غارم
 ١٥٩ أقسام الضمان
 ١٦١ يصح ضمان ما لم يجب
 ١٦٣ ضمان درك الثمن للمشتري
 ١٦٥ صحة ضمان الاعيان
 ١٦٧ الضمان لو فسخ بالعيب

- ١٦٩ تحقق السبب كاف في الضمان
 ١٧١ لو ظهر بعض المبيع مستحقاً
 ١٧٣ ضمان ما يحدثه المشتري
 ١٧٥ ضمانان علي واحد
 ١٧٧ هل تعدد الجهة يجدي
 ١٧٩ لو قال ألق متاعك في البحر
 ١٨١ لو لم يكن خوف وقال ألق متاعك
 ١٨٣ لو قال للطبيب عالجنني
 ١٨٥ تتمه
 ١٨٧ صور اختلاف المضمون له والمضمون عنه
 ١٨٩ لو اختلف الضامن والمضمون له
 ١٩١ لو اختلف الضامن والمضمون عنه
 ١٩٣ صور النزاع في المسألة
 ١٩٥ اذا انكر الضامن الضمان
 ١٩٧ لو اختلفا انه قرض أو ثمن مبيع
 ١٩٩ هل تصح الشهادة في الجملة ؟
 ٢٠١ اذا ادعى الضامن الوفاء
 ٢٠٣ لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه
 ٢٠٥ لو شرط عليه الاشهاد ولم يشهد

كتاب الحوالة

- ٢١١ تعريف الحوالة
 ٢١٣ الايجاب والقبول فيها

- ٢١٥ عقدها مركب من ثلاثة
- ٢١٧ الحوالة ليست إيقاعاً
- ٢١٩ الضمان والجماعة عقدان
- ٢٢١ الفرق بين الوكالة والأذن
- ٢٢٣ الرضى من المحيل والمحال
- ٢٢٥ هل ضمان أو حوالة؟
- ٢٢٧ هل يعتبر رضى المحال عليه؟
- ٢٢٩ الوكالة غير الحوالة
- ٢٣١ هل يلزم ثبوت الدين؟
- ٢٣٣ اشتراط العلم بالمال المحال به
- ٢٣٥ لو كان المال المحال مبهماً
- ٢٣٧ اشتراط تساوى المالكين
- ٢٣٩ لو حاله على البريء
- ٢٤١ التبديل عند المحال عليه
- ٢٤٣ المال المحال به عين أو غيرها
- ٢٤٥ المال المحال به مثلى أو غيره
- ٢٤٧ الحوالة تبرء ذمة المحيل
- ٢٤٩ ينتقل الدين الى ذمة المحال عليه
- ٢٥١ لايجب قبول الحوالة
- ٢٥٣ الحوالة لازمة
- ٢٥٥ المراد من الاعسار
- ٢٥٧ لايعتبر الفور في الفسخ

- ٢٥٩ الحوالة على البريء
- ٢٦١ اشتراط خيار الفسخ
- ٢٦٣ لو تبرع الاجنبي باعطاء الدين
- ٢٦٥ لو اختلفا
- ٢٦٧ يقدم قول مدعى الصحة
- ٢٦٩ يكفي اعتبار رضاه في الصحة
- ٢٧١ مطالبة العوض
- ٢٧٣ ليست الحوالة كالضمان
- ٢٧٥ للمحال عليه الرجوع قبل الاداء
- ٢٧٧ لو اختلفا في انها حوالة أو وكالة
- ٢٧٩ الاشكال على ما ذكره من الاصل
- ٢٨١ لو اختلفا في انه قرض أو هبة
- ٢٨٣ لو اختلفا في المراد من (أحد) (١)
- ٢٨٥ لو بان بطلان البيع بعد الحوالة
- ٢٨٧ انكشاف البطلان بعد القبض أو قبله
- ٢٨٩ انفساخ البيع بالخيار بعد الحوالة
- ٢٩١ لاتبعية للمحوالة بالنسبة الى الفسخ
- ٢٩٣ لو وفي بغير الجنس ثم فسخ
- ٢٩٥ لو احوال على ما عند وكيله

المطبوع من موسوعة الفقه

- ١ - كتاب الاجتهاد والتقليد
- ٢ - كتاب الطهارة الجزء الاول
- ٣ - كتاب الطهارة الجزء الثاني
- ٤ - كتاب الطهارة الجزء الثالث
- ٥ - كتاب الطهارة الجزء الرابع
- ٦ - كتاب الطهارة الجزء الخامس
- ٧ - كتاب الطهارة الجزء السادس
- ٨ - كتاب الطهارة الجزء السابع
- ٩ - كتاب الطهارة الجزء الثامن
- ١٠ - كتاب الطهارة الجزء التاسع
- * * *
- ١١ - كتاب الصلاة الجزء الاول
- ١٢ - كتاب الصلاة الجزء الثاني
- ١٣ - كتاب الصلاة الجزء الثالث

- ١٤ - كتاب الصلاة الجزء الرابع
١٥ - كتاب الصلاة الجزء الخامس
١٦ - كتاب الصلاة الجزء السادس
١٧ - كتاب الصلاة الجزء السابع
١٨ - كتاب الصلاة الجزء الثامن

* * *

- ١٩ - كتاب الصوم الجزء الاول
٢٠ - كتاب الصوم الجزء الثاني

* * *

- ٢١ - كتاب الحج الجزء الاول
٢٢ - كتاب الحج الجزء الثاني
٢٣ - كتاب الحج الجزء الثالث
٢٤ - كتاب الحج الجزء الرابع
٢٥ - كتاب الحج الجزء الخامس
٢٦ - كتاب الحج الجزء السادس
٢٧ - كتاب الحج الجزء السابع

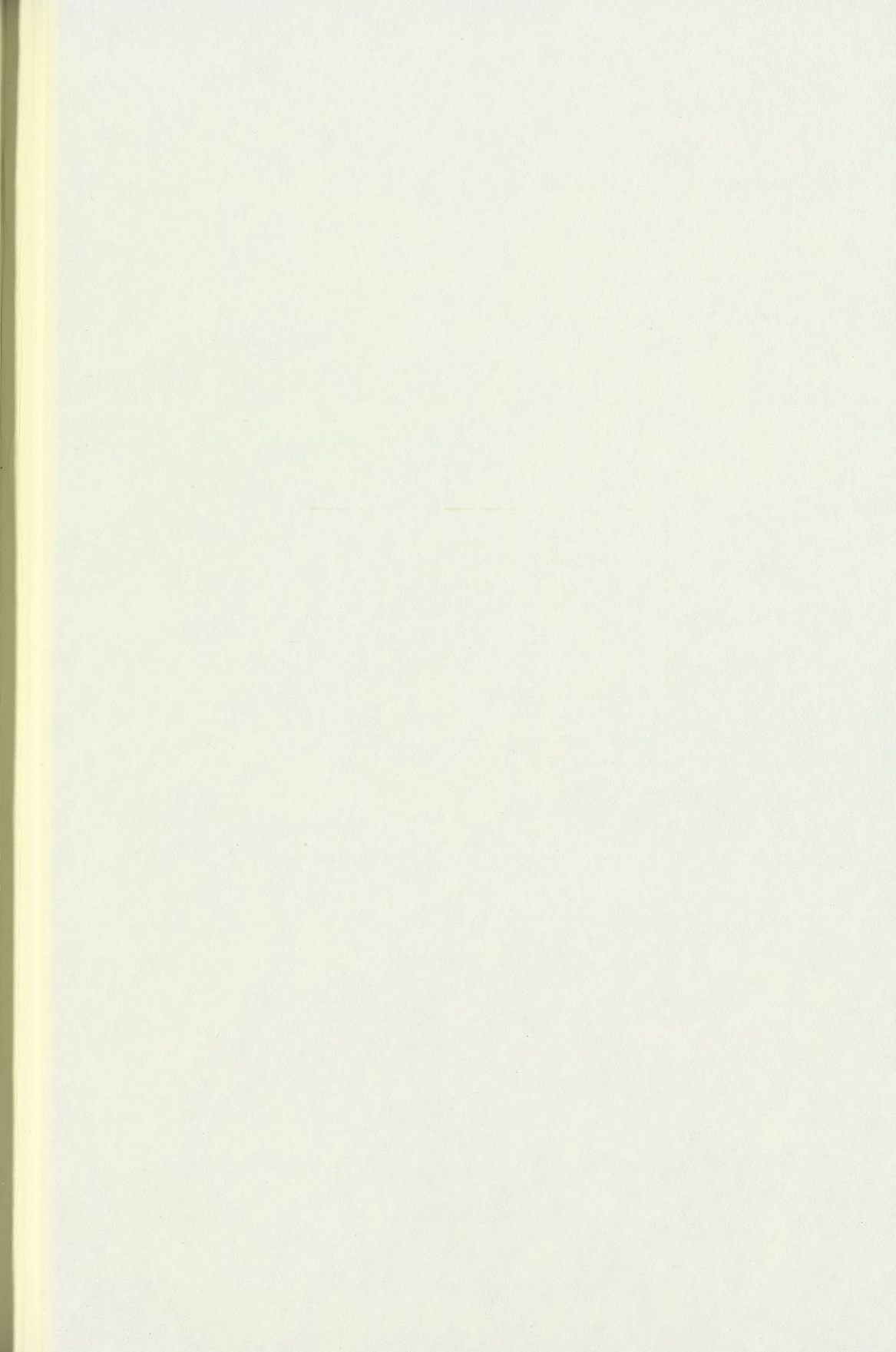
* * *

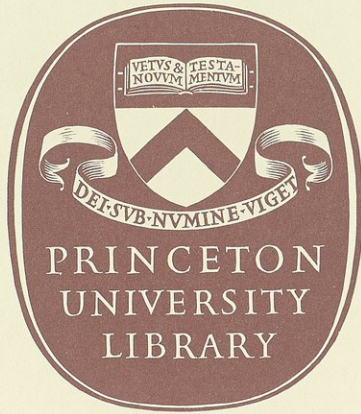
- ٢٨ - كتاب الخمس
٢٩ - كتاب الزكاة الجزء الاول
٣٠ - كتاب الزكاة الجزء الثاني
٣١ - كتاب الزكاة الجزء الثالث

٣٢ - كتاب الاطعمة والاشربة

٣٣ - كتاب الوقوف والصدقات ، الهبة

- ٣٤ - كتاب الحدود والتعزيرات
٣٥ - كتاب القصاص
٣٦ - كتاب الاجارة
٣٧ - كتاب الجهاد
٣٨ - كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
٣٩ - كتاب الحكم فى الاسلام
٤٠ - كتاب حول القرآن الحكيم
٤١ - كتاب الاقتصاد
٤٢ - كتاب القضاء الجزء الاول
٤٣ - كتاب القضاء الجزء الثاني
٤٤ - كتاب الديات
٤٥ - كتاب السياسة
٤٦ - كتاب الشهادات
٤٧ - كتاب المضاربة
٤٨ - كتاب النكاح الجزء الاول
٤٩ - كتاب النكاح الجزء الثاني
٥٠ - كتاب الشركة ، المزارعة ، المساقاة
٥١ - كتاب الضمان ، الحوالة
٥٢ - كتاب الوصية
٥٣ - كتاب احياء الموات





WERT
BOOKBINDING
MIDDLETOWN, PA.
JAN. 84
We're Quality Bound



کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران