

مَبَانِي

الْعُرْوَةُ الْوُثْقَى

كُتَابُ الْمَسْأَلَةِ

مُحَاضِرَاتُ عَمِيرِ الْجُزْءِ الْعَلِيمِ سَيِّدِ اللَّهِ الْعَظِيمِ

السَّيِّدِ الْبَوَالِغِ الْمُسَوِّمِ الْخَوَلِيِّ

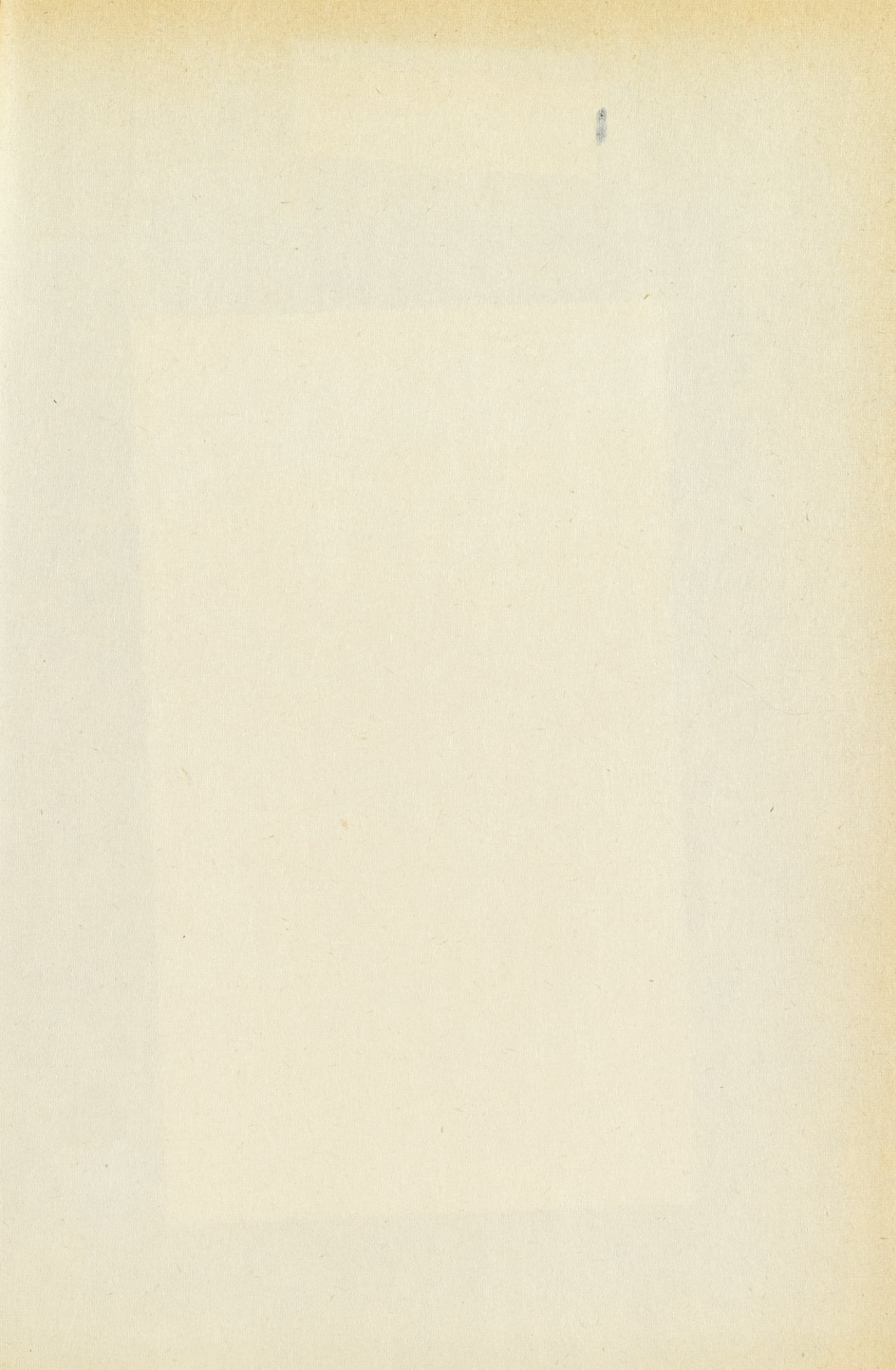
رَبِّ الْمَطَلَةِ الْعَالِي



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--



Khūṭ

منشورات
مدرسة دار العلم

(١٤٠)

مَبَانِي
العروة الوثقى

تَقْرِيرُ الْجَمْعِ لِنَبِيِّ اللَّهِ الْعَظِيمِ

السَّيِّدِ أَبُو الْفَاسِمِ الْجَوْزِيِّ

ذَا بَرَّطِبْلَه الْعَبَّاسِيِّ

كتاب المساقاة

محمد تقي الجوزي

2276

15

7563

1988

هوية الكتاب

الكتاب : مباني العروة الوثقى (كتاب المساقاة)

تقريراً لبحث آية الله العظمى السيد ابوالقاسم الخوئي

دام ظله

المؤلف : محمد تقي الخوئي

عدد الطبع : الطبعة الاولى

عام الطبع : ١٣٠٩ هـ - ق

عدد المطبوع : ٣٠٠٠

الناشر : لطفى

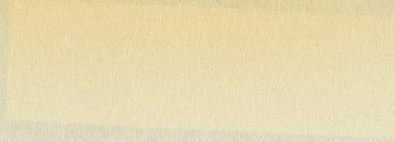
المطبعة : العلمية - قم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على

سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين



[Faint, illegible text or markings in the center of the page, possibly bleed-through from the reverse side.]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه
محمد وعترته الطيبين الطاهرين وبعد فقد لاحظت شطرا
دا فرائدا كتبه ولدي وقره عيني العزيز السيد محمد تقى
حفظه الله وبلغه نياه تقريرا لاجمالي الفقهية فجد
حسن الاسلوب وجمل التبريد سلطان الاجازة
والاطناب كافيًا وافيًا بالمراد وانى اسأل الجوى
بل شانه ان يبلغ به مقصده ويتم له مراده وان
يجعله علما من اعلام الدين وحافظا لشرعية سيد
المرسلين فانه ولي التوفيق ابراهيم الموسوي الخليلي

٥ جمادى الاولى

١٤٠٤



مباني
العروة الوثقى

کتاب المساقاة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المساقاة

وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها ، ولا اشكال في مشروعيتها في الجملة ، ويدل عليه مضافاً إلى العمومات (١) ، خبر يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام : « سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه ، وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ، ويقول : إسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج ، قال : (ع) لا بأس » (١) وجملة من اخبار خبير ، منها : صحيح الحلبي قال :

(١) قد عرفت غير مرة أن العمومات والاطلاقات لا تشمل المعاملات التي تتضمن تمليك المدوم ، فانه أمر غير جائز ولذلك نعهد فقيهاً يلتزم بصحة ذلك في غير المضاربة والمزارعة والمساقاة .
ومن هنا : فلا مجال للتمسك بها ، ولا بد في الحكم بالصحة من التمسك بالدليل الخاص .

(٢) الرواية صحيحة السند وواضحة الدلالة .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٩ من أبواب احكام المزارعة والمساقاة ،

« أخبرني أبو عبدالله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله (ص) أعطى خبيراً بالنصف أرضها ونخلها ، فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة » « ١ » هذا مع أنها من المعاملات العقلائية ولم يرد نهي عنها (١) ولا غرر فيها حتى يشملها النهي عن الغرر . ويشترط فيها أمور :

(الأول) : الايجاب والقبول (٢) ويكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور (٣) ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً ، بل الجملة الأسمية مع قصد الانشاء بأي لغة كانت ، ويكفي القبول الفعلي بعد الايجاب القولي ، كما انه يكفي المعاطاة (٤) .

(١) ظهر الجواب عن ذلك فيما تقدم ، فان كل معاملة لا تكون من التجارة عن تراض تكون منهياً عنها بمقتضى قوله تعالى « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض » ، ولما لم تكن هذه المعاملة منها لما عرفته من تضمنها لتمليك المعدوم كانت محكمة بالفساد لا محالة .

(٢) على ما يقتضيه كونها من العقود . فانها متقومة بالايجاب والقبول والمعاهدة من الطرفين .

(٣) إذ ليس الانشاء إلا ابراز الاعتبار النفساني ببرز في الخارج فيكفي كل ما قام بهذا الدور ما لم يرد الدليل على اعتبار لفظ معين بخصوصه .

(٤) وهو بناء على ما اخترناه من كون صحة المعاطاة على القاعدة

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

واضح ، وأما بناءً على خلاف ذلك فالقول بصحتها في المقام يحتاج إلى الدليل الخاص .

ومن هنا فقد استشكل فيها بعضهم من جهة أنها ليست كمسائر المعاملات ، فإنها تختلف عنها بلحاظ غوريتها واحتمال عدم تحقق الحاصل فيها بالمرة أو قلته .

وقد اجيب عنه في بعض الكلمات بكفاية العمومات والاطلاقات للحكم بصحتها في الفرض ، فاتها شاملتها على حد شروطها لسائر المعاملات . إلا أنه مردود بما عرفته غير مرة من أن العمومات والاطلاقات لا تشمل مثل هذه المعاملة المتضمنة لتمليك المدوم بالمرة ، وعليه فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها فضلاً عن القول بعدم اعتبار اللفظ فيها .

ومن هنا : فلا بد من ملاحظة مقدار دلالة النصوص الخاصة الواردة في المقام على المدعى .

فنقول : أما صحيحة يعقوب بن شعيب فلا إطلاق فيها ليشمل العقد المعاطاني حيث أن المفروض فيها إنشاء العقد باللفظ ، فالتعدي عنه إلى الفعل يحتاج إلى الدليل .

نعم حيث أن اللفظ وهو قوله : « اسق هذا من الماء واعمره... » وارد في كلام المسائل دون الامام (ع) ، فمن القريب جداً دعوى أن المنصرف العرفي من ذكره والمتفاهم منه كونه محض أنه سهل طريقة لإبراز ما في نفسه من الاعتبار والمعاهدة مع الطرف الآخر خاصة من دون أن يكون فيه أي خصوصية تلزمه ، والالتزم الاقتصار في مقام الانشاء على هذا اللفظ الوارد خاصة كما هو الحال في الإطلاق بل وعدم كفاية ترجمته أيضاً وهو مما لا يقول به أحد .

(الثاني) : البلوغ والعقل والأختيار (١) .

(الثالث) : عدم الحجر لسفه أو فلنس (٢) .

والحاصل : ان المتفاهم العربي من صحيحة يعقوب بن شعيب كون ذكر اللفظ المعين ، مبرزاً من المبرزات من دون ان تكون له خصوصية ملزمة .

ومن هنا : تكون هذه الصحيحة مطلقة من هذه الجهة . ولو تنزلنا عن ذلك وقلنا بعدم دلالة صحيحة يعقوب بن شعيب على المدعى فالروايات المعتبرة الواردة في اعطاء النبي (ص) لأرض خيبر كافية في اثباتها ، حيث لم يذكر في جملة منها لفظ مطلقاً ، وانما المذكور فيها انه (ص) اعطاهم أرض خيبر . وهو كاف في اثبات المدعى .

هذا كله مضافاً إلى امكان الاستدلال عليه بالأولوية القطعية ، فانه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنية على الضبط والدقة بالفعل ، جاز إنشاء المعاملات المبنية على التسامح به بطريق أولى .

(١) وهي شروط المتعاضين في جميع العقود بقول مطلق ، سواء في ذلك البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها . وقد عرفت ادلتها في كتاب البيع فان الصبي لا يجوز أمره حتى يحتلم والمجنون بحكم البهائم والمكره غير ملزم بشيء .

(٢) لما تقدم ، غير انه كان على الماتن (قده) التنبيه على اختلاف نحو شرطية هذا عما تقدم عليه ، فان الشروط الأول مشتركة بين المالك والعامل حيث تعتبر فيها معاً ، في حين أن هذا مختص بالمالك خاصة دون العامل فان المقلنس والسفيه انما هو ممنوعان من التصرف

(الرابع): كون الأصول مملوكة عينا ومنفعة، أو منفعة فقط أو كونه نافذ التصرف فيها لولاية أو وكالة أو تولية (١).
(الخامس) : كونها معينة عندهما معلومة لديهما (٢).
(السادس) : كونها ثابتة مغروسة ، فلا تصح في الودي (٣) اي الفسيل قبل الغرس
(السابع) : تعيين المدة بالأشهر والسنين (٤) وكونها

في مالها خاصة ، دون الكسب وتحصيل المال ، إذ لا حجر عليهما من هذه الجهة .

(١) إذ لولاها كان العقد فضولياً محكوماً بالبطلان .
(٢) لا لاستلزام عدمها الغرر حتى يقال انها معاملة مبنية عليه وعلى الجهالة ، وانما لعدم الدليل على صحتها في هذه الصورة ، فان عمدة الدليل على صحة المساقاة منحصرة - وكما عرفت - في صحيحة يعقوب بن شعيب واخبار اعطاء رسول الله (ص) لأرض خيبر ، وحيث ان موردها جميعاً معلومية الأرض لدى الطرفين ، فلا يبقى دليل على صحتها مع عدم المعلومية حتى ولو لم نلتزم بنفي الغرر في جميع الموارد والتزمنا باختصاص دليله بالبيع كما هو الصحيح .

(٣) وهو ينافي ماسياتي منه (قد ه) في المسألة السادسة من الالتزام بصحتها للعمومات وان لم تكن من المساقاة المصطلحة .
وكيف كان : فما ذكره في المقام هو الصحيح ، فان العمومات والاطلاقات غير شاملة لما يتضمن تملك المعدوم بالفعل على ما تقدم غير مرة .

(٤) لما تقدم ، ولان ما لاتعين له في الواقع لا يمكن الالتزام أو

بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً (١) . نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر ، لانه معلوم بحسب للتخمين . ويكفي ذلك في رفع للغرر (٢) مع انه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدمة (٣) .
(الثامن) : أن يكون قبل ظهور الثمر أو بعده وقبل البلوغ (٤) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر ،

الالتزام به ، فانه غير قابل له كما هو واضح .
نعم لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا انشأ على نحو الدوام ، ولعله هو الظاهر من اخبار خبير حيث لم يرد في شيء منها تحديد فترة كون الأرض ييدهم ، بلى وفي بعض روايات العامة انه (ص) جعل لنفسه الخيار وانه متى اراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك فانه كالصريح في التأييد وعدم التحديد بمدة معينة ،
والحاصل : انه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا للعقد وإن كان غير معين عند الطرفين ، إذ يكفي فيه كونه معيناً في الواقع .
ولعل هذا هو المتعارف في العقود الخارجية في المزارعة والمساقاة معاً ، فان ارباب الأراضي والبساتين يعطون اراضيهم وبساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها ويسقوها من غير تحديد للمعاملة بحد معين .
(١) والا حكم بطلان العقد للغررته نظراً للعلم بعدم تحققه في الخارج .
(٢) على انه لا دليل على استلزامه للبطلان في غير البيع .
(٣) حيث لم يذكر فيها تحديد المدة بحد معين .
(٤) على ما يقتضيه اطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب ، فان مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر وعدمه .

وأما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (١) وان كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك .

(التاسع) : أن يكون الحصة معينة مشاعة (١) ، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف ، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعة بان يجعل لأحدهما مقدراً معيناً والبقية للآخر . نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما اشجاراً معلومة وللآخر اخرى (٢) ، بل وكذا لو اشترط اختصاص

(١) ولعل وجه احتمال الصحة هو التمسك بالعمومات والأطلاقات والا فالروايات الواردة في المقام لا تشمل مثله حيث ان جميعها واردة في مورد حاجة الزرع والتمر للسقي والعمارة فلا تشمل الحفظ والقطوف . وسيأتي التعرض إلى المسألة ثانياً انشاء الله .

(١) لعدم الدليل على صحتها من دونها ، فان الدليل - على ما عرفت - منحصر في صحيحة يعقوب بن شعيب واخبار خبير ، وهي باجمعها واردة في مورد وجود القيد ، على انه مع عدم التعيين لا يكون العقد قابلاً للألزام به من الطرفين فيحكم ببطلانه من هذه الجهة أيضاً . (٢) تعرض (قده) لنظير هذا الفرع في المزارعة أيضاً ، وقد صرح فيه بالبطلان لعدم الاشاعة .

ومن هنا : فيرد عليه (قده) عدم وضوح الفرق بين المقامين مع تصريحه باعتبار الاشاعة أيضاً ، فانه ان صح التمسك بالعمومات والاطلاقات فهو غير مختص بالمقام ، وان لم يصح - كما هو الصحيح - وجب الحكم بالفساد في المقامين .

وكيف كان : فالصحيح هو الحكم بالبطلان في المقام وفي المزارعة

احدهما بأشجار معلومة (١) والاشتراك في البقية ، أو اشترط لاحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقية إذا علم كون للثمر أزيد من المقدار وانه تبقى بقية .

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

(مسألة ١) : لاشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر (٣) ، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف (٤) واختلفوا

معاً ، لعدم الدليل على الصحة .

(١) التزام (قده) بذلك في المزارعة أيضاً ، لكنك قد عرفت هناك ان دليل الصحة انما يقتضي صحتها فيما إذا كان النتاج باجمعه مشتركاً بينهما ، فلا يشمل صورة اختصاص احدهما ببعضه وكان الباقي مشتركاً بينهما ، والاطلاقات والعمومات لا تنفع في تصحيحها .
والأمر في المقام كذلك أيضاً ، فان النصوص باجمعهما وارادة في فرض اشاعة الحاصل باجمعه بينهما وكونه مشتركاً كذلك ، ومن هنا فلا تشمل ما نحن فيه .

(٢) على ما تقدم بيان الوجه فيه في المزارعة ، حيث لا يمكن الزام كل من الطرفين بشيء ، فيحكم ببطلان العقد لا محالة .

(٣) فانها القدر المتيقن من المساقاة الصحيحة .

(٤) نسبه (قده) إلى عدم الخلاف ينافي ما تقدم منه في الشرط

الثامن من الاستشكال في صحتها .

في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ (١) ، والاقوى (٢)
- كما اشرنا اليه - صحتها ، سواء كان العمل مما يوجب
الاستزادة أولاً ، خصوصاً إذا كان في جملتها بعض الاشجار
التي بعد لم يظهر ثمرها (٣) .
(مسألة ٢) : الأقوى جواز المساقاة على الاشجار
التي لا ثمر لها وانما ينتفع بورقتها (٤) ،

وكيف كان : فالصحيح هو الحكم بالبطلان ، لقصور نصوص
صحة المساقاة عن شمول مثلها ، فان جميعها واردة في فرض احتياج
الأصول إلى العمل فيها .

(١) بحيث يكون الثمر محتاجاً للعمل ولو بلحاظ كونه موجباً لجودته .

(٢) لاطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب ، فان مقتضى ترك

استفصاله (ع) هو عدم الفرق بين كون احتياجه للعمل بعد ظهور
الثمر أو قبله على ما تقدم .

(٣) فتكون محتاجة للعمل قبل ظهور الثمر وبذلك فيكون المورد

من مصاديق القسم الأول المتيقن صحته .

(٤) تمسكاً بالعمومات والاطلاقات حيث ان مقتضاها عدم الفرق

في الصحة بين ماله ثمر وما لا ينتفع إلا بورقه .

الا إنك قد عرفت غير مرة ، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات

لتضمنها لتمليك المعلوم بالفعل ، فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الخاصة

وهي قاصرة الشمول للمقام ، فان صحيحة يعقوب بن شعيب واردة

في الاشجار المثمرة فلا تشمل الاشجار التي ينتفع بورقها فضلاً عن

الزرع المثمر أو غير المثمر . وفي اخبار خبير انه (ص) اعطاهم

كالقوت والحناء ونحوهما .

(مسألة ٣) : لا يجوز عندهم المساقاة على اصول غير ثابتة كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها وان تعددت اللقطات فيها كالأولين ، ولكن لا يبعد الجواز للعمومات (١) وان لم يكن من المساقاة المصطلحة ، بل لا يبعد الجواز في مطلق للزرع كذلك ، فان مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلانية ، ولا يكون من الغرورية عندهم غاية الأمر أنها ليست من المساقاة المصطلحة (٢)

(مسألة ٤) : لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض وان احتاجت إلى أعمال آخر ، ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذٍ ، فان هذه اللفظة لم ترد في خبر من الأخبار (٣) وانما هي اصطلاح العلماء وهذا التعبير منهم

ارض خبير وفيها النخيل والاشجار ، فلا تشمل غيرها .

(١) قد عرفت الحال فيه في المسألة السابقة فلا نعيد .

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم .

(٣) وفيه : انها وردت في صحيحة يعقوب بن شعيب التي ذكرها

الماتن (قدّه) في صدر الكتاب فانه ورد فيها : ويقول : اسق هذا

من الماء واعمره . . . ، فما أفاده (قدّه) يعد غريباً منه .

الا ان ذلك لا ينافي القول بالجواز في المقام ، فان المتفاهم العرفي

مبني على الغالب ولذا قلنا بالصحة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي ، وان ضويق نقول بصحتها وان لم تكن من المساقاة المصطلحة (١) .
(مسألة ٥) : يجوز المساقاة على فسلان مغروسة وان

من هذه الكلمة مقدمة لتحصيل المطلوب ، فالمعاملة في الحقيقة انها هي لأجل العمران وتهيئة مقدمات حصول الثمر وليس السقي الا كمقدمة من تلك المقدمات والا فلا خصوصية له بذاته ، ولذا لا يحكم بالبطلان فيما إذا كانت محتاجة إلى السقي قبل المعاملة ثم ارتفع الاحتياج بعدها لكثرة المطر ونحوها .

ومما يشهد لما ذكرناه الاطمئنان بعدم احتياج جميع بساتين النخيل في خيبر إلى السقي ، فان النخل وبفضل عمق عروقه في الأرض يكون مستغنياً عن السقي غالباً .

والحاصل . ان ورود لفظ السقي في النصوص لا يوجب الحكم بالبطلان في المقام ، فان الصحيح هو القول بالصحة فان اللفظ محمول على كونه من مقدمات العمارة وحصول الثمر من دون ان تكون له خصوصية تحتم وجوده .

(١) وقد تقدم الكلام فيها غير مرة ، وقد عرفت انه لو لم يكن الدليل الخاص على صحة المعاملة في الموارد الخاصة لما أمكن اثبات صحتها بالعمومات ، ولذا لا يقول احد من الاصحاب بصحتها في غير هذه الموارد تمسكاً بالعمومات كما لو كان له قطعاً من الغنم فاعطاه الى غيره ليرعاه ، ويقوم بواجباته من العلف وغيره على أن له النصف من حاصلها من الحليب والأولاد .

لم تكن مثمرة الا بعد سنتين (١) ، بشرط تعيين مدة تصير
مثمرة فيها (٢) ولو خمس سنين أو أزيد .

(مسألة ٦) : قد مر أنه لا تصح المساقاة على ودي
غير مغروس ، لكن الظاهر جواز ادخاله في المعاملة على
الاشجار المغروسة ، بأن يشترط (٣) على للعامل غرسه في
البستان المشتمل على النخيل والاشجار ودخوله في المعاملة
بعد أن يصير مثمرأ ، بل مقتضى العمومات (٤) صحة المعاملة
على للفسلان الغير المغروسة الى مدة تصير مثمرة وان لم
تكن من المساقاة المصطلحة .

(مسألة ٧) : المساقاة لازمة (٥) لا تبطل الا بالتقابل

(١) على ما يقتضيه اطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب حيث لم يفرض
فيها كون الثمر في نفس سنة العقد ، بل وكذا اخبار خبير حيث
لا يحتمل عادة ان تكون بساتينه وباجمعها مثمرة في سنة الاعطاء فانها
لا تخلو من الفسلان وهي لا تثمر الا بعد مرور سنتين .

(٢) على ما تقدم بيانه في الشرط السابع .

(٣) تقدم غير مرة ان دليل نفوذ الشرط لا يدل على لزوم الوفاء
به فيما إذا كان سائغاً في نفسه ومع غض النظر عن الاشتراط ، والا
فالشروط غير مشرعة .

وعليه : فحيث ان تمليك المعدوم أمر غير مشروع في نفسه
فلا يمكن تصحيحه بالاشتراط .

(٤) تقدم الكلام فيها فراجع .

(٥) ويقتضيه مضافاً إلى ادلة لزوم الوفاء بالعقد ، اطلاقات دليل

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

(مسألة ٨) : لا تبطل بموت أحد الطرفين (١) ،

فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه (٢) ، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه . لكن لا يجبر على العمل (٣) فان اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله ، والا فيستأجر الحاكم من تركته (٤) من يباشره إلى بلوغ الثمر ، ثم يقسم بينه وبين المالك (٥) . نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة للعامل تبطل بموته (٦) . ولو اشترط عليه (٧) المباشرة

صحته - على ما تقدم منا بيانه غير مرة - .

(١) على ما يقتضيه كون العقد لازماً ، فان مقتضاه بقاء العقد

على حاله وقيام وارث الميت منها مقامه .

(٢) فان البستان انما ينتقل إلى ورثته متعلقاً لحق الغير ، فيكون

حالمهم في ذلك حال المورث فلهم مطالبة العامل بالعمل وما تعهد به .

(٣) إذ المنتقل إلى الورثة انما هو ما للميت خاصة دون ما عليه .

(٤) لان العامل انما مات مطلوباً للغير بحقه ، فاذا لم يقم الوارث

بفكته يبقى الحق متعلقاً بتركته لا محالة .

(٥) على ما يقتضيه قانون المساقاة ، فان الحاصل انما يكون مشتركاً

بين مالك البستان والعامل فاذا مات احدهما قام وارثه مقامه ، وليس

للأجير الا الأجرة المسماة ،

(٦) اعدم امكان الوفاء بها من قبل الوارث .

(٧) بالتصريح أو نصب القرينة والا فظاهر الاشتراط في هذه

لا ينحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ - لتخلف الشرط -
 واسقاط حق الشرط والرضا باستئجار من مباشر (١) .
 (مسألة ٩) : ذكروا أن مع اطلاق عقد المساقاة جملة
 من الأعمال على العامل وجملة منها على المالك ، وضابط
 الأولى ما يتكرر كل سنة ، وضابط الثانية ما لا يتكرر نوعاً
 وان عرض له للتكرار في بعض الأحوال . فمن الأول
 اصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج اليه ، وما يتوقف عليه
 من الآلات وتنقية الانهار والسقي ومقدماته كالدلو والرشا
 واصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو
 نحوه وإزالة الحشيش المضرة وتهذيب جرائد للنخل والكرم
 والتلقيح واللقاط والتشميس واصلاح موضعه وحفظ الثمرة
 الى وقت القسمة . ومن الثاني حفر الآبار والانهار وبناء
 الحائط والدولاب واللدالية ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً .
 واختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل مثل
 البقر للذي يدير الدولاب والكش للتلقيح وبناء الثلم ووضع
 الشوك على الجدران وغير ذلك . ولا دليل على شيء من
 الضابطين (٢) . فالاقوى أنه ان كان هناك انصراف في

الموارد كونه على نحو التقييد .

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

(٢) لانها وان ذكرا في كلمات الاصحاب الا انه لم يدل عليها

كون شيء على العامل أو المالك فهو المتبوع (١) ، والا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منها رفعا للغرر ، ومع الاطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً ، لان المال مشترك بينهما ، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٢) .

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

ولا خير ضعيف .

(١) لكونه بمنزلة التعيين .

(٢) تبع (قدّه) في ذلك صاحب الجواهر (قدّه) ، والمراد به ان العقد لما كان لازماً وجب الوفاء به على كل منها بحيث لا بد لهما من الالتزام به وانهاؤه . فاذا كان متوقفاً على شيء نسبته اليهما على حد سواء ، وجب عليهما تحصيله تحقيقاً للوفاء بالعقد وانهاؤه .

ومن هنا فلا يرد عليه ما في بعض الكلمات من ان الالتزام ليس من آثار الشركة ولذا لا يجب على الشركاء في دار فعل ما يقتضي بقاءها من تعميم ونحوه .

فان هذا ليس من باب الشركة وانما هو من باب لزوم العقد ووجوب الوفاء به .

نعم يرد عليه انه فرع اللزوم ووجوب الوفاء بالعقد وهو أول الكلام فانه انما هو فيما التزم به خاصة دون غيره ، فلا يشمل ما نحن فيه ، فان المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض والاشجار للعامل ليعمل فيها ، وكذا العامل فعل ما عليه بالسقي والرعاية واما الباقي كتهيئة المقدمات ونحوها فلم يلتزم كل منهما بشيء منها ، ومن هنا فلا وجه لالتزامها بها واجبارها عليهما .

فالصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين لعدم امكان التزام كل منهما بها ، كما التزم به الماتن (قدّه) في نظير المقام من المزارعة .

المساقاة (١) . نعم لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقي على المالك فان كان يوجب زيادة الثمرة فلا اشكال في صحته (٢) ، وان قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه ، والا - كما في الحفظ ونحوه - ففي صحته قولان أقواهما الأول (٣) . وكذا الكلام (٤) إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل الا مثل الحفظ ونحوه ، وان كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في بطلانه ، كما مر .

(١) فانه إذا قام المالك بعمران بستانه كان جعله لبعض الحاصل للعامل من الوعد بالنتيجة خاصة ، فيحكم ببطلانه لكونه من تمليك المعدوم ، ولا يكون ذلك من تخلف الوعد ، لانه ليس من الوعد بالفعل كي يكون عدمه موجباً لتخلف الوعد .

(٢) فانه لا دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل ، وانما العبرة بصدق العمران وتربية الاشجار - اذ قد عرفت انه لا خصوصية للسقي بما هو - ولو بنحو الموجبة الجزئية ، فانه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولاً لصحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة .
ويؤكد ذلك الحكم بصحة العقد جزماً فيما إذا أوقفه المالك بعد قيامه بعمل بعض ماله دخل في تربية الاشجار مع بقاء الحاجة اليه بعد ذلك أيضاً ، فانه مشمول لصحيحة يعقوب بن شعيب جزماً وبلا خلاف ، وإذا صح ذلك في طول الزمان وبنحو الترتيب صح في عرض الزمان أيضاً .

(٣) بل الثاني ، لما عرفته فيما سبق من عدم شمول الدليل الخاص لمثله ، والعمومات والاطلاقات قاصرة عن اثبات الصحة فيما يتضمن

(مسألة ١١) : إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الاعمال ، فان لم يفت وقته فللمالك اجباره على العمل (١) وان لم يمكن فله الفسخ (٢) . وإن فات وقته فله للفسخ بخيار تخلف الشرط (٣) . وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة الى حصته (٤) بمعنى أن يكون مخيراً بين للفسخ وبين المطالبة بالأجرة ؟ وجهان بل قولان : أقواهما ذلك (٥) .

- (١) لانه حق له بموجب الشرط والعامل ملزم به .
 (٢) بل مع التمكّن من الاجبار أيضاً ، إذ لا موجب لتقييد حق الفسخ بصورة تعذر الاجبار ، وذلك لما تقدم منا غير مرة من أن مرجع اشتراط العمل وحقيقته انها هو إلى تعليق الشارط التزامه بالعقد على التزام المشروط عليه بالعمل المشروط ومعنى ذلك جعل الخيار لنفسه عند عدم تحقق العمل في الخارج ، ومن هنا فله الفسخ سواء تمكن من اجبار العامل على العمل أم لم يتمكن ، ولا وجه لتقييده بعدم التمكّن منه فانها في عرض واحد .
 (٣) لانتفاء موضوع الاجبار ، فينحصر حقه في الفسخ خاصة .
 (٤) تخصيصه (قده) لمطالبته بالأجرة بما يقابل حصته ، ناشيء من اختصاص محل كلامه (قده) بالعمل المتعلق بالمساقاة ، وإلا فلو كان العمل اجنبياً عنها كما لو اشترط فيها خياطة ثوبه - مثلاً - فله المطالبة بتمام القيمة بناءً على ثبوت اصل الحكم .
 (٥) بل أقواهما عدمه ، وقد ظهر وجهه مما تقدم فانه لا بد للملكية

(ودعوى) : ان الشرط لا يفيد تملك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من امواله ، بل أقصاه التزام من عليه للشرط بالعمل واجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم للوفاء به .

(مدفوعة) : بالمنع من عدم افادته التملك وكونه قيداً في المعاملة لا جزءاً من العوض يقابل بالمال ، لا ينافي افادته للملكية من له الشرط إذا كان عملاً من الاعمال على من عليه . والمسألة سيالة في سائر العقود ، فلو شرط في عقد البيع على المشتري - مثلاً - خياطة ثوب في وقت معين وفات الوقت فللبايع الفسخ أو المطالبة باجرة الخياطة وهكذا .
(مسألة ١٢) : لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح (١) ، أما لو شرط أن يكون تمام للعمل

من سبب فانها لا تحصل من دونه اطلاقاً ، وحيث لا سبب لها في المقام فلا يمكن الالتزام بها ، فان الاشتراط في الاعمال - كما عرفت - ليس الا تعليق الالتزام بالالتزام وتخلفه لا يوجب غير الخيار .
والحاصل : ان الملكية لما لم تكن طرفاً للعقد ولم تنشأ من قبلها بل ولم يلتزم به ، لانها لم يجعلها الا العمل في البستان في قبالة الحصة من النماء ، فلا وجه للالتزام بها .
والمسألة سيالة في جميع العقود .
(١) فانه فعل مائع في نفسه ، فلا مانع من أخذه شرطاً في العقد

على غلام المالك فهو كما لو شرط ان يكون تمام العمل على المالك ، وقد مر عدم الخلاف في بطلانه ، لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة (١) ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا ينبغي الاشكال في صحته ، وان كان ربما يقال بالبطلان ، بدعوى : أن عمل الغلام في قبالة عمل العامل فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه ولا يخفى ما فيها (٢) ولو شرطاً أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة ، بان يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل - ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٣) ، لان الغلام حينئذٍ كأنه نايب عنه في العمل باذن المالك ،

وقد تقدم الجواز في اشتراطه على المالك نفسه .

(١) فان العامل حينئذٍ لم يلتزم بشيء على الاطلاق ، فان الاشجار من المالك والعمل من الغلام ، ومن هنا فلا يصدق عليه المساقاة .
 (٢) فان عمل الغلام في بستانه الخاص اجنبي عن المساقاة بالنسبة إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك والعامل ، إذ الحصاة من الثمرة انما جعلت في قبالة العمل في هذا البستان دون غيره ، فالواجب في تحقق العقد والحكم بصحته كون العمل فيه بما يوجب عمارته على العامل ولو على نحو الموجبة الجزئية ، وأما البستان الآخر فهو اجنبي عنه بالمرّة .

(٣) بل هو بعيد جداً والصحيح هو القول بالبطلان لعدم الدليل على الصحة بعد عدم التزام العامل بشيء مطلقاً .

وان كان لا يخلو عن اشكال مع ذلك : ولازم القول بالصحة الصحة في صورة اشترط تمام العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل .

(مسألة ١٣) : لا يشترط ان يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه (١) ، فيجوز له أن يستأجر في بعض اعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة ، ويجوز أن يشترط كون أجرة بعض الاعمال على المالك ، والقول بالمنع لا وجه له (٢) ، وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معاً

وبعبارة اخرى : ان العقد لما كان متقوماً بصدور الالتزام من الطرفين ، فان فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بد من الحكم بالصحة وان قام المالك بعد ذلك بالعمل بنفسه أو بغيره رأفة بحال العامل أو لغير ذلك من الأسباب ، أما إذا لم يتحقق الالتزام من العامل من الأول ، كما هو الحال في المقام فانه وبالأشراط يسقط حق المالك في الزامه به ويجعل ذلك على العامل ، فلا يحيص عن الحكم بالبطلان ، لكونه خارجاً عن مدلول دليل الصحة .

(١) إذ لا يجب عليه الا إيجاد العمل في البستان وتحقيق الرعاية للأشجار بما يؤدي إلى ظهور الثمر أو زيادتها ، وأما مباشرته لذلك بنفسه فلا دليل على اعتبارها ، ما لم تكن قد أخذت شرطاً في ضمن العقد .

(٢) الظاهر ابتناء القول بالجواز والمنع في المقام على القول بجواز اشترط كون بعض الاعمال على المالك وعدمه ، فعلى الأول يتعين القول بالجواز في المقام أيضاً وعلى الثاني فالصحيح هو المنع من جواز

في ذمتها (١) أو الأداء من الثمر (٢) ، وأما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الاعمال عليه أو في الثمر ففي صحته وجهان : (أحدهما) : الجواز ، لان التصدي لاستعمال الأجرة نوع من العمل ، وقد تدعو الحاجة الى من يباشر ذلك لمعرفة بالآحاد من الناس وأمانتهم

هذا الاشتراط .

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

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

(٢) وكأنه لمعلومية مقدار الأجرة فيما إذا كانت معينة ، الا أن الصحيح هو القول بالبطلان حتى بناء على القول بجواز كون الأجرة مجهولة ، وذلك لان الأجرة - وكما تقدم بيانها في محله - انها تتضمن التملك من الطرفين ، فالأجير انها يملك عمله للمستأجر في حين ان المستأجر يملكه الأجرة ، فهي في الحقيقة مبادلة بينهما ومن هنا فلا بد في المالكين من كونها قابلين للتملك بالفعل وحيث أن الثمرة غير موجودة بالفعل فلا يجوز تملكها لامتناع تملك المعدوم ما لم يقم عليه دليل خاص .

ولذا لم يستشكل احد في بطلان مثل هذه الأجرة في غير المساقاة كما لو أجره لخيطة ثوب بازاء مقدار معين من حاصل ارضه التي لم تزرع بالفعل أو التي زرعت ولم تنتج .

ومن هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) في فرض كون الأجرة

وعدمها ، والمالك ليس له معرفة بذلك . (الثاني) :
 المنع لأنه خلاف وضع المساقاة والأقوى الأول (١)
 هذا ولو شرطاً كون الأجرة حصة مشاعة من الثمر بطل
 للمجهول بمقدار مال الأجرة (٢) ، فهي باطلة .
 (مسألة ١٤) : إذا شرطاً انفراد أحدهما بالثمر بطل

حصة مشاعة من الثمرة ، فإنه لا حاجة لتوجيه البطلان فيه بجهالة
 مقدار مال الأجرة ، فإن هذا العقد محكوم بالبطلان وإن قلنا بصحة
 الأجرة مع جهالة الأجرة وذلك لتضمن الأجرة التملك الفعلي وهو
 لا يتعلق بالأمر المعلوم .

والحاصل : ان الصحيح هو القول بالبطلان في كلا الفرضين
 - كون الأجرة مقداراً معيناً من الثمر وكونها حصة مشاعة منه -
 سواء صححت الأجرة مع جهالة الأجرة أم بطلت .
 نعم لو رجع الاشتراط هذا إلى أداء الأجرة الثابتة في الذمة من
 الثمر ، حكم بصحته من جهة ان الأجرة أمر ثابت في الذمة بالفعل
 فلا يكون العقد متضمناً لتمليك المعلوم .

(١) بل الثاني ، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجباً للحكم
 بصحة المساقاة وإنما العبرة فيها - على ما عرفت - بالعمل الذي له دخل
 في تربية البستان بمعنى ظهور ثمره أو زيادته .

والحاصل : ان الأدلة الخاصة قاصرة الشمول للمقام ، والعمومات
 والاطلاقات لا تشمل ما يتضمن تمليك المعلوم .

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

للعقد (١) وكان جميعه للمالك (٢) ، وحينئذٍ فان شرطاً
انفراد العامل به استحق اجرة المثل لعمله (٣) وان شرطاً
انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً لانه حينئذٍ متبرع
بعمله (٤) .

(مسألة ١٥) : إذا اشتمل البستان على انواع كالنخل
والكرم والرمان ونحوها من انواع الفواكه فالظاهر عدم
اعتبار العلم بمقدار كل واحد (٥) ، فيجوز المساقاة عليها

(١) لعدم الدليل على صحته بعد عدم شمول الأدلة الخاصة والعامه له .

(٢) لتبعية الثمر للأشجار في الملك .

(٣) لانه لم يقدم على العمل مجاناً وانما اقدم عليه لقاء أخذه

للخاصل وحيث انه لم يسلم له لبطلان العقد واستيفاء المالك لمنافعه وعمله
الصادر عنه بأمره يضمن له المالك أجره المثل لا محالة .

والخاصل : أن أمر الغير بالعمل لا على نحو المجانية موجب للضمان .

(٤) وتوهم : انه انما عمل تخيلاً منه لزوم ذلك عليه من باب

وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله .

مدفوع : بان الموجب للضمان ينحصر في العقد الصحيح ووقوع

العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع ، وحيث ان كليهما مفقود في

المقام اما الأول فهو المفروض ، واما الثاني فلكون امره بالعمل على

نحو المجانية ، فلا موجب للقول بالضمان .

(٥) بلا اشكال فيه ، وتقتضيه صحيحة يعقوب بن شعيب المتقدمة

فان مقتضى اطلاق قوله : « وفيها رمان أو نخل أو فاكهة » عدم

الفرق بين كون اشجار ذلك البستان من سنخ واحد وكونه مشتملاً

بالنصف أو الثلث أو نحوهما وان لم يعلم عدد كل نوع ،
الا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر (١) .

على اصناف متعددة .

(١) وفيه مضافاً إلى ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار نفي الغرر في المعاملات مطلقاً ، فان الدليل عليه انها يختص بالمبيع ولا مجال للتعدي عنه إلى غيره ، أن عقد المساقاة مبني على الغرر من هذه الجهة - اعني مقدار الثمر - إذ لا علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر في تلك السنة ، وهل انه سيكون كثيراً أو قليلاً ؟ فهذا الجهل معفو عنه جزماً .

وهكذا الحال بالنسبة إلى عدد الاشجار ، إذ لا يعتبر في عقد المساقاة حتى مع اتحاد سنخ الاشجار فضلاً عن اختلافه العلم بعددها فان العقد مبني على الجهالة من هذه الناحية .

على انه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهة ، فان عمل العامل لما كان يقابله الحصة من الثمر ، لم يمكن تصور فوات شيء منه اطلاقاً فانه مضمون على كل تقدير لانه تابع له في القلة والكثرة ، فان كثرت الاشجار وكثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل ، وان قلت الاشجار وقل عمله قل حاصله أيضاً .

ومن هنا : فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا ، فانه لا يتصور فيه أصلاً وعلى تقديره فهو معفو عنه لا ابتداء العقد عليه .

بل عقد المساقاة على هذا البستان انها هو في الحقيقة كالعقد على مجموع بساتين يختص كل منها بسنخ معين ، الذي لم يشك احد في صحته . فان ما نحن فيه من قبيله غاية الأمر أنه يختلف عنه كون البساتين

(مسألة ١٦) : يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر ، كأن يجعل النخل بالنصف وللكرم بالثلث والرمان بالربع مثلاً وهكذا (١) واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع ، ولكن للفرق بين هذه الصورة وصورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح (٢)

في الثاني معزولة مفروزة في حين ان الاشجار فيما نحن فيه مختلطة وغير مفروزة ، الا انه لا يؤثر شيئاً بعد ان كان مثل هذا العقد منحللاً في الحقيقة إلى عقود متعددة ومستقلة .

(١) لما تقدم من انحلال هذا العقد المركب إلى عقود متعددة في الحقيقة وحينئذٍ فلا يبقى محذور في الحكم بالصحة .

(٢) يمكن التفريق بين الصورتين بكون حصة العامل في فرض اتحادهما في الجميع معلومة فانه وعلى كل تقدير يأخذ النسبة المجعولة له من الحاصل من غير زيادة أو نقصان ، وهذا بخلاف ما نحن فيه ، فان حصته وبالقيااس إلى المجموع تبقى مجهولة لاحتمال زيادة الصنف وقلته ، فانه إذا جعل له النصف من الرمان والثلث من التمر - مثلاً - فكان الحاصل من الرمان مائة رطل ومن التمر تسعون ، كان له خمسون رطلاً من الرمان وثلثون من التمر وهذا يعني انه قد أخذ بالنتيجة ما يعادل ثمانين حصص إلى تسع عشرة حصة من مجموع حاصل البستان ، وأما لو انعكس الأمر فكان حاصل الرمان تسعين وحاصل التمر مائة رطل ، فله من الرمان خمسة واربعون رطلاً ومن التمر ثلاثة وثلثون وثلث ، وهذا يعني أن حصته في النتيجة لم تكن الا سبعة وثمانية اعشار وثلث العشر من أصل تسع عشرة حصة ،

والأقوى الصحة (١) مع عدم الغرر (٢) في الموضوعين ،
والبطلان معه فيها .

(مسألة ١٧) : لو ساقاه بالنصف - مثلاً - ان سقى
بالناضح وبالثلث ان سقى بالسيح ففي صحته قولان ،

وهكذا فان المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين فينقص
الحصة وقد يكون أقلهما فتزيد ، وبذلك فيحصل الغرر والجهالة
فيحكم ببطلان العقد .

الا إنك خبير بان هذا المقدار من الفرق لا يكفي في الحكم بالبطلان
في المقام ، بعد ما عرفته من ان هذه المساقاة وان كانت واحدة بحسب
الانشاء الا انها منحلة في الحقيقة إلى عقود متعددة ومساقاة على كل
صنف مستقلاً ، نظير ما ذكرناه في كتاب البيع من ضم مبيع إلى
غيره ، فانه لا عبرة بتعدد المبيع وانما العبرة بواقع الاعتبار والتملك
ولذا يلتزم فيما لو باع ماله ومال غيره بصحة البيع بالنسبة إلى ماله
وتوقفه على الأجازة بالنسبة إلى مال الغير ، في حين انه لو كانت
العبرة بالانشاء لوجب القول ببطلان العقد بالنسبة إلى المالكين معاً على
تقدير عدم اجازة الآخر .

فما نحن فيه من هذا القبيل فان هذا العقد الواحد عبارة في الحقيقة
عن عقود متعددة جمعها انشاء واحد فقط ، وحيث ان الحصة في كل
عقد من تلك العقود معلومة فلا وجه للحكم بالبطلان ، واحتمال زيادة
المجموع ونقصانه لا يضر بعد ذلك .

(١) لما تقدم .

(٢) بل ومعه أيضاً ، لما تقدم في المسألة السابقة حرفاً بحرف .

أقواهما للصحة (١) ، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة ، لعدم إيجابها للغرر مع أن بناءها على تحملها . خصوصاً على القول بصحة مثله في الإجارة (٢) ، كما إذا قال : إن خطت رومياً فبدرهمين وإن خطت فارسياً فبدرهم .

(مسألة ١٨) : يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما (٣) مضافاً الى الحصة من الفائدة ، والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضة ، ومستندهم في الكراهة غير واضح كما أنه لم يتضح إختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضاً ، وكذا إختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق للضميمة ، والأمر سهل .

(مسألة ١٩) : في صورة اشتراط شيء من الذهب

(١) بل العدم ، فإن المساقاة وإن لم تكن تتضمن التملك والتملك إلا أنها تتضمن الالتزام والالزام ، والأمر المردد لا يصلح ان يكون متعلقاً للالتزام الفعلي الذي يترتب عليه الامر بالوفاء به .
والحاصل : ان الأمر المردد لا يمكن فيه الالتزام والالتزام والحكم بوجود الوفاء به .

(٢) وقد تقدم هناك ان الصحيح هو البطلان ، لأن الاجارة تملك فلا بد وان يكون متعلقه معلوماً والمردد غير معلوم .

(٣) لكونه سائغاً في نفسه ، فيلزم باشتراطه في ضمن عقد لازم بمقتضى ادلة لزومه .

وللفضة أو غيرهما على أحدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منها شيء أو لا؟ وجهان : أقواهما للعدم (١) فليس قرارهما مشروطاً بالسلامة ، نعم لو تلفت الثمرة بجميعها أو لم تخرج أصلاً ففي سقوط الضميمة وعدمه أقوال ، ثالثها الفرق بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط وبين للعكس

(١) والحق في هذه المسألة هو الالتزام بتفصيل لا يرجع إلى شيء مما أفاده (قده) .

وحاصله : انه قد يفرض الكلام في فرض عدم خروج الثمرة وقد يفرض في صورة تلفها بعد الحصول والتحقق .

وعلى كلا التقديرين فقد يفرض الكلام في جميع الثمرة بان لم يحصل شيء أصلاً أو يحصل ويتلف جميعه ، وقد يفرض في بعضه .

أما في فرض عدم خروج الثمرة بالمرة فالمتعين هو الحكم ببطلان المساقاة ، لانها معاوضة بين الطرفين - على ما يستفاد من النصوص ويأتي بيانه - فاذا لم تخرج الثمرة بالمرة كشف ذلك عن بطلائها من الأول ، وبذلك فيكون الشرط في ضمنه شرطاً في ضمن عقد فاسد فلا يؤثر شيئاً .

ومما يؤكد ذلك انه لو انكشف الحال قبل العمل أو في الاثناء لم يجب على العامل الاستمرار في السقي والاتمام - على ما سيأتي منه (قده) أيضاً في المسألة الحادية والعشرين - فانه لا وجه لذلك غير انكشاف بطلان المعاملة .

إلا إن هذا لا ينافي القول بعدم استحقاق العامل لأجرة المثل عندئذٍ ، إذ لا ملازمة بين بطلان العقد واستحقاق العامل لأجرة المثل

لانه إنما أقدم على العمل على أساس ان لا يضمن المالك له شيئاً سوى الحصة من الثمرة على تقدير ظهورها . ومن هنا صح ان يقال انه متبرع من جميع الجهات غير الحصة على تقدير ظهور الثمرة ه وأما في فرض عدم خروج بعض الثمرة ونقصانها عن المتعارف - وهي الصورة التي لم يتعرض لها المانن (قده) .

فقد يفرض كون النقصان قليلاً جداً الى حد لا يعنى به عند العقلاء كما لو فرض عدم إثمار شجرة واحدة فقط من مجموع البستان الذي يحتوي على مائة شجرة فما فوق ، فانه مما لا يبعد ان يقال انه متعارف في كل بستان ، وحينئذٍ فحيث انه مما يتسامح فيه فهو في حكم العدم، وعليه فيحكم بصحة المساقاة ووجوب الوفاء بالشرط كاملاً . وقد يفرض كونه معتداً به كربع الاشجار أو ثلثها ، وحينئذٍ فيتعين الحكم ببطلان المساقاة بالقياس الى التي لم تثمر لانها منحللة الى عقود متعددة بعدد الاشجار الموجودة في البستان ، فان ثمرة كل شجرة منها انا هي للمالك والعامل معاً بأزاء ما قدمه العامل من خدمات لها .

هذا بالنسبة الى أصل العقد وأما الشرط فهل يحكم بوجوب الوفاء به بتمامه أو يقال بسقوط ما يقابل الجزء الذي حكم بفساده من العقد فيكون مشمولاً للتبويض أيضاً أو يقال بسقوطه بقول مطلق ؟ أوجه أقواها الأخير ، لأن الشرط انها لوحظ بأزاء مجموع ما وقع عليه العقد لا بلخاظ كل جزء جزء منه ، فهو ليس الا لإلتزاماً واحداً بأزاء هذه المعاملة على تقدير صحتها ، فاذا لم تصح ولو في بعضها حكم ببطلانه لعدم تحقق موضوع الإلتزام وما كان معلقاً عليه .

ومما يؤكد ذلك عدم قابلية بعض الشروط للتبويض والانحلال

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

كشروط الصوم يوماً أو الصلاة ركعتين عن أبيه وما شاكلهما من الامور البسيطة أو المركبة الأرتباطية ، فانه أفهل يمكن أن يقال بتبعض الشرط فيه أيضاً ؟ ،

فان ملاحظة مساواة هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقة قابلاً للتفكيك بلحاظ كونها على حد سواء مما يؤكد ما إلتمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق .

والحاصل : ان حال الشرط في المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمرة ، فانه يحكم بسقوطه ، لكون التزامه مقيداً بصحة العقد ، فاذا لم يصح ولو بعضاً لم يثبت شيء من الالتزام .

هذا كله بالنسبة الى صورة عدم خروج الثمر بكلا فرضيه .

وأما صورة تلف الثمرة بعد حصولها وتحققها في الخارج ، فلا وجه للحكم ببطلان العقد في كلا فرضي هذه الصورة ، فان الملك قد حصل ، والتلف انما عرض على ملكها مأ ، ومعه فلا وجه لسقوط شيء من الشروط .

نعم لو كان الشرط مقيداً بسلامة تمام الثمر وعدم تلفه ولو بعضاً لم يجب الوفاء بالشرط عند تلف بعضه لعدم تحقق المعلق عليه .

والحاصل : ان نفوذ الشرط في المقام تابع لكيفية الجعل من حيث الاطلاق والتقييد ، فان كان الاشتراط معلقاً على سلامة الجميع سقط بتلف البعض وإلا وجب الوفاء به باجمعه لعدم الموجب لسقوطه .

(١) أما الأول فلأن المفروض ذهاب عمل العامل سدى حيث لم يحصل بأزاءه على شيء ، فاذا غرم مضافاً الى ذلك شيئاً كان ذلك من الأكل بالباطل ، وأما الثاني فلأن الشرط عليه قد وجب بالعقد

أصلاً فتسقط وصورة التلف فلا (١) . والأقوى عدم السقوط مطلقاً (٢) لكونه شرطاً في عقد لازم فيجب الوفاء به . (ودعوى) : أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول لعدم ما يكون مقابلاً للعمل ، أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح ، أما مع كونها للعامل ، فلأن الفائدة ركن في المساقاة ، فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل ، والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضية فتكون المعاملة باطلة من الأول ، ومعه لا يبقى وجوب للوفاء بالشرط . (مدفوعة) مضافاً إلى عدم تزاميته بالنسبة إلى صورة التلف (٣) لحصول العوض بظهور

فلا وجه لسقوطه ،

وفيه : ما عرفته من تبعية بقاء الشرط لكيفية جعله من دون فرق بين كونه على المالك أو العامل .

(١) لأنكشاف بطلان العقد على الأول فلا يجب الوفاء به بخلاف الثاني حيث عرض التلف على الثمرة بعد حصول الملك وتحقق موضوع الشرط .

وفيه : ما عرفته من التفصيل في صورتين معاً .

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

(٣) وهو غير وارد على ما اخترناه نظراً لالتزامنا بعدم البطلان

مع التلف المتأخر .

الثمر وملكيته وان تلف بعد ذلك ، بأننا نمنع (١) كون المساواة معاوضة بين حصة من الفائدة والعمل بل حقيقتها تسليط من المالك للعامل على الأصول للأستئمان له وللمالك ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك . ولذا لا يستحق العامل اجرة عمله (٢) إذا لم يخرج أو خرج وتلف

(١) وهو في غير محله جداً ، فانه مناف لما أفاده (قد ه) في تعريف المساواة حيث فسرها بأنها « معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها ، فانها ظاهرة في كون الحصة عوضاً عن العمل في الأصل . بل ويتناسى مع ما هو المرتكز في الاذهان من كون العمل في مقابل الحصة وهي في مقابل العمل بحيث يكون عوضاً ومعوذاً وان لم يكن هناك تملك وتملك ومبادلة مال بمال فعلاً ، الا ان ذلك لا يضر شيئاً ولذا لو سئل العامل انه هل يعمل مجاناً لأجاب بالنفي صريحاً ، وما يدلنا على ذلك الاخبار الواردة في المقام فان ظاهر قوله في صحيحة يعقوب بن شعيب : « اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج » وقوله في صحيحة الحلبي الواردة في اعطاء النبي (ص) لخير : « أعطى خبيراً بالنصف » هو المعاوضة ، فانكارها بعد ذلك يكون من انكار الامر الواضح .

وما يدلنا على ذلك ، حكمهم بعدم لزوم الاتمام على العامل فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل او في الأثناء .

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم ، وان عدم استحقاق العامل حينئذ شيئاً انما هو لأقدمه على التبرع من غير جهة الحاصل بحيث اقدم على

بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول واحترام عمل المسلم ، فهي نظير المضاربة حيث انها أيضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للأسترباح له وللعامل ، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق . كما ان ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصة من الربح للذي قد يحصل وقد لا يحصل ، وأما المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة ولا يكفي الاحتمال ، مجرد دعوى لا بينة لها .

و (دعوى) : أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج للثمر لا يصح المساقاة ، ولازمه للبطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك (١) ، (مدفوعة) : بان للوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية (٢) مع العلم

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

(١) لان الحكم بالصحة حيثئذ إنما كان حكماً ظاهرياً فقط فيرتفع بانكشاف الواقع .

(٢) ليس الوجه في البطلان ما ذكره (قده) إذ لا دليل على بطلان المعاملة السفهية ، فان الدليل على البطلان إنما يختص بمعاملة السفهية ، فلا مجال لتعميمه للمعاملة السفهية الصادرة من العاقل .

بعدم الخروج من الأول بخلاف المفروض ، فالأقوى ما ذكرنا من للصحة (١) ولزوم للوفاء بالشرط - وهو تسليم الضميمة - وان لم يخرج شيء أو تلف بالآفة . نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر - أما ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك - كشف عن بطلان المعاملة من الأول (٢) ومعه يمكن استحقاق للعامل للأجرة إذا كان جاهلاً بالحال (٣).

(مسألة ٢٠) : لو جعل المالك للعامل مع الحصة من لفائدة ملك حصة من الاصول مشاعاً أو مفروزاً ففي صحته مطلقاً ، أو عدمها كذلك ، أو التفصيل - بين أن يكون

بل الوجه في البطلان مضافاً الى ما تقدم من كون المساقاة من العقود المعاوضية . عدم تحقق القصد الجدي الى المعاملة بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بأزاء عمله .

(١) بل الاقوى ما ذكرناه من التفصيل - على ما عرفت بيانه :-

(٢) فانه يعتبر في المساقاة قابلية الشجر للثمر ، إذ بدونها يكون

العقد نفواً محضاً .

(٣) ظهر الحال فيه مما تقدم ، فانه لا موجب للضمان بعد أن

كان العقد مبنياً على عدم ضمان المالك لشيء بأزاء عمله غير الحصة من الثمر على تقدير حصوله .

نعم لو كان المالك عالماً بالحال وقلنا بقاعدة الغرور صح الرجوع

عليه ، الا انك قد عرفت غير مرة عدم تمامية هذه القاعدة .

إذن : فلا موجب للقول بضمان المالك للعامل أجرة المثل في الفرض .

ذلك بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئية فلا ، أقوال
والأقوى الأول (١) .

(١) بل الأخير ، فإنه لو كان الجعل على نحو الشرطية صح بلا اشكال فيه لرجوعه في الحقيقة الى وقوع عقد المساقاة على غير تلكم الشجرات المستثناة ، ومعه فلا وجه للقول بعدم الجواز ، بل يصح العقد ويلزم الجعل بمقتضى قولهم (ع) : « المؤمنون عند شروطهم » كما هو الحال في سائر أمواله ، بل هو نظير مساقاته على بستان بشرط ان يكون بستانه الآخر بتمامه للعامل ، فإنه صحيح جزماً لان اشتراط الملكية في ضمن العقد لا يقتضي الفساد .

وهذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئية ، فإنه لا يحيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاة ، فان العقد قائم على اشتراكهما في الثمر بعد اختصاص الأصول بأحدهما وكون العمل - ولو على نحو الموجبة الجزئية - من الآخر ، فلا يصح فيهما إذا كانت الأصول والعمل بتمامه من احدهما ، كما هو الحال فيما نحن فيه ، فان العامل لما كان مالكاً للمقدار المجموع له بالشرط كان عمله فيه من عمل المالك في ملكه وهو موجب للبطلان .

ولذا لا نعهد من يحكم بصحة العقد فيما لو اشترط المالك على العامل اشتراكه في بستانه المختص به وليس ذلك الا لأن عمله في ذلك البستان انما هو لنفسه فلا يصح بعد فرض كون الاصل له أيضاً .
وبعبارة اخرى : انه لا بد في المساقاة من كون الأصول من احدهما والعمل ولو بعضاً من الآخر ، فلو كانا معاً من واحد لم يصح العقد

للعقود (١) ، ودعوى : أن ذلك على خلاف وضع المساقاة ، كما ترى (٢) ، كدعوى : أن مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك (٣) ، إذ هو أول الدعوى . والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه . ففيه : أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائدة ، كما في المقام حيث ان تلك الأصول وان لم يكن للمالك الشارط ولا يحصل الاشتراك في الحاصل ، ولذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك .

والحاصل : انه مع تعدد مالك الأشجار ، لا يصح اشتراط كون ثمر الجميع مشتركاً بينهم ، فان العمومات غير شاملة لمثل هذا العقد - على ما عرفته غير مرة - والأدلة الخاصة وارادة في غير هذا المورد . فالصحيح في المقام هو التفصيل بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطية المحضة بان تجعل ملكية تلك الأشجار المبيعة للعامل من دون أن تكون داخلة في عقد المساقاة بحيث يكون العقد واقعاً على غيرها فيحكم بالصحة ، وبين ما لو كان على نحو الجزئية ، بأن تكون هذه الأشجار المجهول ملكيتها للعامل داخلة في العقد أيضاً بأن تكون الأصول للعامل والثمار مشتركاً بينهما فيحكم ببطالانه .

(١) وقد عرفت ما فيها .

(٢) عرفت ان هذه الدعوى في محلها ولا شيء فيها .

(٣) على ما تقدم بيانها ، حيث قد عرفت انه لا يصح كون

الأصول والعمل معاً من احدهما .

الا أن عمل للعامل فيها ينفعه في حصول حصته من نائها .
 ودعوى : أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط
 فاللازم تبعية نائها لها . مدفوعة : بمنعها بعد أن كان
 المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصه من نماء
 الجميع . نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون ناءها
 له بتمامه كان كذلك ، لكن عليه تكون تلك الأصول
 بمنزلة المستثنى من العمل ، فيكون العمل فيما عداها مما هو
 للمالك بأزاء الحصه من ناءه مع نفس تلك الأصول .

(مسألة ٢١) : إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج
 الثمر أصلاً هل يجب على للعامل اتمام السقي ؟ قولان ،
 أقواهما العدم (١) .

(مسألة ٢٢) : يجوز ان يستأجر المالك أجيراً للعامل
 مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصه من الثمرة أو بتمامها بعد

(١) على ما تقدم بيانه في المسألة التاسعة عشرة ، فان عقد المساقاة
 مبني على المعاوضة بين عمل العامل والحصه مما يخرج من الثمر ، فاذا
 علم بعده انكشف عدم العوض ومعه فيحكم بالبطان .
 إلا أن ما أفاده الماتن (قدّه) هنا لا ينسجم مع ما ذكره هناك
 من وجوب الوفاء به لعدم بناء العقد على خروج الثمر .
 فهو (قدّه) بعد بناءه على وجوب الوفاء هناك مطالب بالدليل
 على عدم وجوب الاتمام هنا .

للظهور وبدو الصلاح (١) ، بل وكذا قبل البدو (٢) ، بل قبل للظهور أيضاً إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين (٣) وأما قبل الظهور عاماً فالظاهر عدم جوازه ، لا لعدم معقولية تمليك ما ليس بموجود (٤) . لانا نمنع عدم

(١) فانه حينئذ مال موجود بالفعل فيصح جعله عوضاً لعمل محترم .
(٢) لما تقدم ، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا ، فانه وبوضعه الحالي أمر موجود بالفعل فتصح المفاوضة عليه .

(٣) تقدم التعرض لهذه المسألة في كتاب الأجرة ، وقد عرفت ان الصحيح هو القول بالمنع ، لعدم الدليل على صحة هذه المعاملة في مقام الاثبات ، فان الأجرة تبديل للمنفعة أو العمل من جهة والأجرة من جهة أخرى ، فلا تصح مع كون الأجرة معدومة والمستأجر غير مالك لها بالفعل .

والحاصل : ان الأجرة انما تتضمن التمليك ، وهو لا يتعلق إلا بالموجود في الخارج أو في الذمة - لانه بحكم الموجود الخارجي - . وأما ما لا وجود له بالفعل فلا يصح تعلق الملكية به .
ولذا لا يذهب احد الى صحة اجارة شخص على عمل بازاء ما سيرئه من أبيه عند موته .

ومما ذكرناه يظهر انه لا مجال لاثبات حكم البيع لما نحن فيه والقول بالصحة مع الضميمة ، فانه قياس محض ولا مجال لقبوله .

(٤) فانه امر معقول في نفسه ، فان التمليك امر اعتباري وهو سهل المؤنة فيصح تعلقه بالمعدوم كما يصح ان يكون المالك غير شاعر

المعقولية بعد اعتبار العقلاء وجوده المستقبلي ، ولذا يصح مع الضميمة أو عامين ، حيث انهم اتفقوا عليه في بيع الثمار ، وصرح به جماعة ههنا . بل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز ، كما هو كذلك في بيع الثمار . ووجه المنع هناك خصوص الأخبار الدالة عليه ، وظاهرها أن وجه المنع الغرر ، لا عدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم ، ولولا ظهور الاجماع في المقام لقلنا بالجواز (١) مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك ، كما يجوز بيع ما في الذمة مع عدم كون العين موجوداً فعلاً عند ذيها ، بل وان لم يكن في الخارج أصلاً ، والحاصل : أن الوجود الاعتباري يكفي في صحة تعلق الملكية ، فكأن العين موجودة في عهدة الشجر كما أنها موجودة في عهدة الشخص .

أو كلي كملكية المسجد لاثائه والسادة للخمس والفقراء للزكاة - على القول بملكيتهما لها .

بل الوقوع خير دليل على الأمكان ، حيث يصح بيع الثمار مع الضميمة ، الا ان الاشكال - وكما عرفت - ليس من هذه الجهة وانما هو من حيث مقام الاثبات ، إذ لا دليل على صحة هذه المعاملة . (١) قد عرفت ان وجه المنع انما هو عدم الدليل على صحة هذه المعاملة ومن هنا فلا وجه للألتزام بصحتها حتى مع عدم تمامية الاجماع وانقضاء الغرر .

(مسألة ٢٣) : كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك (١) وللعامل اجرة المثل لعمله (٢) ، الا إذا كان عالماً بالبطلان ومع ذلك أقدم على العمل (٣) أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك (٤) ،

(١) لتبعيته للشجر في الملك .

(٢) لانه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجاناً ، حيث انه انما أتى به بأزاء الحصة من الثمر ، فاذا لم يسلم له ذلك العوض لاستيفاء المالك للثمر بأكمله نظراً لفساد العقد ، فلا بد للمالك من تدارك عوضه بدفع اجرة مثل عمله له كي لا يذهب سدى .
نعم لا بد من تقييد اطلاق الحكم بما إذا لم تكن الاجرة اكثر من الحصة المفعولة له ، وإلا فليس له الا الأقل لاقدامه على الغاء احترام ماله بالنسبة الى الزائد عن ذلك المقدار .

(٣) قد عرفت غير مرة ان العلم بالبطلان لا يعني بالضرورة الأقدام على المجانية فالفساد انما هو بلحاظ الحكم الشرعي لا بلحاظ بناء المتعاقدين ، فان عدم امضاء الشارع له شيء وإقدام العامل على العمل مجاناً شيء آخر .

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

(٤) فانه وبذلك يدخل في كبرى : « ما لا يضمن بصحيحه

حيث أنه بمنزلة المتبرع في هاتين الصورتين ، فلا يستحق
أجرة المثل على الأقوى وان كان عمله بعنوان المساقاة .

لا يضمن بفاسده ، وليس الوجه فيه الا ان عمل العامل في هذه الصورة
لم يكن مضموناً على المالك باعتبار ان الامر به انما كان على نحو
التبرع والمجانبة .

هذا وقد ناقش فيه صاحب الجواهر (قده) بدعوى ان العامل
انما قام بالفعل اعتقاداً منه للزوم العقد عليه ووجوب الوفاء به معه
فلا يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجاناً .

وفيه : ان مجرد اعتقاده بذلك لا يوجب ثبوت العوض على
المالك ، فان المالك انما هو بصدور الفعل عن امره لا مجاناً ، وحيث
انه غير متحقق في المقام فلا موجب لثبوت الضمان عليه ، ولذا لم
يلتزم أحد بالضمان فيما لو تخيل العامل الأجرة فقام بالفعل بذلك الاعتقاد .
والحاصل : انه لا وجه لاثبات الضمان في المقام بعد أن كان
العقد على تقدير صحته يقتضي عدمه .

وكذا الحال فيما لو كان الفساد من جهة عدم خروج الثمر - على
ما اخترناه ، وان ذهب الماتن (قده) الى صحته - فانه مشمول
لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده .

والوجه فيه ما ذكرناه من ان الضمان انما يكون لأمرين العقد
الصحيح ، والأمر بالعمل لا على نحو المجانبة والتبرع ، ولا شيء
منهما متحقق في المقام فان المفروض فساد العقد ، والمالك لم يضمن
للعامل وراء الحصة مما اخرجه الله من الأرض شيئاً ، بحيث كان

(مسألة ٢٤) : يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة كأن يقول : ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث . والقول بعدم الصحة لانه كالبيعين في بيع المنهي عنه (١) ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل (٢) ، فان المنهي عنه البيع حالاً بكذا ومؤجلاً بكذا ، أو البيع على تقدير كذا بكذا ، وعلى تقدير آخر بكذا (٣) ، والمقام نظير أن يقول : بعثك داري بكذا على أن أبيعك بستاني بكذا ، ولا مانع منه ، لأنه شرط مشروع في ضمن العقد .

العامل متبرعاً بعمله من غير هذه الناحية ، فلا وجه للقول بالضمآن .
 (١) روى الصدوق (قده) عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) في مناهي النبي (ص) : قال : « ونهى عن بيعين في بيع » (١) وروى الشيخ (قده) انه « نهى رسول الله (ص) عن سلف وبيع ، وعن بيعين في بيع » (٢) .
 (٢) وعلى تقدير تسليم كونه من هذا القبيل فالتعدي عن البيع إلى المساقاة واثبات حكمه فيها ليس الا قياساً محضاً .

(٣) ويحتمل ان يكون المراد به البيع الى اجلين مختلفين ، بان يبعه الكتاب مؤجلاً إلى ستة أشهر بخمسة دنانير ، وإلى سنة بعشرة .

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

(٢) التهذيب : ج ٧ ص ٢٣٠ .

(مسألة ٢٥) : يجوز تعدد العامل (١) ، كأن يساقى اثنين بالنصف له والنصف لهما ، مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما (٢) ، وتعيين حصة كل منهما (٣) . وكذا يجوز تعدد المالك واتحاد العامل ، كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد : ساقيناك على هذا البستان بكذا ، وحينئذٍ فإن كانت الحصة المعينة للعامل منها سواء - كالنصف أو الثلث مثلاً - صح وان لم يعلم العامل كيفية شركتهما (٤) وأنها بالنصف أو غيره ، وان لم يكن سواء - كأن يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث مثلاً - فلا بد من علمه بمقدار حصة كل منهما ،

(١) بلا إشكال فيه ولا خلاف .

(٢) إذ المعتبر في صحة المساقاة إنما هو تعيين حصتها في قبال حصة المالك ، بحيث يكون نصيب كل من العامل والمالك معلوماً ، وأما معرفة المالك بحصة كل منهما فيما بينهما فهي أمر غير معتبر جزماً ، فإنه لا علاقة للمالك بكيفية قسمة العاملين للحصة المشتركة بينهما بعد معلومية حصتها في قبال حصته .

(٣) فيما بينهما .

(٤) إذ لا دخل لكيفية شركتهما في الحصة المجعلولة له ، فإنه وعلى كل تقدير يأخذ الحصة المجعلولة له من الجميع ، فلا يكون جهاله هذا موجباً لجهالة حصته كما هو واضح .

لرفع الغرر والجهالة في مقدار حصته من الثمر (١) .
 (مسألة ٢٦): إذا ترك العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداءً
 أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع

(١) وقد استشكل فيه بعضهم بانه ان تم اجماع على البطلان مع
 الجهل فهو والا فالقول به مشكل لعدم الدليل على قدح الغرر في المقام
 وفيه : ان الظاهر في المقام هو البطلان سواء أقلنا باختصاص
 نفي الغرر بالبيع - كما هو الصحيح - أم قلنا بعمومه للمقام أيضاً .
 وذلك لما أشار اليه الماتن (قدّه) من استلزامه الجهل بمقدار
 الحصة ، فانه لا بد في المساقاة - على ما يستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب
 واخبار خبير - من معلومية حصة كل من المالك والعامل من الثمر ،
 ولذا لو ساقاه على ان يكون له في مقدار من البستان النصف وفي
 مقدار آخر منه الثلث من غير تعيين لما حكم ببطلانه جزماً .

وحيث ان هذا الشرط غير متوفر في المقام ، لانه إذا ساقى
 احدهما على النصف والآخر على الربع وكان مجموع النتاج مائة وعشرين
 رطلاً ، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل
 منهما ، فاذا كان نصيب صاحبه الأول من البستان الثلثين ونصيب
 الثاني الثلث كان له من المجموع خمسون رطلاً ، وإذا انعكس الأمر
 كان له أربعون رطلاً ، فلا بد من الحكم بالبطلان .

والحاصل : ان مساقاة المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصة
 المجمولة للعامل وجهل نصيب كل منهما في البستان ، لما كان موجباً
 لجهالة ما يحصل للعامل محكومة بالفساد .

الى الحاكم الشرعي (١) فيجبره على العمل ، وان لم يمكن
استأجر من ماله من يعمل عنه أو بأجرة مؤجلة إلى وقت
الشمر فيؤديها منه ، أو يستقرض عليه ويستأجر من يعمل
عنه ، وان تعذر الرجوع الى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمر
المذكورة عدول المؤمنين (٢) بل لا يبعد جواز اجباره
نفسه (٣)

(١) لأنه ولي الممتنع ، فان وظيفة الولاية وان كانت في الأصل
اجراء الاحكام الصادرة من القضاة ، الا ان استقرار نظام المعاش
وحفظه يقتضي قيامه في عصر الغيبة مقام القاضي فيما هو شأنه ،
حفظاً لحق المظلوم واقامة للنظام والقانون ، ولكي لا يلزم من تركه
الهرج في الاجتماع .

وبعبارة اخرى : ان نظام المعاش يقتضي وجود ولي يأخذ بحق
المظلوم من الظالم ويقيم العدل في الاجتماع ، وعليه فان كان الولي
الحقيقي موجوداً فالأمر اليه ، له التصدي له بالمباشرة أو بنائبة الخاص
ولا حق لأحد في الاعتراض عليه . والا فالأمر للحاكم الشرعي لانه
القدر المتيقن في ذلك ، ومع عدم امكانه فالأمر للعدول من المؤمنين
حيث انهم يقومون مقام الحاكم الشرعي حيث يتعسر أو يتعذر الرجوع
اليه ، لكونهم القدر المتيقن منه بعد المفروغية عن لابدية أخذ حق
المظلوم واقامة نظام العدل في الاجتماع والمنع من الهرج والفوضى .
(٢) لما تقدم .

(٣) كما يقتضيه لزوم العقد وكونه مالكاً لحق الالتزام .

أو المقاصة من ماله (١) أو استئجار المالك عنه (٢) ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك . وقد يقال بعدم جواز الفسخ الا بعد تعذر الأجير (٣) وأن اللازم كون الأجير من الحاكم مع امكانه (٤) ، وهو أحوظ وان كان الأقوى

(١) وفيه : انها انما تختص بالأموال ، فلا وجه لاثباتها في المقام ونحوه من موارد ثبوت الحق خاصة ، حيث لا يملك المالك على العامل مالاً شخصياً أو كلياً في الذمة ، وانما يملك عليه حق الالتزام خاصة . والحاصل . انه لا دليل على ثبوت المقاصة في موارد الحقوق . (٢) فيه إشكال بل منع ، إذ لا دليل على ولاية المظلوم على خصمه فان الاستئجار تصرف عن الغير ونفوضه عليه من دون رضاه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

إذن : فالصحيح هو انحصار حقه في الفرض في الفسخ أو اجباره بنفسه أو مراجعة الحاكم الشرعي ومع عدم امكانه فعدول المؤمنين . (٣) تعرضوا لهذا الشرط في باب الخيارات ، وقد عرفت في محله انه لا موجب للقول بالترتب والطولية ، فان مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من اجبار الممتنع ، إذ لا معنى لجعل الشرط الا تعليق الالتزام بالعقد على وجوده .

(٤) ولا دليل عليه ، فان لمن له الحق المطالبة به وأخذه من الممتنع ان أمكنه ذلك كما ان له رفعه إلى الحاكم الشرعي والاستعانة به في استرداده بلا فرق في ذلك بين الحقوق والأموال الشخصية والكلية .

التخيير بين الأمور المذكورة (١) . هذا إذا لم يكن مقيداً بالمباشرة والا فيكون مخيراً بين الفسخ والأجبار (٢) ولا يجوز الاستيجار عنه للعمل (٣) . نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط (٤) لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط (٥) والاستيجار عنه أيضاً .

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

- (١) لما عرفته من عدم الدليل على الطولية والترتيب .
- (٢) على ما يقتضيه تخلف العامل عنه من جهة وكونه ملزماً عليه من جهة اخرى .
- (٣) لامتناع صدور متعلق العقد - اعني العمل المقيد كونه من العامل - من غيره .
- (٤) بالنصريح أو إقامة القرينة ، والا فقد عرفت ان المتفاهم العرفي من الاشتراط في هذه المقامات هو التقييد .
- (٥) فيكون حال العقد حينئذٍ حال القسم الأول اعني الاطلاق وعدم اشتراط شيء ، والا فحاله حال القسم الثاني اعني التقييد . والحاصل : ان امر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الاطلاق والتقييد ، فهو إما أن يكون بالنتيجة من الأول أو الثاني .
- (٦) إذ الواجب عليه حينئذٍ انما هو تحقيق العمل في الخارج وهو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابة عنه مجاناً أو بعوض .

قصد التبرع عنه أيضاً كفى (١) بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً (٢) ، وان كان لا يخلو من اشكال فلا يسقط حقه من الحاصل ، وكذا لو أرتفعت الحاجة الى بعض الاعمال ، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتاج إلى النزع من الآبار ، خصوصاً إذا كانت العادة كذلك وربما يستشكل بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه ، فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل . ويجب بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك ، فان المراد حصول الزرع والثمرة ، فع احتياج ذلك الى العمل فعله العامل ، وان استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته ، بخلاف

- (١) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع ، فانه حينئذ لا وجه لاستحقاقه شيئاً من الحصة .
نعم لو بقي عليه بعض العمل استحق الحصة إذ لا يجب عليه القيام بجميع الاعمال وانما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض .
والحاصل : ان حال هذا الفرض هو حال ارتفاع الحاجة بنفسها ومن غير قيام أحد بها ، - الآتي - حيث اختار (قده) فيه ما ذكرناه هنا ، فإنه لا فرق بينهما بالمرّة .
(٢) فيه اشكال يظهر مما تقدم .

الأجارة ، فان المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه .
ولابأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً
- كالأستقاء بالمطر - مع بقاء ساير الاعمال ، وأما لو كان
على خلافه - كما إذا لم يكن عليه الا السقي واستغنى عنه
بالمطر أو نحوه كلية - فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور
عمل منه أصلاً مشكل (١) .

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

(١) بل ممنوع كما عرفت .

(٢) على ما يقتضيه الفسخ - كما ستعرف بيانه - .

(٣) فيه اشكال بل منع ، تقدم وجهه غير مرة ، فان سبب
الضمان ينحصر في العقد الصحيح واستيفاء العمل الصادر عن امره
لا مجاناً ، وحيث ان كليهما منتف في المقام ، فان العقد قد ارتفع
بالفسخ والأمر انما كان متعلقاً بالمقدمة الموصلة ، فلا موجب
للقول بالضمان .

وبعبارة اخرى : ان الضمان من جهة العقد منتف لانتهاء العقد
بالفسخ ، والضمان من جهة الأمر غير ثابت بلحاظ عدم مطابقة المأني
به للمأمور به ، إذ الأمر انما كان متعلقاً بالعمل المستمر إلى حين
حصول النتائج وهو لم يتحقق في الخارج وما تحقق في الخارج من
العمل الناقص لم يكن متعلقاً للأمر .

وإن كان بعده يكون للعامل حصته (١) وعليه الأجرة للمالك (٢) الى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء والا فله

(١) الظاهر أنه لا فرق في كون الثمرة بتامها للمالك بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر وفرضه بعده، وذلك لان تأثير الفسخ وان كان من حينه الا انه لما كان يتعلق بالعقد من الأول بحيث يفرض وكأن لم يكن، كان مقتضاه رجوع كل من العوضين في العقود المعاوضية إلى صاحبه، وكأن لم يكن قد انتقل عنه الى غيره بالمرّة، وحيث ان الحصة من الثمر انما جعلت في عقد المساقاة بازاء عمل العامل وعوضاً عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى ولو كان الفسخ بعد ظهور الثمر وادراكه .

ومما يؤيد ذلك انه لو فسخ العقد بعد ادراك الثمر بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك لم يكن يعطى اليه الحصة المقررة من الثمر جزماً والا لكان الفسخ لغواً محضاً .

والحاصل : انه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبة إلى تملك الحصة للعامل، والا لكان الفسخ لغواً واضحاً، وانما معناه فرض العقد كأن لم يكن، ورفع اليد عنه من أول الأمر .

(٢) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه، فان الحصة وبعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل كي يستحق المالك عليه أجرة مثل ارضه، فانها وبأكملها تعود حينئذٍ ملكاً للمالك وعليه للعامل الأجرة لكون عمل العامل صادراً عن إذنه لا مجاناً . فانه - وفي هذا الفرض - قد أتى بالفعل المأمور به، وحيث انه لم تسلم له الحصة المجمولة نتيجة

الأجبار على القطع بقدر حصته ، الا إذا لم يكن له قيمة أصلاً فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل للظهور (١) .
(مسألة ٢٩) : قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه أما مطلقاً - كما لا يبعد - (٢) أو بعد تعذر الرجوع الى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالاشهاد على الاستيجار عنه ، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله ، وفيه ما لا يخفى (٣) فالأقوى أن الاشهاد للأثبات ظاهراً ، والا فلا يكون شرطاً للأستحقاق ، فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحق الرجوع وان لم يكن أشهد على الاستيجار . نعم لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول

لفسخ العقد ، يضمن له المالك أجرة مثل عمله .

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

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

(٣) فانه مقطوع البطلان حيث لا يحتمل مدخلية الاشهاد في ثبوت

الولاية بناءً على القول بها ، ولولا هذه الجهة لكان مقتضى القاعدة القول باعتباره ، فانه يكفي في اثباته مجرد الشك والاحتمال ، إذ لا دليل لفظي على ثبوت الولاية كي يتمسك به في نفي الاعتبار .

وكيف كان : فالأمر فيه سهل بعدما عرفت من عدم الدليل على

ثبوت الولاية للخصم بنفسه .

قول العامل في نفي الزيادة وقد يقال (١) بتقديم قول المالك لأنه أمين وفيه ما لا يخفى .

وأما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه ، فالظاهر تقديم قول المالك ، لاحترام ماله وعمله إلا إذا ثبت التبرع ، وإن كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل .

(مسألة ٣٠) : لو تبين بالبينة أو غيرها (٢) أن

(١) التشكيك في هذا الفرع والذي يليه إنما يتجه بناءً على ما اخترناه من عدم ثبوت الولاية للخصم نفسه ، فإنه حينئذ يكون مجال للبحث في تقديم قول المالك في زيادة الأجرة وعدم التبرع أو العامل في النقصان والتبرع .

وأما بناءً على ما اختاره الماتن (فده) من ثبوت الولاية له عند تعذر الرجوع إلى الحاكم ، فلا مجال لهذا من أساسه إذ لا وجه للتشكيك في تقديم قول الولي ، فإنه مقدم على دعوى الخصم جزماً للسيرة العقلانية القطعية التي يعبر عنها في كلمات الأصحاب بقاعدة : « من ملك شيئاً ملك الإقرار به » .

والحاصل : إن حال الخصم على هذا التقدير يكون هو حال الحاكم عند وجوده ، ولا أظن أن أحداً يمكنه زعم تقديم قول الخصم على الحاكم لأصالة عدم الزيادة أو أصالة عدم الضمان .

(٢) مما تكون حججته مطلقة أيضاً وغير مختصة بأحد الطرفين كحصول القطع أو الشيع المقيد للعلم ، والأفلو كانت حججته مختصة

الأصول كانت مغصوبة فان أجاز المغصوب منه المعاملة صححت المساواة (١)

بأحدهما كإقرار المسائي حيث لا يكون حجة الا عليه ، فلا وجه للحكم
بفساد العقد عند عدم امضاء المالك - بحسب اقرار المسائي - له ، فان
الإقرار انما ينفذ في حق المقر خاصة دون العامل الجاهل بالحال ،
ومن هنا فلا مبرر لانتزاع الحصة المجهولة له في العقد المحكوم
بالصحة ظاهراً بالقياس اليه منه ،

نعم يثبت ذلك بالقياس الى المقر لاعترافه ببطلان العقد لوقوعه
على ملك الغير وعدم استحقاقه لها .

وعليه للمقر له قيمة ما أخذه العامل من الحصة ، لاعترافه بكونه
هو المتلف له بجعله للعامل في المعاملة المحكومة بالصحة ظاهراً ،
نظير ما لو وهب شيئاً بالهبة اللازمة لشخص ثم اعترف بكونه
غصباً ، فانه لا يلزم الموهوب له رده . وانما على المقر ان يغرم للمقر
له قيمته .

ومن هذا القبيل أيضاً ما لو أقر بالمال لأحد ثم أقر به لثانٍ ثم
لثالثٍ وهكذا ، حيث يجب عليه دفع عينه الى الأول ويغرم لكل
من الباقيين قيمته لاعترافه باتلاف المال العائد له :

ولعل مراد الماتن (قده) من كلمة « أو غيرها » غير البيئنة من
الحجج المطلقة والا فالاشكال مستحکم .

(١) بيئته وبين العامل ، لان اجازته لها بمنزلة مباشرته للعقد بنفسه ،
بناءً على ما حققناه في محله من كون صحة العقد الفضولي عند اجازة
من له الأمر على القاعدة نظراً لانتساب الأمور الاعتيادية التي يكون

والا بطلت (١) ، وكان تمام الثمر للمالك المغضوب منه (٢) ويستحق العامل أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلاً بالحال (٤) الا إذا كان مدعياً عدم الغصبة وأنها

قوامها بالاعتبار الى الموكل على حد انتسابها اليه عند مباشرته لها بنفسه فانه وفي التقديرين يكون حقيقياً وخالياً عن التسامح والعناية . فانساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالأذن السابق منه فيه ، يحصل بارازة للرضا به وامضائه للفعل الصادر من غيره ، فليس حال هذا حال الأمور الخارجية الحقيقية حيث لا يصح اسنادها - في غير القبض - الى الموكل إلا بالعناية والمجاز .

والحاصل : أن امضاء المالك للألتزام الصادر من الغاصب يجعل ذلك الألتزام السابق مستنداً اليه حقيقة وكأنه قد باشر بنفسه من الأول . (١) على ما تقتضيه القاعدة ، حيث وقع العقد على أصول الغير من غير رضاه .

(٢) لقانون تبعية الثمر للأصول .

(٣) لان عمله انما صدر عن أمره لا بقصد المجانية والتبرع فلا

يذهب سدى :

(٤) إذ لو كان عالماً بالحال لكان فصله وتصرفه في الأرض والأصول محرماً لوقوعه في ملك الغير مع علمه به ، ومعه فلا يستحق عليه الأجرة لانه لا يكون - حينئذٍ - محرماً .

ومن هنا يظهر انه لا مجال لقياس المقام بما ذكرناه في غير مورد من انه لا فرق في الضمان بين علم العامل بالفساد وجهله به لان العلم

كانت للمساقي ، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه ، لاعترافه بصحة المعاملة وأن المدعي أخذ الثمرة منه ظلماً . هذا إذا كانت الثمرة باقية . واما لو اقتسماها وتلفت عندهما ، فالأقوى ان للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب والعامل بتامه (١) وله الرجوع على كل منهما بمقدار

به لا يلازم التبرع وقصد المجانية ، فان ذلك فيما إذا لم يكن العلم موجباً لتنجز حرمة الفعل في حقه - كما هو الحال في المقام - والا فلا وجه لأثبات الضمان والأجرة للفعل الحرام .

والحاصل : ان استحقاق العامل لأجرة مثل عمله انما يختص بفرض جهله بالحال وغصبية الأصول ، إذ يكون عمله عندئذ مباحاً محترماً ومعه فله المطالبة بعوضه من الأمر به لا مجاناً ، ولا ينافيه الحكم ببطلان العقد إذ لا ملازمة بينهما ، فهو نظير ما لو استأجر لحمل صندوق فحمله ثم بان كونه خمراً ، فان الحكم بفساد تلك الأجرة لا يوجب الحكم بذهاب عمله هدرأ غاية الأمر أنه يستحق أجرة المثل بدلاً عن الأجرة المسماة في العقد .

(١) الظاهر انه لا وجه لرجوع المالك على العامل بعوض تمام الثمر مطلقاً ، فانه لا يقاس المقام بباب تعاقب الأيدي حيث حكمتنا بجواز رجوع المالك على كل منهم وقلنا انه لا مانع من تعدد الضمانات على المال الواحد نظير الواجب الكفائي .

وذلك : لعدم ثبوت يد العامل وسلطنته على اتمام الثمر كي يكون ضامناً له ، فان هذا العنوان لا يصدق على مثل تصرف العامل في جميع

الثمر بسقي اصولها ونحو ذلك وإن كان فعله - مع علمه بالحال - محرماً .
 وبعبارة أخرى : ان دليل الضمان في امثال المقام منحصر ببنيان
 العقلاء ، إذ قد عرفت غير مرة ان قاعدة على اليد لا يجوز الاعتماد
 عليها لعدم ثبوت كونها رواية فضلاً عن دلالتها ، وحيث انه - بناء
 العقلاء - غير ثابت فيما نحن فيه لتوقفه على تحقق عنوان السلطنة وكون
 المال تحت تصرفه ، وهو مفقود لعدم صدق ذلك بسبب ما للعامل
 من التصرفات ، فلا وجه لاثبات ضمان تمام المال عليه .
 فشان تصرف العامل في غير حصته شأن الأجير الذي يقوم بكنس
 الدار المغصوبة ، فانه أفهل يحتمل القول بضمانه للدار في فرض علمه
 بالحال فضلاً عن الجهل به ؟ كلا ، وليس ذلك إلا لعدم صدق
 عنوان السلطنة وكون المال تحت تصرفه ويده بمثل هذا التصرف وإن
 كان حراماً .

إذن : فالصحيح هو عدم جواز رجوع المالك على العامل بتام
 الثمر في فرض علمه بالحال فضلاً عن الجهل به ، فانه لا فرق بين
 الصورتين من هذه الناحية .

وقد ذكر الأصحاب نظير هذا في باب الضمان فيما إذا اشترك غير
 واحد في السرقة ، بحيث صدرت السرقة الواحدة منهم جميعاً وعلى
 نحو الاشتراك ، حيث حكموا بانه ليس للمالك الرجوع على كل منهم
 إلا فيما يقابل جريمته ، فليس له مطالبة احدهم بتام المتاع .

ومن الواضح انه ليس ذلك إلا لعدم استقلال كل واحد منهم في
 السلطنة على المال وجعله تحت يده وتصرفه .

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

حصته (١) فعلى الأخير لا إشكال (٢) . وإن رجع على أحدهما بتامه رجع على الآخر بمقدار حصته (٣) ، إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان دعوى المدعي للغصبية لانه حينئذٍ معترف بأنه غرمه ظلماً ، وقيل : ان المالك مخير بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته وبين الرجوع على الغاصب بالجميع (٤) فيرجع هو على العامل بمقدار حصته ، وليس له الرجوع على العامل بتامه ، إلا إذا كان عاملاً بالحال (٥) . ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضاً . فالاقوى ما ذكرناه (٦) ، لان يد

يجوز للمالك الرجوع عليه بتام الثمر لثبوت يده عليه بتمتع ثبوتها على الأصل فيصح الرجوع عليه به وإن لم يكن الثمر قد تلف عنده ، فانه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامة عليه ووقوعه بتامه تحت يده .

(١) لسلطنته عليه ووقوعه تحت يده فيكون ضامناً له بيناء العقلاء .

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

(٣) لما تقدم .

(٤) وقد تقدم وجه الحكم في كلا الشقين .

(٥) عرفت فيما تقدم انه لا وجه للتفصيل بين صورتى عامه

بالحال وجهه به فان الحكم فيهما واحد .

(٦) بل عرفته منا .

كل منهما يد ضمان وقرار الضمان على من تلف في يده العين ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد احدهما كان قرار الضمان عليه . هذا ويحتمل (١) في أصل المسألة كون قرار الضمان

(١) الا انه لا اساس له بالمرّة حتى على تقدير تسليم قاعدة الغرور . وذلك : فلان حال المقام حال سائر العقود الفاسدة من جهة الغصب ، حيث لا غرور بقول مطلق ، فانه انما يكون إذا كان تسلّم العامل للحصة من الثمر بعنوان المجانية ، فان معه إذا غرم للمالك شيء جاز له الرجوع به على الغاصب جزماً ، لما ذكرنا غير مرة من بناء العقلاء على معاملة مؤدي بدل التالف معاملة المالك له بقاءً ، فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله ، وليس للغاصب الاعتذار بكونه هو المتلف له ، لأنه انما أقدم على اعطائه له مجاناً ومن غير ضمان ، فهو نظير من يغصب الشاة ثم يطعمها للمالكها حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان .

وأين هذا من المقام حيث لم يكن تسلمه للحصة بعنوان المجانية ، بل الغاصب انما جعلها له وسلمها اليه لتكون عوضاً وبدلاً عن عمله في الأصل ، فاذا حكم بضمان بدلها للمالك لم يكن مغروراً من قبل الغاصب لرجوعه عليه باجرة مثل عمله ،

فهو نظير رجوع المالك على المشتري من الغاصب بعوض المبيع التالف ، إذ لا يرجع المشتري على البايع إلا بضمان واحد هو مادفعه اليه بعنوان المسمى . من دون ان يكون له الرجوع بما غرمه للمالك أيضاً بدعوى كونه مغروراً من قبله .

على الغاصب مع جهل العامل ، لانه مغرور من قبله ، ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله ، فانه محترم ، وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصاة عوضاً عنه ، فيستحقها ، وانلافه الحصاة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له .
(مسألة ٣١) : لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقى غيره مع اشتراط المباشرة (١) أو مع النهي عنه (٢) .
وأما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقاً - كما في الأجارة والمزارعة - وان كان لا يجوز تسليم الأصول الى العامل الثاني الا باذن المالك (٣) ، أو لا يجوز مطلقاً وان أذن المالك ، أو لا يجوز الا مع إذنه ، أو لا يجوز قبل ظهور الثمرة ويجوز بعده (٤) اقوال ،

(١) لمنافاته للشرط الواجب عليه الوفاء به لكونه مأخوذاً في ضمن عقد لازم .

(٢) لانه يدل بالدلالة الالتزامية على إعتبار المباشرة فيكون بمنزلة الشرط .

(٣) على اشكال فيه تقدم في الأجارة والمزارعة ويأتي بيانه قريباً .
(٤) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولاً في المسألة ، إذ الذي ينبغي أن يكون محلاً للكلام هو خصوص فرض ما قبل ظهور الثمر وأما بعده فلما كان العامل مالكاً للحصاة منها بالفعل - على ما سيأتي منه - قده - أيضاً - فله ان يتصرف فيها وينقلها بأي ناقل شاء

أقواها الأول (١) ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو

وبأزاء اي عوض اختار ، فان العمومات والاطلاقات غير قاصرة الشمول لمثله .

(١) نظراً لان دليل صحة المساقاة يقتضي ثبوت حق للعامل في التصرف في ذلك البستان بأزاء الحصاة المبيعة من الثمر ، ومعه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص لكفاية العمومات والاطلاقات في اثبات جوازه ، فان الناس مسلطون على اموالهم .

نعم لو كان الشك في صحة المساقاة من اساسها لكان اثباتها محتاجاً الى الدليل الخاص ، لعدم وفاء العمومات والاطلاقات بها لما عرفته مراراً من عدم شمولها لما يتضمن تمليك المعلوم .

الا أن المقام ليس من هذا القبيل فان صحة العقد ثابتة وحق العامل في البستان أمر لا يقبل الانكار ، فلم يبق الا نقل هذا الحق كلا أو بعضاً إلى الغير ، وإثباته لا يحتاج الى الدليل الخاص .

والحاصل : ان اصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص حيث لا يمكن اثباته للعمومات والاطلاقات ، وأما بعد ثبوته فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعدة ولا يحتاج الى الدليل الخاص .

ثم ان مقتضى ما ذكرناه هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل الثاني مطلقاً أيضاً ومن غير توقف على إذن المالك في ذلك - على ما تقدم بيانه في باب الأجاراة والمزارعة أيضاً - فانه لما لم تكن المباشرة شرطاً في المساقاة وكان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره في العمل والتصرف ، جازله تسليم الأرض إلى غيره أيضاً ويكون ذلك مقتضى اطلاق العقد .

في الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى :
 (أوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض) . وكونها على
 خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣)
 ممنوع بعد شمولها (٤) . ودعوى : أنه يعتبر فيها كون
 الأصل مملوكاً للمساقى أو كان وكيلاً من المالك ، أو ولياً
 عليه ، كما ترى ، إذ هو أول الدعوى (٥) .

(مسألة ٣٢) : خراج السلطان في الأراضي الخراجية
 على المالك (٦) لأنه إنما يؤخذ على الأرض التي هي للمسلمين

- (١) في شمولها لمثل المقام ما لا يخفى .
- (٢) لاشتمالها لتمليك المعدوم وهو غير جائز .
- (٣) وهو ما إذا كان المالك هو طرف المعاملة مع العامل .
- (٤) بل لما تقدم من أن المقام من نقل الحق الثابت للعامل لا من اثبات الحق له كي يحتاج الى الدليل الخاص .
- ثم ان من دليل البطلان هذا يظهر عدم تمامية التفصيل بين صورتى
 إذن المالك في ذلك وعدمه ، إذ لا أثر لأذن المالك في المعاملة التي
 لم يقم دليل على صحتها .
- (٥) حيث يكفي في الصحة كونه ذا حق فيها بحيث يجوز له
 ذلك التصرف .

(٦) لا بمعنى انه ان أخذ من العامل قهراً كان له الرجوع به على
 المالك فانه مما لا دليل عليه ، وانما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك

لا الغرس الذي هو للمالك ، وإن أخذ على الغرس
فبملاحظة الأرض ، ومع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك
فهو على المالك مطلقاً (١) إلا إذا اشترط كونه على العامل (٢)
أو عليها بشرط العلم بمقداره .

(مسألة ٣٣) : مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل
للحصة من الثمر من حين ظهوره ، والظاهر عدم الخلاف
فيه (٣) إلا من بعض العامة حيث قال بعدم ملكيته له إلا
بالقسمة قياساً على عامل القراض ، حيث أنه لا يملك الربح
إلا بعد الأنضاض . وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عايه (٤)

لم يكن له الرجوع به كلاً أو بعضاً على العامل .
(١) لاقتضاء عقد المساقاة له حيث لا يكون على العامل إلا العمل
بما فيه مستزاد الثمرة وأما الأرض والأصول فهما بشئونها من
واجبات المساقى .

(٢) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط لا اقتضاء العقد بنفسه له .
(٣) وتدل عليه قبل كل شيء صحة يعقوب بن شعيب - المتقدمة
في أول الكتاب - حيث أن المذكور فيها عنوان ما أخرج ، ومن
الواضح أنه صادق على الثمرة قبل الإدراك ، فإنها مما أخرجته الأرض
فيكون للعامل منها الحصة المعينة المجعلولة له .

(٤) لما عرفته في المضاربة من اشتراك العامل مع المالك في الربح
وملكيته للحصة منه بمجرد ظهوره ومن غير توقف على الانضاض
فضلاً عن القسمة .

نعم لو اشترطنا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته (١).
ويتفرع على ما ذكرنا فروع : (منها) : ما إذا مات
العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل
فان المعاملة تبطل من حينه والحصاة تنتقل إلى وارثه على
ما ذكرنا (٢) .

نعم تكون هذه الملكية قبل القسمة منزلة نظراً لكون الأرباح
وقاية لرأس المال حيث تجبر به الخسارة الطارئة .

إذن : فالحكم غير ثابت في المضاربة ، وعلى تقدير ثبوته فيها
فائباته في المقام قياس محض ولا نقول به .

(١) بل هي بعيدة جداً ، لما عرفته غير مرة من أن دليل الشرط
ليس مشرعاً ، فانه لا يقتضي الا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه ومشروعيته
في نفسه وقبل أخذه شرطاً في ضمن العقد . فما لم يكن كذلك لا مجال
لإثبات صحته بالشرط .

وحيث ان المقام من قبيل الثاني باعتبار ان الملكية بعد الادراك
أو القسمة من تملك المعدوم وهو غير سائغ في نفسه ، فلا وجه
لإثبات صحته بالشرط .

فالصحيح هو القول بالبطلان لقصور ادلة الشروط عن اثبات
صحته بعد عدم شمول ادلة المساقاة لئله ، نظراً لكونها على خلاف
القاعدة فلا يمكن التعدي عن موردها - الاشتراك من حين ظهور
الثمر - إلى غيره .

(٢) وفيه : انه لا وجه لجعل الحصاة للورثة بعد الحكم ببطلان

(ومنها) : ما إذا افسخ أحدهما بختيار الشرط أو
الاشتراط بعد الظهور (١) وقبل القسمة أو تقايلا .

العقد ، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من اصله لامتناع تحقق متعلقه حيث لا يمكن الاثيان بالاعمال الباقية من العامل ، وعليه فيكون الثمر بأجمعه للمالك ومن دون ان ينتقل منه شيء إلى الميت أو ورثته لان الحصاة انما جعلت له بازاء مجموع عمله وتماه ، وحيث انه لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئاً منها .

والحاصل : ان ملكية العامل للحصاة وان كانت من حين الظهور الا انها مشروطة بشرط متأخر هو انتهاء العامل للعمل حتى يبلغ ويدرك ، ومن هنا فاذا امتنع تحقق هذا الشرط في الخارج كان لازمه الحكم ببطلان العقد من الأول وانتقال الثمر بأكمله إلى المالك ومن دون ان يكون للعامل منه شيء .

نعم لما كان عمل العامل هذا عملاً محترماً صادراً عن امر الغير لا بقصد المجانية ، ثم لم يسلم له العوض المجمعول له للحكم ببطلان العقد ، كان له اجرة المثل عليه سواء أقلند بملكيتة للحصاة من حين الظهور أو بعد الادراك .

إذن : فلا وجه لجعل ما ذكره (قده) ثمرة للنزاع ، فان المعاملة باطلة على التقديرين والثمرة باكملها يكون للمالك من دون ان يكون شيء منها لورثة العامل .

(١) فساد الثمرة في هذا الفرع أوضح منه في سابقه ، لأنه وان كان ذلك بعد بلوغ الثمرة وادراكها الا ان نتيجة الفسخ انها هي فرض

(ومنها) : ما إذا حصل مانع عن اتمام العمل بعد الظهور (١) .

(ومنها) : ما إذا خرجت الأصول عن القابلية لأدراك الثمر ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور ، فان الثمر في هذه الصورة مشترك بين المالك والعامل وان لم يكن بالغاً (٢) .

العقد كأن لم يكن ورجوع كل من العوضين الى مالكة ، فيكون الثمر بأجمعه للمالك على كلا القولين . وللعامل اجرة مثل عمله لما تقدم .
(١) يظهر الحال فيه مما تقدم في الفرع الأول ، فان حال العجز عن الاتمام مع اشتراط المباشرة عليه هو حال الموت مع الشرط ، فيحكم ببطان العقد من الأول ويكون الثمر بتمامه للمالك وللعامل اجرة مثل عمله .

(٢) هذا فيما إذا صدق عليه عنوان الثمر - كما هو الظاهر من كلامه (قده) كالحصرم بالنسبة الى العنب ، فانه ثمر موجود قابل للأنتفاع به والاستفادة منه وان لم يكن قد بلغ الحد المقصود وأدرك ، فانه حينئذ يصح جعله ثمرة للقولين ، فانه على الأول يكون مشتركاً بينهما في حين يختص به المالك على الثاني وهو واضح .

وأما إذا كان ذلك قبل صدق عنوان الثمر عليه فالظاهر اتحاد النتيجة على القولين ، فان الموجود وبأكمله يكون للمالك ومن دون أن يكون للعامل شيء ، لان مبدأ الاشتراك انما هو من حين ظهور الثمر ، فمع انتفائه لا يكون للعامل شيء ، وبذلك ينكشف بطلان

(ومنها) : في مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته النصاب ، كما هو المشهور ، لتحقق سبب الوجوب ، وهو الملكية له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا ، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة (١) : نعم خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة ، بدعوى : أن ما يأخذه كالأجرة ، ولا يخفى ما فيه من الضعف ، لأن الحصة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبهه المعاوضة ، لا بطريق الأجرة (٢) . مع أن مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل إذا تعلق المالك بها بعد الوجوب ، وأما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام وكما لو جعل مال الأجرة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب ، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل

المساقاة من الأول لا بتناؤها على إمكان خروج الثمر - على ما مر - فتبطل بامتناعه .

(١) حيث تكون على المالك خاصة ، لتحقق سبب الوجوب بالقياس إليه فقط دون العامل لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد وبدو الصلاح .
 (٢) فإن المالك لا يملك عمل العامل بالعقد كي تكون الحصة للمجعولة له أجرة له - وإنما المساقاة - على ما تقدم بيانها - معاملة مستقلة تجعل لكل من الطرفين حق الزام الآخر بما تعهد به .

ظهور الثمر .

هذا وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في
المقام ، ويعلل بوجهين آخرين :

(أحدهما) : أنها إنما تجب بعد اخراج المؤن ، والفرص
كون العمل في مقابل الحصة فهي من المؤن ، وهو كما
ترى (١) ، والالزم احتساب أجرة عمل المالك والزراع
لنفسه أيضاً ، فلا نسلم أنها حيث كانت في قبيل العمل
تعد من المؤن .

(١) حيث قد عرفت في مسألة استثناء المؤن في باب الزكاة ،
انه وان كان هو المشهور والمعروف بينهم ، الا انه لا دليل عليه
بالمرة ، فان الدليل على الاستثناء ، انما يختص بالخمس فلا وجه
لإثبات الحكم في الزكاة أيضاً ، وعليه فمقتضى اطلاقات وجوب العشر
أو نصفه في الحاصل وجوب الزكاة في الجميع .

على اننا لو قلنا بالاستثناء تنزلاً ، فالتعبير بالمؤنة لا يعم العمل
الذي يقوم به الانسان في سبيل تحصيل الثمر ، فانها ليست الا الاموال
الخارجية التي يبذلها الانسان في سبيل تحصيله ، كما هو الحال في الخمس
أيضاً ، حيث يتعلق الخمس بالفاضل عن مؤنة سنة العامل مما جمعه
من اجور عمله من دون استثناء شيء بعنوان عمله وهكذا .

وعليه : فحيث ان العامل في المقام لم يصرف شيئاً من أمواله

(الثاني) : أنه يشترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف ، وفي المقام وان حصلت الملكية للعامل بمجرد الظهور ، الا انه لا يستحق التسلم الا بعد تمام العمل . وفيه : مع فرض تسليم عدم التمكن من التصرف أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول - كالتقدين والانعام - لا في الغلات (١) ، ففيها وان لم يتمكن من

الخاصة في سبيل تحصيل الزرع ، وانما صرف العمل خاصة ، فلا وجه لاستثناء شيء له بعنوان المؤنة .

(١) تقدم الكلام في هذا الفرع في كتاب الزكاة مفصلاً وقد عرفت هناك ان الصحيح اعتبار التمكن من التصرف بقول مطلق ومن غير اختصاص له بالتقدين والانعام ، فان مجرد ملكية العين لا يوجب تعلق الزكاة بها حتى ولو لم يمكن المالك التصرف فيها وان كانت من الغلات .

ومن هنا فالصحيح في الجواب ان يقال : ان عدم التمكن من التصرف الذي يكون مانعاً من تعلق الزكاة بالعين لا يعم العجز الناشئ من الحكم التكليفي ، فان المراد به انما هو العجز الخارجي الناشئ من خروج المال عن تحت سلطانه بالغصب أو السرقة أو ما شاكلهما ، وأما العجز الناشئ من الحكم التكليفي ولو من جهة النذر ونحوه ، فلا يوجب انتفاء الزكاة عن العين ، والا لما وجبت الزكاة على المالك أيضاً لعدم جواز تصرفه في المال المشترك ، بل وعدم وجوبها في مطلق المال المشترك باعتبار ان كلا من الشركاء يكون ممنوعاً من التصرف

التصرف حال التعلق يجب اخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى ، كما بين في محله . ولا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصّة على المالك أيضاً (١) - كما اعترف به - فلا يجب على العامل ، لما ذكر ، ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه .

(مسألة ٣٤) : إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه فالقول قول منكره (٢) ، وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما وعدمه (٣) ولو اختلفا في صحة العقد وعدمها قدم قول مدعي الصحة (٤) ولو اختلفا في قدر

في المال المشترك من دون إذن سائر الشركاء ، وهو مقطوع البطلان ولا يمكن الالتزام به .

(١) بل وفي حصته أيضاً ، بل وفي مطلق المال المشترك وان لم يكن الاشتراك من جهة المساقاة ، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف في المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء - كما تقدم - .

(٢) فان الزام الغير بشيء - جواز التصرف في بستانه او العمل في الاصول - يحتاج الى الاثبات والا فالأصل عدمه .

(٣) لما تقدم ، فانه امر زائد على العقد ، فالزامه به يحتاج الى الاثبات ، كما هو الحال في سائر العقود .

(٤) لأصالة الصحة الاستفادة من السيرة العملية القطعية .

حصة العامل قدم قول المالك المنكر للزيادة (١) وكذا لو اختلفا في المدة (٢) . ولو اختلفا في قدر الحاصل قدم قول العامل (٣) وكذا لو ادعى المالك عليه سرقة أو اتلافاً أو خيانة (٤) . وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له كما هو الظاهر .

ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه ، بناءً على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهولة (٥) خلافاً للعلامة في التذكرة في المقام .

(١) لقانون تبعية البناء للأصل في الملكية ، فان مقتضاه كون جميع البناء للمالك وانما خرجنا عنه في خصوص القدر المتيقن لثبوت الجعل بالنسبة اليه في العقد الصحيح ، فيبقى الباقي على ملك المالك بمقتضى القاعدة .
(٢) فان الزام مدعي الأقل بالفترة الزائدة يحتاج إلى الاثبات .
(٣) لم يظهر لنا ثمرة هذا النزاع كي يقال بتقديم قول العامل أو المالك ، فان مجرد النزاع في قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم يرجع الى الدعوى الآتية من الاتهام بالاتلاف أو السرقة أو الخيانة أو التلف مع التفريط أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالك ولو اشتبهاً وإلا فأصل النزاع لا يجدي شيئاً بعد ان كان الاشتراك في اصل الثمار لا بد لها .

(٤) للأصل .

(٥) لأطلاقات أدلة القضاء بالبينات والأيمان وأن على المدعي

(مسألة ٣٥) : إذا ثبت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها ، هل له رفع يد العامل على الشمرة أولاً ؟ قولان : أقواهما العدم (١) ، لأنه مسلط على ماله ، وحيث ان المالك أيضاً مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه

البينة واليمين على من أنكر ، فان مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدودة المقدار : بل تسمع حتى ولو ادعى السرقة على الاطلاق ومن غير تحديد للكمية المسروقة .

(١) بل أقواهما الجواز ، وذلك لأن في عقد المساقاة خصوصية تمتاز بها عن سائر موارد الشركة، إلا وهي تصرف العامل في البستان والملك الخاص للمالك زائداً عن تصرفه في الأصول والثمر ، وهذا التصرف انما كان العامل مأذوناً فيه مادام كان يقوم به لحفظ الشمرة وتربيتها مجرداً عن الخيانة والتعدي فاذا تغيرت الحالة وثبت خيانة العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه في هذا التصرف ومعه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان .

وبعبارة أخرى : ان العامل انما هو مأذون في حصة خاصة من الدخول والتصرف في البستان وهي ما يكون لصالح الثمر من الحفظ والتربية مجرداً عن الخيانة ، فان هذه الحصة من التصرف هي التي التزم المالك بها ؛ فاذا تجاوز العامل ذلك الحدود وقام بخيانة المالك كان له رفع يده عن إذنه ومنعه من التصرف فيه ، ويجرد سلطنة العامل على الشمرة لا يقتضي لزوم الأذن على المالك للعامل في التصرف في ماله الخاص به - اعني البستان - .

مع العامل ، والاجرة عليه لان ذلك لمصلحته . ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) واستيجار

(١) وكأنه للدليل نفي الضرر الحاكم على قاعدة السلطنة ، فان سلطنة العامل على ماله اذا كانت موجبة لتضرر شريكه - المالك - كان مقتضى حكومة لا ضرر على قاعدة السلطنة ثبوت الحق للشريك في منعه منه ورفع يده عن المال .

فليس للشريك ان يضر بشريكه وان كان مسلطاً على ماله ، فان ذلك لا يعني جواز الاضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضية سمرة بن جندب مع الانصاري حيث كان له عذق في بستانه فكان يدخل ويخرج من غير استئذان مما كان يسبب ازعاجاً للانصاري وعائلته فشكى عند رسول الله (ص) فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الانصاري ، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر (ص) الانصاري بقلع الشجرة والقائها (١) .

وهذا التوجيه تام ومتمين ، الا ان مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصورة عدم كفاية ضم الأمين الى العامل في حفظ الحصه ، وثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار لان الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانة حكم ضروري أيضاً فلا وجه لإلزام المالك به .

ومن هنا : فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك اليد العامل عن الحصه سواء تمكن من استئجار من يضمه الى العامل ام لم يتمكن .
وحيثئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذراً من التلف .

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

من يحفظ الكل والأجرة على المالك أيضاً (١) .
(مسألة ٣٦) : قالوا المغارسة باطلة (٢) وهي أن يدفع أرضاً الى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصة من الأرض أيضاً للعامل أولاً . ووجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة . بل ادعى جماعة الأجماع عليه . نعم - حكى عن الإردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه ، لأمكان الاستفادة الصحة من العمومات . وهو في محله (٣) ان لم يتحقق

(١) لما تقدم .

(٢) وهو الصحيح - على ما ستعرف بيان الوجه فيه :

(٣) بل الصحيح هو القول بالفساد ، لعدم امكان التمسك بالعمومات

في المقام من جهات : -

الأولى : ان ظاهر العمومات والاطلاقات اتحاد زمان الانشاء والمنشأ بحيث يكون الأثر فعلياً ومتحققاً مقارناً للانشاء في زمانه ولذا قلنا بعدم صحة بيع داره في غير الآن أو اطلاق زوجته كذلك .

وحيث ان هذا الشرط غير متوفر في المقام إذ المغارسة - على ما هو ظاهر تعريف الماتن - قده - وغيره لها - انما تقتضي استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها وكون شركتها في المغروس ، وهو من انشاء ملكية الأمر المتأخر حيث يكون الانشاء فعلياً في حين ان المنشأ - الملكية - انما يكون بعد الغرس ، فلا تشمله العمومات ولا يمكن الحكم بصحتها ،

وبعبارة اخرى : ان ظاهر العمومات اعتبار اتصال المنشأ وما يحكم بانتقاله بموجب العقد بالانشاء والعقد نفسه ، وحيث ان هذا مفقود في الممارسة باعتبار انها مستلزمة للتفكيك بين الانشاء والمنشأ فلا تشمله العمومات .

ولا يقاس ذلك بباب الأجرة حيث لا خلاف في صحة اجارة الدار أو غيرها في الشهر القادم أو السنة القادمة من الآن .

فانه توهم فاسد ، إذ لا إنفكاك بين الانشاء والمنشأ والعقد والملكية فانها متحدان زماناً غاية الامر ان المملك - بالفتح - بالعقد هي المنفعة المتأخرة ، ولا ضمير في ذلك بعد ان كانت المنافع بأجمعها - الموجودة بالفعل واللاحقة - مملوكة للمالك .

الثانية : جهالة فترة الملكية ، حيث لا حد للعمل الذي التزم به الغارس بالنسبة إلى الاشجار فانه غير موقت بوقت معين ، ومن هنا فان كان مبهماً فلا مجال للحكم بصحة مالا واقع له وإن كان موقفاً ببقاء الاشجار حكم ببطلانها لمجهولية تلك الفترة ، ودعوى : ان الجهالة في غير البيع لا يقتضي البطلان لعدم الدليل عليه .

مدفوعة : بأن ذلك انما هو فيما لا دخل له في مالية الشيء وإلا فلا يصح العقد معها .

الثالثة : مجهولية المنفعة التي يسلمها المالك للغارس بالتعليك أو الأذن فيما إذا كان عوض عمله منحصرأ في انتفاعه بالأرض ، بحيث لم يكن قد اشترط له الحصة من الأرض .

فان هذه المنفعة مجهولة لعدم تحديدها بحد معين ، ومعه فلا مجال

الاجماع ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (١) فان كان من مالك الارض فعليه أجره عمل الغارس (٢) إن كان جاهلاً بالبطلان (٣) ، وان كان للعامل فعليه أجره

للحكم بصحتها .

والحاصل : ان الحكم بصحة المغارسة يحتاج إلى الدليل الخاص وحيث انه مفقود فالأصل هو الفساد .

ثم ان الحكم بالصحة - على تقدير تسليمه - انما يتم فيما إذا كانت الاشجار معلومة من حيث الكم والجنس ، وإلا فلا مجال للحكم بها ، إذ لا موقع للحكم بصحة مالا واقع له أصلاً .

(١) لعدم الموجب لانتقاله عنه إلى غيره ، فان السبب المتصور

انما هو العقد والمفروض الحكم ببطلانه وعدم تأثيره شيئاً .

(٢) لصدور عمله المحترم عن أمره لا بقصد المجانية . وحيث

لم يسلم له العوض المسمى تثبت له أجره المثل لثلا يذهب عمله المضمون هدرأ .

(٣) بل ومع العلم به أيضاً . لما عرفته في غير موضع من ان العلم

بالفساد لا يلزم تبرع العامل بالعمل ، فانه انما يقدم على القيام

بالعمل مضموناً على المالك حتى مع علمه بعدم امضاء الشارع لذلك العوض .

نعم حيث حكم على العقد بالبطلان لا يستحق العامل العوض المسمى

والضمان المعين في العقد وانما ينتقل حقه إلى بدل عمله وأجره مثله .

الارض للمالك (١) مع جهله به (٢) ، وله الابقاء بالأجرة (٣) أو الأمر بقلع الغرس (٤) ، أو قلعه بنفسه (٥) ، وعليه أرش نقصاته إن نقص من جهة القلع (٦) ويظهر من

(١) لاستيفائه لمنافها وتصرفه فيها مضموناً عليه .

(٢) تظهر الحال فيه مما تقدم في نظيره .

(٣) أو مجاناً مع التراضي ، فان الملك لهما - فالأرض للمالك والغرس للعامل - فالحق لا يعدوهما .

(٤) لسلطنته على ارضه ، فله مطالبته بتخليه ملكه عن مال لا يعود اليه .

(٥) فان جواز تخليته للملكه عن مال الغير من حقوق المالكية المملوكة له . فله مباشرتها بنفسه وليس للغرس منعه عنها ، كما هو الحال في غير الاشجار من الأموال .

ثم هل يكون هذا الحق في طول أمره للعامل بالتخليه وامتناعه عنها أو في عرضه بحيث يكون له مباشرتها ابتداءً وقبل مراجعة العامل؟

الظاهر هو الثاني : فانه مسلط على ماله ، وليس للغرس حق في الابقاء كي يتوهم منافاة التخليه لسلطنته على الاشجار ، فهو نظير ما يذكرونه فيما إذا دخل مال الغير في ملكه بغير إذنه كما لو دخل بعض القطيع إلى داره ، فانه يجوز له اخراجه ابتداءً وقبل مراجعة مالكة وأمره بذلك ، ولا يعد ذلك منافياً لسلطنة صاحبه عليه بعد ان لم يكن لصاحبه حق وسلطان في ابقائه في ذلك المكان .

(٦) هذا اذا لم يباشر العامل القلع بنفسه ، وإلا فلا وجه للضمان

جماعة أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً . ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع (١) . ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل ، بأن انكسر - مثلاً - بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر . ولكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل ، بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع ، حيث قالوا : مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه في معرض الأبقاء مع الأجرة أو القلع . ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالأرش لا مطلقاً ، فان استحقاقه للأرش من اوصافه وحالاته ،

فان العيب انما حصل بفعله هو فلا يكون مضموناً على غيره وان كان ذلك نتيجة لمطالبته إياه وأمره به ، فانه حق له فليس لأحد منعه منه ، وكذا الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخلية أرضه فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه فأمره الحاكم بالتخلية ، فانه - أيضاً - لا يستتبع الضمان نظراً لان الحاكم ولي الممتنع فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره حال مباشرة العامل للقلع بنفسه .

(١) وبعبارة أخرى : انه لا وجه لملاحظة قيمة الغرس قائماً بعد ان لم يكن بقاء الشجرة في الارض وكونها فيها من حقوق الغارس ولذا لم يجب شيء فيها إذا لم تمعيب الشجرة بالقلع بحيث كانت قابلة للغرس في مكان آخر .

فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام التقييم . مع أنه مستلزم للدور (١) ، كما اعترف به . ثم انه ان قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بادخالها تحت عنوان الأجرة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطها (٢) ، كأن تكون الأصول مشتركة بينهما إما بشرائها بالشركة أو بتملك أحدهما للآخر نصفاً منها - مثلاً - إذا كانت من احدهما فيصالح صاحبه الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه - مثلاً - أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه الى زمان كذا أو يستأجره للغرس والسقي الى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلاً .

(مسألة ٣٧) : إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وانها على الوجه الصحيح أو الباطل - بناءً على البطلان - يحمل فعلهما على الصحة (٣) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة والفساد .

(١) لأخذه - قده - الأرش والتفاوت في موضوع وجوب الأرش لاعتباره ارش ما بين الشجرة قائمة والشجرة مقلوعة مع الأرش .
(٢) من معلومية المدة والمنفعة إلى غير ذلك مما هو دخيل في صحة المعاملة .

(٣) تمسكاً بأصالة الصحة في العقود والايقاعات .
إلا إنك قد عرفت غير مرة ان أصالة الصحة هذه لم تثبت بدليل

لفظي كي يتمسك باطلاقه عند الشك ، وإنما هي قد ثبتت بالسيرة العملية القطعية المتصلة بعهد المعصومين (ع) من غير خلاف فيها بين الفقهاء والمنشعة ، حيث لا يعتني أحد باحتمال فساد العقد من جهة احتمال فقده لبعض الشروط او احتفافه ببعض الموانع .

وعلى هذا الاساس فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن وهو ما إذا كان عنوان العقد معلوماً ومحرزاً في الخارج وكان الشك في وقوعه صحيحاً أو فاسداً وأما مع الجهل بأصل العنوان وعدم احرازه كما لو دار أمر العقد الواقع في الخارج بين النكاح الصحيح والوقف الباطل أو البيع الصحيح والمساقاة الباطلة فلا مجال للتمسك باصالة الصحة لاثبات الصحيح منهما . يث يقال ان الواقع في الخارج هو النكاح دون الوقف أو البيع دون المساقاة ومن ثم ترتيب آثار ذلك العقد عليه وحيث ان مقامنا من قبيل الثاني باعتبار ان أمر العقد يدور بين عنوانين احدهما صحيح والآخر فاسد لأنه إما هي اجارة أو صلح صحيحين أو مغارسة فاسدة فلا مجال للتمسك باصالة الصحة لاثبات العنوان الصحيح من العنوانين وكونه هو الواقع في الخارج ليرتب عليه آثاره . فانه لم تثبت سيرة عملية على ذلك في الخارج بل المحرز بالوجدان خلافه .

والحمد لله رب العالمين

تذنيب ١

في الكافي عن أبي عبد الله (ع) : « من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها ولا يتبعل بالنخل فيأخذ حينئذ صغاراً يابسة فيدقها بين الدقين ثم يذر في كل طلعة منها قليلاً ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع باذن الله تعالى » (١) .

وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه (ع) : « ان النبي (ص) قال : مر أخي عيسى بمدينة فاذا في ثارها الدود فسألوا اليه ما بهم ، فقال (ع) : دواء هذا معكم وليس تعلمون ، أنتم قوم إذا غرستم الاشجار صببتم التراب ، وليس هكذا يجب ، بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر ثم تصبوا التراب ، كي لا يقع الدود ، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك » (٢) .

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ١ .

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب المزارعة والمساقاة ح ١ .

وفي خبر عن أحدهما (ع) : قال : تقول إذا غرست
أو زرعت : ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت
وفرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها « (١) .
وفي خبر آخر « إذا غرست غرساً أو نبثاً فأقرأ على كل
عود أو حبة : سبحان الباعث الوارث ، فإنه لا يكاد
يخطيء انشاء الله » (٢) .

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة، ح ٥ .

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة ، ح ٤ .

كتاب الضمان

كتاب الضمان

وهو من الضمن (١) ، لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمالك الذي على المضمون عنه للمضمون له ، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما . وما قيل (٢) من احتمال كونه من الضم ، فيكون النون زائدة ، واضح الفساد، إذ - مع منافاته لسائر مشتقاته - (٣) لازمه كون الميم مشددة وله اطلاقان : اطلاق بالمعنى

(١) بلا خلاف فيه عندنا ، على ما هو صريح عبارات الأصحاب في المقام . الا أن التعبير بكون الضمان مشتقاً منه كالتعبير بكونه مشتقاً من الضمان ، لا يخلو عن مسامحة واضحة ، فإنها معاً مصدران على حد واحد فيقال ضمن يضمن ضمناً وضمناً ، وليس أحدهما أصلاً ومبدئاً للآخر .

(٢) ذهب إليه أكثر العامة حيث التزموا بانه عبارة عن ضم ذمة الى ذمة .

(٣) حيث تبقى النون ولا تحذف ولو كانت زائدة للزم حذفها كما هو الحال في المشتقات مما تكون النون فيها زائدة كالنزوان والجريان والجولان .

الاعم شامل للحوالة والكفالة أيضاً ، فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس . واطلاق بالمعنى الأخص ، وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً ، وهو المقصود من هذا الفصل . ويشترط فيه أمور :

أحدها : الايجاب (١) ، ويكفي فيه كل لفظ دال ، بل يكفي الفعل الدال (٢) - ولو بضميمة القرائن - على التعهد والالتزام بما على غيره من المال .
الثاني : القبول من المضمون له (٣) . ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول . كذا ذكروه . ولكن لا يبعد (٤)

- (١) لعدم تحقق مفهوم الضمان وصدقه في الخارج قبل التزام الضامن بذلك وتعهده في نفسه مع الابرار في الخارج .
وبعبارة اخرى : انه بدون الايجاب لا يصدق عنوان الضمان ولا يصح أن يضاف الى الفاعل فيقال انه ضمنه .
(٢) لما عرفته غير مرة من أنه لا يعتبر في الانشاء والايجاب غير ابراز الاعتبار النفساني بما يصلح أن يكون مبرزاً له سواء في ذلك اللفظ وغيره ما لم يقم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالطلاق ونحوه .
(٣) ليصح معه صدق العقد .
(٤) بل هو بعيد جداً ، لعدم الدليل على كفاية الرضا الباطني

المجرد عن المبرز له في الخارج في انتقال الدين من ذمة شخص إلى ذمة غيره ، فان الانتقال يحتاج إلى العقد بين الضامن والمضمون له على حد العقد الواقع على المال الخارجي ، حتى يستند ذلك إلى المالك المضمون له ، إذ ليس الضامن ولياً عنه كي يقوم به قهراً عليه .

وحيث ان من الواضح عدم صدق العقد على الرضا الباطني المجرد فلا تشمله عموماً الوفاء به ، وعليه فلا بد في القول بكفايته في المقام من الدليل الخاص ، وحيث انه مفقود . فالمتعين هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطني .

وأما دعوى دلالة صحیحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) : « في رجل يموت وعليه دين فيضمن ضامن للغرماء ، فقال : إذا رضي به الغرماء فقد برأت ذمة الميت » (١) على كفاية الرضا المجرد . مدفوعة : بان كلمة الرضا في هذه الصحیحة وبفضل الفهم العربي من قوله : « فيضمنه ضامن للغرماء » مستعملة في الرضا العقدي المنز في الخارج - كما يشهد له اضافته للغرماء - لا طيب النفس المجرد عن الاظهار .

وبعبارة أخرى : ان الرضا يستعمل في معنيين مجرد طيب النفس وطيب النفس المبرز في الخارج وهو ما يعبر عنه بالرضا العقدي أو المعاملي ، فان كان متعلق الرضا أمراً خارجياً كجواز الدخول في

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

دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة بل يكفي رضی المضمون له سابقاً أو لاحقاً ، كما عن الايضاح والأردبيلي ، حيث قالوا : يكفي فيه الرضا ولا يعتبر للقبول العقدي ، بل عن القواعد : وفي اشتراط قبوله احتمال (١) ، ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون للذي امتنع للنسبي (ص) أن يصلي عليه حتى

ملك الغير أو التصرف في ماله فالظاهر منه وبحسب ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع ارادة المعنى الاول بمعنى اعتبار طيب النفس وان لم يظهره في الخارج .

وان كان متعلقه من الأمور العقديّة الاعتبارية المتعلقة بأموال النفس وحقوقهم فالظاهر منه ارادة المعنى الثاني ، إذ لا بد له من اظهاره حتى يستند العقد اليه .

ثم لو فرضنا ان كلمة الرضا ليست ظاهرة فيما ذكرناه ، يكفيها كونها جملة من هذه الناحية ، حيث لا بد معه من الحكم بالفساد في موارد خلو الرضا عن المبرز له في الخارج استناداً الى القاعدة ، نظراً لعدم الدليل على صحة المعاملة ، فان عنوان العقد غير صادق عليه فانه ليس من ضم الالتزام بالالتزام .

(١) ظهر الحال في هذا القول مما تقدم ، فان اعتبار القبول أمر متعين ولا يكفي فيه الرضا الباطني المجرد - كما عرفت - فضلاً عن

ضمينه علي (ع) (١) وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والمواالات وسائر ما يعتبر في قبولها .

القول بعدم اعتباره بالمره .

ويدل عليه مضافاً الى دلالة النص السابق ، ان نقل مال الغير من ذمة الى أخرى تصرف في سلطانه فلا يجوز من دون إذنه كما هو الحال في تبديل عين ماله الخارجية بعين اخرى أو نقلها من مكان الى مكان آخر .

(١) ذكرها الشيخ - قده - في الخلاف تارة عن أمير المؤمنين (عليه السلام) واخرى عن أبي قتادة (١) الا انه أورد على الاستدلال بالروايتين بضعف السند .

لكن الظاهر انه في غير محله فان سند هاتين الروايتين وإن كان ضعيفاً الا أن أصل القضية مما ثبت تحققه في الخارج وذلك لما رواه معاوية بن وهب في الصحيح عن أبي عبد الله (ع) من غير ذكر فيها لأمر المؤمنين (ع) وأبي قتادة (٢) :

إذن : فالصحيح في الجواب أن يقال : ان هذه الروايات إنما تتضمن قضية شخصية في واقعة ، فلا يمكن جعلها دليلاً على عدم اعتبار القبول في الضمان ، ولعل الدائن في تلك القضية كان حاضراً

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

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

واما رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه (١) ، إذ يصح للضمان للتبرعي ، فيكون بمنزلة وفاء دين للغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه . وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان

ورضى بذلك .

على ان الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في المقام ، فان الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمة شخص الى ذمة غيره على نحو تبرأ ذمة الأول ، وهذا المعنى غير ثابت في هذه النصوص إذ لم يرد في شيء منها براءة ذمة الميت ، فيكشف ذلك عن ان الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالاداء ليطمئن الرسول (ص) بعدم بقاء ذمة الميت مشغولة وعدم ذهاب حق الدائن هدراً وإستعماله في هذا المعنى كثير ومتعارف فالصديق يضمن لصديقه القيام بما يشغل باله ويمنعه من السفر أو القيام بأمر أهم ، وليس ذلك إلا بمعنى تعهده المجرّد به .

(١) فانه اجنبي عن المال بالمرّة ولا سلطنة له عليه ، ومن هنا فكما يجوز للمالك أن يبيع ماله هذا الى غيره من غير إذنه ، يجوز له ان ينقله الى ذمة اخرى بغير رضاه أيضاً .

وبعبارة أخرى : ان ذمة المضمون عنه ليست إلا ظرفاً ووعاءاً للمال هذا وإلا فلا سلطنة له عليه مطلقاً وإنما بيد مالكة فله نقله الى أي ذمة شاء .

عنه ضرراً عليه أو حرجاً (١) من حيث كون تبرع هذا للشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه ، كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً .

الثالث : كون الضامن بالغاً عاقلاً ، فلا يصح ضمان

الصبي (٢)

(١) وربما يعال ذلك - كما في بعض الكلمات - بنفي الضرر في

الشريعة المقدسة فإنه مانع عن الحكم بصحة الضمان في المقام .

وفيه ما لا يخفى : إذ لا مهانة ولا ضرر على الشريف في الحكم

بسقوط ما في ذمته بوفاء الوضيع لدينه أو ضمانه له ، وإنما هما في

تصدي الوضيع لذلك ومباشرته ، ومن هنا فيكون فعله من مصاديق

الاضرار بالشريف والقائه في المهانة فيكون محرماً تكليفاً ، الا أن

من الواضح ان الأحكام التكليفية لا تلازم الاحكام الوضعية فثبوت

الحرمة في المقام لا يعني عدم نفوذ الضمان أو البراء .

والحاصل : ان الحكم في المقام تكليفي محض ، باعتبار ان فعل

الوضيع من صغريات عنوان الاضرار بالغير وهو محكوم بالحرمة ،

وحيث انه غير ملازم للفساد فلا وجه لاستثناء هذه الصورة من

الحكم بعدم اعتبار رضى المضمون عنه في نفوذ الضمان .

(١) كما هو الحال في سائر المعاملات ، فإنه لا يجوز امره حتى

يحتلم - على ما جاء في النصوص - فلا يكون فعله موضوعاً للحكم من

وإن كان مزاهقاً (١) بل وإن اذن الولي على اشكال (٢)
ولا ضمان المجنون (٣) إلا إذا كان ادوارياً في دور إفاقته (٤)
وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً (٥) . وأما

الاحكام الشرعية ،

(١) لأطلاق الأدلة .

(٢) والأقوى الجواز ، فإنه إذا صح ذلك للولي بالمباشرة فيما
إذا اقتضت مصلحة الطفل له . صح له ذلك بالتسبيب أيضاً .

وبعبارة أخرى : انه ليس حال الصبي كالمجنون من حيث سلب
عبارته ، فان عبارة الصبي غير مسلوبة ولذا يجوز له القيام بالبيع
أو النكاح أو غيرها من العقود والايقاعات بالوكالة عن الغير ، بل
غاية ما هناك انه لا يجوز أمره بمعنى عدم نفوذ عقده بالاضافة اليه
بحيث يستقل به ويكون الأمر أمره ، وهذا لا ينافي نفوذه بالاضافة
الى الولي بحيث يكون كأنه هو الذي قام بالعقد وإن كان المباشر له
هو الصبي .

(٣) لرفع القلم عنه وقصور عبارته ، فلا يترتب عليها أثر شرعي .

(٤) لكونه حينئذٍ عاقلاً كسائر العقلاء ، فلا موجب للمنع عن

نفوذ أمره .

(٥) لما تقدم في الضامن حرفياً .

المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (١) ، فيصح كونه صغيراً
مجنوناً ، نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٢) .
الرابع : كونه مختاراً (٣) فلا يصح ضمان المكره (٤) .
الخامس : عدم كونه محجوراً لسفه (٥) الا باذن الولي

(١) لما عرفت من كونه اجنبياً عنه ، فلا يعتبر وجوده في
الخارج - كما دلت عليه صحيحة ابن سنان المتقدمة الواردة في الضمان
عن الميت - فضلاً عن رضاه .

(٢) لان الامر انما يوجب الضمان على الأمر فيما إذا كان صادراً
من له اهلية ذلك الفعل ، فاذا لم يكن متصفاً بذلك لم يكن أمره
موجباً للضمان .

وبعبارة أخرى : انه لما كان أمر الصبي والمجنون بمنزلة العدم
كان الضمان عنهما ضماناً تبرعياً حتى في فرض امرهما به ، ومعه فلا
يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما .

(٣) فانه لا عبرة بفعل المكره . فانه بمنزلة العدم وكأنه لم يكن
ويدل عليه مضافاً الى حديث الرفع ، النصوص الواردة في الموارد
الخاصة كالطلاق ونحوه .

(٤) وكذلك الحال في المضمون له ، لما تقدم في الضامن
حرفاً بحرف .

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

وكذا المضمون له (١) ولا بأس بكون الضامن مفلساً (٢) فان ضمانه نظير اقتراضه ، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء . واما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً (٣) ولا بأس بكون المضمون عنه (٤) سفياً أو مفلساً ، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه (٥) .

(١) لكون قبوله بانتقال ماله من ذمة الى أخرى تصرف وهو ممنوع منه بمقتضى ادلة الحجر .

(٢) فان الحجر انما يختص بأمواله دون ذمته ، فلا بأس بتصرفاته العائدة اليها ، غاية الامر ان المضمون له لا يشترك مع الغرماء في الضرب في أمواله الموجودة بالفعل فانها تختص بها عداه من الغرماء لتعلق حقهم بها قبل الضمان ، فيكون حال ضمانه هذا حال القرض الجديد .

(٣) لكونه ممنوعاً من التصرف في أمواله بنقل أو ابراء أو غيرها من الاسباب ، وحيث ان دينه هذا من جملة أمواله فلا يجوز له التصرف فيه بنقله من ذمة إلى أخرى .

(٤) لما عرفته من كونه أجنبياً عن العقد بالمرّة ، فان المال للغير وأمره بيده فله ان يتصرف فيه كيفما يشاء ، وذمة المضمون عنه ليست الا وعاءاً لهذا المال فلا سلطنة له عليه .

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

السفيه أو المفلس ، وهو مما لا يمكن المساعدة عليه باطلاقه فانه انما يتم بالنسبة إلى السفيه ، وأما المفلس فلا وجه للقول بعدم جواز الرجوع عليه بعد ان كان الضمان بأمره وطلبه .

وذلك لانه وبضمانه هذا يملك ما كان للدائن الاول - المضمون له - في المال الموجود بالفعل والمحكوم عليه بالحجر ، لانه يقابل الدين فينتقل إلى ملك من ملك الدين وانتقل إليه ،

وبعبارة اخرى : ان أمر المضمون عنه بالضمان لا يعد تصرفاً في ماله وتعلق به حق الغرماء ، لانه لا يوجب إلا المبادلة بين تام دين المضمون عنه ونصيبه من المال الموجود ، فان الدين ينتقل إلى ذمة الضامن وبأزاء ذلك يكون له نصيب الدائن الأول من المال المحجور عليه ، لكونه عوضاً عنه هـ

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

والحاصل : ان الضمير في قول الماتن (قده) هـ لكن لا ينفع

إذنه في جواز الرجوع عليه هـ .

إذا كان راجعاً إلى السفيه والمفلس معاً ، فهو مما لا يمكن المساعدة

عليه لعدم ثبوت ذلك بالنسبة إلى الثاني . وان كان راجعاً إلى خصوص

السادس : أن لا يكون للضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور ، لقوله تعالى : « لا يقدر على شيء » (١) . ولكن لا يبعد صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق ، كما عن التذكرة والمختلف ، ونفي

السفيه - كما يحتمل ارادته واقعاً وان كان بعيداً عن ظاهر العبارة جداً - فالأمر كما أفاده (قده) .

نعم لو كان المراد من العبارة نفي جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بامر في غير الدين نذي حجر عليه لأجله ، بمعنى ان يكون الضمان لدين جديد متأخر عن الحجر ، فهو صحيح ولا ريب فيه ، الا انه لا بد من تقييد اطلاقه بامواله التي وقع الحجر عليها والا فالمال ثابت في ذمته وللضامن الرجوع عليه به في غير تلك الأموال . وكيف كان : ففي خصوص تقدير امر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر ، يصح القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه في الجملة .

(١) بدعى ان اطلاقها وخصوصاً بملاحظة استشهاد الامام علي (عليه السلام) بها في صحيحة زرارة على نفي قدرته على الطلاق (١) شامل لجميع العقود والايقاعات الصادرة منه .

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

القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى (١) . ودعوى .
ان المملوك لا ذمة له ، كما ترى ، ولذا لا اشكال في ضمانه
لمتلفاته هذا ، وأما إذا أذن له مولاه فلا اشكال في صحة

(١) مراده (قدّه) من هذه الدعوى ، أن تصرفات العبد تكون
على نحوين ، فانها قد تكون في نفسه بما هو عبد ومتصرف بالمملوكية
للغير ، وقد تكون في نفسه لا بما هو كذلك بل بما هو انسان
من الناس .

فالنحو الأول من التصرفات محكوم بالبطلان وعدم النفوذ لكونه
نصرفاً في سلطان المولى ، فتشمله الآية الكريمة ، فانها لا تختص بتصرفه
في الأموال - كما توهمه بعضهم - بل نعم حتى تصرفاته في نفسه
بوصف كونه عبداً مملوكاً للغير .

ومن هذا القبيل الطلاق ، فانه انما يصدر منه بعنوان كونه مملوكاً
للمولى وعبداً له ، فلا يصح حتى ولو كان التصرف عائداً إلى نفسه .
واما النحو الثاني ، فحيث انه لا يعد تصرفاً في سلطان المولى ،
لاذنه انما يقوم به بما هو انسان فلا وجه للحكم بعدم نفوذه .

ومن هذا القبيل الضمان ، فان العبد انما يقوم به بما هو انسان له
ذمة واجنبي عن المولى بالمرّة ، حيث يثبت المال في ذمته يتبع به بعد
العقق ، ومعه فلا تشمله الآية الكريمة .

ضمانه (١) . وحينئذ فان عين كونه في ذمته نفسه ، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه ، فهو المتبع (٢) وان اطلق الأذن ففي كونه في ذمة المولى ، أو في كسب المملوك ، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه ، أو كونه متعلقاً برقبته ، وجوه وأقوال أوجهها الأول ، لانفهامه عرفاً (٣) كما في اذنه في الاستدانة لنفقته أو لأمر آخر ، وكما في اذنه في التزويج حيث أن المهر والنفقة على مولاه ودعوى : الفرق بين الضمان والاستدانة ، بأن الاستدانة موجبة للملكية وحيث أنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه ، بخلاف للضمان حيث انه لا ملكية فيه . مدفوعة : بمنع

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

(٢) اما الأول فواضح ، واما الاخيران فلرجوع التعيين الى تقييد اذنه له في الضمان بذلك .

(٣) وليس المراد به أن الأذن بمنزلة التوكيل فيكون الضامن في الحقيقة هو الأمر واما العبد فلا يقوم الا بدور الانشاء ، حتى يشكل عليه بما في الجواهر من كونه خلفاً وخروجاً عن محل الكلام ، إذ

الكلام انما هو في ضمان العبد باذن المولى بتوكيل العبد فيه ، فان فيه لا ينبغي الاشكال في ثبوته في الذمة كما هو الحال في جميع موارد الوكالة فان العوض والبدل انما يثبت على الموكل دون الوكيل .
وانما المراد به - كما هو ظاهر العبارة - ضمان العبد باذن مولاه بحيث يكون العبد هو الضامن بالأصالة ، ومع ذلك يقال بثبوت المال في ذمة المولى .

وكيف كان : فالأمر كما ذكره (قده) وذلك لان العبد قد يضمن لشخصه بما هو شخص وانسان ومع قطع النظر عن كونه عبداً مملوكاً للغير ، وقد يضمن الغير بوصف كونه مملوكاً للغير وعبداً له . ففي الأول - بناءً على صحته كما اخترناها - لا مجال للقول بثبوته في ذمة المولى ، بل المتعين هو القول بثبوته في ذمة العبد يتبع به بعد العتق والحرية ، إذ قبله يكون هو وما في يده مملوكاً للغير فلا يصح مطالبته بشيء ما دام هو كذلك .

وفي الثاني يتعين القول بكونه في ذمة المولى وانه هو المطالب به وكأنه هو الضامن له - ما لم تكن هناك قرينة على الخلاف -
الا ان ضمانه هذا انما يكون في طول ضمان العبد نفسه لا في عرضه فان العبد يملك ومن هنا فهو المطالب أولاً بما ضمنه ، لكن ضمانه هذا لما كان بوصف كونه عبداً للغير وكان المولى يملك العبد وما يملكه كان هو المطالب به في طول مطالبة العبد به . نظير استئانة العبد

عدم قابليته للملكية (١) . وعلى فرضه أيضاً لا يكون
 فارقاً بعد الانفهام العرفي (٢) .
 السابع : التنجيز (٣) ، فلو علق الضمان على شرط كأن

لنفسه باذن المولى ، بانه يكون في ذمة المولى ويكون هو المطالب به
 في طول مطالبة العبد به .

والحاصل : ان العبد لما كان مديناً بوصف كونه مملوكاً للغير كان
 المولى هو المطالب بدينه لانه يملكه ويملك ما في يده .

إذن فالصحيح في المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده
 باذنه بوصف كونه عبداً ومملوكاً له ، ما لم يقيد المولى إذنه بكونه
 في ذمته يتبع به بعد العتق على ما يقتضيه الفهم العرفي .

(١) حيث قد عرفت ان الصحيح انه يملك وان مالكية المولى لتلك
 الأموال انما هي في طول ملكيته - العبد - لها أولاً .

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

(٣) التنجيز في الاصطلاح يقابل أمرين على سبيل منع الخلو ،
 فتارة يستعمل بمعنى الفعلية في قبال التعليق وتأخر زمان المنشأ عن
 زمان الانشاء بحيث يكون الانشاء فعلياً في حين لا يحصل المنشأ الا
 عند تحقق المعلق عليه في ظرفه وان كان امراً معلوم الحصول عندئذ
 كالتعليق على طلوع الشمس في يوم غد ، بحيث لا يكون ضامناً بالفعل

يقول أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي ، أو ضامن
ان لم يف المديون الى زمان كذا ، أو ان لم يف أصلاً
بطل على المشهور ، لكن لا دليل عليه بعد صدق للضمان
وشمول العمومات للعامة الا دعوى الاجماع في كلي العقود
على أن اللازم ترتب الاثر عند إنشاء للعقد من غير تأخير

وانما ينتقل المال من ذمة المدين الى ذمته عند تحقق المعلق عليه وبذلك
يكون هذا العقد في الحقيقة من إنشاء الضمان المتأخر على نحو الشرط
المقارن .

واخرى : يستعمل فيما يقابل تعليق العقد الفعلي على أمر آخر
معلوم الحصول أو مجهوله .

وقد يجتمع الأوران معاً فيكون المنشأ متأخراً عن الانشاء زماناً
كما يكون المعلق عليه أمراً مشكوك الحصول .

وكيف كان : فالذي لا ينبغي الاشكال فيه هو عدم البطلان في
فرض تعليق العقد الفعلي على أمر معلوم الحصول والتحقق لدى
الطرفين بالفعل ، لأنه في الحقيقة ليس من التعليق ، فانه منجز وانما
الانشاء صيغ بصورة تشبه التعليق .

وأما القسمان الآخران - تعليق المنشأ على أمر متأخر وتعليق العقد
الفعلي على أمر مجهول - فسيظهر حالهما مما سيأتي ،

أو دعوى منافاة للتعليق للأنشاء (١) وفي الثاني ما لا يخفى (٢)

(١) فإنه عندهم بمعنى اليجاد وهو متحد مع الوجود حقيقة وان
اختلفا اعتباراً ، ومن هنا فلا يمكن فرض اليجاد بالفعل مع فرض
عدم الوجود كذلك بان يكون معلقاً على أمر سيتحقق في المستقبل .
(٢) فان الانشاء - وعلى ما حققناه مفصلاً في المباحث الأصولية -
ليس من اليجاد في شيء وان ذهب اليه غير واحد من الاصحاب
وعلى تقدير تسليمه فليس التعليق هنا في اليجاد ونفس الانشاء وانما
هو في الأمر الاعتباري - اعني المعتبر - فإنه قد يفرض مطلقاً وقد
يفرض مقيداً .

فان الاعتبار والانشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر
المقيد فقد ينشأ الانسان الملكية المطلقة وقد ينشأ الملكية المقيدة ، فهما
من هذه الناحية اشبه شيء بالواجب المطلق والواجب المشروط ،
ولا يلزم من ذلك اي انفكاك بين الانشاء والمثبأ والاعتبار والمعتبر فان
الملكية المقيدة موجودة بالفعل بالاعتبار كما هو الحال في الوصية والتدبير .
بل يمكن القول بذلك في الوجود الحقيقي أيضاً ، إذ يصح
تعلق اللحاظ والتصوير بالأمر الاستقبالي كقيام زيد في يوم غد ونحوه ،
فان قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهني ، والحال ان الوجود
الذهني نوع من الوجود الحقيقي .

والحاصل : ان التعليق في المقام ليس في نفس الانشاء والاعتبار

وفي الأول منع تحققه في المقام (١) وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان ، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً . وفيه : ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك (٢) . نعم في المثال الثاني يمكن

وانما هو في المنشأ والمعتبر ، ولا مانع منه فان كلاً منهما موجود بالفعل وليس المفقود الالفعلية الملكية .

(١) في قبال المقام الأول اعني تعليق العقد على الأمر المتأخر وان علم حصوله ، فانه لا يبعد القول بتحقيقه فيه .

بل ولو لم يتم ذلك فالحكم بالصحة فيه مشكل أيضاً نظراً لعدم شمول العمومات له لما عرفته من ظهورها في اعتبار كون الوفاء من حين العقد وعدم انفكاك المعتبر عن حين الاعتبار ،

ولا يبعد دعوى كون بناء العقلاء على ذلك أيضاً - في غير الوصية والتدبير - حيث لم يعهد صدور مثله منهم بان يجري عقد النكاح مع المرأة الآن على أن تكون هي زوجة له من غد وهكذا .

وأما في المقام - اعني التعليق على أمر فعلي مشكوك الحصول ككونه هاشمياً ونحوه - فلم يتم اجماع على ايجابه لفساد العقد ولا سيما في الضمان حيث لا يتضمن اي نوع من التمليك والتملك .

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

أن يقال : بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له (١) ، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو للضمان في الأعيان المضمونة ، إذ حقيقته قضية تعليلية ، إلا ان يقال : بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدى .

وإلا فلا معنى لكون الضمان مطلقاً مع تعليق الوفاء على أمر غير متحقق .

نعم لا بأس بالتعليق على أمر معدوم التحقق بعد ذلك ، فإنه خارج عن محل الكلام لا يتم في خصوص المثال الثاني اعني تعليق الضمان على عدم وفاء المدين ، فإنه لا بد من القول فيه بالبطلان حتى بناء على القول بصحة التعليق في الضمان ، وذلك لان مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدين في ذمة المدين إلى حين الأداء وهو يناهض مذهبنا في الضمان وكونه نقل ذمة الى اخرى وانما ينسجم مع مذهب العامة من كونه ضم ذمة الى أخرى .

(١) ولعل مراده - قده - من كلامه هذا يرجع الى ارادة معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان - اعني نقل مافي ذمة الى أخرى - . وقد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال وكون مسؤوليته عليه من دون انتقاله - بالفعل - إلى ذمته ، كما هو الحال في موارد ضمان العارية مع الشرط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضة ، فان ضمانها

الثامن : كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه ، سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه ، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري كما إذا

ليس بالمعنى المصطلح جزماً ، إذ لا ينتقل شيء بالعارية الى ذمة المستعير ، فان العين لا تقبل الانتقال إلى الذمة وهو غير مشغول الذمة ببدلها قبل تلفها ، فليس ضمانها الا بمعنى كون مسؤوليتها في عهدته بحيث يكون هو المتعهد بردها ولو مثلاً أو قيمة عند تلفها . ونتيجة ذلك الزام المستعير بردها عيناً أو مثلاً أو قيمة .

وبهذا المعنى يستعمل الضمان في موارد كثيرة كقولهم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وان الغاصب ضامن ، فانه لا يراد به إلا التعهد وكونه هو المسؤول عن المال ، وإلا فهو غير مشغول الذمة ببدله فعلاً .

وكيف كان . فاذا صح مثل هذا الضمان في الاعيان الخارجية كموارد اليد والعارية ، فليكن ثابتاً في الامور الثابتة في الذمة أيضاً ، فانه لا يبعد دعوى كونه متعارفاً كثيراً في الخارج ، فان أصحاب الجاه والشأن يضمنون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذمهم ، وإنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداءه .

والحاصل : ان الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح ،

ضمن الثمن الكلي للبايع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض (١) ، وكالمهر قبل للدخول ونحو ذلك ، فلو قال أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن ، أو بعه

وعليه فلا مجال للأبراد عليه بانه يتضمن التعليق الباطل أو انه من ضم ذمة إلى اخرى لا من نقل ما في ذمة إلى ذمة اخرى .

وانما هو مستعمل في التعهد والمستولية عن المال ، وهو أمر متعارف عند العقلاء ، فتشمل العمومات والاطلاقات ، فانه عقد يجب الوفاء به .

(١) الظاهر ان ذكره من سهو قلمه الشريف . فانه لا محل له في مورد الكلام عن اعتبار الثبوت في الدين المضمون ، لانه أجنبي عنه بالمرّة .

وكيف كان : فان كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح - وان كان احتمالاً بعيداً جداً - بمعنى جعل الشيء في عهده عند تلفه وانتقاله من ذمة البايع إلى ذمة الضامن ، فهو باطل جزماً نظراً الى ان التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد ورجوع المال إلى ملك مالكة البايع آتاما كي يكون خسرانه عليه ، ومعه فلا يبقى موضوع للضمان . وان كان المراد به تعهد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البايع عنه ، لا تعهد تداركه عند تلفه ، فيجب عليه تسليم العين عند الامكان ، والا فيلزم ببدالها فهو صحيح ولا بأس به ، حيث قد

نسيئة وأنا ضامن ، لم يصح على المشهور (١) . بل عن التذكرة الاجماع . قال : « لو قال لغيره مهما اعطيت فلاناً فهو علي لم يصح اجماعاً » . ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية . ويمكن أن يقال (٢) بالصحة

عرفت في المسألة السابقة ان مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفية وواقع كثيراً في الاعيان الشخصية الخارجية والديون .
والحاصل : ان اصل الحكم في المقام صحيح وفي محله ، الا ان ذكره في المقام من سهو القلم لان الكلام في اعتبار الثبوت في الدين عند ضمانه .

(١) على اشكال ستعرفه .

(٢) الا انه لا يتم بناءً على مذهبنا في الضمان وانه نقل ذمة إلى أخرى ، فانه إذا لم تكن الذمة الأولى مشغولة بشيء لم يكن لنقله إلى ذمة أخرى معنى محصل ، ومعه كيف يمكن التمسك بالاطلاقات لاثبات صحته .

نعم لا يبعد تفرع هذا الشرط - اعني ثبوت الدين في الذمة بالفعل - على الشرط السابق - اعني التنجيز - ، فانه لو لم نقل باعتبار التنجيز - كما احتملناه - امكن التمسك بالاطلاقات والحكم بصحة الضمان في المقام وبمعناه المصطلح على نحو الضمان المتأخر بان يكون الانشاء فعلياً والانتقال بعد الدين والاعطاء ، فالضامن في الحقيقة انما ينشأ الانتقال

إذا حصل المقتضي للثبوت وان لم يشبث فعلاً ، بل مطلقاً لصدق للضمان وشمول للعمومات العامة ، وان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (١) ، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً .

التاسع : أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه ، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم ، حيث قالوا : إنه بمعنى للتعهد بمال أو نفس ، فالثاني الكفالة والأول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة . وان لم يكن فضمان بالمعنى الأخص . ولكن لا دليل على هذا الشرط (٢) ،

الى ذمته بعد الدين من الآن .

والحاصل : انه ان تم اجماع على اعتبار التنجيز في الضمان ، فلا محيص عن الحكم بالبطلان في المقام ، والا فلا بأس بالتمسك بالأطلاقات واثبات صحة الضمان بمعناه المصطلح . وحيث ان الماتن (قده) ممن يعتبر التنجيز فلا وجه لتمسكه بالاطلاقات في المقام .

(١) بان يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حدد التعهد بالاعيان الخارجية .

(٢) فان الحوالة والضمان يختلفان في الطرفين المقومين لهما ، حيث أن الأول يتقوم بالحيل والحال فتراً ذمة الأول بمجرد الحوالة على

فاذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضماناً فان كان بأذنه يتهاثران بعد اداء مال الضمان (١) ، والا فيبقى للذي للمضمون عنه عليه ، وتفرغ ذمته مما عليه بضمان للضامن تبرعاً ، وليس من الحوالة ، لان المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة ، ومع الاغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين ، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً الى ما يكون مشتركاً .

مشغول ذمة له من غير دخل لرضا المحال عليه في ذلك ، في حين أن الضمان يتقوم برضى الضامن والمضمون عنه هو الأجنبي عن العقد حيث تفرغ ذمته عن الدين بالضمان سواء أرضي به أم لم يرض .
والحاصل : ان مع اختلاف طرفي العقد المقومين له في الموردين - الضمان والحوالة - لا مجال للقول باتحادهما ودخول أحد العنوانين في الآخر خصوصاً إذا كان الضمان تبرعياً ولم يكن عن رضى المضمون عنه .
إذن : فمجرد اشتغال ذمة الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذي ضمنه لا يعنى دخول العقد في عنوان الحوالة .

(١) هذا إذا كان الدينان - ما في ذمته للمضمون عنه وما كان للمضمون له على المضمون عنه - حالين معاً أو مؤجلين مع وحدة الأجل فيهما وإلا فلا مجال للتهاتر لعدم تساوي الدينين ومن هنا فلو كان

العاشر : امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان .
ويكفي التمييز الواقعي وان لم يعلمه الضامن (١) . فالمضر هو الابهام والترديد ، فلا يصح ضمان أحد الدينين ، ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين ، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو لواحد ، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد ولو قال : ضمنت الدين الذي على فلان ، ولم يعلم انه لزيد أو لعمر و ، أو الدين الذي لفلان ، ولم يعلم أنه على

ماعليه للمضمون عنه مؤجلاً وقد ضمن ما على المضمون عنه حالاً بأمره كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل وتبقى ذمته مشغولة بالدين الى الأجل المعين .

(١) وهو انما يتم فيما إذا لم يستلزم فقدان شرط آخر .
ومنه يظهر الاشكال في بعض الصور الآتية ، مما حكم فيها الماتن - قده - بالصحة نظير الجهل بالمضمون له وانه زيد أو عمرو ، أو ضمان ما للناس عليه ، فانه انما يصح مع انحصار المضمون له في اشخاص وقبولهم للضمان وإن لم يميز المضمون له بشخصه وإلا فالحكم بالصحة مشكل جداً نظراً لاعتبار رضى المضمون له بالعقد جزماً فإنه طرف من طرفي العقد في الضمان فلا يصح من دون رضاه .

زيد أو على عمرو صح (١) لأنه متعين واقعاً . وكذا لو قال :
ضمنت لك على الناس ، أو قال : ضمننت عنك كلما
كان عليك لكل من كان من الناس . ومن الغريب
ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون
له بالوصف والنسب ، أو العلم باسمهما ونسبهما : مع أنه
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 ، ويمكن ان يستدل عليه مضافاً الى
العمومات العامة (٢) ، وقوله (ص) : « الزعيم غارم » (٣)

إذن فما ذكره - قده - من كفاية التعين الواقعي إنما يتم مع احراز
سائر الشروط المعتبرة في الضمان .
(١) على اشكال تقدم بيانه .

(٢) بل عمومات ادلة الضمان ، حيث لم يعتبر في شيء منها كون
الدين معلوماً ، ومن هنا ففقتضاها الصحة حتى مع الجهل بالدين .
وهذا الدليل هو العمدة في الحكم والا فسائر الادلة لا تخلو عن
المناقشة ، كما مستعرفها .

(٣) الرواية نبوية لم تثبت عن طريقنا ، بل في معتبرة الحسن بن خالد
تكذيب ذلك ، فقد ورد في روايته عن أبي الحسن (ع) أنه قال

بضمان علي بن الحسين (ع) لدين عبد الله بن الحسن ،
وضمانه لدين محمد بن أسامة (١) ، لكن الصحة مخصوصة
بما إذا كان له واقع معين ، وأما إذا لم يكن كذلك

له : (جعلت فداك قول الناس الضامن غارم ، قال : فقال :
ليس علي الضامن غرم ، الغرم على من أكل المال) (١) .
ومن هنا : فلا مجال للاعتماد عليها والاستدلال بها .

(١) أما الأول فقد رواه الصدوق في التهذيب مرسلًا حيث قال
(قدس سره) : (روي أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه
غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال لهم : ما عندي ما اعطيكم ، ولكن أرضوا
بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين أو عبد الله بن جعفر .
فقال الغرماء : أما عبد الله بن جعفر فملىّ مطول ، وأما علي
ابن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما الينا ، فأرسل اليه
فأخبره الخبر ، فقال (ع) : أضمن لكم المال الى غلة ، ولم
يكن له غلة ، فقال القوم : قد رضينا فضمنه ، فلما أتت الغلة
أتاح الله له المال فأداه) (٢) .

وأما الثاني : فقد رواه فضيل وعبيد عن ابي عبد الله (ع) قال :
(لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم :

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

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

- كقولك - ضمنت شيئاً من دينك - فلا يصح (١) ولعله مراد من قال : إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك ، فلا يرد عليه ما يقال : من عدم الاشكال في الصحة مع فرض تعيينه واقعاً ، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم . هذا وخالف بعضهم فاشتراط العلم

قد عرفتم قرابتي ومنزلي منكم ، وعليّ دين ، فأحب أن تقضوه عني ، فقال علي بن الحسين (ع) : ثلث دينك عليّ ثم سكت وسكتوا ، فقال علي بن الحسين (ع) : عليّ دينك كله ، ثم قال علي بن الحسين (ع) : اما انه لم يمنعني أن أضمنه أولاً ، الا كراهة أن يقولوا سبقنا (١) .

الا أن الارسال في الرواية الأولى ، ووقوع عبيد الله الدهقان المرّد بين عبيد الله بن احمد الدهقان المجهول وعبيد الله بن عبد الله الدهقان الذي ضعفه النجاشي صريحاً ، يمنعان من الاعتماد عليهما والتمسك بهما في مقام الاستدلال .

على انها لا يتضمنان الا بيان قضية في واقعة فلا اطلاق لها كي يتمسك به في مقام نفي الشرط المشكوك ، ولعله (ع) كان يعلم بمقدار الدين الذي عليهما .

(١) بلا خلاف فيه بين الاصحاب ، إذ يستحيل فراغ ذمة المضمون

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

به ، لنفي الغرر والضرر . ورد بعدم العموم في الأول
لاختصاصه بالبيع ، أو مطلق المعاوضات (١) وبالأقدام
في الثاني (٢) ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والأذني

عنه واشتغال ذمة الضامن بالنسبة إلى ما لاتعين له واقعاً .

(١) حيث الحقها الفقهاء بالبيع ؛ فلا يشمل الضمان ونحوه مما
لا يتضمن المعاوضة .

على انه لا غرر في المقام بالمرة ، فان الضامن سيأخذ بمقدار
ما يدفعه الى الدائن من المدين قل أو أكثر ومن غير ان ينقص منه
شيء على الاطلاق ، حاله حال القرض حيث يصح اقراض ما في
الكيس حتى مع الجهل بمقداره اتفاقاً ومن غير ان يشمله دليل نفي
الغرر إذ لا خطر على الدائن في المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه في
ذمة المدين .

والحاصل انه لا اثر للعلم أو الجهل بالمقدار في الحكم بالبطلان
وتحقق الغرر ، فان الخطر انما يتصور في مثل البيع مما يختلف فيه
العوضان ويكون مبناه على المقابلة بمعنى الاسترباح ودفع الأقل بأزاء
أخذ الاكثر ، حيث يحتمل فيه الخسارة ، ولا يتصور في مثل المقام
حيث يستوفي الضامن بمقدار ما يدفعه الى المضمون له .

(٢) فان دليل لا ضرر انما ينظر إلى ارتفاع الاحكام الالزامية به
فلا دلالة فيه على عدم جواز القاء النفس في الضرر ، ولذا لم يستشكل

فيعتبر في الثاني دون الأول ، إذ ضمان علي بن الحسين (ع) كان تبرعياً (١) واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة (٢) ، إذا كان بالأذن مع قصد الرجوع على الآذن . وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب .

(مسألة ٢) : إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ، وتبرأ

أحد في صحة الهبة ونحوها باعتبار استلزامها للضرر .
والحاصل : ان دليل لا ضرر بنفسه قاصر عن مشمول الضمان قل أو كثر ، فانه لا يدل الا على نفي الزام الشارع بالحكم الضرري .
(١) قد عرفت الاشكال فيه فيما تقدم .
(٢) فيه اشكال ظهر مما تقدم ، فانه لا عموم للدليل نفي الغرر ، على انه لا غرر في المقام اطلاقاً حيث انه سيأخذ من المضمون عنه بمقدار ما يؤديه للمضمون له .

والحاصل : انه لا فرق في عدم عموم الدليلين - نفي الضرر ونفي الغرر - للضمان بين كونه تبرعياً أو إذنياً فانها وعلى كلا التقديرين غير شاملين له .

وعليه فالقول بالجواز مطلقاً هو الاقرب .

ذمة المضمون عنه ، بالاجماع والنصوص (١) ، خلافاً للجمهور حيث أن الضمان عندهم ضم ذمة الى ذمة . وظاهر كلمات الاصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو . ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات (٢).

(١) كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) :
(في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ، فقال : إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمة الميت) (١) .

(٢) لم يظهر مراده - قده - من العمومات في المقام ، فان أدلة الضمان وبأجمعها واردة في نقل الدين من ذمة إلى أخرى ، وليس فيها ما يقتضي صحته حتى على نحو ضم ذمة إلى أخرى كي يتمسك به في المقام .

والعمومات العامة غير شاملة له أيضاً ، فان اشتغال ذمة شخص - الضامن - بالنسبة إلى غيره مجاناً وبلا عوض غير داخل في عنوان التجارة ولا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود ، إذ العقد ربط بالالتزام الطرفين المتعاقدين فلا يصدق على ما يكون الالتزام فيه من طرف واحد خاصة ، ولو صح ذلك للزم القول بصحته في غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائي ، والحال انه باطل ولم يقل بصحته

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

(مسألة ٣) : إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه (١) وان أبرأ ذمة المضمون عنه

أحد على الاطلاق ، فان اشتغال الذمة ليس أمراً اختيارياً للمكلف بحيث يكون له ذلك كيفما شاء وانما هو متوقف على اسبابه الخاصة من تجارة أو استيلاء أو اتلاف أو الشرط في ضمن العقد - بناء على انه يوجب الملكية - فلا يحصل من دونها .

والحاصل : ان اثبات اشتغال الذمة يحتاج الى الدليل وهو مفقود في غير الدين حيث اقتضت ادلة الضمان الصحة فيها .

نعم لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذي سبق منا بيانه في الشرط السابع ، اعني التعهد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون نظير التعهد بالاعيان الخارجية ، فانه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمة .

(١) أما الاول فواضح ، وأما الثاني فالأبراء فيه انما هو بمعنى عدم جواز رجوع الضامن عليه ومطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجة للضمان ، وذلك لانه من مختصات الأداء عن أمره فلا يثبت مع فقد أحد الشرطين .

وما ذكرناه في معنى براءة ذمة المضمون عنه هو المتعين في التفسير وإلا فذمة المضمون عنه بالقياس إلى المضمون له - الدائن - بريئة حتى قبل الأبراء - على ما يقتضيه مذهبنا في الضمان - .

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 ابراء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً ، وان أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه كذا قالوا ، ويمكن ان يقال : ببراءة ذمتها على التقديرين (١)

وبعبارة اخرى : لا بد من حمل عبارة الماتن - قده - على الضمان الاذني حيث يصح معه التعبير ببراءة الذمتين نتيجة لأبراء المضمون له لذمة الضامن ، أما ذمة الضامن فللأبراء وأما ذمة المضمون عنه فلعدم اداء الضامن شيئاً ومعه فلا يثبت له - الضامن - حق الرجوع عليه - المضمون عنه - وبهذا المعنى صح التعبير ببراءة ذمته ، والا - بان كان الضمان تبرعياً - فحيث لا اثر لبراء المضمون له لذمة الضامن في براءة ذمة المضمون عنه ، فانها بريئة وغير مشغولة لاحد بنفس الضمان ، سواء في ذلك قبل الابراء وبعده ، فلا يصح التعبير ببراءة الذمتين نتيجة لبراء المضمون له لذمة الضامن ، فانه لا يؤثر إلا في براءة ذمة الضامن فحسب وأما ذمة المضمون عنه فهي بريئة قبل ذلك .

(١) وهو الصحيح ، أما مع ابراء الضامن فلأن الابراء لا يعني

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

رفع اليد عن الضم والضمان خاصة كي يقال بان معه يبقى الدين على حاله ويكون المضمون عنه مديناً بعد الابراء كقبليه ، فان هذا المعنى غير مراد جزماً ، إذ الضمان من العقود اللازمة وهي لا تقبل الرفع حتى مع رضا الطرفين ، على انه ينافي مفهوم الابراء فانه مساوق لاسقاط الدين - على ما ستعرف - .

ولانما الابراء بمعنى رفع اليد من الدين من اساسه - على مايساعد عليه ظاهر اللفظ - ومعه فلا مجال للقول ببقاء ذمة المضمون عنه مشغولة فان الدين ليس الا ديناً واحداً فلا يقبل البقاء والسقوط في آن واحد بالقياس الى الذمتين .

وبعبارة أخرى : إن ابراء إحدى الذمتين من الدين الثابت فيهما على نحو الضم إنما هو بمنزلة استيفاءه منها - كما هو واضح - ولذا يذكر في باب المهور ان الزوجة إذا أبرأت ذمة زوجها من المهر فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر ، فلا وجه للتفكيك بين الذمتين بالقياس اليه والقول بثبوته في ذمة دون أخرى .

وأما مع ابراء المضمون عنه ، فلان مرجعه إلى إسقاط الدين وافراغ ذمته منه ومعه فلا يبقى مجال لضم ذمة أخرى اليها فيه .

(١) فان إرجاع الدين إلى ذمة المضمون عنه ثانياً وفراغ ذمة

عنه ، وتبين اعساره (١) وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه ، لكن بشرط ملاءة للضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره (٢) ، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً باعساره ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه ، ويستفاد من بعض الاخبار أيضاً (٣)

الضامن بعد الحكم بصحة الضمان وانتقال الدين إلى ذمة الضامن وفراغ ذمة المضمون عنه بالمرّة ، يحتاج إلى الدليل وهو مفقود ومقتضى أصالة اللزوم - الاستفادة من اطلاقات أدلة صحة العقود والعمومات - بقاء الحكم الأول على حاله .

(١) فضلاً عما لو كان ضماناً تبرعياً ومن غير إذن المضمون عنه .

(٢) لعين ما تقدم في سابقه .

(٣) وهو موثقة الحسن بن الجهم قال : « سألت أبا الحسن (ع)

عن رجل مات وله عليّ دين وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً ، فجاء رجل منهم فقال : أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي ، وأنت في حل مما لأخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك . قال : يكون في سعة من ذلك وحل . قلت : فان لم يعطهم ؟ قال : كان لك في عنقه . قلت : فان رجع الورثة عليّ فقالوا : اعطنا حقنا؟ فقال : لهم ذلك في الحكم الظاهر ، فأما بينك وبين الله فأنت منها

في حل إذا كان الذي حلك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك . قلت : فما تقول في الصبي لأمه ان تحال ؟ قال : نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه ، قلت فان لم يكن لها ؟ قال : فلا . قلت : فقد سمعتك تقول : انه يجوز تحليلها ، فقال : إنما اعني بذلك إذا كان لها . . . الحديث « (١) :

وهي وان كانت معتبرة سنداً إلا انها اجنبية من حيث الدلالة عن المدعى فانها واردة في تحليل بعض الورثة لخصته من الدين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضى سائر الوراث أيضاً ، وأين ذلك من الضمان الذي هو محل الكلام ؟ .

وبعبارة اخرى : ان مورد المعتبرة هو التحليل وهو عقد قائم بين المدين وشخص آخر ، في حين ان مورد كلامنا هو الضمان الذي هو عقد قائم بين الدائن وشخص آخر ، فلا مجال لاثبات الحكم الثابت في أحدهما للآخر .

على أن هذه المعتبرة لو تمت من حيث الدلالة في المقام فمن الواضح أن مقتضاها بطلان الضمان مع عدم الملاءة لا ثبوت الخيار ، وهو مما لا يقول به أحد .

على أنه لا بد من رد علم هذه المعتبرة إلى أهلها حتى موردها - التحليل - لانها تضمنت صحة التحليل من الأجنبي وحصول فراغ

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام الضمان ، ح ١ .

الذمة واقعاً به وهو أمر لا يمكن الالتزام به إذ التحليل من الأجنبي لا يعدو كونه تحليلاً فضولياً يتوقف على إجازة من له الأمر واقعاً .
إذن فلا مجال للتمسك بالمعتبرة في المقام على كل تقدير ، فانها لو تمت دلالة وأمكن العمل بها في موردها فاثبات حكمها في المقام لا يعدو القياس .

هذا وقد استدل صاحب الجواهر (قده) على المدعى بما دل على اعتبار الملاءة في المحال عليه ، بدعوى ان الحوالة أخت الضمان فيثبت فيه ما ثبت فيها .

وهو - كما تراه - قياس محض ، فان الحكم بالخيار عند اعسار المحال عليه حين الحوالة مع جهل المحال انما ثبت بالنص الخاص فالتعدي عنها الى غيرها لمجرد اشتراكهما في جهة لا يخرج عن حد القياس .
على أن بينهما فرقاً واضحاً ، فان الحوالة معاملة قائمة بين الدائن والمدين في حين ان الضمان معاملة بين الدائن وشخص ثالث ، فالحوالة معاملة معاوضة بخلاف الضمان ، فان الدائن - في الحوالة على مشغول الذمة - مشترٍ ما لعمرو - مثلاً - في ذمة بكر بماله في ذمة المدين .
بل وكذا لو كانت الحوالة على بريء الذمة فانها معاوضة وتبديل لذلك المبلغ في ذمة المحال عليه بماله في ذمة المدين ، غاية الأمر أن المحال عايمه لما كان بريء الذمة بالنسبة الى المحيل كان العقد فضولياً ومتوقفاً على اجازته .

والمدار - كما أشرنا إليه - في الاعسار واليسار على حال الضمان ، فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١)

ومن هنا : فحيث ان العشرة - مثلاً - في ذمة المعسر لا تساوي من حيث المالية بنظر العقلاء العشرة في ذمة الموسر - كما هو واضح - والمعاملات مبنية على التساوي في المالية بحيث يكون ذلك من الشرط الضمني ، كان تخلفه موجباً لثبوت الخيار على القاعدة - على ما تقدم بيانه مفصلاً في مبحث خيار الغبن - .

وأن هذا من الضمان الذي لا يعد من المعاوضات بالمرّة ، لانه ليس إلا إشتغال ذمة بلا عوض ومجاناً سواء في ذلك ما كان اذنيّاً أو تبرعياً لانها لا يختلفان إلا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول وعدمه .

والحاصل : التعدي من الحوالة إلى الضمان قياس مع الفارق وان اشتركا في جهة من الجهات .

وعلى ضوء ما تقدم يظهر انه لا دليل يمكن الاعتماد عليه في القول بالخيار في المقام .

ومن هنا فان تم إجماع على ذلك فهو ، وإلا - كما هو الصحيح إذ غاية الأمر عدم وجدان الخلاف - فللمناقشة فيه مجال واسع ومقتضى أصالة الزوم عدمه .

(١) لعدم شمول دليل الخيار - بناءً على تماميته - للأعسار المتأخر

كما انه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار (١) والظاهر عدم للفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أولاً (٢). وهل يلحق بالاعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أولاً؟ وجهان (٣).

فان الاجماع غير ثابت فيه ومعتبرة الحسن بن الجهم ناظرة الى حال الضمان والحكم في الحوالة مختص بالاعسار حينها أيضاً .

(١) وهو انما يتم فيما إذا كان مستند الخيار في المقام هو معتبرة الحسن بن الجهم، فانه لا بأس بالتمسك باطلاقها - بعد تسليم دلالتها - لاثبات الخيار في الفرض أيضاً .

وأما إذا كان المستند هو الاجماع فالحكم بثبوت الخيار في المقام مشكل جداً نظراً لكون القدر المتيقن منه هو المعسر المستمر .
(٢) لكونه اجنبياً عن العقد .

(٣) من اختصاص ادلة الخيار من الاجماع والنص وما ذكره صاحب الجواهر (قده) بالاعسار فيكون التعدي عنه محتاجاً الى الدليل وهو مفقود ، ومقتضى اصالة لزوم العدم .

ومن التمسك بقاعدة نفي الضرر ، فان الحكم بلزوم هذا العقد ضروري على الدائن فينفي بالقاعدة - على ما مر تفصيله في خيار الغبن - .
والأقوى هو الأول ، لما عرفته غير مرة من اختصاص دليل

(مسألة ٥) : يجوز اشتراط الخيار في الضمان (١)

لا ضرر بنفي الاحكام الضرورية من الاحكام المجعولة في الشريعة المقدسة ، وعدم شموله للضرر الحاصل من فعل المكلف نفسه ، كما أنه لا يتكفل جبر الضرر الحاصل كذلك .

وحيث أن مقامنا من هذا القبيل لان المضمون عنه انما وقع في الضرر نتيجة لفعل نفسه اعني رفع يده عن دتمه الثابت في ذمة المدين في قبال اشتغال ذمة الضامن به ، فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له ، فان دليل نفي الضرر قاصر الشمول عن مثل هذه الموارد .

على أن دليل نفي الضرر لو شمل المقام لكان لازمه الحكم ببطلان الضمان من رأس لا الحكم بصحته مع ثبوت الخيار .
وتمام الكلام فيه موكول الى محله .

إذن . فالأظهر في المقام هو عدم الخيار حتى ولو قلنا بثبوته على تقدير ظهور اعساره فضلاً عن انكاره - كما هو المختار - .

(١) على إشكال فيه بل منع ، فان الضمان لا يقاس بسائر العقود والفرق بينهما ظاهر .

فان نتيجة العقد إذا كانت راجعة الى طرفيه خاصة كان لها رفع اليد عنه بعد ثبوته ولزومه ومن غير حاجة للخيار وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقابل ، الا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص

للضامن والمضمون له ، لعموم ادلة للشروط (١) والظاهر

الخاص كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو احد موجبات الفسخ .
 وإذا جاز لها ذلك بالنتيجة جاز لها جعل هذا الحق في ضمن
 العقد من الأول وهو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار .
 وليس ذلك كله الا لكون العقد عقدهما والحق لا يعدوهما فلهما
 ان يتصرفا كيفما شاءا ما لم يرد منه منع من الشارع المقدس .
 وهذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث
 يكون الحق يعدوهما اليه ، فانه لا يكون لها ذلك لعدم الولاية لهما
 على الثالث .

وحيث ان مقامنا من هذا القبيل فان عقد الضمان وان كان قائماً
 بين الضامن والمضمون له الا ان الحق فيه يعدوهما الى المضمون عنه
 حيث تبرأ ذمته عن الدين ، فلا يصح اشتراط الخيار فيه إذ لا موجب
 لاشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً وبعد الفراغ لمجرد رضی أحد
 الطرفين أو هما معاً به ، فانه أمر يحتاج الى الدليل وهو مفقود .
 والحاصل : ان باب الضمان لا يقاس بباقي المعاملات التي ترجع
 نتيجتها الى المتعاملين نفسها ، فان اشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً
 يحتاج الى الدليل وهو مفقود .

(١) وفيه : ان أدلة الشروط لا تنفي باثبات صحة جعل الخيار
 في المقام ، نظراً لما تقدم مراراً من انها ليست بمشروعة ولا تفيد إلا

جواز اشتراط شيء لكل منهما (١) كما إذا قال الضامن :
« أنا الضمان بشرط أن تخط لي ثوباً » ، أو قال المضمون
له : « أقبل الضامن بشرط ان تعمل لي كذا » . ومع
للتخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (٢) .

(مسألة ٦) : إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن
من غير إذن مولاه أو بأذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد

لزوم ما هو سائغ في نفسه ومع قطع النظر عن الاشتراط ، وحيث
ان جعل الخيار في المقام ليس من هذا القبيل باعتبار ان اشتغال ذمة
المضمون عنه ثانياً يحتاج الى الدليل ولا يتم باتفاق المتعاقدين عليه ،
فلا يمكن اثباته بالاشتراط والتمسك بعموم ادلة الشروط .

(١) لعموم ادلة الشروط بعد ان كان الشرط سائغاً في نفسه بحيث
كان للمشروط عليه فعله ابتداءً ومن غير اشتراط .

(٢) بل الظاهر ان هذا الاشتراط لا يوجب إلا الحكم التكليفي
المحض مع جواز الزامه به نظير الاشتراط في ضمن عقد النكاح .

وذلك لما عرفته من أن ثبوت حق الفسخ في المقام بمعنى اشتغال
ذمة الغير ثانياً وبعد فراغها وبراءتها أمر خارج عن صلاحية المتعاقدين
ويحتاج الى الدليل الخاص وهو مفقود وادلة الوفاء بالشرط لا تنهض
لاثباته .

العتق ، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له (١) .
(مسألة ٧) : يجوز ضمان الدين الحال حالاً (٢)
ومؤجلاً (٣) وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك
الأجل أو أزيد أو أنقص (٤) والقول بعدم صحة الضمان
الا مؤجلاً (٥)

(١) بل هو بعيد ويظهر وجهه مما تقدم في المسألة السابقة ، إذ
الالتزام باشتغال ذمة الغير بالدين ثانياً بعد فراغها منه جزماً على
خلاف الأصل ويحتاج إلى الدليل الخاص وهو مفقود .
(٢) بلا اشكال فيه ، ويقضيه ما دل على كون الضمان نقل الدين
من ذمة الى أخرى .
(٣) اتفاقاً حيث لم ينسب الخلاف فيه الى أحد من أصحابنا ، بل
وقد حكي في كلماتهم الاجماع عليه .
(٤) لما استعرفه من أن الضمان انما يتعلق بنفس الدين ، وأما الحلول
والتأجيل وقصر المدة وطولها فهي تثبت بالاشتراط .
(٥) قال الشيخ (قده) في النهاية : « ولا يصح ضمان مال
ولا نفس الا بأجل » (١) كما نسب ذلك في بعض الكلمات إلى
غيره أيضاً .

وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم ، ضعيف (١) ، كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً (٢) أو بانقاص ودعوى

(١) لعدم الدليل عليه بل لاقتضاء أدلة الضمان خلافه - على ما تقدم -
(٢) واستدل عليه باستلزامه زيادة الفرع على أصله .
وفيه : ان الضمان وان كان فرع الدين ، الا ان متعلقه هو نفس الدين دون الأجل ، فانه امر خارج عنه ويشتت بالاشتراط في ضمنه .
وبعبارة أخرى . ان الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الدمة ومن غير زيادة أو نقيصة ، فان التقديم والتأخير امران خارجان عنه كليةً على انه لو صح ما ذكر لزم منه صحته في عكسه أيضاً والقول بالبطلان في ضمان الدين الحال مؤجلاً ، نظراً لنقصان المؤجل عن الحال في حين ان مقتضى ادلة الضمان انتقال مثل ما في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ومن غير زيادة أو نقيصة .

والحال ان هذا مما لا يمكن ان يلتزم به ، وليس ذلك الا لكون التقديم والتأخير خارجين عن حقيقته .

ثم ان مما ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين واستحسنه العلامة (قد ه) في المختلف من كونه ضمان مالا يجب نظراً لزيادة مالية الدين الحال عن مالية الدين المؤجل ، وحيث ان هذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته كان ضمانها من ضمان ما لم يجب .
ووجه البطلان ان الضمان انما تعلق بنفس الدين من غير زيادة فيه

أنه من ضمان ما لم يجب ، كما ترى (١) .
 (مسألة ٨) : إذا ضمن الدين الحال موجلاً باذن
 المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين ، فلو أسقط للضامن
 أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون
 عنه (٢) لان الذي عليه كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل

أو نقيصة ، والحلول والتأجيل انما يشبان بالاشتراط في ضمنه .
 ومنه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزيادة والنقيصة .
 إذن : فالصحيح هو ما ذهب اليه الماتن (قدّه) وفاقاً للمشهور
 من جواز ضمان الدين المؤجل حالاً .

(١) لما تقدم من الوجه في بطلانها .
 (٢) لأداء دينه بأذنه ، والضمان وان كان مؤجلاً الا أن الأجل
 حق للضامن لانه ، إذ المفروض كون دينه حالاً وهو وان سقط
 بالضمان الا أن أمره وإذنه فيه أوجب الضمان فيصح الرجوع عليه على
 تقدير الاداء متى ما حصل .

والحاصل : ان الأجل انما هو بالنسبة إلى الضمان لا الدين فانه
 حال ولا ملازمة بينهما من هذه الجهة .

نعم لو كان إذنه في الضمان مقيداً بكون الأداء في وقت كذا
 - حيث لا مانع من تقييده أو تعليقه - كان اداء الضامن له قبل ذلك
 الوقت تبرعاً محضاً فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلاً عما قبله

للضمان . وكذا إذا 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 ضعيف (١) .

(مسألة ٩) : إذا كان للدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك ،
فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته ليس لو ارثه الرجوع
على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين ، لان
الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول (٢) على
المضمون عنه وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل

إذ المقيد عدم بانعدام قيده . الا ان هذا خارج عن محل الكلام .
(١) وهو مشكل جداً ، إذ لا وجه لجواز امره بذلك الأداء ،
فان المفروض انه انما امر الضامن بأداء دينه المؤجل في حينه ، فإلم
يكن الأداء كذلك - سواء أكان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره -
لم يكن للمؤدي الرجوع عليه .

لانها في الواقع عقدان مستقلان فلا وجه لاثبات الأجل المأخوذ
في احدهما في الآخر .

(٢) لما عرفته من اختلاف العقدين حقيقة وعدم الملازمة بينهما في

الأجل والحلول .

لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الأجل (١) .

(مسألة ١٠) : إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بأذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك ، والا فلا يجوز الا بعد انقضاء الأجل (٢) والإذن في الضمان أعم من كونه حالاً .

(مسألة ١١) : إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله (٣) . وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له للرجوع عليه ، علي ما مر من أن أجل الضمان

(١) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلق أمره بذلك الأداء بالمرّة ، فانه انما امره بأداء دينه المؤجل في حينه فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه .

وبعبارة أخرى : ان اصل الأداء وان كان بامر من المضمون عنه الا ان خصوصية التقديم لما لم تكن بامرهم لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل فالحلول زيادة من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه .

(٢) لكون الحلول حيثئذ زيادة من الضامن نفسه ، فلا يلزم به المضمون عنه .

(٣) لما تقدم .

لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً . وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل للدين قبل إنقضاء الزائد فاخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه (١) .

(مسألة ١٢) : إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكن له الرجوع عليه وان كان اداؤه باذنه أو أمره (٢) الا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه ، كأن يقول : « أذ ما ضمننت عني وأرجع به عليّ » على اشكال (٣) في هذه الصورة أيضاً من حيث ان مرجعه حينئذٍ إلى الوعد للذي لا يلزم الوفاء به ، وإذا

(١) لما عرفته من كون الأجل للضمان دون الدين ، فلا يجوز للمضمون عنه تأخير دفعه بعد أداء الضامن له عند حلول أجله وان بقي من أجل الضمان ما بقي .

(٢) لكونه أمراً له بما اشتغلت ذمته - الضامن - به ، نظير أمر الغير بأداء الدين الثابت عليه - المأمور - في نفسه ، فإنه لا يوجب الضمان قطعاً لكونه أمراً بما هو واجب عليه في نفسه ومع قطع النظر عن الأمر .

(٣) الظاهر أنه لا وجه للأستشكال في المقام وليس مرجع الأمر هذا إلى الوعد ، وانما مرجعه إلى ائابة المضمون عنه الضامن في أداء الضمان عنه تبرعاً وكأنه هو الذي باشر ذلك بنفسه ، فإنه موجب

ضمن باذنه فله للرجوع عليه بعد الأداء (١) وان لم يكن باذنه
لانه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف
على شيء ، نعم لو إذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس
له الرجوع عليه ، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن .
(مسألة ١٣) : ليس للضامن للرجوع على المضمون
عنه في صورة الإذن الا بعد اداء مال الضمان (٢) على
المشهور بل للظاهر عدم الخلاف فيه وانما يرجع عليه بمقدار
ما أدى ، فليس له المطالبة قبله ، اما لان ذمة الضامن وان
اشتغلت حين الضمان بمجرد الا ان ذمة المضمون عنه

للضمان ورجوع النائب على الأمر بلا خلاف .

وبعبارة أخرى : ان حال الضامن في المقام هو حال الأجنبي
الثالث الذي يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابة عن الأمر ،
فانه لا فرق بين الضامن وغيره من هذه الناحية وهما على سواء فيها
فكما ان أمر الأجنبي بذلك يوجب الضمان وجواز رجوع المأمور بعد
الأداء الى الأمر فكذا الحال في الضامن أيضاً لو حدة الملاك وهو الأمر
باتلاف مال محترم بالنيابة عنه وكأنه هو المباشر له .

(١) بلا اشكال فيه ولاخلاف ، وتدلل عليه الروايات الكثيرة

الواردة في المقام .

(٢) لما تقدم .

لا تشتغل الا بعد الأداء وبمقداره ، واما لانها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء ، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه ، واما لانها وان اشتغلت بمجرد الضمان الا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء . وظاهرهم هو للوجه الأول . وعلى اي حال لا خلاف في أصل الحكم وان كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان (١) في قبال اشتغال ذمة الضامن سواء أدى أم لم يؤدي . فالحكم المذكور على خلاف القاعدة ثبت

(١) بل مقتضى القاعدة هو الأول ، إذ لا بد في اشتغال ذمة الغير من سبب له من عقد أو اتلاف أو تلف في بعض الموارد - وإلا فالضمان من غير سبب وموجب لا يمكن تصحيحه بوجه - .

ومن هنا فحيث ان الأمر بالضمان واقدام الضامن عليه ، لا يعني إلا براءة ذمة المدين من الدين واشتغال ذمة الضامن به ، فلا وجه للقول باقتضائه بنفسه للضمان واشتغال ذمة المضمون عنه تجاه الضامن إذ لا ملازمة بينهما بالمرّة .

ودعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن فيشملة حديث لا ضرر . واضحة الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر - كما نحن فيه - .

بل الضمان انما يثبت في موارد اداء الضامن للدين بالسيرة العقلانية

بالاجماع وخصوص الخبر : (عن رجل ضمن ضماناً
ثم صالح عليه ، قال : ليس له الا الذي صالح عليه) (١)
بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن الا ما خسر .
ويتفرع على ما ذكروه : ان المضمون له لو أبرء ذمة

القطعية فان مقتضاها - حتى مع الاغماص عن النصوص - لزوم جبران
الآمر للخسارة والنقص الواردين على مال الضامن المستندين الى أمره ،
فان هذه الناحية هي العمدة في الدليل على اشتغال ذمة المضمون عنه
للضامن في المقام .

هذا مضافاً إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الواردة
في المقام على ما ستعرف بيانه .

(١) وهو موثق عمر بن يزيد قال : سألت ابا عبد الله (ع)
عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه ، قال : ليس له الا
الذي صالح عليه « (١) .
ونحوه موثقة ابن بكير (٢) .

حيث ان المستفاد من قوله (ع) (ليس له الا ما صالحه عليه)
كون المصالحة واداءه للأقل هي السبب في الضمان واشتغال ذمة المضمون
عنه له ، وهو ما يعني براءة ذمته قبل المصالحة والاداء كما هو واضح

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ٦ من أبواب احكام الضمان ، ح ١ ،

(٢) الوسائل : ج ١٣ باب ٦ من ابواب احكام الضمان ، ح ٢ .

الضامن عن تمام للدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً (١) وان أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالأقل - 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 (٢) . 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 (٣) ، ولا يكون في حكم الأبراء .

والا لكان الحكم اسقاطاً لما ثبت في ذمة الغير وهو ما ياباه ظاهر النص .
(١) حيث لم يخسر الضامن نتيجة لضمانه شيئاً ، فلا يكون له الرجوع عليه .

(٢) لما عرفته من ان العبرة انما هي بأداءه وخسارته لا بأصل الضمان .

(٣) إذ المستحق يملك ما في ذمته أولاً بالاحتساب ثم يسقط الدين بحيث يكون السقوط متفرعاً على الملكية ، وبذلك فيكون التلف من ماله والخسارة عليه لانه الذي أداه بماله الذي ملكه خمساً أو زكاة أو صدقة ، فيصح له الرجوع عليه .

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة (١) . وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أولا ؟ وجهان (٢) . ولو مات المضمون له فورثه للضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣) .

(١) بلا اشكال فيه ، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له . فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعدة وملكيته للمال ثانيا ملكية جديدة وفائدة أجنبية عن الخسارة السابقة فلا وجه لمنعها من الرجوع عليه .

(٢) أقواهما الثاني ؛ إذ لا مانع من ملكية الانسان لما في ذمته هبة كما لا مانع من ملكيته لما فيها بالأجارة أو الارث . والقبض المعتبر في الهبة متحقق أيضاً لكونه مسلطاً على ذلك المال باعتبار انه في ذمته لا في ذمة الغير .

ومن هنا فيعتبر هذا في الحقيقة تمليكاً له لا إبراءاً لذمته ، وعليه فيصح له الرجوع على المضمون عنه لان الخسارة قد وقعت في الهبة والسقوط كان بعد تملكه لذلك المال .

نعم لو بيننا على عدم صحة الهبة في الذمة وان الانسان لا يملك ما في ذمة نفسه ، تعين الحكم بعدم جواز رجوعه عليه ، لانحصار القضية - حينئذ - في الإبراء المحض .

(٣) لكونها خسارة واردة عليه بسبب الضمان ، لان انتقال ما في

(مسألة ١٥) : لو باعه أو صالحه المضمون له بما يساوي أقل من الدين ، أو وفاه الضامن بما يساوي أقل منه ، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما يساوي . وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة (١) وكون القدر المسلم غير هذه الصور ،

ذمته اليه بمنزلة الأداء فيرجع به عليه :

بل وكذا لو كانت ملكيته له بعقد كما لو استأجره المضمون له على عمل بما في ذمته من المال أو كان الضامن امرأة فتزوجها المضمون له جاعلاً ما في ذمته صداقاً لها ، فان له الرجوع عليه جزماً ، لثبوت ملكية الضامن لذلك المال الثابت في ذمته في مرحلة سابقة على سقوط الدين وحصول البراءة ، فانه يملكه أولاً بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهراً .

وبهذا يصدق عليه أنه خسر ذلك المال لخسارته لمقداره في قبالة عمله الذي أداه أو صداقها في النكاح .

والحاصل : أنه يصح للضامن الرجوع على المضمون عنه كلما صحت نسبة الخسران الناشئ من الضمان اليه بحيث يكون وارداً على ماله ومأخوذاً منه بلا فرق في ذلك بين الصور جمعاء .

(١) وفيه : ما عرفته في محله من كون الحكم على القاعدة حيث لا موجب لاثبات الضمان قبل الأداء ، فان الأمر انما يوجبه بشرط

وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين باقل منه (١) ، لاما
إذا صالحه بما يساوي أقل منه . وأما لو باعه أو صالحه
أو وفاه الضامن بما يساوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز
للرجوع بالزيادة (٢) .

(مسألة ١٦) : إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن
مقدار ما ضمن قبل أدائه ، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة
ليحتسب بعد الأداء عما عليه ، فلا إشكال ويكون في يده

الوفاء خارجاً باعتبار ان الخسارة تكون عليه - حينئذ - بالسيرة القطعية .
(١) وفيه : انه لا وجه له ، فان النص مطلق ومقتضى قوله
« صالح عليه » عدم الفرق بين كون ما صالح به من جنس الدين
كي يستلزم الاسقاط والرضا من الدين بأقل منه ، وبين كونه من غير
جنسه فيكون وفاءً له .

نعم النص مختص بالصلح ولا يعم البيع ، الا أنه لا ينبغي الشك
في عدم الخصوصية له وكون العبرة بما يخسره الضامن للمضمون له
نتيجة للضمان .

إذن : فالصحيح ما ذهب اليه المشهور من كون رجوع الضامن
على المضمون عنه - في المقام - بمقدار ما يسوى لا مقدار الدين .
(٢) لان أمر المضمون بالضمان لا يوجب الاضمانه عند أداء
المأمور له بمقدار ما أمر به ، وأما الزائد عنه فلما لم يكن عن أمره

امانة ، لا يضمن لو تلف الا بالتعدي أو التفريط (١) .
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 الأداء بعد ذلك على وجه الكشف
فهو صحيح ويحتسب وفاءً ، لكن بشرط حصول الأداء
من الضامن على التقدير الثاني . وان قلنا : انه لا تشتغل
ذمته الا بالأداء وحينه - كما هو ظاهر المشهور - (٢)
فيشكل صحته وفاءً ، لان المفروض عدم اشتغال ذمته بعد
فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣) ، وبعد الأداء

كان الضامن متبرعاً به ومعه فلا يصح له الرجوع عليه .

(١) على ما تقتضيه قواعد الامانة .

(٢) وتقتضيه القواعد - على ما عرفت - .

(٣) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مالا بتوهم كونه مديناً
له ، فانه لا يعد وفاءً لعدم مصادفته لاشتغال الذمة ، بل يبقى المال
على ملك مالكة الأول - الدافع - ويكون في يد الثاني من قبيل
المقبوض بالعقد الفاسد ، فيكون تصرفه فيه موجباً للضمان نظراً لكونه
تصرفاً في مال الغير بغير حق ، كما هو الحال في مائر موارد المقبوض
بالعقد الفاسد .

ليس له الإحتساب الا باذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به (١).

(١) ظاهر تقييده (قدّه) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به ، عدم كفاية الاستصحاب في مورد الشك . وهو الصحيح إذ لا مجرى للأستصحاب في النقام ، لتبدل الموضوع فان ما كان متيقناً في السابق - الأذن في احتسابه في ذلك الوقت - لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه ، وما له أثر بالفعل - الأذن في الاحتساب بعد الأداء - لم يكن ثابتاً في زمان كي يستصحب الى حالة الشك ، فهو نظير إذن زيد لعمره في سكنى دار لم يكن يملكه حين الأجازة ثم ملكه ، فانه لا مجال للقول بكفايته لسكنائه بالفعل لاستصحاب بقاءه ، فان ما كان ثابتاً في السابق لا أثر له بالمرّة لكونه في غير محله ، وما ينفع بالفعل لم يكن ثابتاً في زمان كي يستصحب بقاءه .

وبعبارة أخرى : ان الأعراض والافعال تختلف عن الجوهر في تعددها وتغايرها بحسب الأزمنة ، فالقيام في هذا اليوم والقيام في اليوم السابق فردان من القيام مختلفان بخلاف وجود زيد في هذا اليوم ووجوده في اليوم السابق فانها ليسا بوجودين مختلفين وانما هما وجود واحد لشخص واحد .

ومن هنا : فلا مجال لأجراء الاستصحاب في الأول واثبات الفعل الثابت في الزمان السابق يقيناً في الزمان المشكوك ، بخلاف الثاني حيث لا مانع من التمسك بالاستصحاب لاثباته في الزمان المشكوك .

(مسألة ١٧) : لو قال الضامن للمضمون عنه : « ادفع عني الى المضمون له ما علي من مال الضمان » فدفع برئت ذمتها معاً ، أما الضامن : فلأنه قد أدى دينه ، وأما المضمون عنه : فلأن المفروض ان الضامن لم ينخر . كذا قد يقال . والأوجه أن يقال : ان للضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء (١) . والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له ، حيث أنه أذن له في الضمان . فالأداء المفروض موجب لأشغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره ، ولأشغال ذمة المضمون عنه حيث ان الضمان باذنه ، وقد وفى للضامن (٢) . فيتهاثران ، أو يتقاصان (٣) واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة

وحيث ان الاحتساب من الافعال ، يكون متعدداً بحسب الزمان لا محالة فالاحتساب في هذا الزمان غير الاحتساب في الزمان السابق ومغاير له فلا يمكن احرازه في الزمان المشكوك بالاستصحاب .

(١) لأن الأمر بالدفع لا على وجه المجانية موجب للضمان بالسيرة العقلانية القطعية - على ما عرفته غير مرة مفصلاً - .

(٢) بدفع المضمون له للدين بأمره ، فانه يجعل الأداء مستنداً اليه وكأنه هو الذي باشره بنفسه .

(٣) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزماً . إذ

لا موضوع له في المقام بالمرة لاختصاصه بمورد ظلم من عليه الحق وهو غير متصور في المقام لحصول التهاتر القهري بين الدينين وفراغ الذمتين معاً بالنتيجة .

وحمله عليه بان يقال أن المراد به هو التهاتر القهري وقد جيء به تأكيداً إنما يتم فيها إذا كان العطف بالواو - كما هو الحال في عبارة المسالك - فلا يمكن القول به فيما نحن فيه حيث كان العطف بـ « أو » .

وكيف كان : فما أفاده (قده) إنما يتم في فرض تماثل الدينين من جميع الجهات ، بان يكونا معاً حالين أو مؤجلين إلى أجل متحد فلو فرض اختلافهما من بعض النواحي بان كان احدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو كانا مؤجلين واختلف أجلهما لم يكن للتهاتر موضوع أصلاً كما هو الحال في غير الضمان أيضاً ، فان المتلف لمال مدينه بالدين المؤجل يخسر بدل التالف حالاً وينتظر بدينه إلى أجله - كما هو أوضح من أن يخفى - .

وعليه ففيما نحن فيه إنما يصح القول بالتهاتر في صورة تماثل الدينين خاصة ، فلو اختلفا ولو من حيث الحلول والتأجيل أو مقدار الأجل بان كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك ثم أسقط الأجل وأمر المضمون عنه بالأداء حالاً ، فلا مجال للتهاتر بل يرجع المضمون عنه على الضامن بما آداه بأمره ، في حين ينتظر الضامن في الرجوع عليه

للضامن بالقول المزبور (١) في غير محله (٢) .
(مسألة ١٨) : إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له
من غير إذن الضامن برثا معاً (٣) ، كما لو دفعه أجنبي عنه .

حلول الأجل ، كما هو الحال فيما لو باشر الضامن الأداء بنفسه - على
ما تقدم في المسألة العاشرة - .

(١) قال في الجواهر ردّاً على التزام المسالك بالتهاتر القهري :
ما هذا لفظه :

« وفيه : ان اداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن
الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، إذ ليس هو قد صار
بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده ، وعدم توقف وفاء الدين على
كونه مملوكاً للمديون ، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه
لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص حينئذ ، لعدم ثبوت المالين في
ذمة كل منهما فتأمل » (١) .

(٢) لعدم توقف ذلك على عنوان القرض كي يرد عليه انه غير
مقصود ، فان الأمر بالأتلاف لا على نحو المجانية موجب لضمان الأمر
بالسيرة العقلانية القطعية فيثبت اشتغال ذمة كل منهما تجاه الآخر ،
فيحصل التهاتر قهراً .

(٣) أما الضامن فلأداء الدين من قبل غيره ، وأما المضمون عنه

(مسألة ١٩) : إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن باذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١) ، بل على الضامن (٢) . بل وكذا لو ضمن بالأذن فضمن عنه ضامن باذنه (٣) ، فانه بالأداء يرجع على الضامن ، ويرجع هو على المضمون عنه الأول (٤) .

(مسألة ٢٠) : يجوز أن يضمن للدين بأقل منه برضا المضمون له (٥) . وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه (٦) .

فبراءة ذمته إنما هي بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال ، والا فذمته بريئة بنفس الضمان - على ما عرفته في أول الكتاب - :

(١) الأول حيث لم يكن ضمانه عن أمره وإذنه .

(٢) لكونه ضمانه باذنه فيرجع عليه بعد الأداء لأقتضاء الأمر لذلك .

(٣) حيث لم يكن ضمان هذا - الضامن الثاني - بأذنه ، وان كان ضمان الضامن الأول باذنه ، فلا يكون له حق الرجوع عليه .

(٤) على ما تقتضيه قاعدة الضمان بالأذن فان كلاً منهما يرجع على خصوص الذي أمره بذلك .

(٥) بلا إشكال فيه ، ومرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد ، وكأنه قد رضى ببراءة ذمة المدين عن ذلك المال في قبالة اشتغال ذمة الضامن بالأقل .

(٦) للمناقشة في صحته مجال واسع ، بل الظاهر عدم صحته ، فان

الضمان - على ما تقدم في أول الكتاب - ليس الا نقل الدين من ذمة إلى ذمة اخرى، وهو لا يقتضى إلا إشتغال ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه ، فيبقى الاشتغال بالزائد بلا موجب يقتضيه ، فلا يصح بعنوان الضمان .

ودعوى : رجوعه إلى اشتراط الزيادة للمضمون عنه ، بان يكون قبوله للضمان مشروطاً بتحملة للزيادة .

مدفوعة : بان ثبوتها ان كان على نحو شرط النتيجة ، ففيه : انه بلا موجب حيث ان اشتراط الاشتغال بلا سبب من بيع أو نحوه لا يوجب الاشتغال بما اشترط .

وان كان على نحو شرط الفعل بان يلزمه دفع مقدار زائد على الدين في مقام الأداء ، ففيه : أنه ان صح فلا يوجب اشتغال ذمته بأكثر من الدين ، فان اشتراط الفعل لا يوجب الا الحكم التكليفي ولزوم الوفاء به ، ومن الواضح أنه أجنبي عن اشتغال ذمته بالمشروط بالفعل .

على أنه غير صحيح في نفسه ، باعتبار ان مرجعه الى اشتراط الزيادة في الدين وهو ربا محرم ، إذ لا فرق في اشتراط الزيادة بين كونه بازاء بقاء الدين في ذمة المدين وبين كونه بازاء نقله إلى ذمة أخرى فان الكل ربا محرم .

إذن : فالصحيح عدم صحة هذا الضمان بقول مطلق سواء أكانت

وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان الا بذلك الأقل (١) كما أن في الثانية لا يرجع عليه الا بمقدار الدين (٢) ، الا اذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة (٣) .

(مسألة ٢١) : يجوز الضمان بغير جنس الدين (٤)

الزيادة مأخوذة على نحو الاشتراط أم على نحو اقتضاء الضمان بنفسه لها .
(١) إذ الزائد عنه قد سقط باسقاط المضمون له ولم يخسره الضامن فلا وجه لرجوعه به عليه .

(٢) لخروجه عن مورد إذنه .

(٣) لاقتضاء الأمر بذلك بالسيرة العقلائية القطعية - على ما تقدم بيانه غير مرة - .

(٤) على إشكال تقدم في الضمان بالزيادة ، إذ لا موجب لاشتغال ذمة الضامن بغير ما اشتغلت ذمة المضمون عنه .

والحاصل : انه لا فرق في الزيادة الممنوعة في الضمان بين كونها في مقدار المال أو خصوصية من خصوصياته ، فان اثبات كل منهما في ذمة الضامن من اثبات أمر زائد عما شغلت به ذمة المضمون عنه ، ومن هنا فلا تشمله أدلة الضمان ولا يكون بعنوانه ، وحيث لا طريق غيره لاثباته فلا يحيص عن الالتزام ببطلانه .

كما يجوز الوفاء بغير الجنس (١) ، وليس له ان يرجع على المضمون عنه الا بالجنس الذي عليه (٢) الا برضاه .
(مسألة ٢٢) : يجوز الضمان بشرط الرهانة ، فيرهن بعد الضمان (٣)

- (١) بلا اشكال فيه على ما تقتضيه الأدلة والقواعد .
(٢) والظاهر ان الوفاء من غير جنس الدين إن كان بامر المضمون عنه ، كان للضامن الرجوع عليه بما أداه لاقتضاء الأمر لذلك بالسيرة العقلائية - كما عرفت - .
وان لم يكن بأمره فليس له الرجوع عليه بغير جنس الدين .
فان الخصوصية هذه - الجنس - انما كان عن تبرع الضامن محضاً ولم تكن متعلقة لأمر المضمون عنه في وقت فانه لم يأمر الا بأداء أصل الدين .
نعم لو كان ثمن ما أداه من الجنس بدلاً عن الدين أقل منه لم يكن له الرجوع إلا بمقدار ما صالحه عايه واداه ، وليس له أخذ التفاوت ، فانه لم يخسره كي يكون له الرجوع به عليه .
(٣) ظاهر كلامه (قدّه) فرض صحة ذلك أمراً مفروضاً عنه ، لكنه لا يخلو عن اشكال بل منع .
فان مرجعه ان كان الى تعليق الضمان بالشرط المتأخر - الرهان - فهو باطل جزماً ، إذ التعليق مبطل لجميع العقود الا ما خرج بالدليل

كالوصية والتدبير .

وان كان مرجعه الى تعليق التزامه بالضمان على ذلك الفعل بحيث يكون التزامه به منوطاً ومشروطاً بتحقق الفعل خارجاً والذي يرجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلف كما هو الغالب والمتعارف في موارد أخذ الافعال شرطاً في العقود ، فهو باطل أيضاً لما تقدم في المسألة الخامسة من هذا الكتاب من عدم قابلية عقد الضمان لجعل الخيار فيه نظراً إلى تجاوز الحق فيه لطرفيه . فان الأمر لا يتعلق بالضامن والمضمون له خاصة كي يقررا ما شاءا ، وإنما هو متعلق بالمضمون عنه أيضاً حيث يستلزم الضمان براءة ذمته ، فان اشتغالها ثانياً لمجرد رضا أحد الطرفين أو هما معاً به أمر يحتاج إلى الدليل وهو مفقود .

نعم لو رجع هذا الاشتراط الى مجرد الحكم التكليفي المحض ووجوب الوفاء على المشروط عليه وجواز الزامه به - كما هو الحال في الاشتراط في ضمن عقد النكاح - بحيث يكون رضا المشروط له بالعقد معلقاً على التزام المشروط عليه بالشرط ولكن من غير ثبوت خيار له على تقدير التخلف ، فلا بأس به .

ولا يرد عليه انه من تعليق اصل العقد ، فانه لا يقتضي البطلان ما دام ان التعليق انما هو على أمر حاصل بالفعل - الالتزام - .
الا انه خلاف المتعارف والشائع في العقود جداً ، فلا يمكن حمل

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط للنتيجة في ضمن عقد للضمان (١) .

الاشتراط عليه إلا بالاحراز ولو من جهة نصب القرينة عليه أو التصريح به :

(١) بلا اشكال في صحته ، لما عرفته مراراً من أنه كلما كان للمكلف انشاء مستقلاً واجاده بالفعل من غير اعتبار سبب خاص فيه ، كان له انشاءه بالشرط في ضمن عقد آخر ، إذ لا يعتبر في الانشاء إلا الاعتبار النفساني المقرون بالبرز خارجاً كيف ما كان ومن غير تقييد بكونه انشاءً مستقلاً أو شرطاً في ضمن عقد من العقود . وهو مشقق في المقام ، فانه لا يعتبر في عقد الرهن انشاءه بالصيغة واللفظ فضلاً عن اعتبار صيغة خاصة فيه ، بل يكفي في تحققه مجرد اعتباره في النفس مع ابرازه ببرز ما ولو كان هو الشرط في ضمن العقد .

نعم هذا لا يجري في العقود التي يعتبر في انشائها لفظاً مخصوص كالنكاح والطلاق ونحوهما ، فلا يصح انشاؤها باشتراطها في ضمن عقد آخر على نحو شرط النتيجة .

ثم ان كلام الماتن (قده) وان كان مختصاً باشتراط المضمون له الرهانة على الضامن بحيث لم يكن يقبل بضمانه إلا بها - كما يظهر ذلك من قوله (قده) : « فيرهن بعد الضمان » - إلا أن الظاهر

(مسألة ٢٣) : إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أولاً ؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه (١) ، لأنه بمنزلة للوفاء . لكنه لا يخلو عن اشكال . هذا مع الاطلاق ، وأما مع اشتراط البقاء

عدم اختصاص الحكم به وجريان الكلام بعينه في اشتراط الضامن الرهانة على المضمون عنه بحيث لا يقبل بضمان دينه إلا بعدها ، فيجري فيه ما تقدم في الفرض الأول من التفصيل بين شرط الفعل وشرط النتيجة .

(١) وهو الصحيح : لتعدد الدين في المقام ، فان ما في ذمة الضامن من الدين ليس هو ما كان في ذمة المضمون عنه قبل الضمان ، بل هما فردان متغايران غاية الأمر ان احدهما يقوم مقام الآخر بمعنى سقوط دين المضمون عنه وانعدامه بازاء حدوث الدين الجديد في ذمة الضامن .

والتعبير بانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن تعبير مسامحي جزمياً فان الموجود في ذمته بالفعل ليس هو الدين الأول والذي كان ثابتاً في ذمة المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر ، وإنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول وسقوطه .
وحيث ان الرهن انما كان بازاء الأول والمفروض ارتفاعه وسقوطه فلا محيص عن القول بانفكاكه وارتفاعه أيضاً لانتفاء موضوعه .

أو عدمه فهو المتبع (١) .

(مسألة ٢٤) : يجوز اشتراط الضمان في مال معين على

وجه التقييد (٢)

ولعل الى هذا يشير صاحب الجواهر (قدّه) بقوله : « لان الضمان أداء ، فانه اداء بلحاظ انتفاء الدين الأول وارتفاعه فلاحظ .

(١) لعموم ادلة الوفاء بالشرط .

(٢) لم يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام ، لانه ان رجع إلى نفس الضمان واشتغال الذمة بهذا المال بخصوصه ودون غيره ، بحيث يجعل الضامن اشتغال ذمته مشروطاً ومنوطاً بهذا المال .

ففيه : انه لا معنى لتقييد ما في الذمة بالامر الخارجي ، فانهما أمران متغايران لا يصلح كل منهما مقيداً للآخر .

وان رجع إلى تعاقب الضمان بالأداء من هذا المال المعين ، أو يجعل المضمون له قبوله للضمان معلقاً على ذلك ، فهو وان كان ممكناً في حد ذاته ومعقولاً في نفسه ، الا أنه باطل جزماً لرجوعه الى تعليق الضمان به وهو مبطل اجماعاً .

وبعبارة اخرى : ان تقييد شيء بشيء انما يصح فيما كان من قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات ، فلا يصح في الأمور الأجنبية المتباينة فانه لا معنى للتقييد فيها إلا التعليق في الايجاب أو القبول وهو مبطل في حد نفسه .

أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام (١) وحينئذٍ يجب على اللضامن الوفاء من ذلك المال (٢) بمعنى صرفه فيه وعلى الأول : إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (٣) ويرجع المضمون له على المضمون عنه . كما أنه إذا نقص يبقى للناقص في عهده . وعلى الثاني : لا يبطل بل يوجب الخيار (٤) لمن له

وان رجع الى تقييد ما ينتقل إلى ذمته - المضمون - بحيث يجعله مقيداً بذلك الشيء ، فهو كسابقه فان ما في الذمة أجنبي عن الاداء الذي هو فعل خارجي فلا يمكن تقييده به .
والحاصل : ان التقييد لما كان في قبال الاطلاق باعتبار انه عبارة عن جعل المطلوب حصة خاصة منه ، فلا يصح الا في مورد يصح فيه الاطلاق ، وحيث ان اطلاق ما في الذمة بالقياس الى الفعل الخارجي غير متصور لكونه اجنبياً عنه فلا يمكن تقييده به .
(١) بان يكون التزامه بالأداء من المال المعين في ضمن التزامه بالضمان المطلق .

(٢) لعموم ادلة وجوب الوفاء بالشرط .
(٣) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال لعدم رجوع التقييد في مثل المقام الى معنى محصل .
(٤) الا انه على خلاف المرتكزات العرفية في مثل هذه الموارد

الشرط من الضامن أو المضمون له أوهما . ومع النقصان يجب على الضامن الاتهام (١) مع عدم للفسخ وأما جعل للضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن ، بان يكون الدين في عهدة ذلك المال ، فلا يصح (٢) .

فانها انما تساعد على رجوع الشرط هذا إلى التزام الطرف المقابل به وجواز الزامه على تقدير تخلفه عنه - كما هو الحال في الشرط في عقد النكاح - من غير ان يرجع إلى جعل الخيار في شيء . على ان جعل الخيار غير متصور في الضمان ، لما عرفته من عدم قابليته له نظراً لتجاوز الحق فيه لطرفيه .

إذن : فالصحيح ان تلف المال المعين على تقدير الاشتراط كما لا يوجب بطلان العقد لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له ، وانما غاية ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط واداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجوداً فاذا تلف اداه من غيره لتعذر الأداء من المعين . (١) لانه ضامن لجميع الدين على نحو الاطلاق . غاية الأمر انه كان متعهداً بأداءه من المال المعين فاذا تلف بعضه رجع فيه بخصوصه إلى غيره لتعذر اداء ذلك المقدار من المال المعين .

(٢) لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمرّة وفراغ ذمّي الضامن والمضمون عنه معاً قبل اداء الدين وهو غير معقول ، لاننا إذا فرضنا فراغ ذمة المضمون عنه بأصل الضمان ، وذمة الضامن لعدم اشتغالها

(مسألة ٢٥) : إذا إذن المولى للمملوكه في الضمان في كسبه ، فان قلنا ان الضامن هو المولى - للأنفهام للعرفي (١) أو لقرائن خارجية - يكون من اشتراط الضمان في مال معين وهو للكسب للذي للمولى ، وحينئذٍ فاذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة ان كان على نحو للشرط في ضمن العقود ويبطل ان كان على وجه التقييد (٢) وان انعتق يبقى

بشيء نظراً لكون الضمان في نفس العين ، وهي ما لم تؤد باقية على ملك مالكها ، لزم منه انتفاء دين المضمون عنه لخلو الذمتين والعين الخارجية عنه ، وهو أمر لا محصل له ولا يمكن فرضه في الخارج .
والحاصل : انه لا بد في الضمان من فرض اشتغال ذمة أحد بالدين قبله وبعده ، فلا يصح فرضه فيما كان لازمه براءة الذمتين معاً .
(١) نظير أمره له بالاستدانة ، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين وكأنه هو المباشر له .

(٢) لثبوته في ذمته من بادىء الأمر ، وتعذر الشرط لا يوجب السقوط . فيجب عليه اداءه من سائر امواله كما هو واضح .

(٣) تقدم الكلام فيه في المسألة السابقة ، وقد عرفت ان التقييد في مثل هذه الموارد لا يرجع إلى معنى محصل الا التعليق المبطل للعقد في حد نفسه ، ومن هنا فلا بد من حمله على الاشتراط لا محالة .

وجوب للكسب عليه (١) . وان قلنا ان الضامن هو المملوك ، وأن مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبة الى الضمان ، فاذا مات لا يجب على المولى شيء (٢) ، وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها . وان انعتق يبقى الوجوب عليه (٣) .

(١) عملاً بمقتضى الشرط - كذا قيل - ، الا أنه مشكل جداً والظاهر ان حال العتق حال الموت ، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد ومنافعه بالموت فكذلك ينقطع بالعتق ، فما يكسبه العبد بعد ذلك انما هو نه وملكه ولا سلطان لمولاه عليه .

ومن هنا فلا وجه لالزامه باداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصة . بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بد له من اداءه من ماله ، وجواز اداءه من كسب العبد انما كان ثابتاً له باعتبار ملكيته له ولمنافعه ، فاذا انتفى ذلك بالعتق والتحرر فلا مجال للحكم ببقاءه أيضاً فانه لا يكون الا من اداء الدين بمال الغير .

(٢) لكون المولى أجنبياً عنه فلا يلزم به ، كما هو الحال في سائر ديون العبد وضمائنه غير العقديّة .

(٣) فيجب عليه الاكتساب والخروج عن عهدة المال عملاً بالشرط وتفريغاً لدمته .

(مسألة ٢٦) : إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (١) فاما ان يكون على التعاقب ، أو دفعة . فعلى الأول : الضامن من رضي المضمون له بضمانه (٢) ولو اطلق للرضا بها كان الضامن هو السابق . ويحتمل قوياً (٣) كونه كما إذا ضمنا دفعة ، خصوصاً بناءً على اعتبار للقبول من المضمون له ، فان الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً .

(١) الظاهر كون مفروض الكلام في ضمان الأثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال ، لاضمان المجموع - كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف في الخارج - والا فلا ينبغي الاشكال في صحته لرجوعه إلى ضمان بعض الدين من قبل كل منهما وهو صحيح جزماً ، فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبة وعدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه .

(٢) لاعتبار رضاه في تحقق الضمان جزماً وان لم نقل باعتباره قبوله .
 (٣) بل هو المتعين ، فان الضمان انما يتم برضاه أو قبوله ، فقبله لاضمان وعند تحققه يكون نسبه اليهما على حد سواء ، فيجري فيه ما يجري في ضمانها دفعة والحاصل : ان حال هذه الأجازة حال اجازة المالك للعقدين الفضولين الواقعين على ماله على التعاقب ، حيث يحكم ببطلانها معاً ومن غير ان يكون لسبق ايجاب احدهما على الآخر أثر ، فان الأثر انما هو لسبق العقد على غيره لا سبق ايجابه على ايجاب غيره ،

وعلى الثاني : ان رضي باحدهما دون الآخر فهو الضامن (١)
وان رضي بهما معاً ففي بطلانه - كما عن المختلف وجامع
المقاصد واختاره صاحب الجواهر - أو للتقسيم بينهما بالنصف
أو بينهم بالثلث - ان كانوا ثلاثة - وهكذا . أو ضمان كل
منها ، فللمضمون له مطالبة من شاء - كما في تعاقب
الأيدي - وجوه أقواها : الأخير (٢) . وعليه : إذا أبرء

من غير فرق في ذلك بين القول بالنقل - كما هو الصحيح في المقام -
أو الكشف - كما هو الصحيح في باب الاجازة - بناءً على ما اخترناه
من الكشف الحكمي ، فان الحكم انما يكون من الآن .

نعم بناءً على القول بالكشف الحقيقي وجعل القبول معرفاً محضاً
يمكن القول بصحة السابق خاصة ، الا أنه احتمال غير وارد على
ما عرفته في محله .

(١) لتامة الضمان بالنسبة اليه دون صاحبه .

(٢) بل الأول ، إذ الثاني لا وجه له بالمره . فان الضمان انما
تعلق بتام المال فلا وجه للحكم بصحة كل منهما في مقدار والبطلان في
مقدار آخر ، فانه ليس الا التفكيك في مدلول كل عقد بلا مبرر .
وأما الأخير فهو وان كان معقولاً في حد نفسه وممكناً بحسب
مقام الثبوت ، فانه وكما يمكن تصوره في الاحكام التكليفية - الواجب
الكفائي - يمكن تصوره في الاحكام الوضعية أيضاً ، الا ان الكلام
في الدليل عليه في مقام الاثبات ، فانه لا دليل عليه بالمره .

وقياسه على ضمان الاعيان والمنافع باطل ، فان متعلق الضمان في باب تعاقب الأيدي لما كان هو العين كانت مسئوليتها وبفضل عموم على اليد على من يأخذها وتصل اليه ، فهي في عهدة كل من يأخذها ويكون مسئولاً عنها - على ما ذكرناه في معنى ضمان الاعيان - ، ومن هنا فان امكن ردها وجب والا تعين رد بدلها مثلاً أو قيمة . ونسبة هذا المعنى إلى جميع الايادي سواء ، فانه وبمقتضى عموم على اليد ، ثابت على الاخير على حد ثبوته على الأول ، فاذا أدى أحدهم بدلها ملك العين التالفة بالسيرة العقلانية .

ومن هنا يكون له الرجوع على من تأخر عنه دون من تقدم عليه لانها انتقلت منه اليه فلا معنى لرجوعه عليه ببدلها أيضاً ، وأين هذا من ضمان ما في الذمة ، حيث لا دليل على انتقال المال الواحد إلى ذمتين معاً بحيث يكون ماله الواحد ثابتاً في كل من الذمتين أو الذمم على نحو الاستقلال بان يكون له الرجوع اليهما معاً ومطالبة كل واحد منهما بتمام ماله في عرض مطالبته للآخر .

وبعبارة اخرى: لا دليل على تضاعف دين المضمون له وثبوته في كل من الذمتين ، بل ان ثبوته في كل منهما ملازم لبراءة ذمة الآخر . واما ثبوته في ذمتهما على نحو البديل ، نظير الواجب الكفائي ، فلم يدل على صحته دليل فان الضمان على البديل كالوجوب على البديل انما يتصور على نحوين لا ثالث لهما - على ما ذكرناه مفصلاً في مبحث

الواجب الكفائي من المباحث الأصولية - .

الأول : ان يكون المخاطب والمكلف به هو الجامع ، فان الواجب لما كان من الأمور الاعتبارية صح توجيهه إلى الجامع كما يصح تعلقه به كما هو الحال في موارد الواجبات التخيرية .

الثاني : ان يكون الخطاب متوجهاً إلى كل واحد منهما على نحو الواجب المشروط ، بحيث يكون كل واحد منهما مخاطباً به على تقدير عدم اتيان الغير به . فيرجع الوجوب الكفائي إلى الوجوب المشروط ، وهذان المعنيان كما يمكن تصورهما في الاحكام التكليفية يمكن تصورهما في الاحكام الوضعية أيضاً ، فيكون المخاطب بالضمان هو الجامع أو كل منهما على تقدير عدم اداء الآخر .

الا أن الكلام في اثباته بالدليل ، والظاهر عدم امكان اثبات شيء منهما ، اما الأول : فواضح ، فان الضمان انما صدر من كل منهما بشخصه فلا وجه لاثباته للجامع .

فالذي صدر منه الضمان - الفرد - لم نقل بضمانه على الفرض ، والذي نقول بضمانه لم يصدر منه ضمان ، فلا وجه للألتزام به .

وأما الثاني : فالامر فيه كسابقه ، فان المنشأ من قبل كل من الضامنين انما هو الضمان المطلق دون المقيد بعدم اداء غيره ، فحملة عليه امضاء لما لم ينشأه نظير ما ذكرناه في كتاب الأجرة فيما إذا أجز من يجب الحج عليه نفسه للحج نيابة عن غيره ، حيث حكمنا

المضمون له واحداً منها برىء دون الآخر (١) الا إذا علم
أرادته إبراء أصل للدين لا خصوص ذمة ذلك للواحد .

فيه ببطلان الأجرة ، باعتبار انه وان امكن تصور ذلك صحيحاً على
نحو الترتب الا أنه خلاف ما أنشأه المنشأ ، فيكون من مصاديق ما أنشأ
لم يمض شرعاً وما يمكن امضاءه لم ينشأ .

على اننا لو فرضنا التصريح بالثاني - اعني الضمان على تقدير عدم
اداء الآخر - لم ينفع ذلك ، لاستلزامه التعليق المبطل للعقود .

إذن : فلا دليل على صحة الضمان البدلي بجميع تقاديره .

فان غاية ادلة الضمان اثبات صحة انتقال الدين من ذمة المضمون
عنه إلى ذمة الضامن ، واما انتقاله من ذمته إلى ذمة ما ومن غير
تعيين فلم يدل على صحته دليل .

والحاصل : ان القول بانتقال الدين الواحد إلى الذمتين معاً وجمعاً
غير ممكن ، واليهما على البدل وان كان ممكناً إلا انه لا دليل عليه .
ومن هنا : فيتعين القول الأول والحكم بالبطلان فيهما معاً كما
ذهب اليه غير واحد من الأصحاب .

(١) وهو يناقض ما تقدم منه (قد ه) في المسألة الثالثة من
الحكم ببراءة الذمتين على تقدير القول بان الضمان ضم ذمة إلى ذمة .

وكيف كان : فبراءة الذمتين معاً ببراءة احدهما هو الصحيح لما
عرفته في تلك المسألة من رجوع الأبراء إلى اسقاط الدين ورفع اليد

(مسألة ٢٧) : إذا كان له على رجلين مال ، فضمن كل منهما ما على الآخر باذنه ، فان رضي المضمون له بهما صح (١) ، وحينئذ فان كان الدينان متماثلين جنساً وقدرأ تحول ما على كل منهما الى ذمة الآخر . ويظهر للثمر في الإعسار واليسار (٢) وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر ، بناءً على افتكاك الرهن بالضمان . وان كانا مختلفين قدرأ أو جنساً أو تعجيلاً وتأجيلاً أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر . وان رضي المضمون له باحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٣) وحينئذ فان أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى ، حيث ان المفروض كونه مأذوناً منه .

عنه اساساً لاختصاص الضم فقط فراجع :

(١) لتامة الضمان في كل من الجانبين .

(٢) بناءً على ما ذهب اليه المشهور واختاره هو (قده) من

ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور اعسار الضامن حين الضمان ،

فانه - وعلى هذا التقدير - لو ظهر اعسار أحد الضامنين ، كان

للمضمون له فسخ ضمانه خاصة وبذلك يثبت المال بتامه في ذمة صاحبه .

إلا إنك قد عرفت في محله عدم تمامية هذا القول .

(٣) اما دين نفسه فلعدم صحة ضمانه من قبل صاحبه نظراً لعدم

قبول المضمون له به ، وأما دين صاحبه فلصحة ضمانه له .

وان أدى للبعض ، فان قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع (١) ويقبل قوله ان ادعى ذلك (٢) وأن اطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقييد . ويحتمل للقرعة . ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك والأظهر الأول (٣) .

(١) فان المال ماله والولاية فيه له ، فله ان يعين اي الدينين شاء :
 (٢) للسيرة العقلانية القطعية على قبول قول من له الولاية على شيء فيه ، والمعروفة اختصاراً في كلماتهم بقاعدة : « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » .

نعم لو كذبه المضمون عنه لانتهى الامر إلى الترافع لا محالة :
 (٣) بل هناك احتمال رابع هو أظهر الكل ، وحاصله : احتسابه عما في ذمته بالأصالة خاصة وعدم رجوعه بشيء منه على المضمون عنه .
 والوجه فيه : ان اشتغال الذمة بواجبين متماثلين - سواء في ذلك الواجبات التكليفية والوضعية - يكون على انحاء : -

فقد يفرض عدم وجود الخصوصية لها معاً ، بان يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعي من غير تقييد بهذا أو ذاك أو تمايز بينهما ، نظير من فاته يومان من رمضان أو صلاتان متماثلتان من يومين أو كان عليه دينان لشخص واحد ، بأن يكون قد استقرض منه مرتين .

حيث لا مايز بين الواجبين في هذه الموارد بحسب الواقع وعلم الله ، بل الواجب عليه هو فردان من طبيعي ذلك الواجب من غير تحديد باحدهما دون الآخر .

وقد يفرض وجود الخصوصية لاحدهما دون الآخر كما لو كان عليه صيام يومين يوم عما فاته في السنة السابقة ويوم عما فاته من السنة التي هو فيها ، حيث ان الأول لا خصوصية له في حين أن من خصوصية الثاني وجوب الفدية عند عدم الاتيان به الى رمضان القادم . وكذا الحال في دينين بازاء احدهما رهانة ، حيث يكون من خصوصية ما بأزائه رهانة افتكالك الرهانة باداءه في حين لا خصوصية في أداء صاحبه .

وقد يفرض وجود الخصوصية لهما معاً ، بان يكون المطلوب منه هو الفردين الممتازين احدهما عن الآخر . كما لو كان عليه صيام يومين يوم عن الكفارة والآخر قضاء أو كان كل منهما نيابة عن شخص معين . وعليه : فاذا أتى المكلف بأحد الواجبين الثابتين في ذمته من غير تعيين له وقصد اليه بحسب الواقع : -

فان كان من قبيل الأول ، سقط الواحد لا بعينه وبقي الآخر . لا بعينه ، إذ لا خصوصية تميز أحدهما عن صاحبه ، والجامع قابل للأنتطاق على كل منهما ، فيسقط احدهما لا محالة ويبقى الآخر ، فلو كان قد صام يوماً من اليومين أو ادى احد الدينين سقط يوماً وبقيت

ذمته مشغولة بيوم آخر ، وكذا الدين ،
وان كان من قبيل الثاني : تعين الاحتساب عما لا خصوصية فيه
وبقاء الذمة مشغولة بذى الخصوصية ، نظراً الى ان الاحتساب من
الاول لا يحتاج إلا الى قصد أصل الطبيعي وهو حاصل ، بخلاف الثاني
حيث يحتاج الاحتساب عنه الى قصد الخصوصية وهو مفقود .
وبعبارة أخرى : ان الاحتساب عن ذى الخصوصية لا يكون
الامع قصده بعينه فانه من الأمور القصدية وما لم يقصد لم يسقط
امره ولم يتحقق امتثاله ، بخلاف صاحبه حيث لا يتوقف احتسابه
عنه على قصد زائد عن قصد اصل الطبيعي .
فالجامع ينطبق على ما لا خصوصية فيه من الواجبين قهراً لكفاية
القصد الى أصل الطبيعي فيه ، ولا ينطبق على ما فيه الخصوصية
لعدم قصدها .

وان كان من قبيل الثالث : اختلف الحال فيه بالنظر الى مايقبل
التقسيط وما لا يقبله .

ففى الأول يتعين التقسيط كما لو ضمن لشخص دينين له على
رجلين ، فأدى مقداراً منه . فانه بحسب منها لا محالة وان لم يكن
قد قصد احدى الخصوصيتين حين الأداء ، فان دفعه عما في ذمته من
قصد المجموع قهراً ، لانه لم يدفعه تبرعاً وبجاناً . فليس هذا في
الحقيقة من عدم قصد الخصوصية ، بل هو من قصد الخصوصيتين

وكذا الحال في نظائر المسألة (١) كما إذا كان عليه دين

مماً ، فيحسب عليها لا محالة .

وفي الثاني يتعين الحكم بالبطلان لعدم امكان الاحتساب عليها بالنسبة وبطلان الترجيح بلا مرجح ، كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين فصام يوماً واحداً من غير تعيين للمنوب عنه ، فإنه لا يحيص عن الحكم ببطلانه لعدم قابليته للتقسيط بينها .

إذا عرفت ذلك كله فحيث ان ما نحن فيه - اداء الضامن المديون لبعض المجموع من غير تعيين - من قبيل القسم الثاني - أعني وجود الخصوصية في احدهما خاصة - باعتبار ان ثبوت الرجوع على المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه ، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن نفسه وجعله بتمامه وفاءً عن دينه لعدم احتياجه إلا الى اصل قصد الطبيعي . بخلاف الأداء عن الغير حيث يتوقف على قصد الخصوصية . والحاصل : ان الجامع منطبق على دينه الاصيل انطباقاً قهرياً فيكون ما أداه وفاءً عنه وتبقى ذمته مشغولة بالدين الضماني . لان انطباقه عليه يحتاج الى القصد وهو مفقود .

ومن هنا يظهر انه لا وجه في المقام للقول بالتقسيط أو القرعة أو الرجوع في التعيين اليه ، لانفاء موضوعها بعد تعين الاحتساب عليه قهراً . (١) ظهر الحال فيها مما تقدم ، فان ما ذكرناه من القاعدة سيالة فيها اجمع .

وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن المبيع ، وهكذا . فان للظاهر في الجميع التقييد . وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار احد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي . ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد (١) لأنه لا يعلم الا من قبله . (مسألة ٢٨) : لا يشترط علم للضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٢) كما لا يشترط العلم بمقداره (٣) فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال : «علي

(١) بالسيرة العقلانية القطعية - على ما تقدم - .

(٢) على ما هو المعروف والمشهور بين الاصحاب . وقد نسب الخلاف فيه إلى بعض بدعوى استلزامه الغرر المنفي .

الا إنك قد عرفت في المسألة الأولى من هذا الكتاب الاشكال منافي عموم دليل القاعدة لغير البيع ، وفي صدق الغرر في المقام فراجع . هذا مضافاً إلى رجوع الشك في المقدار إلى الشك في أصل الوجود بالنسبة إلى الزائد ، فاذا صح الضمان في الأول صح في الثاني أيضاً ، ولا وجه للتفكيك بينهما .

(٣) لعمومات ادلة الضمان ، على ما تقدم بيانه في المسألة الأولى من الكتاب .

ما عليه « صح . وحينئذٍ فان ثبت بالبينة يجب عليه أداءه سواء كانت سابقة أو لاحقة (١) ، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على للضمان ، أو باليمين المرذودة (٢) كذلك (٣) وأما إذا أقر المضمون عنه بعد للضمان أو ثبت باليمين المرذودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٤) ويلزم عنه بأداءه في الظاهر (٥) ولو اختلف للضامن والمضمون

(١) لعدم اختصاص حجية البينة بما يكون قبل الضمان .

(٢) من المضمون عنه - المنكر - على المضمون له - المدعي - .

(٣) اي قبل الضمان .

(٤) اما الأول : فلاختصاص حجيته بالمقر دون غيره فما يكون

عليه يلزم باقراره ، واما ما يكون له أو على غيره فلا اثر لاقراره وما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان اقراره انها هو في حق الغير فلا وجه للقول بنفوذ ه

وأما الثاني : فلاختصاص اثره وحجيته بمن رد اليمين على الخالف

فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره .

(٥) اي يلزم المضمون عنه اداء المال إلى المضمون له عن

الضامن ظاهراً ه

وقد أورد عليه في بعض الكلمات بما حاصله نفى المقتضي لهذا

اللزوم ، باعتبار ان اقراره هذا كالعدم للقطع بفراغ ذمته وعدم

له في ثبوت الدين أو في مقداره ، فأقر للضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف ، ليس له الرجوع على

اشتغالها بشيء لانه ان كان كاذباً في اقراره فالأمر واضح فانه بريء الذمة قبل الضمان وبعده ، وان كان صادقاً فقد برئت ذمته بانتقال ما فيها إلى ذمة الضامن بحكم الضمان .

ومن هنا فمطالبة المضمون له بالمال وأخذه منه ليس الا من أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له .

وفيه : انه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قده) بأحد وجهين :-

الأول : ان اقراره لما كان حجة في ثبوت الدين عليه أولاً لزمه أداءه ، نظراً إلى ان الضمان وان اقتضى نقله إلى ذمة الضامن الا أنه لما لم يكن اثبات الدين في حال سابق على الضمان بدليل معتبر ومن ثم لم يكن الضامن ملزماً بأدائه ، كان لازم سقوطه من المضمون عنه أيضاً ذهاب مال المسلم هدرأ وهو أمر لا يمكن المصير اليه فان ماله كدمه لا يذهب هدرأ .

ومن هنا فلا بد للمضمون عنه المعترف بثبوت الدين عليه أولاً الخروج عن عهده وحيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشرة لاعتراف المضمون له ببراءة ذمته فلا بد له من دفعه وفاءً عن الضامن ، حيث به يصل المال إلى صاحبه .

الثاني : الالتزام بفساد الضمان ، فيبقى الدين على حاله ثابتاً في

المضمون عنه إذا كان منكرأ (١) وان كان أصل الضمان باذنه . ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتة حين الضمان ، فلو شهدت بالدين اللاحق أو اطلقت ولم يعلم

ذمة المدين الأول ومن هنا فيجب عليه الأداء وفاءاً .

وذلك : لا لأجل توقف صحة الضمان على العلم بالدين ، فإنه أمر غير صحيح ، بل لاناطة صحة الضمان بثبوت الدين شرعاً كانا طتها بثبوتة الواقعي - وهو غير قادح لكونه تعليقاً على ما يتقوم به - فإنه ليس الا أخذه في العهدة وهو انما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعاً ، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلأ فيحكم بفساده . وهذا الاحتمال وان كان هو الأوجه ، الا ان من غير الخفي كون الأول هو الأوفق بعبارته (قدّه) .

(١) لعدم نفوذ اقرار الضامن أو يمينه المردودة على خصمه في المضمون عنه .

ثم ان اختلاف الضامن والمضمون له في أصل ثبوت الدين وانكار المضمون عنه لذلك بعد ثبوتة باقرار الضامن أو اليمين المردودة مع فرض كون الضمان بأمر المضمون عنه انما يتصور في موارد الأذن في الضمان على نحو كلي بان يقول المضمون عنه للضامن : « اضمن عني ديوني » فإنه حينئذ يمكن فرض انكار المضمون عنه لدين معين مع كون أصل الضمان عن إذنه ، وإلا فلو كان الاذن شخصياً بأن

سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداءه (١).
 (مسألة ٢٩) : لو قال الضامن : « علي ما تشهد به
 البينة » وجب عليه أداء ما شهدت بشبوته 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 » (٢) . الا ان يكون مراده في صورة اطلاق

أذن له في ضمان الدين المعين لم يكن لهذا البحث مجال إذ لا يمكن
 الجمع بين الاعتراف باصل الدين الناشئ من إذنه في ضمانه شخصياً
 مع إنكاره لأصله ،

والحاصل : إن إذنه - المضمون عنه - في ضمان الدين المعين
 الشخصي اعتراف منه به وبشبوته عليه ، ومعه فلا مجال لانكاره له
 بعد ذلك .

(١) إذ لا بد في جواز الرجوع عليه والزامه بما ضمنه من ثبوت
 الدين في ذمة المضمون عنه شرعاً حال الضمان لينتقل به منها الى
 ذمة الضامن .

(٢) حيث قد عرفت في المسألة السابقة عدم اعتبار علم الضامن
 بشبوت الدين حين الضمان . فلا بأس في الضمان على تقدير الثبوت ،
 ولا يقدرح التعليق فيه لكونه تعليقاً على الموضوع والعنصر المقوم للمفهوم .

البيعة المحتمل للثبوت بعد الضمان (١) واما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبيعة من حيث كونه كذلك (٢) ، لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكوين البيعة طريقاً (٣) بل جعل العنوان ما يثبت بها ، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها . فهو - كما ترى - لا وجه له (٤) .

(١) بمعنى إنشاء الضمان المتأخر من الآن ، فإنه باطل جزماً .
الا انه إحتمال بعيد جداً عن ظاهر عبارته (قدّه) وخارج عن محل الكلام .

(٢) بمعنى تعلق الضمان بالدين المقيّد بقيام البيعة عليه ، فإنه من ضمان ما لم يجب ، باعتبار انه غير موجود حين الضمان وإنما يحدث عند قيام البيعة عليه .

(٣) اي لم يجعل المضمون هو الدين الواقعي على اطلاقه مع جعل البيعة كاشفة له ، كي يقال انه كان ثابتاً وموجوداً حين الضمان ، وإنما جعل المضمون هو الدين المقيّد بقيام البيعة عليه وهو لا يعقل وجوده قبل قيام البيعة عليه .

(٤) أما أولاً : فلعدم انطباق ما ذكره (قدّه) على ما علل به المحقق (قدّه) الفساد في الشرائع ، فإنه (قدّه) إنما علله بعدم العلم باشتغال ذمة المضمون عنه بالدين ، في حين ان مقتضى كلام

صاحب الجواهر (قدّه) كون اشتغال ذمة المضمون عنه بالدين حين الضمان معلوم العدم ، لانه مقيد بقيام البيئنة وهو غير موجود حين الضمان .

وبعبارة أخرى : ان تعليل صاحب الجواهر (قدّه) البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب اجنبي عن عبارة المحقق (قدّه) فلا مجال لحملها عليه .

وثانياً : ان تعليل البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب ، غير صحيح في نفسه ومع قطع النظر عن أنطباقه على عبارة المحقق (قدّه) وعدمه .

وذلك : لعدم قابلية الدين الثابت في الذمة للتقييد بقيام البيئنة عليه وعدمه ، فان الدين الثابت في الذمة فرد واحد للدين قد تقوم عليه البيئنة وقد لا تقوم ، وليس احدهما مغايراً للآخر كي يقال بان ما قامت عليه البيئنة لم يكن موجوداً حين الضمان وما كان موجوداً حينه لم يتعلق به الضمان .

وبعبارة اخرى : ان قيام البيئنة على الدين لا يجعل الفرد الواحد فردين مختلفين ومتغايرين ، بل هو فرد واحد يشتمل على الوصف تارة ويفقده أخرى .

فيكون هذا الضمان من ضمان الدين على تقدير ثبوته ، فيحكم بصحته لكونه من التعليق على أمر مقوم له ، ولا وجه لان يقال بانه

(مسألة ٣٠) : يجوز الدور في الضمان (١) ، بان
يضمن عن الضامن ضامن آخر ، ويضمن عنه المضمون عنه
الأصيل . وما عن المبسوط من استلزامه صيرورة الفرع
أصلاً وبالعكس (٢) ، ولعدم الفائدة ، لرجوع الدين
كما كان . مدفوع : بان الأول غير صالح للمانع (٣) ،

غير موجود حين الضمان .

(١) إذ لا فرق في صحة الضمان - بحسب أدلته - بين دين وآخر
سواء أكان ذلك من جهة الشراء أو القرض أو الائتلاف أو الضمان أو
غيرها من الاسباب ، فان ادلة الضمان شاملة لكل على حد سواء .
(٢) فان المدين الأول - الأصيل - ينقلب فرعاً في الضمان الثاني
حيث يتلقى الدين من الضامن الأول ، في حين أن الفرع في الأول
- الضامن - يصبح أصلاً لانتقال الدين منه الى الضامن الجديد
- المضمون عنه الأول - .

(٣) فانه كلام صوري لا محصل له ، فان انقلاب الفرع أصلاً
وبالعكس لا يتصور في معاملة واحدة فانها من المتضادين وها
لا يجتمعان في شخص واحد في آن واحد وبالقياس الى معاملة واحدة
وتصورها في معاملتين وان كان أمراً ممكناً بأن يكون الأصيل في
المعاملة الأولى فرعاً في الثانية ، إلا انه لا محذور فيه بالمره ، فيجوز
لمن باع داره من زيد ثم باعه زيد من عمرو ان يشتريه منه إجمالاً

بل الثاني أيضاً كذلك (١) . مع أن القاعدة تظهر في الاعسار واليسار (٢) ، وفي الحلول والتأجيل ، والأذن وعدمه . وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٣) .

(مسألة ٣١) : إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه (٤) ، إذا كانت ذمته مشغولة

والحال انه موجب لاتصافه بالبائع والمشتري بلحاظ معاملتين .

(١) فانه كيف يمكن نفي الفائدة في الثاني مع استلزامه لاشتغال ذمة المضمون عنه الأول بالدين بعد ان كانت بريئة منه؟ فان ما يملكه المضمون له ينتقل الى ذمته ويكون هو الملزم به .

فهو نظير ما لو اشترى داره ثانياً أو وهبه الموهوب له العين الموهوبة ، وهل يصح ان يقال ببطانها لعدم الفائدة فيهما ؟!

(٢) بناءً على ما اختاره الماتن (قده) وفاقاً للمشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور اعسار الضامن حين العقد .

وأما بناءً على ما اخترناه من عدم ثبوت الخيار ، فلا مجال لهذه الثمرة :

(٣) لما تقدم في الدور بعينه ، فان مقتضى أدلة الضمان صحة ضمان كل دين مع قطع النظر عن منشأه وسببه .

(٤) وفيه ما لا يخفى ، لانه (قده) ان اراد به كون الضمان

بها فعلاً ، بل وان لم تشتغل فعلاً ، على اشكال .

على ما في ذمته من الحقوق الشرعية ، بان يكون الشخص بريء
الذمة ويكون المال هو المدين والمتعهد به .

فقد عرفت فسادَه في كتاب الزكاة عندما جوز الماتن (قدّه)
الاقتراض للزكاة للصرف في الأمور الخيرية اللازمة فتكون هي المدينة
ويؤدي دينها بعد ذلك مما يحصل منها .

حيث ذكرنا انه مما لا يمكن تصوره وتعمقه ، فان الدين والمدين
أمران متغايران لا يمكن اتحادهما . فمعنى الاستدانة لها كونها هي
المدينة والمكلفة بالأداء بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه ، ومن
الواضح ان هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها .

وبعبارة أخرى : ان الحكم باشتغال الحقوق الشرعية بالدين لا يتلائم
مع الحكم بكون الأداء منها ، فان مقتضى الأول كون الأداء من
غيرها في حين ان مقتضى الثاني كونها غير مدينة هي بنفسها ، إذ
لا يعقل اتحاد الدين والمدين .

وعلى هذا الاساس كان التزامنا في تلك المسألة بلابدية استدانة
الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو وانما بما هو حاكم وولي وصرفه في
الأمور اللازمة ومن ثم تأدية دينه هذا من الزكاة .

ومن هنا فلا يكون هو بما هو هو مشغول الذمة بشيء ، ولذا
لا يخرج شيء من ذلك من تركته ، بل يكون المقام والمنصب هو

(مسألة ٣٢) : إذا كان الدين الذي على المديون
زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)

المتعهد بالدين .

على اننا لو تعقلنا الاستدانة للزكاة وقلنا بكونها أمراً ممكناً ، فلا
دليل على ثبوت الولاية لغير الحاكم في ذلك .
وعليه فلا وجه لما ذكره (قدّه) من جوازه لمن عليه الحق ،
فان غاية دليبه ثبوت الولاية له في اخراجها واداءها خاصة ، وأما
جعلها هي المدينة بحيث يكون الضمان في عهدتها فلا دليل على ثبوت
الولاية له فيه .

وتفصيل الكلام قد تقدم في محله من المباحث الزكاة فراجع .
وان اراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين بحيث يجعل نفسه
هو مشغول الذمة به ، لكن على ان يؤديه من الزكاة .
ففيه : انه لا يجوز له بالمرّة ، فانها انما تصرف في اداء دين
الغارم الفقير ، فلا موجب لأداء دينه منها مع كونه غنياً موسراً ،
وان كان المضمون عنه فقيراً ، فان الدين بالفعل دينه لا دين
المضمون عنه .

وبالجملة : فما أفاده (قدّه) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء
من الحقوق الشرعية ، مما لا اساس له ولا يمكن المساعدة عليه .
(١) إذ لا يعتبر في المضمون له كونه مالكاً للمال ، بل يكفي فيه كون

أمره بيده بحيث يكون نقله منوطاً برضاه سواء أكان مالكاً أو وكيلًا أو ولياً .

وحيث ان الحاكم الشرعي ولي على الحقوق الشرعية ، كفى قبوله في صحة الضمان ونقل الدين من ذمة الى أخرى .

إلا ان هذا الذي أفاده (قدّه) لا يتم على اطلاقه إلا في بعض الموارد ، فانه إذا لم يكن الحق الثابت في ذمة المدين أمراً عبادياً متوقفاً على قصد القربة - كما هو الحال في الكفارات والمظالم - تم ما ذكره (قدّه) على اطلاقه ، حيث يصح ضمان الغير له برضى الحاكم الشرعي مطلقاً .

وأما إذا كان الحق أمراً عبادياً متوقفاً على قصد القربة - كالزكاة والخمس - فلا يتم ما ذكره (قدّه) على اطلاقه ، بل لابد من التفصيل فيه بين الضمان التبرعي والإذني ، والحكم بالبطلان في الأول والصحة في الثاني .

وذلك لما ذكرناه في مبثي الخمس والزكاة من أن أداء دين الغير وان لم يكن يتوقف على رضی المدين ، فيصح أداء الغير ويكون مستقلاً له لعدم الدليل على اعتبار كون المؤدى هو المدين .

إلا أن هذا الكلام لا يتم في الخمس والزكاة وما يشبههما من الحقوق الشرعية باعتبار كونها من الأمور العبادية ، فلا بد في ادائها من استناد الفعل الى من وجب عليه الحق مع قصده للقربة ، ومن

بل ولآحاد الفقراء على اشكال (١) .
(مسألة ٣٣) : إذا ضمن في مرض موته ، فإن كان
باذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل ،

هنا فلا يصح التبرع بهما من الغير .

نعم تعتبر فيها المباشرة ، فيجوز الاعطاء مع التسبب والتوكيل
فيأمر به قاصداً فيه القربة ، كي يحصل المقومان معاً - الاستناد اليه مع
قصد القربة - .

وعليه : فنيا نحن فيه - حيث يكون الدين أمراً عبادياً - لا يصح
الضمان التبرعي ولا يكون دفعه - الضامن - للمال مسقطاً للواجب في
ذمة المديون ، إذ لا يكفي فيه مجرد الاداء الخارجي ، بل المعتبر
هو الأداء المقرون بالاستناد اليه مع قصد القربة ، وهو أمر غير
متحقق .

نعم لو أمر بالضمان قاصداً القربة به صح وبرأت ذمته باداء
الضامن لاستناد الفعل اليه .

والحاصل : ان الصحيح هو التفصيل في المقام بين الديون الشرعية
غير العبادية ، فيصح ضمانها باذن الحاكم الشرعي مطلقاً والديون
الشرعية العبادية حيث يصح الأذني منه دون التبرعي .

(١) واضح ، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلاً ، فان آحاد
الفقراء أجنب عن المال بالمرّة ، وليس لهم وكالة أو ولاية عليه فضلاً

لأنه ليس من التبرعات ، بل هو نظير القرض والبيع
بشمن المثل نسيئة (١) . وان لم يكن باذنه ، فالأقوى
خروجه من الأصل كسائر المنجزات (٢) . نعم على القول
بالثلث يخرج منه .

(مسألة ٣٤) : إذا كان ما على المديون يعتبر فيه
مباشرة لا يصح ضمانه (٣) كما إذا كان عليه خياطة ثوب

عن ان يكونوا مالكين له ، ولذا لا تجب اجابتهم عند طلبهم له .
ومعه فكيف يمكن الحكم بصحة الضمان وانتقال المال من ذمة المدين
إلى ذمة غيره ، بلا فرق في ذلك بين الديون العبادية وغيرها .
(١) وغيرها من التصرفات المنجزة غير المبنية على التسامح والنقيصة
حيث تخرج من الأصل جزماً ، لكونه مالكاً له وله التصرف فيه
كيف شاء .

(٢) على ما حققناه مفصلاً في محله ،

(٣) فانه يعتبر في الضمان قابلية انتقال الدين الثابت في ذمة المديون الى
ذمة أخرى ، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبحوث عنه
في المقام ، وحيث ان العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال الى ذمة
أخرى وصدوره من غير من اشترطت المباشرة عليه ، باعتبار ان
العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره فلا يصح
ضمانه .

مباشرة وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١)

وبعبارة أخرى : إن الذي يقبل الانتقال من ذمة المدين الى ذمة أخرى - وهو طبيعي العمل - غير ثابت في ذمة المدين كي ينقل الى ذمة غيره بالضمان ، وما هو ثابت في ذمة المدين - وهو العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال الى ذمة الغير وصدوره منه .

(١) فانه غير قابل للانتقال الى ذمة الغير ، إذ لا يعقل اشتغال ذمة شخص بالاداء من مال غيره ، فان اشتغال ذمة المكلف انما يقتضي كون الاداء من ماله ، فاعتبار الاداء من غيره مناف لاشتغال ذمته به .

نعم لو رجع قبول المضمون له للضمان الى اسقاط شرطه ، بحيث وافق على انتقال أصل الدين إلى ذمة الضامن مجرداً عن الشرط ، فلا بأس بالالتزام بصحته .

والحاصل : ان ضمان الدين المقيد بكون ادائه من مال معين للمديون ، انما لا يصح فيها إذا أصر المضمون له - صاحب الشرط - على بقاء شرطه وعدم رفع اليد عنه ، فانه حينئذ يحكم ببطلانه لعدم قابليته للانتقال الى ذمة الغير ، وأما إذا وافق على اسقاط شرطه وانتقال الدين مجرداً عنه فلا مانع من الالتزام بصحته وان كان أصل الدين مقيداً بالاداء من مال معين .

وكذا لا يجوز ضمان للكلي في المعين (١) ، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة ، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة .

(مسألة ٣٥) : يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة ، لانها دين على الزوج (٢) ، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها

(١) فان المبيع عين خارجية - وان كانت كلية من حيث جواز تطبيق الباع له على أي جزء من الصبرة شاء - فلا يقبل الانتقال إلى عين أخرى فضلاً عن الذمة .

وبعبارة أخرى : ان المبيع لما كان موجوداً خارجياً - وان لم يكن شخصياً حيث انه كلي لكنه مقيد بالموجود في ضمن الصبرة المعينة - لم يصح ضمانه لعدم ثبوت شيء في الذمة كي يقبل النقل إلى غيرها .

(٢) تنقسم النفقات إلى قسمين : -

نفقة الزوجة ونفقة الأقارب .

والمعروف والمشهور في الأولى بل لا يبعد دعوى الاجماع عليه كونها على نحو التملك ، بخلاف الثانية حيث ان وجوبها حكم تكليفي محض لا يترتب على مخالفته غير العصيان والاثم .

وبدل على الحكم في الأولى مضافاً إلى ما سيظهر من بعض النصوص

قوله : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (١) فان الرزق عبارة عما يرتزق به واسم للعين الخارجية مما يؤكل أو يشرب والكسوة اسم لما يلبس ، فيكون معنى الآية الكريمة ان على الرجل الطعام والشراب واللباس بالمعروف .

وقد ذكرنا في مبحث النفقات من كتاب النكاح ان متعلق « عليك أو عليه » أو غيرها مما يدل على الالتزام ، إذا كان عيناً خارجياً ، كان معناه التملك ، فيقال : عليه الدينار أو الدرهم وماشاكل ذلك . وهذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاة والصيام ، فان ظاهره الالتزام به ووجوبه عليه تكليفاً محضاً لا غير .

وحيث ان الآية الكريمة من قبيل الأول باعتبار انها اثبتت نفس الاعيان الخارجية على الرجل ، كان ظاهرها ثبوت تلك الاعيان في ذمته وهو ما يعني ملكية الزوجة لها عليه .

وتقدير الفعل في الآية الكريمة بدعوى كون المراد : عليه اعطاء الرزق والكسوة ، خلاف الظاهر ولا شاهد يعضده .

واحتمال كون الرزق والكسوة مصدرين - كما جاء في بعض الكلمات - بعيد غايته ، فان الأول من الأفعال المتعدية ومصدره الرزق - بفتح الراء - وأوضح منه فساداً الثاني فانه اسم للعين وليس بمصدر جزماً ، فان مصدره الكسو ،

إذن : فما ذهب اليه المشهور ، بل لا يبعد دعوى عدم الخلاف فيه من ملكية الزوجة لنفقتها هو الصحيح .

هذا كله في الزوجة . وأما الأقارب فلا دليل على ملكيتهم لنفقتهم بالمرة ، حيث لم يرد في شيء من نصوصها ما يستفاد منه ذلك ، بل الأمر بالعكس من ذلك حيث ان ظاهر نصوصها كون الانفاق عليهم حكماً تكليفاً محضاً .

وعليه فلو عصى المكلف ولم ينفق عليهم لم يكن عليه غير الاثم وأما اشتغال ذمته بها لهم حتى لو مات أخرجت من تركته كسائر الديون الذي عليه فلا .

نعم ليس هذا الحكم التكليفي كسائر الأحكام التكليفية بالمعنى الأنخص وهو ما يصطاح عليه في كلماتهم بالحكم ، وإنما هو من الحقوق حيث يقبل الاسقاط كما هو الحال في سائر موارد الحقوق .

ومن هنا فلو امتنع من يجب عليه الانفاق منه جاز لواجب النفقة رفع أمره إلى الحاكم وله إجباره عليه فان امتنع جاز له الأخذ من ماله والانفاق على من تجب نفقته على الممتنع ، لكونه ولي الممتنع . إذا عرفت ذلك كله ، ظهر الوجه في صحة ضمان النفقة الماضية للزوجة فانها دين حقيقة ثابت في ذمة الزوج بالفعل ، فلا مانع من نقله بالضمان إلى ذمة غيره .

كما ظهر الوجه في عدم جواز ضمان النفقة الماضية للأقارب ، إذ

إذا كانت ممكنة في صبيحته ، لوجوبها عليه حينئذ (١) وان لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار ، بناءً على سقوطها بذلك . وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم ، لانه من ضمان ما لم يجب (٢) ولكن لا يبعد صحته (٣) لكفاية وجود المقنضي وهو الزوجية ، وأما

الانفاق عليهم ليس إلا حكماً تكليفاً محضاً فلا يترتب على عصيانه ثبوته ديناً في ذمته .

(١) بناءً على ما هو المعروف والمشهور بينهم من ملكية الزوجة لنفقتها في أول النهار ، فانه حينئذ يصح ضمانها لثبوتها في ذمته بالفعل . وكذا بناءً على القول بملكيتها لنفقة كل وقت في حينه بحيث تملك نفقة الصباح صباحاً ونفقة الظهر عنده والعشاء ليلاً ، فانه يصح ضمانها في حينها لثبوتها في ذمة الرجل عند ذلك .

(٢) وحيث لا تملك الزوجة شيئاً بالفعل في ذمة زوجها ، فهو غير مدين اليها بالفعل كي يصح الضمان ونقل ذلك الدين الى ذمة غيره . (٣) بل هو بعيد جداً ، بل لم يظهر وجه لاحتمال الصحة في المقام بالمرّة ، فان الضمان - كما عرفته - نقل الدين من ذمة الى أخرى فما لم يكن الدين ثابتاً بالفعل فلا موضوع لنقله .

وبعبارة أخرى : ان الضامن إن انشأ اشتغال ذمته بالدين فعلا فهو غير صحيح لعدم ثبوته في ذمة المضمون عنه كي ينقل الى ذمته ، وان

نفقة الاقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة الى ماضى ، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (١) . الا اذا اذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه (٢) ، أو اذن له الحاكم في ذلك (٣) ، إذ حينئذ يكون ديناً عليه وأما بالنسبة الى ماسياتي فمن ضمان ما لم يجب مضافاً الى ان وجوب الانفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته . ولكن مع ذلك لا يخلو عن اشكال (٤) .

انشأ اشتغالها به عند اشتغال ذمة الزوج به فهو من التعليق الباطل . وكيف كان : فمجرد وجود المقتضي للدين لا يصح ضمانه ما لم يكن هو ثابتاً بالفعل في الذمة .

وهذا قد تقدم الكلام فيه في الشرط الثامن من شروط الضمان عند احتماله (قده) للصحة في موارد وجود المقتضي خاصة فراجع . (١) على ما تقدم بيانه في أول المسألة .

(٢) حيث يثبت الدين عليه بالاستقراض عن أمره ، فيصح ضمانه من هذه الجهة لا من باب كون نفقة الاقارب قابلة للضمان .

(٣) لكونه ولي الممتنع - كما عرفت - فيثبت الدين عليه ويصح ضمانه بهذا الملاك وإلا فأصل وجوب الانفاق لا يخرج عن كونه وجوباً تكليفاً محضاً .

(٤) إلا أنه ضعيف وموهون جداً ، فان وجوب الانفاق عليهم

(مسألة ٣٦) : الأقوى جواز ضمان مال للكتابة ، سواء كانت مشروطة أو مطلقة ، لأنه دين في ذمة العبد (١) ، وإن لم يكن مستقراً لأمكان تعجيز نفسه . والقول بعدم الجواز مطلقاً (٢) ، أو في خصوص المشروطة (٣) معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم . ضعيف كتعليقه (٤)

ليس وجوباً تملكياً ، على أنه على تقدير تسايجه من ضمان ما لم يجب .
(١) فيصح نقله إلى ذمة غيره بالضمان ، وبذلك ينعق العبد لأنه أداء نظير ابراء المولى له .

(٢) على ما نسبه المحقق (قدّه) في الشرايع إلى الشيخ (قدّه) في المبسوط .

(٣) على ما نسبه الشهيد (قدّه) في المسالك إليه .

(٤) أما التعليل ففيه : منعه صغرى وكبرى ، فإن المكاتبه بقسميها لازمة من الطرفين فيجب على العبد الكسب ولا يجوز له تعجيز نفسه . نعم لو عجز انتقاماً أو عصى فعجز نفسه ، رجع رقاً كما كان إلا أنه أجنبي عن القول بجوازه له ابتداءً كما هو واضح .

على أنه لا دليل على اعتبار اللزوم في الدين الثابت بالفعل ، بل يصح ضمان الدين الجائز قطعاً كما هو الحال في موارد ضمان البيع الخياري كبيع الحيوان وبيع الخيار .

وأما التعليل الثاني ، فغاية ما يقال في تقريره : أن الضمان وإن كان

وربما يعلل : بان لازم ضمانه لزومه ، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم ، فيكون في الفرع لازماً مع انه في الأصل غير لازم . وهو أيضاً كما ترى (١) .

يصح في العقد الجائز ، إلا أنه إنما يختص بما يؤول الى اللزوم نظير بيع الخيار ونحوه مما يرتجى لزومه في زمان ، فلا يصح فيما لا يرتجى لزومه أصلاً كالمكاتبة المشروطة - بناءً على جوازها - فانها لا تؤول إلى اللزوم أبداً ، فانها ما لم يؤد الدين جائزة وعند ادائه ينعتق العبد ويتنفي الموضوع من اساسه .

الا أنه لا يرجع إلى محصل ولا دليل عليه بالمرّة ، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت اصل الدين صحته .

(١) إذ قد عرفت أن الصحيح لزوم الأصل أيضاً ، وعلى تقدير تسليم جوازه فلا دليل على اعتبار عدم زيادة الفرع على الأصل ، بل الثابت خلافه فانه يصح ضمان الموسر للدين المعسر ويجوز مطالبته به جزماً وإن لم يكن يجوز مطالبة المضمون عنه به لاعتساره .

والحاصل : ان كل حكم تابع لموضوعه سعة وضيقاً ، وليس عدم زيادة الفرع على أصله قاعدة ثابتة يجوز التعويل عليها في تخصيص عمومات الأحكام واطلاقاتها .

بل ذكر في الجواهر أن الصحة هنا أولى منها في العقود الجائزة كبيع الخيار ونحوه ، حيث لا مجال - فيما نحن فيه - لاعمال الخيار

(مسألة ٣٧) : اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الأتيان بالعمل ، وكذا مال السبق والرماية ، فقيـل بعدم الجواز ، لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل ، والأقوى - وفاقاً لجماعة - الجواز (١) ، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل ، ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل ، إذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل ، بل لقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم » (١) « (٢) .

بعد الضمان ، نظير الانعتاق العبد به مباشرة ، واعمال الخيار فرع عبوديته ، بخلاف الحال في العقود الجائزة حيث يجوز له اعمال خياره حتى بعد الضمان فيرتفع العقد ويبطل الضمان .

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعالة من جهة والسبق والرماية من جهة اخرى على ما سيأتي تفصيله .

(٢) وفيه : ان الآية الكريمة أجنبية عن محل الكلام ، إذ الكلام انما هو في الضمان بالمعنى المصطلح أعنى نقل المال الثابت في ذمة شخص إلى ذمة غيره والمستلزم لتغاير الضامن والمضمون عنه - الجاعل في الفرض - في حين ان ظاهر الآية الكريمة اتحاد الضامن والجاعل ، ومن هنا فلا بد من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل وإلزامه

ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان (١) ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما اشرنا اليه سابقاً .

به ، فتكون خارجة عن المعنى المبحوث عنه كما هو واضح .
ثم لو تنزلنا وسلمنا دلالتها على المدعى في الضمان ، فالتعدي عن موردها الى غيره مما يكون مشابهاً له لا يخرج عن حد القياس الباطل .
(١) تقدم الكلام فيه غير مرة ، وقد عرفت انه مما لا يمكن المساعدة عليه ، فانه وبعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمة الجاعل والعاقد بشيء بالفعل ، كيف يمكن الالتزام بصحة الضمان بالمعنى المصطلح اعني نقل الدين من ذمة إلى غيرها ، فانه ليس إلا من السالبة بانتفاء الموضوع .

ودعوى عدم الدليل على بطلان ضمان ما لم يجب حيث لم يرد فيه نص ولم يثبت عليه الاجماع - على ما سيأتي منه (قده) في المسألة الآتية- .
واضحة الاندفاع ، فان بطلانه - الضمان - من القضايا التي قياساتها معها ، ولا حاجة في اثباته إلى النص أو التمسك بالاجماع ، فانه وبعد تسليم ان الضمان نقل للدين من ذمة إلى أخرى ، والاعتراف بعدم ثبوت شيء في ذمة الجاعل والعاقد بالفعل ، فلا موضوع له بالمرّة كي يكون إثبات بطلانه محتاجاً إلى النص أو الاجماع .

نعم بناءً على عدم اشتراط التنجيز في الضمان ، لا بأس بالالتزام بصحة ضمانها على وجه التعليق ، إلا أنه واضح الفساد كما لا يخفى .

(مسألة ٣٨) : اختلفوا في جواز ضمان الاعيان المضمونة - كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما -

وكيف كان : فالصحيح هو التفصيل بين ضمان مال الجعالة وضمان مال السبق والرماية ، والألتزام في الأول بالصحة وفي الثاني بالبطلان . وذلك لرجوع ضمان مال الجعالة قبل العمل إلى أمر الضامن للعامل بالعمل المحترم لا مجاناً بل مع الأجرة المسماة - الجعل - ، لكن على تقدير عدم وصول حقه إليه من الجاعل - المضمون عنه - .

وهذا ليس من الضمان المصطلح كي يرد عليه بانه من ضمان ما لم يجب نظراً لفراغ ذمة المضمون عنه بالفعل .

وإنما هو من التعهد بالجعل في طول تعهد الجاعل به ، فإن أمره به يوجب الضمان الا أن التزامة به إنما هو عند عدم وصول حق المجعول له بعد العمل إليه ، ولا بأس بالالتزام بصحته لبناء العقلاء وشمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له .

الا أن هذا إنما يختص بضمان مال الجعالة بالمعنى الذي ذكرناه ، حيث انه من العقود المتعارفة التي عليها بناء العقلاء ، ولا يتم في مال السبق والرماية فانها ويحد ذاتها من أظهر مصاديق القمار ، أكل المال بالباطل - كما هو ظاهر - وإنما صح بالدليل الخاص لبعض الاعتبارات الملزمة ، ومن هنا يجب الاقتصار في الحكم على مقدار دلالة الدليل عليه خاصة والحكم فيما زاد عنه بالبطلان .

على قولين ، ذهب الى كل منهما جماعة والأقوى الجواز (١)

وحيث أن دليل صحتها إنما تضمن صحتها بالقياس الى طرفي العقد صح أكل أحدهما لمال الآخر - وان كان بحسب القاعدة الأولية هو البطلان - ويبقى الأجنبي - الضامن - الذي لا يعود العقد بالنفع عليه على كل تقدير ولا يرتبط به في شيء ، على القاعدة المقتضية للبطلان : والحاصل : ان ثبوت الضمان بالأمر فرع صحة العمل للمأمور به وأباحته وحيث لا دليل عليها بالقياس اليه وان كان صحيحاً بالقياس الى طرفي العقد - يتعين الرجوع إلى قاعدته الأولية المقتضية للبطلان من حيث كون العمل قماراً وأكل المال بأزاءه أكلاً للمال بالباطل .

(١) بل الأقوى هو التفصيل ، فان المنشأ من قبل الضامن :

تارة : يكون هو الضمان المصطلح اعني التزامه لصاحب المال باشتغال ذمته من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك واشتغلت ذمته المضمون عنه - الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد - به :

واخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط ، اعني

انشاء الضمان المتأخر والمعلق على التلف من الآن :

وثالثة : يكون بمعنى كون المال في عهده ، وكونه هو المسؤول

عن رده ما دام موجوداً ورد بدله مثلاً أو قيمة عند تلفه ، كما هو

الحال في الغاصب نفسه ، فان ضمانه ليس بمعنى وجوب رد بدله

عليه بالفعل ، إذ العين ما دامت موجودة لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل

سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً ومثلها

بل هو بمعنى كونه مسؤولاً عن العين وكون العين في عهده بحيث يجب عليه ردها ما دامت موجودة ورد بدلها عند تلفها .

والأول باطل جزماً ، لكونه من ضمان ما لم يجب ، وقد عرفت في المسألة السابقة أن بطلانه لا يحتاج إلى دليل خاص من نص أو إجماع ، فانه من القضايا التي قياساتها معها . إذ لو لم تكن ذمة المضمون عنه مشغولة بشيء بالفعل - كما هو مفروض الكلام - فأى شيء هو ينتقل بالضمان من ذمته إلى ذمة غيره ؟ .

والثاني وإن كان ممكناً في نفسه ، إلا أنه محكوم بالبطلان قطعاً ، للإجماع على اشتراط التنجيز في الضمان وعدم صحة التعليق فيه .

والثالث وإن كان خارجاً عن الضمان بالمعنى المصطلح بالمبحوث عنه في المقام ، إذ لم تشتغل ذمة أحد بالمال كي ينتقل إلى ذمة غيره ، إلا أنه لا مانع من الالتزام بصحته لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود ، بل وجريان السيرة العقلائية عليه خارجاً .

وعليه : فيحكم على هذا النحو من الضمان بالصحة واللزوم ، ومقتضاه ثبوت حق المطالبة للمضمون له من الضامن بالعين مادامت موجودة وبالبديل إذا تلفت .

ثم أن هذا الضمان ليس من الضمان على مذهب العامة ، فانه ليس من ضم ذمة إلى ذمة أخرى ، إذ لا اشتغال للذمة الأولى فضلاً عن

أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى
التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت وذلك لعموم قوله (ص):
« الزعيم غارم » (١)

الثانية كي تضم اليها ، وإنما هو من ضم ضمان الى ضمان آخر . وان
اختلفت سببها ، فضمن الغاصب والقابض بالعقد الفاسد فعلي في حين
ان ضمان الضامن عقدي .

وهو - ضم ضمان إلى ضمان - لا محذور فيه بالمرّة ، بل هو
ثابت بالإجماع في غير مورد من الفقه كالأبيادي المتعاقبة على المغصوب
أو المقبوض بالعقد الفاسد .

والذي يتحصل مما ذكرناه ان الحق في المقام هو التفصيل بين
ارادة الضمان بالمعنى المبحوث عنه وبين ارادة التعهد وتحمل المسؤولية
فان الأول باطل لدورانها بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعدة،
والتعليق الموجب للبطلان في حسد نفسه ، والثاني محكوم بالصحة
للعموومات والسيرة .

(١) وفيه : ان الرواية نبوية لم تثبت من طرقنا ، بل في معتبرة
الحسين بن خالد قال : (قلت لأبي الحسن (ع) : جعلت فداك
قول الناس : الضامن غارم ، قال : فقال : ليس على الضامن من

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

والعمومات العامة (١)

غرم ، الغرم على من أكل المال (١) . تكذيبه .
على ان مدلول النبوية بحسب تفسير المعبرة لها أجنبي عن محل
الكلام فان ظاهرها ان الناس كانوا يتخيلون إستقرار الخسارة في الضمان
على الضامن نفسه ، فانكر ذلك الامام (ع) وحكم باستقرارها على
المضمون عنه ، واين هذا عن محل الكلام ؟ .

على أننا لو تنزلنا عن جميع ذلك ، فلا دلالة للنبوية على موارد
صحة الضمان أو عدمها ؛ فانها - لو صحت - إنما تدل على استقرار
الغرم على الضامن عند صحة الضمان وتحققه . ولا تتكفل بيان صحة
الضمان في الاعيان الخارجية المضمونة .

وعلى هذا فهي نظير قولنا مشتري الحيوان بالخيار الى ثلاثة أيام ،
حيث لا يدل إلا على ثبوت الخيار عند صحة البيع ، وأما تعيين موارد
الصحة وانه هل يحكم بصحة البيع عند الشك فيه لجهة من الجهات ،
فهو اجنبي عنه بالمرّة .

(١) يظهر الحال فيها مما ذكرناه من التفصيل . فان التمسك بها
لإثبات صحة الضمان انما يصح بناءً على ارادة المعنى الذي ذكرناه من
الضمان ، وإلا فهو بالمعنى الأول غير معقول وبالثاني باطل جزماً ،
ومعه فلا مجال للتمسك بالعمومات .

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

مثل قوله تعالى : (أو فوا بالعقود «١») . ودعوى : أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمة الى أخرى . وأيضاً لا اشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد ، فيكون من ضم ذمة الى أخرى ، وليس من مذهبنا ، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب ، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبة الى رد المثل أو القيمة عند التلف . مدفوعة : بانه لا مانع منه بعد شمول العمومات ، غاية الأمر انه ليس من الضمان المصطلح . وكونه من ضمان ما لم يجب ، لا يضر بعد ثبوت المقتضي (١) ، ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو اجماع (٢)

(١) تقدم الكلام فيه غير مرة وقد عرفت ان ثبوت المقتضي لا يصحح الضمان بعد أن كان عبارة عن نقل الدين من ذمة الى أخرى فانه ما لم يكن الدين ثابتاً لا يعقل نقله الى ذمة أخرى .

(٢) ظهر الحال فيه في المسألة السابقة ، فان بطلانه من الواضح الى حد لا يحتاج الى الدليل ، فانه أمر غير معقول في نفسه إذ النقل من ذمة الى غيرها متوقف على الثبوت في الأولى وإلا فلا مجال لتصور الضمان كي يحكم بصحته .

- وان اشتهر بين الألسن - بل في جملة من الموارد حكموا بصحته ، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع .
واما ضمان الاعيان غير المضمونة - كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط - فلا خلاف بينهم في عدم صحته . والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً (١) .

(مسألة ٣٩) : يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير ، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن - كما قيد به الاكثر - أو مطلقاً

(١) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم في الاعيان المضمونة ، فيقال بالصحة فيما إذا كان المراد من ضمانها تحمل مسؤوليتها والتعهد بها .
والحاصل : أنه لا فرق في الحكم بالصحة أو الفساد بين يد الضامن وغيرها ، فان كان هو بمعنى اشتغال ذمة الضامن بالبدل بالفعل أو عند تلف العين حكمتنا ببطلانه في الموردين لعدم صحة ضمان ما لم يجب والضمان التعليقي ، وان كان بمعنى تحمل المسؤولية خاصة قلنا بصحته لبناء العقلاء ، وشمول أدلة لزوم الوفاء بالعقد له .
وعليه : فيكون الضامن مسؤولاً عن رد العين ان أمكن ، والبدل - مثلاً أو قيمة - عند تلفها .

- كما اطلق آخر - وهو الأقوى (١). قيل : وهذا مستثنى من عدم ضمان الاعيان (٢) . هذا وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل

(١) لما عرفته في المسألة السابقة من كون صحة هذا الضمان - بالمعنى الذي ذكرناه - على القاعدة ، وعدم توقفه على وجود ضامن سابق للمال ؛ بل لا يبعد دعوى كون الحكم بصحة الضمان قبل القبض أولى منه بعده ، فان ضمانه قبل القبض يستلزم - وبالطبع - أمره للمضمون له - الباع أو المشتري - بالأقباض ، إذ ان ضمانه لعهدته الثمن أو المثلث ليس إلا أمر مالكة بدفعه إلى صاحبه ، مع التزامه وتعهدته - الضامن - بتدارك ما بأزائه عند ظهور كونه مستحقاً للغير .

وهذا بخلاف الضمان بعد القبض ، فانه لما لم يكن الاقباض عن أمره ، يكون الحكم بصحة تعهده أخفى منه في الأول .

(٢) وفيه : أن الضمان ان كان بالمعنى المصطلح فهو غير قابل للحكم بصحته مطلقاً لدورانته بين ضمان ما لم يجب - الذي عرفت عدم معقوليته - والضمان المعلق - الذي عرفت بطلانه بالاجماع - ، بلا فرق فيه بين المقام وغيره .

وان كان بالمعنى الذي ذكرناه فصحته على القاعدة مطلقاً أيضاً ، ولا وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق .

والحاصل : انه لا وجه للأستثناء في المقام على التقديرين ؛ فانه

القبض ، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (١) ، فيكون من ضمان

ان صح ضمان الاعيان الخارجية - بحمله على المعنى الذي ذكرناه - فالصحة هنا على القاعدة أيضاً ، وإلا فالضمان في المقام أيضاً محكوم بالبطلان إذ لا يختلف ~~المعنى~~ فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام وغيره .

(١) إذ الثمن قد إنتقل من ملك المشتري إلى ملك البائع جزماً ، كما إنتقل الثمن من ملك البائع إلى ملك المشتري قطعاً ، فانقطعت علاقة كل منهما عما كان يملكه قبل العقد وأصبح ملكاً لصاحبه ظاهراً وواقعاً ، غاية الأمر انه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانياً بالفسخ في حينه ومعه فلا معنى لضمانه ، لانه بمعنى اشتغال ذمته به بالفعل غير معقول وبمعنى اشتغال ذمته به في ظرف الفسخ من التعليق الباطل ، بلا فرق فيه بين اقباضه للثمن وعدمه .

نعم لو كان البيع واقباض الثمن والمثمن عن أمر الضامن ملتزماً بتدارك ما يترتب عليه من الضرر والمفسدة عند تحقق الفسخ ورجوع كل من المالكين إلى مالكة الأول ، لم يبعد الحكم بصحته في المقام ، فانه لما كان الاقباض عن أمره ، كانت الاضرار المتوجهة إلى البائع أو المشتري - المضمون له - متوجهة إلى الأمر الضامن ، فانه داخل فيما جرت عليه السيرة العقلائية ومشمول لعمومات الوفاء بالعقود .

مالم يجب . بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور . نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أولاً ؟ فالمشهور على العدم (١) وعن بعضهم : دخوله ، ولازمه الصحة مع التصريح (٢) ودعوى : أنه من ضمان مالم يجب . مدفوعة : بكفاية وجود السبب (٣) . هذا بالنسبة الى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ ، واما بالنسبة الى مطالبة الأرش ، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها ، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد (٤) ، فلا يكون من ضمان مالم يجب وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً ، وأن تحقق السبب

(١) لدورانه بين التعليق وضمان ما لم يجب الباطلين .

اللهم إلا أن يراد به الضمان بالمعنى الذي ذكرناه فيحكم بصحته لما تقدم .

(٢) قد ظهر الحال فيه مما سبق .

(٣) لكنك قد عرفت ضعفه وعدم معقوليته مما ذكرناه في المسائل السابقة .

(٤) وفيه : أنه لا ينبغي الشك في بطلان هذا الضمان ، حتى بناءً على القول بصحته في الاعيان الخارجية - كما هو المختار - .

والوجه فيه : ما عرفته في ضمن المسائل السابقة من ان الضمان
انما يصح في موردين لا ثالث لهما .

الأول . ضمان الدين الثابت في الذمة بالفعل . فانه القدر المتيقن
من صحة الضمان ، وهو الضمان بالمعنى المصطلح الذي عليه تسالم الاصحاب .
الثاني : ضمان الاعيان الشخصية بالمعنى الذي ذكرناه .

والفرق بينهما يكمن في كون الأول متضمناً لأشغال ذمة الضامن
بالدين بالفعل ، في حين أن الثاني لا يعني إلا كون العين في عهده
ومسؤوليتها عليه .

وكيف كان : فحيث لا دليل على صحة الضمان في غير هذين
الموردين اعني ما كان ديناً ثابتاً بالفعل أو عيناً خارجياً - فلا وجه
للحكم بالصحة في ضمان الأرش ، فانه خارج عنهما معاً ،

وذلك لما ذكرناه في مباحث خيار العيب مفصلاً وتطرقنا اليه في
كتاب الاجارة أيضاً ، من أن ثبوت الأرش في موارد العيب ليس
حكماً على القاعدة ويقتضيه نفس العقد ، فان وصف الصحة لا يقابل

بالمال بتاتاً ، فليس المبيع مركباً من اصل الثمن ووصف الصحة ،
كي يقال باقتضاء القاعدة لبقاء ما قابله على ملك المشتري نظراً لتخلف
هذا الجزء وبطلان العقد بالنسبة اليه ، بل الثمن واقع بتمامه بأزاء

اصل المبيع فقط وإنما هو - وصف الصحة - يوجب زيادة مقداره
لا غير .

ولذا لا يحكم عند تخلفه ببطلان العقد بالنسبة اليه ، والحال ان المبيع لو كان مركباً منه ومن ذات السلعة للزم القول ببطلان العقد بالنسبة اليه ووجوب ارجاع البايع لما قابله من الثمن بعينه الى المشتري سواء طالب بذلك أم لم يطالب ، وهو باطل جزماً ولا يقول به أحد من الاصحاب ، فانه يجوز دفع الارش من غير الثمن حتى مع وجود عينه ، كما لا يجب على ورثة البايع لو مات قبل ظهور العيب اخراج الارش من تركته .

بل الأرش إنما ثبت بالنصوص الخاصة - على خلاف القاعدة - في البيع خاصة .

وعليه فان أمكن - بعد الفسخ - رد العين بنفسها سالمة فهو ، وان لم يمكن - لما منع عقلي أو شرعي - إنتقل الأمر الى مطالبته بالارش فان طالبه به لزم البايع دفعه من أي مال شاء - حتى مع وجود عين الثمن ، وإن لم يطالبه فلا شيء عليه ، وليس بمشغول الذمة له بشيء .

وعليه ففي المقام حيث لا يكون متعلق الضمان ديناً فعلياً ثابتاً في ذمة البايع عند الضمان ولا عيناً خارجياً ، فلا يحيص عن رجوع ضمانه الى ضمان ما لم يجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمة الغير ، أو الضمان على نحو الواجب المشروط الباطل اجماعاً لاعتبار التنجيز فيه .

حال العقد كاف (١) . مع امكان دعوى : أن الأرش أيضاً لا يثبت الا بعد اختياره ومطالبته (٢) ، فالصحة فيه أيضاً (٣) من جهة كفاية تحقق السبب ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٤) .

(مسألة ٤٠) : إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً ، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (٥) . وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الأمضاء والفسخ لتبعض الصفقة ، فيرجع على البائع بما قابله .

والحاصل : ان المتعين في المقام هو الحكم بالبطلان . وان قلنا بصحة ضمان الاعيان الخارجية - بالتقريب المتقدم - فان الأرش خارج عنه وعن الدين الثابت بالفعل في ذمة المضمون عنه .

(١) لكنك قد عرفت عدم معقوليته وامتناعه .

(٢) بل هو المتعين - على ما عرفت توضيحه فيما تقدم - .

(٣) وقد عرفت اشكاله ، وان الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان .

(٤) فان حاله حال ضمان درك الثمن للمشتري حرقاً بحرف ،

فيبطل ضمانه بالمعنى المصطلح ، ويصح - على القاعدة - بالمنع الذي ذكرناه .

(٥) إذا ان ضمان الكل ينحل إلى ضمان كل جزء جزء ، وحيث

قد ظهر استحقاق البعض خاصة تم الضمان فيه دون الباقي .

وعن الشيخ : جواز الرجوع على الضامن بالجميع ، ولا وجه له (١) .

(مسألة ٤١) : الأقوى (٢) - وفاقاً للشهيدين - صحة

(١) إذ المفروض ضمانه لخصوص درك الثمن لا الثمن بجميع عوارضه وطوارثه ، ومن هنا فيختص الضمان بالنصف الذي ظهر مستحقاً للغير لشمول ضمان درك الثمن له ، ولا يعم النصف الآخر الذي رجع الى البائع بفسخ المشتري للعقد بخيار تبعض الصفقة ، فانه خارج عن ضمان درك درك الثمن .

نعم لو كان الضامن ضامناً للثمن بجميع عوارضه وطوارثه بحيث كان ضمانه عاماً للفسخ بالخيار في المقام أيضاً ، صح القول بجواز الرجوع عليه بالجميع ، إلا أنه خارج عن محل الكلام ، اعني ضمان درك الثمن خاصة .

(٢) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور .

والوجه فيه ما عرفته في المسائل السابقة من عدم معقوليته إذا أنشأ على نحو الفعلية بأن انشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشغل به ذمة البائع بعد ذلك ، فان المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير وثبوته فيها ، وبطلانه من القضايا التي قياساتها معها .

نعم لو أنشأ على نحو الواجب المشروط والضمان المتأخر ، فهو وان كان معقولاً في حد ذاته إلا انه باطل بلا خلاف للتعليق المجمع

على بطلانه .

ثم بناءً على ما اخترناه من بطلان الضمان على البايع ، فهل يصح ضمانه لا من قبل البايع ، بان يتعهد الأمر تحمل الخسارة بنفسه ومن غير رجوع على البايع بها ؟ .

الأقوى فيه البطلان ، حيث لم يثبت بناء من العقلاء على الضمان الأمري فيما يرجع الى المأمور به وحده ، فان الغرمس والبناء وما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقد أرضه ، عمل متمحض له ولا يرتبط بغيره في شيء .

ومن هنا فان الأمر به أمر بما يرجع اليه ويخصه ، نظير أمره بالتجارة لنفسه مع التعهد بتحمل الخسارة عنه ، ولم يثبت فيه بناء من العقلاء على الضمان :

والجاصل : ان الضمان عن البايع محكوم بالفساد لدورانه بين أمر غير معقول وأمر قام الأجماع على بطلانه ، والضمان عن نفسه من جهة أمره بفعل ربما يترتب عليه الضرر غير ثابت .

ثم ان الكلام في هذه المسألة انما يتم في فرض كون البايع غاراً للمشتري والقول بثبوت قاعدة الغرور ، وأما لو لم يكن البايع غاراً له بان كان معتقداً لملكه للأرض ، أو قلنا بعدم ثبوت قاعدة الغرور على نحو الكلية - كما هو المختار - فلا ضمان على البايع بلا خلاف ولا اشكال فيه . فان المشتري يتحمل حينئذ الخسارة بنفسه لكونه هو

ضمان ما يحدته المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس ، فيضمن الأرش ، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البايع . خلافاً للمشهور ، لأنه من ضمان ما لم يجب . وقد عرفت ضعفه هذا ولو ضمنه البايع قيل : لا يصح أيضاً كالأجنبي وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان . وقيل : بالصحة (١) ، لأنه لازم بنفس العقد ، فلا مانع من ضمانه ، لما مر من كفاية تحقق السبب ، فيكون حينئذٍ للضمان سببان : نفس العقد والضمان بعقده . وتظهر الثمرة فيما إذا اسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد ، فإنه يبقى الضمان العقدي

الذي أوقع نفسه في الضرر بالتصرف في الأرض معتقداً ملكيته لها . (١) إلا أنه لا يمكن توجيهه بوجه ، فان الضمان لما كان نقل ما في ذمة إلى غيرها ، كان ذلك متوقفاً على تعدد الذمم لا محالة ، وحيث أنه مفقود في المقام ، فتصوره غير معقول ، فإنه من أين ينتقل الدين وإلى أين ؟ .

نعم تعدد أسباب الضمان الواحد أمر معقول في حد ذاته . إلا أنه غير ممكن في خصوص المقام لعدم معقولية ضمان المدين لنفسه عن نفسه ، كما هو الحال في سائر موارد الدين .

كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما . وقد
يورد عليه بأنه لا معنى لضمأن شخص عن نفسه ، والمقام
من هذا للقبيل . ويمكن ان يقال : لا مانع منه مع تعدد
الجهة (١) . وأما إذا اشترط ضمأنه فلا بأس به ، ويكون
مؤكداً لما هو لازم العقد (٢) .

(مسألة ٤٢) : لو قال عند خوف غرق للسفينة :
« اللق متاعك في البحر وعلي ضمأنه » صح بلا خلاف بينهم

(١) إلا إنك قد عرفت عدم معقوليته، فان تعدد الجهة لا يوجب
تغاير الذمتين ونقل الدين من احدهما الى الأخرى .

(٢) وفيه : ان الشرط ان كان على نحو شرط النتيجة ، بمعنى
اشتغال ذمة الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمة البايع في وقته ، فهو
باطل لعدم معقوليته - على ما عرفت - .

وان كان على نحو شرط الفعل ، بمعنى اشتراط المشتري على البايع
آداء مقدار الخسارة ، فهو وإن كان صحيحاً إلا انه غير مؤكد لما هو
لازم العقد ، فان الثابت بالشرط هو التكليف المحض ، في حين أن
الثابت بنفس العقد هو الوضع واشتغال الذمة .

والحاصل : ان الأمر في المقام يدور بين عدم الصحة وعدم التأكيد
فاما لا صحة وإما لا تأكيد ، فالجمع بينهما مما لا يمكن المساعدة عليه .

بل الظاهر الاجماع عليه (١) وهو الدليل عندهم . وأما إذا لم يكن لخوف الغرق ، بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها ، فلا يصح عندهم . ومقتضى العمومات صحته أيضاً (٢) .

(١) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه ، حيث لم يظهر الخلاف فيه الا من أبي ثور خاصة .

(٢) بل الظاهر انه لا حاجة للتمسك بالعمومات كي يورد عليه بالمناقشة في صدق العقد على هذا الضمان ، باعتبار انه ليس فيه إلا أمر من الأمر وعمل من الأمور وهما لا يشكلان العقد كما هو الحال في جميع موارد الأمر بشيء وامتنال الأمور له .

فان السيرة العقلائية القطعية مستقرة على الضمان في موارد الأمر باعطاء أو إتلاف الاموال المحترمة لغرض عقلائي يخرج به عن كونه فعل حرام ، إذا لم يكن لكلامه ظهور في المجانية أو يقصد المالك به التبرع كما هو الحال في الأمر بالاعمال المحترمة حرفاً بحرف ، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل واعطاء مال أو إتلافه ، فان كلاماً من ذلك موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل الأمور ببناء العقلاء والسيرة القطعية ما لم يكن هناك ظهور لكلام الأمر - لقرينة أو انصراف أو غيرهما - في المجانية ، أو يقصد العامل او المالك التبرع به . وما ذكرناه لا يختص بمورد السفينة ، بل يجري حرفياً في جميع

موارد الأمر بالأتلاف لفرض عقلائي ، فانه موجب للضمان جزماً
مع قطع النظر عن متعلقه .

ومن هنا يظهر عدم اختصاص الحكم بالضمان بصورة تصريح الأمر
بضمانه له ، فانه ثابت في فرض اقتضاره على الأمر بالقاء المتاع
أيضاً إذ الأمر - على النحو الذي ذكرناه - كاف بوحده لأثبات
الضمان .

تتمة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة - الأنفاقية أو
الخلافة : - أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف للضمان
وأنه نقل الحق الثابت من ذمة الى أخرى ، وأنه لا يصح
في غير الدين ، ولا في غير الثابت حين الضمان ، لا وجه
له ، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل (١) .

(مسألة ١) : لو اختلف المضمون له والمضمون عنه
في اصل الضمان (٢) ، فادعى انه ضمنه ضامن وانكره
المضمون له ، فالقول قوله (٣) وكذا لو ادعى أنه ضمن

(١) حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح وغيره ،
واعتبار ما ذكره (قدس) في الأول دون الثاني ، فإنه يصح في
الاعيان الخارجية وموارد عدم ثبوت الحق حين الضمان مما قامت السيرة
العقلانية عليه كدرك الثمن أو المشمن .

(٢) لا يخفى ما في التعبير باختلاف المضمون له والمضمون عنه
في أصل الضمان من المسامحة ، إذ مع إنكار الأول من أساسه كيف
يصح التعبير عنه بالمضمون له .

وحق العبارة أن يقال : « لو اختلف الدائن والمدين في أصل
الضمان » .

(٣) بلا إشكال فيه ولا خلاف ، فإنه لا بد للمدين من اثبات
براءة ذمته من الدين ، وإلا فهو ملزم بالخروج عن عهده .

تمام ديونه وانكره المضمون له ، لاصالة بقاء ما كان عليه (١) ولو اختلفا في اعسار الضامن حين للعقد ويساره (٢) فادعى المضمون له اعساره ، فالقول قول المضمون عنه (٣)

(١) خرجنا عنها بالنسبة إلى ما يعترف به المضمون له - القدر المتيقن - ، لفراغ ذمته منه جزماً ، ولا بد له بالنسبة إلى الزائد - ما يدعيه هو - من اثبات البراءة ، وإلا فهو ملزم بالخروج من عهده - كما عرفت - .

(٢) بناءً على ما ذهب إليه المشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور اعساره حين العقد ، وأما بناءً على ما اخترناه من عدم الدليل على الخيار حينئذ . فلا أثر لهذا الاختلاف بالمرّة ، فإن المضمون عنه بريء الذمة من الدين السابق على التقديرين - اليسار والاعسار - ، والضامن هو الملزم به .

(٣) الكلام في هذا الفرع تارة يفرض مع سبق يسار الضامن ، واخرى مع سبق إعساره ، وثالثة مع تضاد الأمرين بان يعلم بيساره في بعض شهر الضمان واعساره في بعضه الآخر مع الجهل بالمتقدم والمتأخر .

أما الصورة الأولى : فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول المضمون عنه ، كما هو واضح ، فإن دعوى المضمون له للأعسار مقدمة لاثبات الخيار محتاجة إلى الدليل ، وإلا فمقتضى الاستصحاب

هو لإثبات اليسار حين الضمان .

أما الصورة الثانية : فالظاهر تقديم قول المضمون له ، والزام المضمون عنه بإثبات اليسار ، فان استصحاب العسر إلى زمان الضمان يثبت موضوع الخيار للمضمون له :

والحاصل : ان الأصل في هذه الصورة يقتضي الجواز ، فيكون الإثبات على مدعي اللزوم لا محالة .

ومن هنا : فلا يمكن المساعدة على اطلاق كلام الماتن (قدّه) من تقديم قول المضمون عنه ، الشامل لهذه الصورة أيضاً .

ولعل هذه خارجة عن محط نظره وغير مرادة له (قدّه) .

وأما الصورة الثالثة : فلا مجال فيها للتمسك باستصحاب العسر واليسر معاً ، سواء لما ذكره صاحب الكفاية (قدّه) من عدم وجود المقتضي لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك ، أو لما اخترناه من وجود المانع . فان النتيجة في المقام واحدة ، وان اختلف المبنيان في غيره - على ما حققناه مفصلاً في المباحث الأصولية :

وعليه : فهل يقدم قول المضمون له أو المضمون عنه أو يكون

المقام من التداعي ؟ .

ظاهر اطلاق كلامه (قدّه) هو الثاني، وعلى المضمون له الإثبات.

وقد أورد عليه في بعض الكلمات بانه لا موجب لجعل المضمون

له مدعياً والزامه بالإثبات ، والمضمون عنه منكراً وقبول قوله ،

بعد ان كان قول كل منهما مخالفاً للأصل .

لكن الظاهر ان ما ذكره الماتن (قدّه) هو الصحيح .

والوجه فيه ما ذكرناه في مباحث القضاء من أن الروايات الواردة

في أبواب القضاء وحل الخصومات ، لم تتعرض - على كثرتها -

لتحديد المدعي والمنكر على الاطلاق ، وهل المدعي من خالف قوله

الأصل أو الظاهر ، والمنكر من وافق قوله للأصل أو الظاهر أم لا؟

ولنما ذلك مذكور في كلمات الاصحاب (قدس الله اسرارهم) خاصة .

وهو ان كان صحيحاً بحسب الغالب ، إلا انه لا دليل على ثبوته

على نحو الكبرى الكلية .

ومن هنا فلا محيص عن الرجوع إلى العرف لتحديد المفهومين ،

ومن الواضح أن مقتضاه كون من يطالب غيره بشيء ويلزمه به

ويكون مطالباً لدى العقلاء بالاثبات مدعياً ، وخصمه الذي لا يطالب

بشيء منكرأ .

نعم يستثنى من ذلك ما إذا اعترف الخصم بأصل الحق وادعى

وفاءه ، كما إذا اعترف بالاستقراض مدعياً أداءه وفراغ ذمته ،

فانه حينئذ وان كان الدائن هو المطالب غيره بالمال والمليزم له به ،

إلا أنه يعتبر منكرأ وعلى خصمه اثبات الأداء ، وذلك لاعترافه بأصل

الدين ، فانه يوجب انقلاب المدعي - لولا الاعتراف - منكرأ ،

والمنكر - لولاه - مدعياً .

والحاصل : انه لا أثر لموافقة الأصل أو الظاهر أو مخالفته لهما في تحديد المدعي والمنكر ، إذ لا دليل على شيء مما ذكره الاصحاب في كلماتهم في المقام ، وإنما العبرة بما ذكرناه من الرجوع الى العرف وتحديد المدعي والمنكر على ضوء الفهم العرفي :

وعليه ففي المقام وان كان قول كل منهما مخالفاً للأصل الموضوعي إلا أن ذلك لا يمنع من كون المضمون له هو المدعي ، باعتبار انه الذي يطالب خصمه - المضمون عنه - بالمال نتيجة للفسخ بالتحيار بعد اعترافه ببراءة ذمته وفراغها منه بالضمان، ويكون هو الملزم بالاثبات لدى العقلاء .

وبعبارة اخرى : ان اشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً - نتيجة للفسخ من قبل المضمون له - بالمال ورجوع الدين اليها من ذمة الضامن لما كان محتاجاً لدى العقلاء إلى الاثبات كان المضمون له هو المدعي لا محالة ، فان امكنه الاثبات فهو وإلا فالقول قول المضمون عنه .

إذن : فالصحيح ان المقام من موارد المدعي والمنكر ، لاختصاص المطالبة والالزام بأحد الطرفين دون الآخر ، وليس من موارد التداعي كما توهمه بعضهم .

والذي يتحصل من جميع ما تقدم . أن ما أفاده الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه ، عند اختلافه مع المضمون له في يسار الضامن حين الضمان واعساره - بناءً على القول بثبوت الحيار له عند

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه (١) فان القول قول المضمون عنه (٢) . وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها (٣) .

(مسألة ٢) : لو اختلف الضامن والمضمون له في اصل الضمان ، أو في ثبوت للدين وعدمه ، أو في مقداره أو في مقدار ما ضمن أو في اشتراط تعجيله ، أو تنقيص اجله إذا كان مؤجلاً أو في اشتراط شيء عليه زائداً على اصل الدين ، فالقول قول الضامن (٤) ، ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه

ظهور اعساره - انما يتم في الصورتين الأولى والثانية خاصة ، وأما في الصورة الثانية فالظاهر تقديم قول المضمون له لثبوت موضوع الخيار بالاستصحاب .

(١) بناءً على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قدّه) وجماعة - وإلا - كما اخترناه - فالشرط باطل من اساسه ولا أثر لهذا النزاع .

(٢) لكونه منكراً ، باعتبار ان خصمه - المضمون له - هو الذي يطالبه بشيء ويلزمه الاثبات عند العقلاء .

(٣) لأصالة الصحة بعد احراز اصل وقوع العقد .

(٤) كما هو واضح ، فان المضمون له مدع فعلية الاثبات ، وإلا فمقتضى اصالة عدم الضمان أو الدين أو الزائد عما يعترف به

حالات ، أو زيادة اجله مع كونه مؤجلاً ، أو وفاء أو براء المضمون له عن جميعه أو بعضه ، أو تقييده بكونه من مال معين (١) والمفروض تليفه ، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن (٢) أو اشتراط شيء على المضمون له ، أو اشتراط كون للضمان بما يساوي الأقل من الدين ، قدم قول المضمون له (٣).
(مسأله ٣) : لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الأذن وعدمه ، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع

الضامن من الدين أو الضمان ، أو تعجيله أو تنقيص الأجل أو الأمر الزائد على أصل الدين ، تقديم قول الضامن المنكر .

نعم للمضمون له تحليفه على ذلك ، على ما تقتضيه قواعد القضاء .

(١) بناءً على مختاره (قدّه) من بطلان الضمان - حينئذ -

وانتقال الدين إلى ذمة الضامن .

لكنك قد عرفت في المسألة الرابعة والعشرين انه لا معنى متحصل

للتقييد في المقام بالمرّة ، وان مرجعه إلى الاشتراط لا محالة .

(٢) بناءً على ما إختاره (قدّه) من صحة اشتراط الخيار في الضمان

لكنك قد عرفت منا الاشكال فيه .

(٣) كل ذلك لكون الضامن مدعياً في قوله فعلية الاثبات ،

وإلا فمقتضى اصالة عدم كل ذلك لزوم الخروج عن عهدة الدين

الثابت في ذمته بأصل الضمان .

وعدمه ، أو في مقدار الدين للذي ضمن وانكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (١) أو اشتراط الخيار للضامن (٢) ، قدم قول المضمون عنه (٣) ولو اختلفا في اصل للضمان أو في مقدار الدين للذي ضمنه وانكر للضامن للزيادة ، فالقول قول الضامن (٤) .

(١) عند أمره بالضمان وقبوله له ، فان الشرط سائغ في نفسه ، والضمان فعل محترم ، فيصح للضامن عند أمر المضمون عنه بالضمان وقبوله له اشتراط شيء مباح عليه بأذائه .

ومنه يظهر فساد ما قيل من أن المضمون عنه ليس طرفاً في عقد الضمان ، كي يصح الاشتراط عليه فيه .

فان الاشتراط انما هو عند أمره له بالضمان وقبوله لذلك ؛ وليس في عقد الضمان كما توهم :

(٢) بناءً على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قده) .

(٣) لكونه منكراً لما يدعيه الضامن ، فان اشتغال ذمته بالدين ثانياً بعد فراغها منه قطعاً يحتاج الى الاثبات ، والا فمقتضى اصاله عدمه تقديم قوله في كل ذلك .

(٤) فان اشتغال ذمته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به ، يحتاج إلى الدليل ، والأصل يقتضي عدمه .

(مسألة ٤) : إذا انكر الضامن الضمان فأستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للأذن أو الدين (١) ، لا اعترافه بكونه أخذ منه ظلماً . نعم لو كان مدعياً مع ذلك للأذن في الاداء بلا ضمان ، ولم يكن منكراً لاصل الدين ، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والأذن في الضمان (٢) جاز له الرجوع عليه ، إذ

(١) مقتضى تقييده (قده) للحكم بعدم رجوع الضامن على المضمون عنه بفرض انكاره للأذن أو الدين ، اختصاصه به وعدم ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالأذن أو الدين .

غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين ، فان مجرد ثبوت الدين أو الأذن في الضمان لا يكفي في جواز رجوع الضامن عليه ، إذ يعتبر فيه مضافاً الى الأذن تحقق الضمان والاداء بعد ذلك خارجاً ، فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه؛ ومن هنا فحيث ان الضامن في المقام منكر لاصل الضمان وتحققه في الخارج أو الدين ، فكيف يجوز له الرجوع على المضمون عنه مع القطع بأذنه له فيه فضلاً عن اعترافه به .

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم ، فانه لا فرق بين فرضي الانكار والاعتراف من حيث عدم جواز الرجوع عليه ، فانه ليس من آثار الأذن المجرد ، وانا هو من آثاره منضمماً إلى تحقق الضمان والاداء في

لا منافاة بين انكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء ، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١) غاية الأمر أنه يقول إن ذلك للأذن في الأداء والمضمون عنه يقول إنه للأذن في الضمان ، فهو كما (٢)

الخارج ، وحيث ان المأخوذ منه منكر لتحقق الضمان فلا وجه لرجوعه به عليه .

(١) قد عرفت مما تقدم أن الأمر في المقام ليس كذلك ، فان اصل الاستحقاق ليس معلوماً على كل تقدير ، فان المضمون عنه انما يكون مشغول الذمة للمأخوذ منه فيما لو كان قد أذن له في الأداء فانه حينئذٍ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال وان كان ذلك بسبب مقدمة كاذبة - اعني ادعاء الضمان عليه - فان ذلك لا يضر شيئاً بعد ما كان أصل وجوب الأداء ثابتاً عليه .

وأما لو كان قد أذن له في الضمان ، فاشتغال ذمته له غير ثابت بل الثابت عدمه ، لان جواز الرجوع - وكما عرفت - ليس من آثار اصل الضمان وانما هو من آثار تحققه في الخارج وانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته ومن ثم اداءه خارجاً ، وحيث ان المفروض عدمه بحسب اعتراف الضامن نفسه ، فلا وجه لرجوعه عليه بدعوى أن اصل الاستحقاق واشتغال ذمة المضمون عنه معلوم .

(٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق ، فان أصل الاستحقاق واشتغال الذمة فيه معلوم وان كان سببه مجهولاً ،

لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً ، والمدعي ينكر القرض ويقول : إنه يطلبه من باب ثمن المبيع ، فأصل للطلب معلوم . ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الأذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه (١) وهل يجوز للشاهدين

وإن هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق .
(١) في العبارة تشويش ظاهر ، ولعل فيها سقطاً ، فانها لا ترجع الى محصل ، إذ لا أثر لثبوت الأذن في الضمان شرعاً بالمرّة ، فانه إنما يترتب على تحققه هو في الخارج وتحقق الأداء بعده - على ما تقدم - .

نعم لو كان من أخذ منه المال معترفاً بثبوت الدين في ذمة المضمون عنه كان له الرجوع عليه باذن الحاكم الشرعي والاخذ منه مقاصة . وذلك لان الآخذ لما أخذ المال من الضامن قهراً عليه وظلماً . كان ذلك المال ثابتاً في ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به ، ولما كانت ذمة المضمون عنه مشغولة للأخذ بعد نظراً لعدم انتقال مابذمته الى ذمة غيره ، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصاً وأخذ ما يملكه الآخذ بدلاً عما أخذه منه ظلماً .

ولكن لما كان مال الآخذ في ذمة المضمون عنه كلياً ، احتاج التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعي .

على الاذن في الضمان حينئذ ان يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان أو كونه الاذن في الأداء ؟ الظاهر ذلك (١) ، وإن كان لا يخلو عن اشكال . وكذا في نظائره (٢) .

بلا فرق في ذلك بين اعتراف المأخوذ منه بالضمان وعدمه ، أو اعتراف المضمون عنه بالأذن وعدمه ، فانه من هاتين الجهتين سيان . (١) بل الظاهر عدمه ، وذلك لما عرفته من اختلاف أثر الأذنين شرعاً بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر وعدمه . إذ لا أثر للأذن في الضمان ما لم يتحقق هو ومن بعده الأداء في الخارج ، بخلاف الأذن في الأداء حيث يكفي في جواز رجوع المأذون عليه بمجرد تحقق الاداء خارجاً .

والحاصل : ان خصوصية الأذن في مجرد الأداء أو الأذن في الضمان لما كانت دخيلة في ترتب الأثر - اعني جواز رجوع المأذون له على الأذن بعد الاداء - لم يكن للشاهدين اطلاق الشهادة بالأذن والسكوت عنها .

(٢) مما لا تكون للخصوصية دخل في ترتب الأثر عليه ، كما هو الحال في المثال المذكور في المتن ، فان الدين ثابت على كل حال وذمة المدين مشغولة بالمال المعين للدائن من غير أثر لخصوصية القرض أو الشراء . فانه لا أثر لها كما أنه لا أثر لسائر الخصوصيات من الزمان والمكان .

ولكن أين هذا من محل الكلام ونظائره مما يختلف الأثر فيه باختلاف

كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لها أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على اشكال .

(مسألة ٥) : إذا ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (١) ، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان باذنه (٢) وتقبل شهادته له بالأداء (٣) إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (٤) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة .

الخصوصيات ، فان نظير أحدهما بالآخر ليس إلا من القياس مع الفارق .
(١) لما عرفته من توقف رجوعه عليه على تحقق الوفاء خارجاً ، وحيث انه غير متحقق ، بل المتحقق - بحسب القواعد الشرعية - عدمه ، فلا موجب لجواز رجوعه عليه .

(٢) أخذاً له باعترافه واقراره ، فانه بتصديقه له في الأداء يعترف بتحقيق موجب الرجوع عليه ، وان لم يثبت الأداء بالنسبة الى المضمون له ، إذ لا منافاة بين الأمرين .

(٣) على ما تقتضيه قواعد الشهادة .

(٤) ذكر هذا الاستثناء في جملة من النصوص المعتبرة وغيرها وقد ذكره غير واحد من الاصحاب أيضاً كالمحقق (قدّه) في

الشرايع وغيره .

إلا أن الكلام في المراد منه ، إذ الذي يعتبر في باب الشهادة جزماً أن لا يكون الشاهد طرفاً في الدعوى بحيث تكون شهادته راجعة إلى نفسه بجلب نفع أو دفع ضرر ، كما لو ادعى الوصي المفوض في صرف الثلث على غيره ديناً للميت ، فإنه لا تقبل شهادته عليه لاستلزامها دخول ثلث المبلغ المدعى تحت تصرفه ، أو شهد المضمون عنه للضامن بالاداء بعد ظهور اعسار الضامن من حين الضمان - بناءً على مذهب المشهور من ثبوت الخيار حيثئذ للمضمون له - فإن شهادته هذه لما كانت تدفع عن نفسه ضرر ابطال العقد ورجوع الدين ثانياً إلى ذمته ، لم تكن مسموعة .

ومن هنا : فإن أريد بالتهمة ما يقابل الوثوق بدينه وأمانته ، فاشتراط عدمها ليس إلا تعبيراً آخر عن شرطية العدالة في الشاهد ، وليس هو أمراً زائداً عليها وفي قبالتها .

وإن أريد من اشتراط عدمها اعتبار أن لا تكون الشهادة لدوافع القرابة أو الصداقة أو نحوهما . فهو غير معتبر جزماً حيث تصح شهادة الأقرباء بعضهم لبعض وإن كان هناك احتمال كون الصلة دخيلة فيها ، فإنه لا أثر له بعد فرض توفر سائر الشروط .

إذن : فالمتعين حمل هذه الكلمة في لسان النصوص على المعنى الأول ومن هنا فلا وجه لجعل عدمها في قبيل سائر الشروط المعبرة في

(مسألة ٦) : لو اذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له للرجوع عليه (١) ولو ادعى للوفاء وانكر الآذن قبل قول المأذون ، لأنه أمين من قبله (٢).

الشاهد والتي منها العدالة .

(١) لما ذكرناه في غير موضع من قيام السيرة العقلانية القطعية الممضاة شرعاً على ثبوت الضمان بالأمر باتلاف مال محترم على نحو مباح أو القيام بعمل محترم .

نعم لا بد من تقييد ذلك بعدم ظهور الأمر في الاستدعاء المجاني كما هو الحال في طلب الفقير ممن عليه الحق الشرعي من الخمس أو الزكاة أداء دينه ، أو طلب مرجع الحقوق منه ذلك ، بل الأمر كذلك بالنسبة الى طلب الولد من أبيه ذلك ، فانه ظاهر في الأداء المجاني لكون الأب متكفلاً بشؤون إبنه ، بل وكذا الحال في طلب سائر أفراد العائلة منه ذلك .

كما ينبغي تقييده بعدم قصد المأمور التبرع في عمله ، إذ معه لا يجوز له الرجوع عليه حتى وان لم يكن لكلام الأمر ظهور في المجانية باعتبار انه هو الذي قد اتلف ماله بداع من نفسه ومن غير قصد امتثال الأمر .

(٢) فهو في ذلك بمنزلة الوكيل ، ومرجع العمل فعلاً وتركاً إليه ، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه ، على ما تقتضيه السيرة القطعية.

ولو قيد الإداء بالإشهاد وادعى الإشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً (١) ولو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع (٢) نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه (٣) ، لان الغرض من الاشهاد العلم بمحصل الوفاء والمفروض بتحقيقه .

(تم كتاب للضمان)

(١) لما تقدم ، إذ لا فرق في تصديقه بين كون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيد بالأشهاد أو غيره، فان قوله حجة فيما يرجع أمره اليه ما لم يثبت خلافه .

(٢) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع .

(٣) الا انه بعيد غايته ، بل هو ممنوع ، فان الاشهاد لما كان قيداً للمأمور به - كما هو المفروض - لم يكن الأداء المطلق بمأمور به لا محالة ومن غير تأثير لما هو الداعي له على هذا التقييد، ومعه فكيف يجوز له الرجوع عليه .

والله ولي التوفيق

کتاب الحوائج

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة الى ذمة . والأولى أن يقال : إنها احالة المديون دايته الى غيره ، أو احالة المديون دينه من ذمته الى ذمة غيره . وعلى هذا فلا ينتقض فيه طرده بالضمان ، فانه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه الى ذمته ، الا أنه ليس فيه الأحالة المذكورة (١) خصوصاً إذالم يكن بسؤال من المضمون عنه . ويشترط فيها مضافاً الى البلوغ وللعقل والاختيار (٢)

(١) فان الفرق بينهما واضح ، فان المعاملة هنا إنما هي بين الدائن والمدين حيث أن الثاني ينقل ما في ذمته إلى ذمة غيره، بخلاف الضمان حيث تكون المعاملة بين الدائن والأجنبي ويستلزم نقل ما في ذمة الغير إلى ذمته .

(٢) وهذه هي الشروط العامة المعتبرة في جميع العقود وقد تقدم بيان ادلتها في مورده .

غير أن من غير الخفي ان هذه الشروط انما تعتبر فيمن يكون طرفاً للعقد خاصة ولا تعتبر في الأجنبي عنه .

ومن هنا فحيث ان الحوالة عقد قائم بين المحيل والمحتمل - الدائن

والمدين - فقط ، وأما المحال عليه - في فرض اشتغال ذمته - أجنبي عنها بالمرّة ، فلا وجه لاعتبار هذه الشرائط فيه - فإنه لا مانع من الحوالة على الصغير والمجنون ومن لم يرض بها ، إذ لمن يملك المال في ذمهم ان يملكه لغيره وينقله اليه كيف ما يشاء ببيع أو صلح أو حوالة أو غيرها ومن دون أن يكون لمن عليه الحق أي اعتراض في ذلك ، فإنه لا يعتبر رضاه به جزءاً باعتبار كونه اجنبياً عن المعاملة وعلى تقدير احتمال اعتباره - وان كان بعيداً جداً - فهو أمر خارجي لا محالة وليس من الرضا المعاملي في شيء كي يعتبر في صاحبه الشروط المذكورة .

نعم لو كانت الحوالة على البريء وجب توفر الشروط المذكورة - غير الفلاس - في المحال عليه أيضاً ، نظراً لكونها غير ملزمة بالنسبة اليه ، إذ المفروض ان المحيل لا يستحق عليه شيئاً ، ومن هنا فلا بد في صحتها من رضاه وقبوله لانتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمته .
وحيث انه لا عبرة برضى فاقد هذه الشروط . فان رضى الصغير كالعدم وعمده كالحظأ ، ولا أثر لقبول المجنون والمكروه ، وليس للسفيه إشغال ذمته بشيء من دون إذن وليه ، اعتبر في صحتها توفر الشروط لا محالة .

نعم لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلاس ، باعتبار اختصاص دليل الحجر عليه بالتصرف في أمواله الخارجية خاصة ، وعدم شموله لاشغال

وعدم السفه (١)

ذمته بشيء ، فان الدليل قاصر الشمول لمثله ، ولذا يصح اجارته لنفسه بل واستقراضه أيضاً .

فليس هو كالسفيه ، حيث يكون ممنوعاً من التصرف في ذمته واشغالها فضلاً عن أمواله الخارجية .

نعم لا يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين في امواله ، فانها وبحكم حجر الحاكم عليها تختص بالغرماء حين الحجر دون غيرهم ، بلا فرق في ذلك بين كون سبب الدين اختيارياً - كالاستقراض - أو قهرياً - كالأتلاف - .

والحاصل : ان اطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط في المحال عليه مما لا يمكن المساعدة عليه ، فانه ان كان مشغول الذمة للمحيل لم يعتبر فيه أي شرط على الأطلاق ، وان كان برىء الذمة بالنسبة اليه اعتبر فيه البلوغ والعقل والإختيار وعدم الحجر عليه للسفه خاصة .

(١) اما بالنسبة الى المحال عليه فقد عرفت الحال فيه .

واما بالنسبة الى المحيل نفسه ، فالظاهر انه كاعتبار عدم الحجر عليه لفلس لاوجه له فيما إذا كانت الحوالة على برىء الذمة .

اما عدم اعتبار عدم السفه فيه ، فلان السفيه انما هو ممنوع من التصرف في امواله واشغال ذمته بشيء ، ومن الواضح خروج المعاملة الموجبة لاسقاط ما ثبت في ذمته ، واشغال ذمة الغير به ، عنها معاً ، فلا

في للثلاثة من المحيل (١) والمحتال (٢)

تشمله دليل المنع .

واما عدم اعتبار عدم الفلوس فيه . فلاختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله خاصة وحيث ان المفروض براءة ذمة المحال عايه بالنسبة اليه وعدم ملكه لشيء في ذمته ، فلا تكون الحوالة عليه تصرفاً في ماله فانها ليست الا اشغالاً لذمة الغير بما ثبت في ذمته هو .
نعم لازم ذلك جواز الرجوع عليه بعد الأداء ، الا أن ذلك لا يضر شيئاً بعد ما عرفته من عدم مشاركته للغرماء في الأموال الموجودة حاله في ذلك حال الدين الجديد .

والحاصل : ان اعتبار هذه الشروط بأكملها في المحيل انما يتم في الحوالة على مشغول الذمة ، إذ ليس للصغير ولا المجنون ولا المكره ولا المحجور عليه لسفه أو فلس التصرف في أمواله الموجودة بالفعل ومنها دينه الثابت في ذمة المحال عليه .

وأما لو كانت الحوالة على البريء ، فلا يعتبر فيه سوى البلوغ والعقل والاختيار إذ لا أثر لعقد الصغير والمجنون والمكره ، دون عدم الحجر عليه لسفه أو فلس .

(١) على تفصيل عرفته .

(٢) بلا إشكال فيه ، إذ الحوالة نقل لدينه وماله الثابت في ذمة المحيل ، وهو تصرف فيه جزماً فتتوقف صحته على رضاه ويعتبر فيه

والمحال عليه (١) وعدم الحجر بالسفه (٢) في المحتال (٣)
والمحال عليه (٤) ، بل والمحيل ، الا إذا كانت الحوالة على
للبريء فانه لا بأس به (٥) فانه نظير الأقتراض منه - أمور - :
(أحدهما) : الايجاب والقبول ، على ما هو المشهور
بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة . فالايجاب من المحيل
والقبول من المحتال . وأما المحال عليه فليس من اركان
العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً ، فان
مجرد اشتراط الرضا لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة

توفر الشروط بأجمعها إذ لا أثر لرضى الصغير والمجنون والمكره وغير
الرشيد والفلس بالنسبة الى ماله الموجود بالفعل .

(١) على اشكال قد عرفت تفصيله .

(٢) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزماً ، والصحيح

الفلس - كما هو اوضح من أن يخفى - .

(٣) لما تقدم .

(٤) على إشكال بل منع - كما عرفته - ، فانه لا يعتبر فيه عدم

الحجر للفلس مطلقاً سواء أكان مشغول الذمة للمحيل أم لم يكن .

(٥) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله ،

والحوالة على البريء خارجة عنه .

ويحتمل أن يقال : يعتبر قبوله أيضاً (١) ، فيكون العقد مركباً من الايجاب والقبولين . وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في للعقود لللازمة من المواالات بين الايجاب والقبول ونحوها ، فلا تصح مع غيبية المحتال أو المحال عليه أو كليهما ،

(١) الا انه بعيد جداً ، فانه لا دليل عليه ، بل لا وجه له بالمره ، فانه خارج عن المعاقدة بالكلية ، فان العقد انما هو بين المحيل والمحتال خاصة ولا دور للمحال عليه فيه أصلاً .

فانه إذا كان مشغول الذمة للمحيل بالجنس الذي أحال غيره عليه ، فالأمر واضح ، فان أمر المال بيد مالكة - المحيل - وله نقله كيف ما يشاء وبأي سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبة أو غيرها من دون أن يكون لمن اشتغلت ذمته به حق في الاعتراض عليه . ومن هنا : فلا يعتبر رضاه فضلاً عن قبواه .

واما إذا كان بريء الذمة بالنسبة اليه أو كانت الحوالة بغير جنس الدين ، فيعتبر رضاه لا محالة ، إذ ليس للمحيل سلطنة على اشغال ذمة المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد فرض فراغها منه . الا أن اعتبار رضاه هذا ليس على حد جعله طرفاً للمعاقدة والايجاب والقبول ، بل غايته اعتباره في صحة العقد بمعنى عدم صحته بدونه كما هو الحال في العقد الفضولي ، ومن الواضح أنه لا يستلزم كونه طرفاً للعقد واحتياج الايجاب الواحد الى قبولين .

بأن أوقع الحوالة بالكتابة (١) . ولكن للذي يقوى عندي
كونها من الايقاع (٢)

ومنه يظهر ما في كلام صاحب الجواهر (قدّه) من عدم وجدان
القائل بتركب العقد من ايجاب وقبولين ، وان كان هو مقتضى ما تسمعه
من دليلهم .

إذ لم يظهر له وجه ، فان الدليل انما اقتضى توقف اشتغال ذمة
المحال عليه باصل المال أو الجنس المخصوص على رضاه وعدم صحته
من دونه واما كونه طرفاً للعقد فلم يدل عليه دليل على الاطلاق .
والحاصل : انه لا دليل على اعتبار القبول من المحال عليه وجعله
طرفاً للعقد إذ غاية دلالة اعتبار رضاه وهو لا يقتضي كونه طرفاً فيه .
ومن هنا : فلا يعتبر في رضاه ما يشترط في الايجاب والقبول
من الموالاة ونحوها .

(١) على اشكال ستعرته .

(٢) وفيه ما لا يخفى من فساد مبناه . فان النقل من ذمة الى
أخرى ليس وفاءً للدين على الاطلاق ، وانما هو تبديل لمكان الدين
وظرفه لا أكثر إذ الحمل ينتقل ما في ذمته للمحتمال الى ذمة المحال عليه .
ومنه يظهر الحال فيما ذكره (قدّه) من عد الوفاء بغير الجنس
من الايقاع ، فانه فاسد قطعاً ، لرجوعه الى تبديل المال الثابت في
ذمته بالمال الجديد ، والمعاوضة بين المالكين ، وهو من العقود جزماً .

غاية الأمر اعتبار للرضا من المحتال 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 ، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء . وهو
 لا يكون عقداً وان احتاج الى الرضا من الآخر ، كما في
 للوفاء بغير الجنس ، فانه يعتبر فيه رضا للداين ومع ذلك
 ايقاع ، ومن ذلك يظهر أن للضمان أيضاً من الايقاع ، فانه
 نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر
 في العقود اللازمة ، ويتحققان بالكتابة ونحوها (١) . بل

كما يظهر الحال في عده (قده) للضمان والوكالة من الأيقاع أيضاً .
 إذن : فالصحيح في المقام هو ما ذهب اليه المشهور من كون
 الحوالة عقداً بين المحيل والمحتال ، لكونها تبديلاً لما في ذمته للمحتال
 بماله في ذمة المحال عليه .

(١) إلا أن تحققها بها ونحوها لازم أعم لكونها ايقاعاً ، فانها
 يصحان بها حتى مع كونهما عقداً ، وذلك لتحقق ابراز الاعتبار
 النفساني بها .

بل يمكن الالتزام بصحتها بها مع عدم الموالاته أيضاً إذ لا دليل
 على اعتبارها ولاسيما فيما هو متعارف خارجاً من الحوالة بالرسائل ،
 فانه لو كان التزام المحيل باقياً الى حين وصول الرسالة الى المحتال

يمكن دعوى أن للوكالة أيضاً كذلك (١) - كما ان الجمالة كذلك - وان كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر .
الا ترى أنه لا فرق (٢) بين أن يقول : « أنت مأذون في بيع داري » أو قال : « أنت وكيل » ، مع أن الأول من الأيقاع قطعاً .

وقبوله الحوالة ، تحقق العقد وانضمام التزام الى التزام لدى العرف والعقلاء وحكم بصحته لا محالة .

إذن : فلا يمكن جعل تحققها بالكتابة ونحوها من آثار كونها من الأيقاعات لما عرفته من كون ذلك لازماً أعم لكونها من الأيقاعات وكونها من العقود .

(١) الا انها بعيدة غاية البعد ، فان الوكالة اعطاء سلطنة للغير وأقامته مقام نفسه ولا بد فيها من القبول . ومن هنا فهي من العقود قطعاً .

(٢) بل الفرق بينها ظاهر ، فان الأذن ترخيص محض ممن بيده الأمر في متعلقه من الأمور التكوينية كالأكل أو الاعتبارية كالبيع ، بخلاف الوكالة فانها سلطنة اعتبارية يمنحها الموكل إلى غيره ولا بد من قبوله كما ولا بد من تعلقها بالأمور الاعتبارية إذ لا معنى للتوكيل في الأمور التكوينية كالأكل والركوب وما شاكلها .

نعم يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل فيكون قبض الوكيل قبضاً للموكل ، وقد تعرضنا إليه في بعض المباحث السابقة أيضاً .

ثم أن الوكالة تفترق عن الأذن في جملة أمور : -
 منها : إرتفاع الوكالة بفسخ الوكيل ، فانها عقد جائز ويصح
 للوكيل فسخه ، فإذا فعل ذلك أصبح أجنبياً عن متعلقها . ويكون
 تصرفه فيه تصرفاً فضولياً لا يترتب عليه أثر بالنسبة الى الموكل .
 بخلاف الأذن حيث أنه غير قابل للرفع من قبل المأذون لعدم توقفه
 على قبوله .

ومن هنا فلو أذن له في شيء ورفض المأذون ذلك ثم بدا له
 القيام به كان له ذلك لكونه مأذوناً فيه بعد بقاء الأذن وعدم
 ارتفاعه بالرفض .

ثم أن الماتن (قده) وان لم يلتزم بهذا الفرق بين الوكالة والأذن
 عند تعرضه اليه في كتاب الوكالة من ملحقات العروة حيث اختار (قده)
 عدم بطلان الوكالة بعزل الوكيل نفسه معللاً ذلك بأنها من الايقاعات
 لا العقود ، الا أنه يكفيننا في الاشكال عليه عدم انسجام ذلك مع
 التزامه (قده) باعتبار رضا الوكيل ، إذ ان لازم كونها ايقاعاً
 والحكم بعدم انزال الوكيل بعزل نفسه ، الالتزام بعدم اعتبار رضاه
 في صحة الوكالة .

فالجمع بين الحكيمين في غير محله ولا يمكن المساعدة عليه .
 ومنها : ان الوكالة قد تكون لازمة بالعرض بحيث لا يكون للموكل
 رفع اليد عن توكيله ، كما إذا اخذت شرطاً في ضمن عقد لازم حيث

(الثاني) : التنجيز ، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف - كما هو ظاهر المشهور - . ولكن الأقوى عدم اعتباره (١) - كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين - .

تكون لازمة بتبع العقد باعتبار أنه إنما يكون لازماً بجميع شئونه وتوابعه ومنها الوكالة ، بخلاف الأذن حيث لا يمكن فرضه لازماً وغير قابل للرفع حتى ولو أخذ في ضمن عقد لازم ، فانه أمر تكويبي يرتفع برفعه من قبل الآذن وجداناً ، غاية الأمر ثبوت الخيار للمأذون في العقد الذي أخذ شرطاً في ضمنه نظراً لتخلف الشرط .

ومنها : نفوذ تصرف الوكيل حتى مع ظهور عزله عن الوكالة حين صدوره منه ما لم يبلغه الخبر - على ما دل عليه النص الصحيح - بخلاف تصرف المأذون بغير سلطنة اعتبارية بالوكالة ، حيث لا يكون تصرفه نافذاً فيما لو ثبت رجوع الآذن عن اذنه حين التصرف . إلى غير ذلك من الفروق .

إذن : فالقول بعدم الفرق بينهما مجازفة لا يمكن المساعدة عليها بوجه .

(١) تقدم الكلام منا في اعتبار التنجيز غير مرة في مباحث المكاسب وغيرها ، وقد عرفت فقدان الدليل اللفظي على اعتباره ، وانه انما ثبت بالأجماع عليه خاصة .

ومن هنا فلا بد في الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته ، ففي كل مورد تم الأجماع على اعتباره فهو ، والا فلا موجب للألتزام باعتباره

(الثالث) : الرضا من الخيل والمحتال بلا اشكال (١)
وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا الخيل فيما لو تبرع
المحال عليه بالوفاء ، بان قال للمحتال : « احلت بالدين
الذي لك على فلان على نفسي » ، وحينئذ فيشترط رضا
المحتال والمحال عليه دون الخيل . لا وجه له ، إذ المفروض
لا يكون من الحوالة بل هو من اللزمان (٢) . وكذا من
المحال عليه إذا كان بريئاً ، أو كانت الحوالة بغير جنس

حتى ولو كان ذلك مشهوراً ، إذ لا حجية للشهرة ولذا ألزمتنا بصحة
الوكالة المعلقة مستشهادين على عدم تحقق الأجماع على اعتبار التنجيز
فيها بتصريح المحقق القمي (قده) في جامع شتاته به .
وحيث أن الحوالة أيضاً كذلك ، إذا لم يتم الأجماع على اعتباره
فيها ، كما يشهد له عدم تعرض جملة من ذكره شرطاً في باقي العقود
له الى اعتباره فيها ، فلا موجب لاعتباره . ويكفي في ذلك الشك
في تحقق الأجماع .

(١) نظراً لكون الحوالة عقداً يقتضي انتقال الدين الثابت للمحتال
في ذمة الخيل الى ذمة المحال عليه ، فيتوقف على رضا طرفيه لا محالة .
(٢) فان الحوالة - وكما عرفتها - عقد بين الدائن والمدين ، في
حين ان هذا عقد بين الدائن والأجنبي فيكون ضماناً وان عبر عنه بالحوالة .

ما عليه (١) . وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٢)

(١) إذ لا سلطنة للمحيل على اشغال ذمة المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد ان كانت بريئة منه .

(٢) نسب الى المشهور القول باعتباره ، بل عن الاردبيلي (قده) دعوى عدم الخلاف فيه ، بل احتمال بعضهم كونه طرفاً للعقد - كما تقدم - .

لكنه - لو تم ما نسب الى المشهور - لا وجه له ، فإن المال ملك للمحيل وله نقله الى من شاء وبأي سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبة أو حوالة أو غيرها ومن غير أن يكون لمن عليه الحق الاعتراض عليه ، فإنه اجنبي عن المال وعليه أداءه الى مالكة :

نعم قد يعلل ذلك باختلاف الناس في الاقتضاء من حيث السهولة والصعوبة وحيث انه مما يؤثر مباشرة على المحال عليه فلا بد من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل الى ملك المحتال .

الا أنه واضح الاندفاع ، إذ لا يعتبر في صحة النقل تساوي الطرفين في الاقتضاء ولذا لم يذهب اليه أحد في بيع الدين على الأطلاق ، فإنه يصح سواء أرضي المدين أم لم يرض به ، سواء أكان المشتري سهلاً في الاقتضاء أم صعباً .

على أنه لو تم ما ذكر لكان لازمه تخصيص الحكم باعتبار رضا المحال عليه بما لو كان المحتال شديد المطالبة وصعباً في الاقتضاء ، كما

ولا يبعد التفصيل (١) بين أن يحول عليه بماله عليه ، بأن يقول : « أعطه من الحق الذي لي عليك » فلا يعتبر رضاه ، فانه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه (٢) وان كان

هو واضح .

(١) بل هو بعيد جداً ، بل لم يظهر له وجه محصل ، فانه لو أحاله عليه مقيداً بكونها غير ما يطلبه ، كما لو صرح بكونها اجنبية عما له في ذمته ، فلا إشكال في بقاء ذمة المحال عليه مشغولة بما كان للمحيل عليه أولاً ، فانه من الحوالة على البريء جزماً وخارج عن محل الكلام إذ المفروض الحوالة على المدين بوصف كونه مديناً وهذه حوالة على المدين مقيداً بعدم هذا الوصف .

وأما لو أحاله عليه بمثل ما عليه من الحق لكن من غير تقييد بكونها من الحق الذي له عليه أو عدمه ، فلا ينبغي الاشكال أيضاً في انطباقه على الفرد الذي له عليه قهراً وانتقال ملكية المال الى المحتال وبذلك فيكون حالها حال الحوالة المقيدة بكونها من الحق الذي عليه .

(٢) التعليل بكون المحال عليه بمنزلة الوكيل ، يعسد غريباً منه (قدّه) ولعله من سهو قلعه الشريف ، إذ المحال عليه - بعد تمامية الحوالة - انما يفى الدين عن نفسه ، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءة ذمة المحيل بالحوالة .

وهو لا ينسجم مع كونه وكيلاً فيه ، فان الوكيل انما يؤدي عن

بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراعة ذمة المحيل بمجرد الحوالة ، بخلاف ما إذا وكله (١) فان ذمة المحيل مشغولة الى حين الأداء . وبين أن يحوله عليه من غير نظر الى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء ، فيعتبر رضاه ، لان شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة (٢) وقد يعلل باختلاف للناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه . ولا يخفى ضعفه ، كيف ، والالزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه (٣) .

(الرابع) : أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل

غيره . في حين ان المحال عليه إنما يفى عن نفسه - كما هو واضح - على أنه لو كان وكيلا للزم اعتبار رضاه مطاقاً حتى بناءً على مختاره (قدّه) من كون الوكالة من الايقاعات ، وهذا يتنافى مع تصريحه (قدّه) بعدم اعتبار رضاه في هذه الصورة .

(١) إذا كان المراد من هذه الصورة - الأولى - التوكيل في الأداء فلا ينبغي الاشكال في عدم فراغ ذمة المحال عليه من الدين ، إلا أنه خارج عن محل الكلام فان الحوالة باب والوكالة باب آخر ، ولا يجوز الخلط بينهما .

(٢) لكنك قد عرفت الاشكال فيه وأن الانطباق حينئذ قهري .

(٣) مضافاً إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض

سواء كان مستقراً أو متزلزلاً (١) ، فلا تصح في غير
الثابت سواء وجد سببه كمال الجمالة قبل للعمل ومال السبق
والرماية قبل حصول للسبق ، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة
بما يستقرضه هذا هو المشهور . ولكن لا يبعد كفاية
حصول السبب كما ذكرنا في الضمان (٢)

صعوبة المختال في الاقتضاء .

(١) لتوقف صدق الحوالة ونقل الدين من ذمة إلى أخرى عليه ،
إذ المعدوم لا يقبل الانتقال الى وعاء آخر .

(٢) وقد تقدم الاشكال عليه هناك مفصلاً حيث قد عرفت ان
بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها ، إذ الضمان
الفعلي بمعنى إشتغال ذمة الضامن قبل اشتغال ذمة المضمون عنه أمر
غير معقول ، فان المعدوم لا يعقل إنتقاله الى ذمة الغير وانقلابه
موجوداً ، فما لا ثبوت له في ذمة المضمون عنه لا يمكن نقله الى ذمة
الضامن ليثبت فيها بالفعل .

والضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى انشاء انتقال المال من
ذمته الى ذمة الضامن في ظرفه وبعد ثبوته ، وان كان أمراً معقولاً
في حد ذاته ، إلا انه باطل لعدم تعارفه بين العقلاء مضافاً الى عدم
شمول أدلة الصحة له نظراً لظهورها في ترتب الأثر على العقد بالفعل
ومن حين الانشاء ، فلا تشمل العقود المقتضية لترتب الأثر عليها بعد

بل لا يبعد الصحة (١) فيما إذا قال : « اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد » فرضي ورضي زيد أيضاً ، لصدق الحوالة وشمول العمومات ، فتنفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقراض .

(الخامس) : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال ، فلا تصح الحوالة بالمجهول على

مرور فترة من وقوعها الا ما خرج بالدليل كالوصية .
وهذا الذي تقدم في الضمان يجري بعينه وحرفياً في الحوالة أيضاً فان الحوالة الفعلية بمعنى انتقال الدين بالفعل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه أمر غير معقول لاستحالة انتقال المعلوم والحوالة على نحو الواجب المشروط وان كان أمراً معقولاً الا إنها محكومة بالبطلان لعدم شمول ادلة الصحة لها .

إذن : فما ذكره (قده) من كفاية حصول السبب للدين في صحة الحوالة قبل ثبوته في الذمة بعيد غاية ولا يمكن المساعدة عليه بوجه .
والصحيح ما ذهب اليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل في صحتها من غير فرق بين كونه مستقراً أو متزلزلاً .

(١) بل هي بعيدة غاية البعد لما عرفت في سابقه ، فانه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم العقولية على تقدير والبطلان على تقدير آخر .

المشهور للغرر . ويمكن أن يقال بصحته إذا كان أثلاً إلى العلم (١) كما إذا كان ثابتاً في دفتره ، على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين ، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن (٢) بل وكذا لو قال : « كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان » (٣) .

نعم لو كان مبهماً كما إذا قال : « أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان » بطل (٤) ، وكذا لو قال : « خذ شيئاً من دينك من فلان » . هذا ولو أحال الدينين

(١) إذ لا دليل على اعتبار نفي الغرر مطلقاً وفي جميع الموارد، فان الثابت اعتباره في خصوص البيع وقد الحق به الاصحاب الاجارة وما شاكلها من العقود .

على أنه لا غرر في المقام فان الحوالة ليست الا تبديلاً لمكان الدين ونقله من ذمة المحيل على واقعه الى ذمة المحال عليه ، وهو لا يستلزم خطراً على أحد طرفي العقد ، فان المحتال سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل وينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه .

(٢) لما تقدم .

(٣) لما تقدم أيضاً .

(٤) إذ المراد والمبهم مما لا واقع له حتى في علم الله تبارك وتعالى

على نحو الواجب التخيري أمكن الحكم بصحته (١) لعدم الإبهام فيه حينئذ .

وما هو كذلك لا يقبل النقل من ذمته الى ذمة غيره ، إذ الثابت في الذمة أمر معين غير مردد .

(١) لما إذا تساوى الدينان كما وكيفاً ، كما لو كان المحيل مديناً لزيد بعشرة دنانير عن ثمن مبيع إشتهر منه وبعشرة أخرى عن دين استقرضه منه فأحاله على عمرو بعشرة دنانير خاصة ، فإنها محكمة بالصحة جزماً حيث لا خصوصية في الدين من حيث سببه وأنه بسبب القرض أو الشراء فتكون الحوالة متعلقة بالجامع قهراً .

وبعبارة أخرى : ان الحوالة في هذا القرض متعلقة بالمعين دون المردد ، فإنها أحالة للمحتال على المحال عليه بنصف ماله عليه - المحيل - .
وأما إذا اختلف الدينان فالقروض عين فرض الدين مبهماً ومجهولاً وليس هو شيئاً آخر في قبالة ، فانه مبهم ومردد ولا واقع له حتى في علم الله عز وجل ، ومعها فلا وجه للحكم بصحتها .

والحاصل : ان استثناء الحوالة على نحو الواجب التخيري مع الحكم بطلان الحوالة بالدين المبهم في غير محله ولا يمكن المساعدة عليه ، فإنها مع تساوي الدينين خارجة تخصصاً لكونها حوالة بالمعين وان جهل سببه ، ومع عدم التساوي عين الحوالة بالمجهول بحسب الواقع .

(السادس) : تساوي المالمين - أي المحال به والمحال عليه - جنساً ونوعاً ووصفاً ، على ما ذكره جماعة ، خلافاً لآخرين . وهذا العنوان وان كان عاماً الا أن مرادهم - بقرينة التعليل بقولهم : تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به ، إذ لا يجب عليه أن يدفع الامثل ماعليه - 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 ، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير (١) أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم (٢) ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن . فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس . والوجه في عدم الصحة : ما أشير اليه من أنه

(١) فإنها محكومة بالصحة قطعاً بعد رضى كل من المحتال والمحال عليه بها • فإنها ترجع الى مبادلة بين الدائن - المحتال - والمدين - المحيل أولاً بتبديل ما في ذمته للمحال ، بالجنس الجديد ثم احالته به على المحال عليه البريء ، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها ، إذ لا منافاة فيها للسلطنة المحتال أو المحال عليه بالمرّة كما هو واضح .

(٢) فترجع الى المعاوضة بين المحيل والمحال عليه بتبديل مال للأول

لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه . وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة .

ولا إطلاق في خصوص الباب ، ولا سيرة كاشفة ، والعمومات منصرفة الى العقود المتعارفة . ووجه الصحة : أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به . وهذا هو الأقوى (١) . ثم لا يخفى أن الاشكال إنما هو فيما إذا قال : « إعط مما لي عليك من الدنانير دراهم » بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه . وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه ، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء ، بأن يدفع الدنانير ، وحينئذٍ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم ، وتشتغل ذمة المحال عليه بها ، وتبقى

على الثاني بالجنس الجديد الذي للمحتال على المحيل أولاً ثم أحالة المحتال بذلك عليه فتكون الحوالة بالجنس الذي له عليه لا معالة .

(١) فيما إذا رضي المحال عليه بها ، إذ انها ترجع حينئذٍ الى معاملة معاوضة بين المحيل والمحال عليه بتبديل ماله عليه بالجنس الجديد ثم أحالة المحتال عليه .

وهي محكومة بالصحة جزماً ، الا إنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قدّه) فانه وبعد ثبوت الجنس الجديد بالمعاملة الجديدة

ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير ، وتشتغل ذمة الحميل له بالدرهم ، فيتحاسبان بعد ذلك ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى ، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً (١) وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا 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 بين أن يكون عيناً في الذمة أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة (٢)

في ذمة المحال عليه بدلاً عن الذي كان ثابتاً عليه ، تكون الحوالة به حوالة بالجنس لا محالة .

وأما لو لم يرض المحال عليه بها ، فلا مقتضى للحكم بصحتها ، إذ لا موجب لالتزام المدين بغير ما هو مشغول الذمة به .
 إذن فالصحيح هو التفصيل بين رضا المحال عليه بها فتصح ، وعدمه فيحكم ببطالها .

(١) فإنها معاملة مستقلة عن الدين الثابت في ذمة المحال عليه ، فتكون من قبيل الحوالة على البريء تصح مع رضی المحال عليه بها .
 (٢) للقواعد العامة المقتضية للصحة مضافاً إلى اطلاق جملة من نصوص الباب حيث لم يرد في شيء منها تقييد المحال به بكونه عيناً في الذمة ، فإن الأجر لما كان مدينياً بالعمل أو المنفعة للمستأجر كان

ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة (١) ،
سواء أكانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها (٢)
وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد
والثوب (٣) والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ،
ضعيف ، والجهالة مرتفعة بالوصف الراجع لها (٤) .

له نقله إلى ذمة الغير بالحوالة وجعل ذمة الغير هي مشغولة به .
(١) فان جميع ذلك وان لم يكن مذكوراً في النصوص ، إلا أنه
يكفيها في الحكم بصحتها كونها على القاعدة فتشملها العمومات .
(٢) غاية الأمر اعتبار رضى الحال عليه في الأول كما عرفت .
(٣) لما تقدم من العمومات واقتضاء بعض الأدلة الخاصة له .
(٤) إذ لا ملازمة بين الجهالة في القيميات وبين الأبهام الموجب
للبطلان ، فانه يمكن رفع الأبهام بتعيين الحال به القيمي بالأوصاف .
ولولا ذلك لما أمكن تصحيح بيعه أيضاً فان مالا تعين له في الواقع
لا يقبل جعله عوضاً أو معوضاً ونقله إلى الغير ، وإنما صح ذلك
لأرتفاع الأبهام بذكر المواصفات المميزة له عن غيره .
ومن هنا : فاذا صح بيعه واشتغلت ذمة البائع به صح نقله إلى
ذمة الغير بالحوالة لنفس الملاك فيكون الحال عليه كأنه هو البائع في
اشتغال ذمته به للمحتمال .

نعم لو كانت الجهالة موجبة للأبهام المطلق بحيث لا يكون للمحال

(مسألة ٢) : إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل (١) وان لم يبرئه المحتال (٢) . والقول بالتوقف على ابرائه ، ضعيف (٣) . والخبر (٤) الدال على تقييد عدم الرجوع

به تعيين حتى في الواقع وعلم الله تبارك وتعالى ، تعيين الحكم ببطلانها لا محالة لعدم شمول ادلة الأمضاء له وعدم معقولية الحكم باشتغال الذمة بما لا تعين له في الواقع .

(١) لان مقتضاها نقل الدين عن ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه - كما عرفت في معنى الحوالة - وهو يعني فراغ ذمة المحيل منه واشتغال ذمة المحال عليه به ، ومعه فائبات اشتغال الذمة للمحيل ثانياً بعد فراغها من الدين يحتاج الى الدليل لعدم السلطنة للمحتال عليه وهو مفقود .

(٢) إذ لا حاجة اليه بعد تحقق البراءة من دونه ، فاعتباره لا يرجع الا الى تحصيل الحاصل .

(٣) لما تقدم .

(٤) وهي معتبرة زرارة عن أحدهما (ع) (في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال : برئت مما لي عليك ، فقال : إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله) (١) .

(١) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان ، ح ٢ .

على المحيل بالأبراء من المحتال ، المراد منه القبول ، لأعتبرها بعده أيضاً . وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل للدين الى ذمته وتبرأ ذمة . المحال عليه للمحيل ان كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به ، وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على برىء أو كانت بغير المثل ، ويتمحاسبان بعد ذلك .

وهي معتبرة سنداً وواضحة دلالة ، الا أنها معارضة بما دل على عدم الاعتبار .

ففي صحيحة أبي أيوب أنه سأل أبا عبد الله (ع) : (عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك) (١) .

ونحوها صحيحة منصور بن حازم (٢) .

وفي رواية عقبة بن جعفر عن أبي الحسن (ع) قال : (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا إحتال ورضى ؟ قال لا) (٣) .

والعمدة في المعارضة هي الصحيحتان الأوليان - وإلا فالرواية الأخيرة لا تعدو كونها مؤيدة لضعف سندها - حيث دلنا على انحصار

- (١) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان ، ح ١ .
- (٢) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان ، ح ٣ .
- (٣) الوسائل : ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان ، ح ٤ .

حق الرجوع على المحيل بفرض الافلاس - كما يظهر ذلك من قوله (خ) (أبدأ) . فتعارضان مع معتبرة زرارة الدالة صريحا على جواز الرجوع قبل الأبراء . وعندئذ يكون التقدم معها لرجحانها عليها بموافقتها للكتاب العزيز حيث أن مقتضى عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللزوم وعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً :

على إننا لو غرضنا عن صحیحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم، لم يكن مجال العمل بمعتبرة زرارة في حد نفسها والقول باعتبار الأبراء في تحقق براءة ذمة المحيل، فان هذه المعتبرة متضمنة لما لا يمكن الالتزام به ولا بد من رد علمها الى أهله .

وذلك فلأن الحوالة إما أن تكون في نفسها وقبل الأبراء من المحتال صحیحة وموجبة لنقل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . وإما ان تكون فاسدة غير مؤثرة في النقل والانتقال .

فعلى الأول : فاعتبار الأبراء من تحصيل الحاصل لتحقيق البراءة بحسب الفرض قبله ، فان الدين إذا انتقل عن ذمة المحيل برئت ذمته لا محالة والا لما كان الدين منتقلاً .

وعلى الثاني : فالأبراء وان كان موجبا لبراءة ذمة المحيل حينئذ كما هو واضح لعدم تحققها قبله ، إلا ان معه لا وجه لرجوع المحتال على المحال عليه ، نظراً لعدم انتقال المال الى ذمته وعدم اشتغالها به له . فالجمع بين الحكمين - جواز رجوع المحتال عليه بموجب الحوالة

واعتبار ابراءه في براءة ذمة المحيل - جمع بين المتنافيين ولا يمكن المساعدة عليه .

وبعبارة أخرى : ان الأبراء الذي هو بمعنى اسقاط المحتمل للدين الثابت في ذمة المحيل إما ان يكون بعوض وبأزاء اشتغال ذمة المحال عليه به وإما أن يكون مجازاً .

فعلى الأول : فهو عين القبول وليس شيئاً في قبالة ، فان قبول المحتمل للحوالة انما يعني موافقته على ما انشأه المحيل من براءة ذمته واشتغال ذمة المحال عليه .

ومما يساعد على ارادة هذا المعنى من الإبراء انه لم تذكر في الرواية قبولاً للمحتمل بغير هذا العنوان - الإبراء - .

وعلى الثاني : فان كانت الحوالة هذه محكمة بالصحة وانتقال ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فلا موضوع للأبراء المجاني لعدم اشتغال ذمة المحيل حينئذٍ بشيء .

وان لم تكن كذلك فالإبراء وان كان صحيحاً وفي محله ، الا أنه لا وجه لرجوع المحتمل على المحال عليه لأخذ المال منه ، إذ المفروض عدم انتقال المال الى ذمته وعدم اشتغالها بشيء له .

ومن هنا فاما ان يقال بسقوط المتبصرة أو تحمل على بعض المحامل وان كان بعيداً .

ثم أن العبرة في رجوع المحتمل على المحيل انها هو بافلاس المحال عليه

(مسألة ٣) : لا يجب على المحتال قبول الحوالة وان كانت على ملي (١) .
(مسألة ٤) : الحوالة لازمة (٢) ، فلا يجوز فسخها بالنسبة الى كل من الثلاثة . نعم لو كانت على معسر مع

حين الحوالة ، وهذا وان لم يذكر في صحيحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم بل ان ظاهرهما قد يوهم كون العبرة بافلاس المحيل نفسه ، إلا انه لا يحصى عن الحمل عليه لقيام القرينة على كون المراد ما ذكرناه وفهمه الاصحاب إذ لا دخل لافلاس المحيل حين الحوالة في جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماماً فان القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذٍ أولى منه فيه إذا كان غنياً .

(١) بلا خلاف فيه : والوجه فيه واضح ، إذ الحوالة معاملة معاوضة تقتضي تبديل مال المحتال الثابت في ذمة المحيل بمال غيره في ذمة المحال عليه ، فان المحتال انما يرفع اليد عن ماله الأول بازاء اشتغال ذمة المحال عليه بمثله .

ومن هنا فلا يلزم بقبولها فانه غير مجبور على اجراء المعاملة على ماله كما هو الحال في سائر المعاوضات .

(٢) على ما تقتضيه اصالة اللزوم وعمومات صحة العقد ذاته ، مضافاً إلى بعض النصوص المتقدمة حيث حكم (ع) بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل بعد تمامية الحوالة .

جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل (١) والمراد من الأعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين . وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم ولا يعتبر فيه كونه محجوراً (٢) . والمناطق الاعسار والاياسار حال الحوالة وتاميتها (٣) ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٤)

(١) على ما دلت عليه صحيحتنا أبي أيوب ومنصور بن حازم المتقدمان حيث قيد (ع) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً بعدم ظهور الافلاس قبل ذلك .

(٢) لاطلاقات الأدلة حيث أن مقتضاها كون العبرة في الحكم بنفس الافلاس مع قطع النظر عن الحجر عليه لذلك وعدمه .

(٣) لاطلاقات وعمومات أدلة اللزوم ، بل وتقييده (ع) للأفلاس في المعبرتين السابقتين بقبل الحوالة ، فاننا وان لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف الا إننا ذكرنا في محله أن أخذ الوصف في الحكم يدل على عدم ثبوته للطبيعي ، والا لكان ذكره لغواً محضاً .
وتؤيده رواية عقبة بن جعفر المتقدمة الصريحة في عدم جواز الرجوع في فرض تغير الحال بعد الحوالة .

الا إنها ضعيفة السند بعقبة بن جعفر لكونه مجهول الحال ولم ترد له في مجموع الكتب الأربعة ولا رواية واحدة غير هذه .

(٤) خلافاً لما ذهب اليه بعض بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن

ومع إمكان الاقتراض وللبناء عليه يسقط الخيار ، للأنصراف
على إشكال (١) . وكذا مع وجود المتبرع .

في رفع اليد عن اطلاقات وعمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب والسنة .
فان هذا لو تم - ولنا فيه كلام طويل ذكرناه في مباحث الخيارات -
فهو انما يتم فيما لو لم يكن لدليل الخيار اطلاق ، والا تقدم اطلاق
دليل الخيار على عمومات اللزوم وإطلاقاته قطعاً .

وحيث أن المقام من قبيل الثاني ، فان دليل الخيار فيه - أعني
قوله (ع) : الا أن يكون قد افلس قبل ذلك - مطلق وغير مقيد
بزمان معين ، فلا وجه للرجوع الى ادلة اللزوم والقول بفورية الخيار .
(١) قوي جداً ، ووجهه ظاهر ، فان الانصراف انما يوجب رفع
اليد عن الحكم في غير المنصرف اليه فيما إذا كان الكلام مجملاً أوله
ظهور عرفي في المنصرف اليه ، والا - بان كان الكلام مطلقاً وغير
ظاهر في المنصرف اليه - فالتمسك بالانصراف لا يعدو الاستحسان
العقلي المحض .

وحيث أن الاطلاق في المقام ثابت فان مقتضى قوله (ع) :
(الا إذا كان قد افلس قبل ذلك) كون افلاس المحال عليه حين
الحوالة موجباً لتخير المحتال سواء تمكن بعد ذلك أم لا ، فالتمسك
بالانصراف للحكم بعدم ثبوت الخيار عند التمكن من الاداء بوجه بعد
الافلاس حين العقد من التمسك بالاستحسان لا الانصراف .

(مسألة ٥) : الأوقى جواز الحوالة على البريء (١)
ولا يكون داخلاً في الضمان (٢) .

(١) وتقتضيه مضافاً إلى كونها من المعاملات المتعارفة بين العقلاء خارجاً ولا سيما بين الأقرباء حيث يحيل الابن دائنه على أبيه أو أخيه ولم يرد ردع عنها من الشارع المقدس ، إطلاقات وعمومات أدلة الصحة فإنها عقد من العقود يقتضي تبديل ما في ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه .

بما ويمكن دعوى شمول النصوص الواردة في الباب لها أيضاً حيث لم يرد في جملة منها ذكر كون المحال عليه مديناً للمحيل .
نعم يعتبر في صحتها رضی المحال عليه جزماً لعدم سلطنة المحيل على اشغال ذمته - كما تقدم - .

(٢) وان توهمه المحقق (قدّه) في الشرائع ، وذلك لافتراقهما في طرفي العقد فان الضمان عقد بين الدائن والأجنبي - المضمون له والمضمون عنه - في حين أن الحوالة عقد بين الدائن والمدين - المحيل والمحتمل - وليس المحال عليه طرفاً فيه وان اعتبر رضاه في بعض الصور .

وتظهر الثمرة في جملة من الموارد منها ما لو كان المحيل فاقداً لأهلية العقد كما لو كان صغيراً أو مجنوناً ، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر في المحيل أهليته للعقد في حين تصح على مختار المحقق

(مسألة ٦) : يجوز اشتراط خيار للفسخ لكل من
للثلاثة (١) .

(مسألة ٧) : يجوز الدور في الحوالة (٢) وكذا يجوز
الترامي (٣) بتعدد المحال واتحاد المحتمل (٤) ، أو بتعدد

(قد ه) حيث لا تعتبر في المضمون عنه اهليته له :

(١) بلا خلاف فيه ، فان عقد الحوالة وان كان لازماً على ما
نقتضيه أصالة اللزوم في العقود إلا ما خرج بالدليل ، إلا أن اللزوم
فيه حتمي لا حكمي كما هو الحال في النكاح حيث ثبت عدم ارتفاعه
إلا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصة .

ومن هنا فلما كان للمتعاقدين رفع اليد عنها بعد ثبوتها كان لهما
اشتراط ذلك في ضمن العقد ، وإذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما
أيضاً فان الحق لا يعدوهما ولهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه .

(٢) لاطلاقات أدلتها ، فانها غير قاصرة الشمول لحوالة المحال
عليه المال ثانياً على المحيل ، ولا خصوصية فيها للحوالة الأولى أو غيرها .
(٣) بلا إشكال فيه ، لما تقدم :

(٤) بان يحيل المحال عليه الأول المحتمل على غيره ويجعله ذلك
الغير على غيره أيضاً وهكذا ، حيث يبقى المحتمل هو المحتمل الاول
ويكون التعدد في المحال عليه خاصة .

المحتال واتحاد المحال عليه (١) .
(مسألة ٨) : لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت
ذمته (٢) . وكذا لو ضمن عنه ضامن (٣) برضا المحتال (٤)
وكذا لو تبرع المحيل عنه (٥) ،
(مسألة ٩) : لو احوال عليه فقبل وأدى ثم طالب
المحيل بما اداه ، فأدعي أنه كان له عليه مال وأنكر المحال
عليه ، فالقول قوله مع عدم البينة (٦) فيحلف على
براءته ويطالب عوض ما أداه ، لأصالة البراءة (٧) من
شغل ذمته للمحيل . ودعوى : أن الأصل أيضاً عدم

(١) بان يحيل المحتال غيره على المحال عليه ويحيل ذلك الغير
- المحتال الثاني - غيره عليه وهكذا . فيكون التعدد في المحتال دون
المحال عليه .

(٢) لما ثبت بالضرورة القطعية من جواز أداء دين الغير من غير
توقف على رضاه .

(٣) لعموم أدلة الضمان له .

(٤) لما تقدم في كتاب الضمان من اعتبار رضا المضمون له .

(٥) لما تقدم من جواز أداء دين الغير ، فانه لا خصوصية لكون

المؤدي هو المحيل أو غيره .

(٦) على ما تقتضيه قواعد القضاء .

(٧) بل لأستصحاب عدم شغل ذمته ، فانه أصل موضوعي حاكم

اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء . مدفوعة : بان الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه (١) وبعده جريان اصالة براءة ذمته (٢) 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 ، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل . ودعوى : أن تقديم قول مدعي الصحة انها هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين ، وهما في الحوالة المحيل والمحتمل ،

على اصالة البراءة قطعاً ، فان المحال عليه لم يكن في زمان مشغول الذمة للمحيل جزماً ، فاذا شككنا في اشتغال ذمته له بعد ذلك كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها وبه يتحقق موضوع الضمان اعني ادائه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل .

(١) إذا لو كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل لكانت ذمة المحيل بريئة قطعاً لحصول التهاثر بين ما في الذمتين قهراً ، وهذا بخلاف ما لو كانت ذمته بريئة له فان اداء الحوالة من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمة المحيل بمثله له .

(٢) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته ، فيثبت موضوع الضمان اعني ادائه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل .

واما المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها .
مدفوعة : - أولاً - بمنع عدم كونه طرفاً ، فان الحوالة
مركبة من ايجاب وقبولين (١) .
- وثانياً - يكفي اعتبار رضاه في الصحة (٢) في جعل
اعترافه بتحقيق المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة .
نعم لو لم يعترف بالحوالة ، بل ادعى انه أذن له في أداء
دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته (٣) فبأذنه
في أداء دينه له مطالبة عوضه ، ولم يتحقق هنا حوالة حتى
تحمّل على الصحة وإن تحقق بالنسبة الى المحيل والمحتال
لاعترافهما بها .

(١) وفيه انه مناف لما ذكره (قده) في الشرط الأول صريحاً
من كون الحوالة ايقاعاً لا عقداً :
(٢) وهو مناف أيضاً لما تقدم في الشرط الثالث من عدم اعتبار
رضا المحال عليه في صحة الحوالة ، باعتبار كونه أجنبياً عن المال بالمرّة
وانما أمره بيد مالكة المحيل فله نقله كيفما شاء بالحوالة أو البيع أو
غيرهما من الأسباب .

(٣) أقول : لا يخفى انه بناءً على جريان اصالة الصحة في امثال
المقام فكما انه لا فرق بين كون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو
الأجنبي فانه يحمل العقد على الصحيح ويترتب عليه أثره حتى مع عدم

وجود الدعوى خارجاً بالمرّة ، كما لو شك الأجنبي في صحته رأساً
لا فرق بين اعتراف المحال عليه بالحوالة وعدمه ، إذ العبرة في جريانها
إنما هي بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به .
وعليه : فلو ثبتت الحوالة في مورد النزاع بالوجدان أو البينة
الشرعية جرت أصالة الصحة - بناءً على تسليم جريانها في امثال
المقام - سواء اعترف المحال عليه بالحوالة أم لم يعترف .
الا أن الذي يهون الخطب أن أصالة الصحة غير جارية في امثال
المقام أصلاً ، وذلك لما ذكرناه في مبحث أصالة الصحة من المباحث
الأصولية ، أنها لما لم تكن ثابتة بدليل لفظي وأنا الدليل عليها هي
السيرة العقلائية القطعية المتصلة بزمان المعصوم (ع) من غير ردع
حيث جرت عاداتهم على الحكم بصحة العقد المشكوك صحته نظير قاعدة الفراغ
الجارية في عمل الشخص نفسه ، فإنها متحدتان من حيث المدلول
تماماً وأنا الفارق بينهما اختصاص الأولى بعمل الغير والثانية بعمل الشخص
نفسه ، كان اللازم الأقتصار فيها على القدر المتيقن وهو خصوص
فرض الشك في صحة العمل المستكمل لجميع الأركان والمقومات من
جهة الشك في توفر بعض الشروط أو مزاحمة بعض الموانع الشرعية .
فإن هذا الفرض هو المورد المتيقن من بناء العقلاء على الصحة
فيه ، والا فلو كان الشك في صحة العمل ناشئاً من الشك في تحقق
أركان العقد ومقوماته فلم يثبت من العقلاء بناء على التمسك بهذا

الأصل فيه كما لو باع زيد دار عمرو بادعاء الوكالة عنه ، فإنه لا يمكن الحكم بصحته تمسكاً بالأصل ، للشك في سلطنته على البيع ، بل لا بد له من اثبات الوكالة والسلطنة على هذا التصرف في الحكم بالصحة . نعم لو كانت الدار تحت يده بحيث كان ذا يد بالنسبة إليها ، حكمنا بصحة بيعه باعتبار حجبية قول ذي اليد :

وكذا الحال لو ادعى أحد المتعاقدين كون الثمن مما لا مالية له شرعاً كالخمر ، فإنه لا يمكن اثبات صحة العقد والزام مدعي البطلان بما يقوله الآخر لأصالة الصحة ، لأنها لا تجري في موارد الشك في تحقق أركان العقد وما يتوقف عليه عنوانه .

وحيث ان مقامنا من هذا القبيل ، باعتبار أن الشك في صحة الحوالة انها هو من جهة الشك في سلطنة المحيل لأحالة الدين على غيره فلا يمكن التمسك باصالة الصحة والحكم ببراءة ذمة المحيل واشتغال ذمة المحال عليه له .

والحاصل : ان اشتغال ذمة الغير - المحال عليه - لما كان من قوام الحوالة - بناءً على عدم صحة الحوالة على البريء - فلا يمكن التمسك - في مورد الشك فيه - باصالة الصحة لاثبات صحة العقد واشتغال ذمة الغير بالمال .

ثم ان هذا كله لا يعني المخالفة في أصل الحكم ، فان ما ذكره الماتن (قده) من أخذ المحال عليه باعترافه صحيح ولا غبار عليه ،

إلا ان ذلك لا لما أفاده من التمسك بأصالة الصحة ، فانك قد عرفت عدم جريانها في أمثال المقام ، بل لحجية الظهورات اللفظية في مداليلها الالتزامية ، فان الاعتراف بالحوالة لما كان مدلولاً لفظياً كان حجة في لازمه اعني اشتغال ذمته بالمال للمحيل .

وتوضيحه : انا قد ذكرنا في مبحث الأصول المثبتة من الاستصحاب ، أن المشهور بين الاصحاب وان كان هو التفصيل في حجية اللوازم بين الإمارات والأصول بالالتزام في الأولى بالحجية دون الثانية ، إلا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه واثباته بدليل ، إذ أن حال الامارات حال الاصول في اقتصار حدود التعبد الشرعي بالنسبة الى ثبوت نفس الموضوع دون لوازمه .

ولذا لا يصح الاعتماد في دخول الوقت على تجاوز الشمس عن الجهة التي يظن كونها القبلة عند الجهل بها ، والحال أن الظن حجة شرعية بالنسبة اليه بالقياس الى تحديد نفس القبلة جزماً .

وبعبارة اخرى : ان الامارة كالأصل لا يترتب عليها الا إثبات الموضوع الذي قامت عليه وجرت فيه، وبذلك تثبت الصغرى لكبرى الحكم الثابت لذلك العنوان .

فلو شككنا في خمرية مايع وقامت الامارة على خمريته أو تمسكنا لاثباتها باستصحاب الحالة السابقة ، تثبت بذلك الصغرى لكبرى : (وكل خمر حرام) خاصة ومن غير تعرض لشيء من اللوازم على

كلا التقديرين .

نعم يستثنى من ذلك ما لو كانت الأمانة من قبيل الاخبار - سواء في ذلك اللفظ وغيره - كالبينة وقول ذي اليد بل مطلق الثقة - على القول بحجيته - ، فانه يلتزم فيها بثبوت اللوازم وحجيتها بلا اشكال فيه . وذلك : لما ذكرناه في محله من عدم اختصاص دليل حجية البينة أو قول ذي اليد أو مطلق الثقة بالدلالات المطابقة ، فانه كما يشمل المدليل المطابقة يشمل المدليل الالتزامية أيضاً ، فاذا أخبرت البينة عن جهة القبلة - مثلاً - كان ذلك بعينه اخباراً عن دخول الوقت عند تجاوز الشمس عن تلك الجهة ، إذ الاخبار عن الملزوم اخبار عن اللازم قهراً ولا محالة .

ومن هنا فلو اعترف المحال عليه بالحوالة كان ذلك اعترافاً منه باشتغال ذمته للمحيل لا محالة ، إذ الظاهر الاعتراف بالحوالة الواقعية لا الصورية المحضه - كما هو الحال في سائر موارد الاعتراف - والمفروض انها لا تصح الا عن مشغول الذمة للمحيل .

لكن اثبات المدعى بهذا الطريق انما يتم في الجملة لا مطلقاً ، فانه انما يصح فيما إذا كان المخبر ملتفتاً الى الملازمة ، فانه حينئذ يصح أن يقال ان اخباره عن الملزوم لإخبار عن اللازم بعينه .

وأما إذا لم يكن المخبر ملتفتاً إلى الملازمة أو كان معتمداً لعدمها لم يصح دعوى كون اخباره عن الملزوم اخباراً عن اللازم ، فان

الاخبار من الأمور القصدية فلا يتحقق مع الغفلة وعدم الالتفات اليه .
 وما يدل على ما ذكرناه مضافاً الى وضوحه في نفسه ، اتفاقهم
 على عدم الحكم على منكر ضروري من ضروريات الدين بالكفر اذا
 لم يكن المنكر عالمياً بكونه من الضروريات وان انكاره يستلزم تكذيب
 النبي (ص) فضلاً عما لو كان معتقداً لعلمه .

إذن : فتقديم قول الخيل في المقام والزام المحال عليه باعترافه
 انما يتم فيما إذا كان المحال عليه ملتفتاً إلى الملازمة بين الحوالة واشتغال
 ذمته بالمال ، والا فلا وجه لجعل اعترافه بها اعترافاً باشتغال ذمته .
 وكيف كان : فالصحيح في وجه حجية المثبتات في باب الألفاظ
 خاصة هو التمسك بحجية الظهورات في الدلالات الالتزامية على حد
 حجيتها في الدلالات المطابقة للسيرة العقلانية القطعية ، فلو أخبرت
 البينة عن شرب زيد من الماء المعين مع عدم التفاتها الى كفره أو
 اعتقادها إسلامه ، كفى ذلك الاخبار في حكمنا بنجاسة ذلك الماء
 لعلمنا بكفره إذ البينة حجة في المدلول الالتزامي على حد حجيتها في
 المدلول المطابقي .

وعلى هذا الاساس فيدخل المقام تحت حجية الظهورات اللفظية
 - الثابتة ببناء العقلاء - في المداليل المطابقة والالتزامية لا حجية الاخبار .
 وتفصيل الكلام في مبحث الأصل المثبت من المباحث الاصولية
 فراجع .

(مسألة ١٠) : قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا : « لو أحال عليه فقبل وأدى » فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء ، أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض الا بعد الأداء فقبله وان حصل الوفاء بالنسبة الى المحيل والمحتمل ، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء الا بعد الأداء . والأقوى حصول الشغل بالنسبة الى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (١) .

(١) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور من توقف الشغل على الأداء . وتفصيل الكلام في المقام :-
ان الحوالة قد تكون على مشغول الذمة بمثل ما أحيل عليه ، وقد تكون على البريء .

ففي الأول لا إشكال ولا خلاف في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال وانتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه بمجرد الحوالة كما لا اشكال في براءة ذمة المحال عليه للمحيل بمجرد ما ، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه لانتقال ما كان له في ذمته الى ملكية المحال . وبعبارة أخرى : ان الدين لما كان ديناً واحداً غير متعدد ، لم يمكن فرض المحال عليه مدينياً للمحيل والمحال معاً ، بل هو مدين لأحدهما خاصة على النحو الذي ذكرناه اعني للمحيل قبل الحوالة

إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة الى دين المحيل بمجرد

وللمحال بعدها .

وفي الثاني فان رفض المحال عليه الحوالة أو قبلها ولكن قلنا
بفساد الحوالة على البريء ، فلا ينبغي الاشكال في عدم اشتغال ذمة
المحال عليه للمحال وعدم اشتغال ذمة المحيل له - المحال عليه - ،
وان قلنا بصحتها على البريء - كما هو الصحيح - وقبل المحال
عليه الحوالة فلا إشكال في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال بمجرد
قبوله للحوالة فيجوز له الرجوع عليه ومطالبته بها .

وإنما الكلام في اشتغال ذمة المحيل حينئذ للمحال عليه وجواز
رجوعه عليه بمجرد الحوالة وقبل الأداء .

فالمشهور العدم ، الا ان الماتن (قده) قد اختار جواز الرجوع
عليه بدعوى ان اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يكون مجانياً بل
لابد وان يقابله اشتغال ذمة المحيل له .

لكن الصحيح ما ذهب اليه المشهور ، فان اشتغال الذمة يحتاج الى
الدليل ومجرد لزوم المجانية في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يصلح
دليلاً لاثبات اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه ، بعد ان لم يكن يترتب
عليه أي ضرر أو نقص مالي بالنسبة اليه - المحال عليه - قبل الأداء
في الخارج ، إذ الضرر إنما يترتب على أداءه للمال حيث يستلزم ذلك
نقصاً في ماله مستنداً إلى أمر المحيل ، فيصح له الرجوع عليه لكونه

فكذا في حصوله بالنسبة الى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له ، وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً (١) ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون

من موجبات الضمان بالسيرة العقلانية القطعية على ما تقدم بيانه غير مرة .
والحاصل : انه ما لم يؤد المحال عليه الحوالة خارجاً لا يصح له الرجوع على المحيل ومطالبته بها نظراً لعدم تحقق الخسران والتقص المالي له وعدم الدليل على اقتضاء مجرد الأمر الضمان ، فان السيرة انما ثبتت في خصوص ما لو أدى المأمور ما أمر به وتحمل الخسران نتيجة الأمر .

وبعبارة أخرى : أن اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل من نص أو سيرة أو معاوضة تقتضي ذلك ، وحيث انه لا شيء منها موجود بالقياس الى المحيل فلا وجه للحكم باشتغال ذمته .

إذن : فالصحيح انحصار الضمان في فرض اداء المحال عليه للحوالة وعليه فيكون حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز رجوع المأمور على الأمر إلا بعد الأداء بمقتضى القاعدة وان كان النص الوارد مختصاً بالضمان .

(١) بمعنى ان شغل ذمة المحال عليه للمحال لا يمكن أن يكون مجاناً بل يقابله شغل ذمة المحيل للمحال عليه ، كما أن حصول الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل للمحال يقابله حصول الوفاء بالنسبة إلى دين

عنه للضامن بمجرد ضمانه (١) ، الا أن الاجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه ، وفي المقام لا اجماع ولا خبر ، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة . وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء (٢) بل وكذا لو أبراه المحتمل أو وفاه بالأقل ، أو صالحه بالأقل ، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً .

(مسألة ١١) : إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحح (٣) ، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته ، والقول بعدم صحته قبل الحلول ، لجواز تعجيز نفسه ضعيف ، إذ غاية ما يكون

المحال عليه للمحيل .

- (١) وقد عرفت في محله عدم الدليل عليه ، لانحصاره في السيرة العقلانية وهي لا تقتضي الا الاشتغال بعد الأداء .
- (٢) ظهر الحال فيه وفيما يتلوه من الفروع مما تقدم ، فان الحال فيها هو الحال في الضمان حرفاً بحرف .
- (٣) على القاعدة ، فان أمر الدين بيد الدائن والمدين فلها ان يبدلاه برضاها بالمال الثابت في ذمة العبد أو غيره مما تعود ملكيته الى المدين .

كونه متزلزلاً (١) فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمن الخيار . واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد ، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفيًا . كما ترى (٢)

(١) وهو غير قادح ، إذ لا يعتبر في صحة الحوالة كون إشتغال ذمة المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم ، بل يكفي ثبوت أصل الإشتغال وان كان جائزاً .

هذا مضافاً إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابة ، بل الثابت عدمه ، فان الكتابة من العقود اللازمة وكما لا يجوز للمولى رفع اليد عنها لا يجوز للعبد تعجيز نفسه بل يجب عليه السعي لتحصيل المال وأداء ما وجب عليه نتيجة العقد .

(٢) إذ لا مانع من إشتغال ذمة العبد على حد إشتغال ذمة الأحرار - كما هو الحال في اتلافاته وضمائنه - غاية الأمر أنه في غير الكتابة يتبع به بعد العتق ، لعدم جواز مزاحمة حق المولى ، وحيث ان هذا المانع مفقود في الكتابة فلا محذور في إشتغال ذمته للمولى بمجرد عقد الكتابة وللمحتال بالحوالة الصادرة من المولى ، فيحكم بانتقال الدين الثابت في ذمة المولى الى ذمة العبد .

على أنه لو صححت هذه الدعوى لكان لازمها الحكم ببطلان الحوالة على العبد مطلقاً ومن غير تفصيل بين حلول النجم وعدمه ،

ثم ان العبد بقبول الحوالة يتحرر (١) ، لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة (٢) ولو لم يحصل الأداء منه (٣) ، فاذا اعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٤) . وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء ، لأن الحوالة ليست

إذ لا أثر للحلول في قابلية ذمة العبد للأشتغال وعدمه ، والحال ان القائل بهذا التفصيل - وهو الشيخ (قدس) على ما نسب اليه - لم يلتزم بذلك في فرض الحلول .

(١) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحوالة ، فان قبوله وعدمه في ذلك سياتي ، إذ المفروض كون الحوالة على مشغول الذمة للمحيل وقد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلك ، لانه ليس إلا وعاءاً وظرفاً لمال المحيل فلا يملك حق منع تصرف المالك في ماله . وكان الأولى ابدال كلمة (القبول) بكلمة (التحقق) فيقال : ثم ان العبد بتحقق الحوالة يتحرر .

(٢) نظراً لأستلزامها لفراغ ذمة المحال عليه العبد من دين المولى في قبالة اشتغال ذمته بمثله للمحال .

(٣) فان براءة ذمة العبد انما تحققت بمجرد الحوالة واشتغال ذمته للمحيل .

(٤) لانعتاقه قبله بتحقق الحوالة وبرائة ذمة العبد من الدين بالنسبة للمولى .

في حكم الاداء ، بل في حكم التوكيل وعلى هذا إذا 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 (١) وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر الى

(١) الأول : انه لو كانت الحوالة توكيلاً لما كان وجه للالتزام ببراءة ذمة المحيل من دين المحتال ، وانتقاله الى ذمة المحال عليه ، فان الوكالة لا تقتضي الا قيام الوكيل مقام الموكل في الاداء خاصة مع بقاء الموكل هو مشغول الذمة بالدين ، والحال انه - رحمه الله - قد سلم براءة ذمة المولى - المحيل - بالتزامه باشتغال ذمة العبد - المحال عليه - .
الثاني : انه لا وجه للحكم باشتغال ذمة العبد بالمال بعد الحكم بصحة العتق وبطلان الكتابة مع التزام كون الحوالة توكيلاً ، إذ التوكيل انما تعلق بالأداء من مال الكتابة والمفروض انتفاء موضوعه نظراً لبطلانها ، ومعه فلا مبرر لبقاء اشتغال الذمة .

الثالث : لو سلمنا اشتغال ذمة العبد للمحتال من ماله الخاص نظراً لانتفاء موضوع مال الكتابة ، كان لازم ذلك الحكم بضمان السيد لما يغرمه وجواز رجوع العبد عليه بما أداه للمحتال ، وذلك للسيرة العقلانية القطعية على ضمان الأمر لما يغرمه الأمور بسبب أمره ، فان سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى وحوالته عليه كان

مامر (١) من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء - كما في الضمان - فهي وان كان كالاداء بالنسبة الى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل لكن بالنسبة الى المحال عليه والمحيل 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 بثمانها صحح (٢) ، لان حاله حال الأحرار ، ومن غير

موجباً لرجوعه عليه به .

(١) وفيه : أن كلا من المسألتين أجنبية عن الأخرى ولا ارتباط بينهما ، فان النزاع السابق انما كان في الحوالة على البريء دون مشغول الذمة ، وإلا فقد عرفت عدم الخلاف في انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بمجرد الحوالة وعدم جواز رجوع الأخير على الأول إذا كان مشغول الذمة له بمثل ما أحيل عليه ، في حين أن محل نزاعنا في هذه المسألة مع الشهيد (قدس) إنما هو في الحوالة على مشغول الذمة حيث أن العبد مشغول الذمة لمولاه بسبب الكتابة ، فلا وجه لجعل احدهما مبنية على الأخرى .

(٢) بلا إشكال فيه ، لتامة أركان البيع والحوالة ، فان العبد مرخص ومأذون في الاكتساب لتحصيل مال الكتابة سواء في ذلك

فرق بين سيده وغيره وما عن الشيخ من المنع ضعيف (١)

مولاه وغيره ، فاذا اشترى من المولى شيئاً أصبح مشغول الذمة له
بثمنه ، ومعه يصح للمولى إحالة دائته عليه لاستيفاء دينه منه .

(١) لوضوح فساد ما استدل له على مدعاه من ان المكاتبه لما
كانت من العقود الجائزة فاذا باع المولى من عبده شيئاً وقلنا بصحته
وبشبوت الثمن في ذمته ، كان لازمه القول باشتغال ذمة العبد لسيدته
بعد فسخ المكاتبه ، وهو محال لان العبد وما في يده لمولاه .

ووجه الفساد ما عرفته من عدم المحذور في الالتزام باشتغال ذمة العبد
سواء في ذلك للمولى وغيره ، كما هو الحال فيما لو اتلف العبد مال
مولاه ، فانه موجب لضمانه واشتغال ذمته به غاية الأمر انه يتبع به
بعد العتق .

على انك قد عرفت في المسألة السابقة انه لا اساس لكون المكاتبه
من العقود الجائزة فانها عقد لازم ولا يجوز للعبد تعجيز نفسه .

ولو تنزلنا عن ذلك كله فغاية ما يلزم منه الحكم بانفساخ البيع عند
انفساخ المكاتبه لاستلزام بقاءه اشتغال ذمة العبد لمولاه وهو غير ممكن
على الفرض ، لا الحكم ببطلانه رأساً من الأول ، فانه لا مبرر له
بعدما كان العبد مرخصاً في معاملاته .

على ان كلامنا في المقام انما هو في صحة الحوالة وعدمها وهو يعني
فرض صحة البيع أمراً مفروضاً عنه ، والا فالكلام في صحة البيع وعدمها

(مسألة ١٣) : لو كان للمكاتب دين على اجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح (١) فيجب عليه تسليمه للسيد (٢) ، ويكون موجبا لانعتاقه ، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٣) .

(مسألة ١٤) : لو اختلفا في أن الواقع منها كانت حوالة أو وكالة ، فمع عدم البينة يقدم قول منكر الجوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال ، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده ، وذلك لاصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال (٤) ودعوى : أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال ، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً ، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة .

انما يكون في كتاب البيع لا كتاب الحوالة .

(١) على القاعدة ، لما عرفت من أن أمر الدين بيد مالكة فله نقل ملكيته الى المحتال برضاه ، لان الحق لا يعدوهما .

(٢) لكونه المالك الجديد .

(٣) لحصول الوفاء وفراغ ذمة المحيل بالنسبة الى المحتال بمجرد الحوالة .

(٤) وجمع الكل اصالة عدم تغير الواقع عما كان عليه ، فان

مدفوعة : بان مثل هذه اليد لا يكون امارة على ملكية ذبيها (١) . فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله الى شخص وادعى انه دفعه امانة وقال الآخر : دفعتني هبة أو قرضاً فانه لا يقدم قول ذي اليد . هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منها ، واما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع . ولو علم أنه قال : «احلتك على فلان» وقال « قبلت » ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة ، فربما يقال : إنه يقدم قول مدعي الحوالة ، لان الظاهر من لفظ « أحلت » هو الحوالة المصطلحة ، واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة . وفيه : منع الظهور المذكور (٢) .

مقتضى استصحاب بقاء ما كان على ما كان الحكم ببقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وذمة المحال عليه للمحيل وعدم ملكية المال المحال به للمحتال ولازم ذلك كله عدم الحوالة لاقتضاءها براءة الذمتين وملكية المحتال للمال المحال به على عكس الوكالة .

(١) لقصور ادلة حجية اليد واثباتها للملكية عن شمول موارد اعتراف ذي اليد بسبق الملك لغيره مدعياً الانتقال اليه ، فانه لم يثبت كون مثل هذه اليد امارة على ملكية ذبيها ، بل الثابت عدمها ، ومن هنا فيلزم ذا اليد الاثبات باعتبار كونه مدعياً .

(٢) وفيه ما لا يخفى ، فان النقل مأخوذ في مفهوم الحوالة بجميع

نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة ، وأما ما يشتق منها كلفظ : « أحلت » فظهوره فيها ممنوع . كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة ، وأما لفظ : « أوصيت » أو « أوصيك بكذا » فليس كذلك (١) فتقديم

اشتقاقه ، لأنها - وكما عرفت في أول الكتاب - مأخوذة من الأحوال والتحويل ، وهما في اللغة بمعنى النقل من مكان الى مكان أو حال الى حال أو زمان الى زمان كما هو الحال في تحويل السنة . فالنقل دخیل في المبدأ وجميع اشتقاقاته ومأخوذ في مفهومها ، ومعه فلا يصح حمل بعض المشتقات على الوكالة التي هي خالية عن النقل بالمرّة . وما عن الشهيد الثاني (قده) من دعوى تضمن الوكالة لنقل حق مطالبة الدين الثابت للدائن الى الوكيل .

واضح الفساد ، إذ الوكالة لا تقتضي انتقال حق الموكل في المطالبة الى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبة بدينه ، فان غاية ما في الأمر اعطاء الموكل حقاً للوكيل في مقابل حقه نفسه بحيث يكون لكل منهما المطالبة بالدين .

والحاصل : ان حق المطالبة لا ينتقل من الموكل الى الوكيل ، فانه باق له كما كان ، ومعه يكون استعمال لفظ « أحلتك » فيها استعمالاً مجازياً قطعاً . فلا يصح حمله عليها .

(١) لجواز استعماله في العهد والأمر كما في قوله تعالى : « وأوصاني

قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع .
 (مسألة ١٥) : إذا حال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن ، أو أحال المشتري بالثمن على اجنبي بريء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع ، بطلت الحوالة في صورتين ، لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال (١) هذا في الصورة الثانية ، وفي الصورة الأولى وان كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء ، إلا أن المفروض ارادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه (٢) . ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده ، فاذا كان بعد

بالصلاة والزكاة ما دمت حياً » (١) .

(١) إذ بدونه لا يكون هناك دين كي ينقل بموجب الحوالة من

ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه .

(٢) وفيه ما لا ينهى فان المحال عليه انما هو الشخص نفسه لا الدين

الثابت في ذمته ، إذ لا معنى لجعل الدين محالاً عليه وملزماً باداء

دين المحتال .

نعم الداعي والباعث الى الحوالة على الشخص المعين اعتقاده كونه

مديناً ومشغول الذمة له ، ومن الواضح ان تخلف هذا الاعتقاد لا يوجب ظهور انتفاء المحال عليه بوجه ، فانه كان ولا يزال موجوداً ، غاية الأمر ان المقام يدخل في كبرى تخلف الداعي والخطأ في التطبيق وقد عرفت انه لا يقتضي البطلان .

إذن : فالصحيح في وجه البطلان ان يقال : ان هذه الحوالة بعد ظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل تكون من الحوالة على البريء قهراً ، فيتوقف صحتها على قبول المحال عليه ورضاه لا محالة إذ لا سلطنة للمحيل في اشغال ذمة المحال عليه البريء للمحتمل من غير رضاه .

ومن هنا فحيث ان المفروض في المقام عدم رضاه فلا يحيص عن الحكم ببطلانها ، فان ادائه للمحال به انما كان لأجل اعتقاد كونه مديناً للمحيل وملزماً بالأداء شرعاً ولم يكن من جهة قبوله للحوالة بحد ذاتها .

وبعبارة اخرى : ان قبوله متفرع على اعتقاده اشتغال ذمته فلا ينفع شيئاً باعتبار ان المطلوب في الحوالة على البريء القبول الذي يتفرع عليه اشتغال الذمة .

والحاصل : ان المشتري لما لم يكن يقبل الحوالة بعنوانها ويرضى باشتغال ذمته وهو بريء ، تعين الحكم بفسادها .

القبض يكون المقبوض باقياً على ذلك المشتري (١) فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتمل في الصورة الأولى وعلى البائع في الثانية .

(مسألة ١٦) : إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالأقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة ، لوقوعها في حال اشتغل ذمة المشتري بالثمن ، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ

(١) وهو انما يتم فيما إذا لم تكن الحوالة على البريء ، والا فالمقبوض باقياً على ملكه يرجع به على البائع ان كانت العين موجودة ، والا تخير في الرجوع على كل من البائع والمشتري .
اما الأول : فلاأخذه ماله على نحو التبرع والمجانبة ، فانه موجب للضمان بالسيرة العقلائية القطعية .

واما الثاني : فلكون الأداء بأمر منه ، وقد عرفت ضمان الأمر للاخسارات المالية الواردة على المأمور بسبب أمره .
ثم ان رجوع البريء على البائع وأخذ منه بدل ماله مثلاً أو قيمة فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه ، وان رجع على المشتري به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظراً لتلف المال عنده فلا يكون له مجاناً .

وتفصيل الكلام في مبحث تعاقب الايدي من المكاسب فراجع .

فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع (١) . ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده (٢) ، فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري (٣) بالثمن . وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية - وهي ما إذا احال المشتري البايع بالثمن على اجنبي - لانها تتبع البيع في هذه الصورة حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى . ضعيف (٤)

(١) إذ الفسخ لا يقتضي رفع الآثار والبطلان من الأول ، وانما يقتضي عدم ترتب الآثار من حينه .

والحاصل : ان الفسخ لا يؤثر في صحة العقود السابقة عليه ، فانها تبقى كما كانت لصدورها من اهلها ووقوعها في محلها ، ومن هنا فينحصر حق مالك العين المنقولة - ثمناً كانت أم مثنماً - في الرجوع الى البذل .
(٢) لحصول النقل والانتقال في الدين بمجرد تحقق الحوالة .

(٣) وهو من سهو القلم . والصحيح ويرجع المشتري على البايع .
(٤) فان الحوالة معاملة مستقلة عن المعاملة الأولى - البيع - تماماً وان اتحد الطرفان فيها ، إذ العبرة انما هي بتعدد المعاملة واتحادها لا تعدد الطرفين في المعاملتين واتحادهما .

والحاصل : انه لا موجب لبطلان المعاملة الثانية وانفساخها بانفساخ البيع فانها معاملة مستقلة عنه ولا علاقة لها به من حيث الفسخ .

والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة (١) نعم هي تبع للبيع حيث انها واقعة على الثمن ، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين . وربما يقال ببطلانها إن قلنا انها استيفاء ، وتبقى ان قلنا انها اعتياض . والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء ، لانها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع ، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة ، كما إذا اشترى شيئاً بديارهم مكسرة فدفع الى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً ، حيث انه إذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر ، لا الدراهم المكسرة ، فان الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة (٢)

نعم هي تابعة له من حيث أصل الوجود باعتبار انها واقعة على الثمن ، فاذا تحققت صحة الحوالة ولزمت سواء فسخ بعد ذلك أم لم يفسخ ، فانها سيات بالنسبة اليها .

(١) فان حالها في ذلك حال سائر التصرفات الصادرة من أحد المتبايعين ، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شيء منها على الاطلاق .
 (٢) فيه اشكال بل منع ، فان الظاهر لزوم الوفاء مطلقاً وعدم تبعيته للبيع في الانفساخ ، فان سلب ملكية الدائن عما قبضه عوضاً عن حقه برضا المدين ووفاء منه يحتاج الى الدليل وهو مفقود ،
 وبعبارة اخرى : ان اداء المدين لدينه بغير ما ثبت في ذمته وصفاً

بل يتبع البيع في الانفساخ ، بخلاف ما نحن فيه ، حيث أن
 الحوالة عقد لازم وان كان نوعاً من الاستيفاء .
 (مسألة ١٧) : إذا كان له عند وكيله أو امينه مال
 معين خارجي ، فأحال دائته عليه ليدفع اليه بما عنده فقبل
 المحال والمحال عليه (١)

أو جنساً وقبض الدائن له برضاه واختياره موجب للملكية - الدائن -
 له ، ومن هنا فيكون تصرف المدين فيه بعد ذلك تصرفاً في مال الغير
 بغير رضاه وأكلاً للمال لا عن تراض ، ولذا لم يلتزم أحد من
 الأصحاب قط بجواز رجوع المعطي فيما اعطاه قبل الفسخ ليبدله بمثله
 جنساً ووصفاً فضلاً عن غير المماثل له ، فانه ليس الا لاحتياج سلب
 الملكية بعد ثبوتها الى الدليل وهو مفقود .

والحاصل : ان الوفاء معاملة لازمة مطلقاً سواء في ذلك ما كان
 بنحو الحوالة أو غيرها ،

(١) أما المحال فلا ينبغي الشك في اعتبار قبوله ، إذ لا يلزمه
 القبول بالرجوع على غير المدين فان له رفض ذلك ومطالبة ماله من
 شخصه .

وأما المحال عليه فلا وجه لاعتبار قبوله ، فان المال لغيره وليس
 هو إلا أميناً عليه أو وكيلاً فيه ، فعليه امتثال طلب المالك اداءه الى
 غيره على حد طلبه تسليمه إلى نفسه .

وجب عليه الدفع اليه (١) ، وان لم يكن من الحوالة المصطلحة (٢) . وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته . ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل

والحاصل : ان المحال عليه ليس مخيراً في الأداء وعدمه كي يعتبر قبوله بل يلزمه امثال الأمر وتسليم المال الى مالكه أو من يقوم مقامه .

ولعل الماتن (قده) انما أخذ هذا القيد مقدمة لما سيأتي منه من ضمان المحال عليه معللاً ذلك بالغرور ، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزماً .

(١) فان المال مال المحيل وأمره بيده وليس المحال عليه إلا وعاءاً وظرفاً له ، فيجب عليه تسليمه الى المحتال كما كان يجب عليه تسليمه الى نفس المحيل لو كان يطلبه منه ، فان اعطاه له بمنزلة اعطاه اليه ، وليس له التخلف عن طلبه حتى بحجة تسليمه الى المحيل نفسه .

بل لو فعل ذلك لكان ضامناً للمال وخرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدي والغاصب .

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فان المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمة للمحتال الى حين وصول حقه منه مباشرة أو من وكيله أو أمينه .

المحال عليه (١) إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً
اليه للغرور .

(تم كتاب الحوالة)

(١) وفيه مالا يخفى لمنع الغرور صغرى وكبرى .

أما الأول : فلعدم صدقه فيها إذا كان المحال عليه بانياً على الأداء
والدفع ثم بدا له ما يمنعه عنه ، فانه لا يصدق عليه التفرير قطعاً .
وكذا لو كان المحال عليه عالماً بالتزام المحيل بدفع المال وافرغ
ذمته ، فان امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده وصول
الحق الى صاحبه .

وأما الثاني : فلما عرفته غير مرة من عدم ايجاب مجرد الغرور
للضمان ، ولذا لم يلتزم أحد قط بضمان من رغب غيره في سلعة
بدعوى زيادة قيمتها في المستقبل أو زيادة الرغبة عليها فظهر العكس
وخسر المشتري .

وبالجمللة : فمجرد الغرور ليس من أسباب الضمان ، على أن صدقه
في بعض الموارد محل منع .

وبهذا ينتهي كتاب الحوالة وبالفرغ منه يتم الفراغ من كتاب
العروة الوثقى بتمامه وذلك على حسب منهج سيدنا الاستاذ الوالد - دام ظله -
في الدرس .

وإني اذ أحمد الله تبارك وتعالى على ما وفقني لحضوره من محاضرات

سيدنا - دام ظله - وتحريرها ، لأسئله أن يبطل في عمره الشريف
مناراً وملاذاً للمسلمين .

وكان الفراغ منه في يوم الثلاثاء العاشر من ربيع الأول سنة
ألف وأربعمائة وخمسة من الهجرة النبوية الشريفة ، وذلك بمدرسة
دار العلم - العامرة حتى ظهور الحجّة البالغة انشاء الله - جنب الروضة
العلوية المقدسة على مشرفها آلاف التحية والثناء .

وأنا الأقل : مجد تقي الخوئي

فہرست

(الفهرس)

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
اذا ترك العامل ما عليه من الاعمال .	٢٧	(كتاب المساقاة) - تعريفها	١١
لو شرط العامل ان يعمل غلام المالك معه .	٢٨	ومشروعيتها .	
فروع لاشتراط عمل الغلام هـ	٢٩	شرائط عقد المساقاة	١٢
عدم اعتبار مباشرة العامل للعمل .	٣٠	حكم المساقاة المعاطائية .	١٣
لو شرط كون اجرة الاعمال على المالك .	٣١	ذكر باقي الشرائط :	١٥
اذا اشترطا انفراد احدهما بالثمر بطل العقد :	٣٢	اشتراط تعيين المدة .	١٦
عدم اعتبار العلم بمقدار كل من أنواع الاشجار .	٣٣	اشتراط الاحتياج الى عمل :	١٦
جواز افراد كل نوع بحصة هـ	٣٥	اشتراط كون الحصة معينة مشاعة .	١٧
لو ساقاه بخصه ان سقي بالناضح وباخرى ان سقي سيقاً هـ	٣٦	حكم المساقاة بعد ظهور الثمر وقبل بلوغه .	١٩
جواز اشتراط شيء غير الحصة هـ	٣٧	حكم المساقاة على اشجار لا ثمر لها .	١٩
اذا اشترط شيئاً ثم تلف بعض الثمرة أو جميعها .	٣٨	حكم المساقاة على اصول غير ثابتة .	٢٠
لو جعل المالك للعامل ملك حصه من الاصول .	٤٤	جواز المساقاة على اشجار لا تحتاج الى السقي :	٢١
إذا تبين اثناء المدة عدم خروج الثمر اصلاً .	٤٧	جواز المساقاة على فسلان مفروسة .	٢٢
		حكم المساقاة على ودي غير مفروس .	٢٢
		المساقاة لازمة .	٢٢
		لا تبطل المساقاة بموت أحد الطرفين .	٢٣
		تعيين ما على كل منهما من الاعمال .	٢٤
		لو اشترطا كون جميع الاعمال على المالك .	٢٥

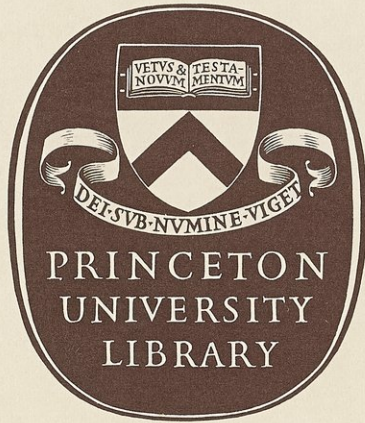
الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
المغارسة باطلة .	٨٣	حكم الاستهجار بحصة من الثمرة .	٤٧
ما يترتب على بطلان المغارسة	٨٥	حكم ما اذا بطل عقد المساقاة .	٥٠
من الاحكام .		اشتراط مساقاة في عقد مساقاة .	٥٢
تذنيب ١ في آداب الفرس :	٩٠	جواز تعدد العامل أو المالك .	٥٣
(كتاب الضمان) تعريفه .	٩٥	اذا ترك العامل العمل .	٥٤
شرائط عقد الضمان .	٩٦	اذا تبرع عن العامل متبرع .	٥٧
هل يكفي رضا المضمون له باطناً	٩٧	اذا فسخ المالك بعد امتناع العامل	٥٩
او يعتبر انشأوه القبول .		عن اتمام العمل .	
لا يعتبر رضا المضمون عنه .	١٠٠	لهس الاشهاد شرطاً في جواز	٦١
اشتراط كون الضامن بالغاً عاقلاً .	١٠١	الرجوع على العامل اذا استؤجر عنه .	
اشتراط كونه مختاراً وعدم كونه	١٠٣	اذا تبين ان الاصول مغصوبة .	٦٢
مجبوراً لسفه .		حكم مساقاة العامل غيره .	٦٩
لا يشترط عدم الفلاس في الضامن	١٠٤	خراج الارض على المالك .	٧١
ويشترط في المضمون له .		ملكية العامل للحصة تحصل من	٧٢
هل ينفع اذن المضمون عنه المحجور	١٠٤	حين الظهور .	
في جواز الرجوع عليه .		الفروع المترتبة على حصول ملكية	٧٣
هل تعتبر الحرية في الضامن :	١٠٦	الحصة بالظهور .	
اذا اذن المولى لعبده في الضمان .	١٠٨	حكم الزكاة بالنسبة الى العامل .	٧٦
اعتبار التمتع في الضمان .	١١٠	ما علل به عدم وجوب الزكاة	٧٧
اعتبار كون الدين ثابتاً في ذمة	١١٥	على العامل .	
المضمون عنه .		صور التنازع بين المساقين .	٧٩
هل يعتبر عدم شغل ذمة الضامن	١١٨	اذا ثبت خيانة العامل .	٨١

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	أجله وأي قباه .		للمضمون عنه .
١٤١	إذا حل المؤجل بموت الضامن .	١٢٠	اعتبار امتياز الدين والمضمون له
١٤٢	حكم الرجوع على المضمون عنه		والمضمون عنه .
	إذا ضمن المؤجل حالاً أو باقلاً	١٢١	عدم اعتبار العلم بمقدار الدين
	من أجله .		وجنسه .
١٤٣	إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه	١٢٥	بالضمان ينتقل الحق إلى ذمة الضامن
	فلا رجوع عليه .	١٢٧	إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن .
١٤٤	ليس للضامن الرجوع على المضمون	١٢٨	إذا أبرأ المضمون له ذمة المضمون
	عنه إلا بعد الأداء :		عنه .
١٤٦	لا رجوع إذا أبرأ المضمون له	١٢٩	الضمان لازم على الضامن والمضمون
	ذمة للضامن .		له .
١٤٧	للضامن الرجوع وإن احتسب	١٣٠	هل للمضمون له الفسخ مع
	عليه المضمون له خساً أو نحوه :		اعسار الضامن .
١٤٨	هل له الرجوع إذا وهبه المضمون	١٣٢	ما هو المدار في الاعسار واليسار
	له ما في ذمته .	١٣٤	هل يلحق بالاعسار الماطلة .
١٤٩	لو باعه المضمون له بما يساوي	١٣٥	هل يجوز اشتراط الخيار في الضمان .
	أقل لا يرجع إلا بذلك المقدار .	١٣٧	يجوز اشتراط شيء لكل منهما .
١٥٠	إذا دفع المضمون عنه للضامن ما	١٣٧	هل يثبت الخيار إذا تبين كون
	ضمنه قبل أدائه .		الضامن مملوكاً .
١٥٢	لو دفع المضمون عنه إلى المضمون	١٣٨	يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً
	له بأمر الضامن :		وبالعكس :
١٥٥	لو دفع المضمون عنه من دون	١٤٠	إذا ضمن الحال مؤجلاً فأسقط

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
١٩٠	إذا ضمن في مرض موته .		اذن الضامن :
١٩١	إذا كان يعتبر فيما على المدين المباشرة .	١٥٦	إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بأذنه وأدى .
١٩٣	لا يجوز ضمان الكلي في المعين ؛	١٥٦	يجوز ضمان الدين بأقل منه أو بأكثر
١٩٣	يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة	١٥٨	يجوز الضمان بغير جنس الدين .
١٩٦	لا يصح ضمان النفقة المستقبلية .	١٥٩	يجوز الضمان بشرط الرهانة .
١٩٧	لا يصح ضمان نفقة الاقارب ؛	١٦٢	إذا كان على الدين رهن فهل ينفك بالضمان .
١٩٨	حكم ضمان مال الكتابة .	١٦٣	اشتراط الضمان في مال معين :
٢٠٠	حكم ضمان مال الجعالة والسبق والرماية .	١٦٦	إذا اذن المولى مملوكه في الضمان في كسبه .
٢٠٢	حكم ضمان الاعيان المضمونة .	١٦٨	إذا ضمن اثنان عن واحد :
٢٠٨	حكم ضمان الاعيان غير المضمونة	١٧٣	إذا ضمن كل من المدينين لواحد دين الآخر .
٢٠٨	حكم ضمان درك الثمن للمشتري .	١٧٩	لا يعتبر علم الضامن بقدر الدين .
٢١١	حكم ضمان ارش المعيب .	١٨٢	إذا قال الضامن علي ما تشهد به البيينة .
٢١٤	إذا ضمن عهدة الثمن فظهور بعض المبيع مستحقاً .	١٨٥	يجوز الدور في الضمان :
٢١٥	حكم ضمان ما يحدته المشتري في الارض ؛	١٨٦	حكم الضمان عن الفقير بالوفاء من للوجوه الشرعية .
٢١٨	لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه .	١٨٨	يجوز الضمان إذا كان الدين زكاة أو خساً .
٢٢٣	صور التنازع بين المضمون له والمضمون عنه .		

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٢٥٧	اعتبار معلومية المال جنساً وقدرأ :	٢٢٤	لو اختلفت في اعسار الضامن
٢٦٠	اعتبار تساوي المالبين الحال به والحال عليه .		ويساره .
٢٦٣	صححة الحوالة بالمنفعة أو العمل .	٢٢٨	موارد الاختلاف بين الضامن والمضمون له .
٢٦٤	لا تتوقف براءة ذمة المحيل على ابراء المختال :	٢٢٩	صور الاختلاف بين الضامن والمضمون عنه :
٢٦٨	لا يجب على المختال قبول الحوالة .	٢٣١	لو انكر الضامن الضمان واخذ الحق بالبينة .
٢٦٨	الحوالة لازمة الا إذا كانت على معسر .	٢٣٥	لو ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له .
٢٧١	صححة الحوالة على البريء :	٢٣٧	لو اذن المدين لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى :
٢٧٢	جواز اشتراط الفسخ لكل من الثلاثة :	٢٤١	(كتاب الحوالة) تعريفها .
٢٧٢	جواز الدور والترامي في الحوالة .	٢٤١	شروط عقد الحوالة :
٢٧٣	لو تبرع اجنبي أو المحيل عن الحال عليه برأت ذمته .	٢٤٣	اشتراط عدم السلمه فيه .
٢٧٣	لو ادعى المحيل على الحال عليه مالا وانكره الحال عليه :	٢٤٥	اشتراط الايجاب والقبول فيه
٢٧٦	موضع حجبية اصالة الصححة .	٢٤٦	هل يعتبر قبول الحال عليه .
٢٧٨	الضابطة الكلية لحجبية اللوازم العقلية .	٢٤٧	هل الحوالة عقد أو ايقاع :
٢٨١	هل يتوقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه البريء على الاداء :	٢٤٩	الفرق بين الاذن والوكالة .
		٢٥١	اعتبار التنجيز في الحوالة .
		٢٥٣	هل يعتبر رضا الحال عليه .
		٢٥٥	اعتبار ثبوت المال في ذمة المحيل

الموضوع	الصفحة	الموضوع	الصفحة
ثم تبين بطلان البيع .		٢٨٤ تصح حوالة السيد على مكاتبه	
٢٩٥ اذا احوال البائع على المشتري وبعد		بمال الكتابة .	
القبض بان البطلان .		٢٨٦ يتحرر العبد المكاتب بحوالة	
٢٩٥ اذا احوال البائع على المشتري ثم		سيده عليه .	
انفسخ البيع .		٢٨٨ لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحوال	
٢٩٨ اذا احوال دائنه على وكيله بمال		عليه بضمنها .	
شخصي في يده .		٢٩٠ لو احوال المكاتب سيده على مدينه:	
٣٠١ الختام .		٢٩٠ لو اختلفا في ان الواقع منهما	
٣٠٣ الفهارس .		حوالة او وكالة .	
		٢٩٣ اذا احوال البائع دائنه على المشتري	



Princeton University Library



32101 100254935