

كتاب المساقاة ، الأول

السيد الخوئي

الكتاب: كتاب المساقاة ، الأول
المؤلف: السيد الخوئي
الجزء:
الوفاة: ١٤١١
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤٠٩
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
١٣)ش	حكم المساقاة المعاطاتية.
٢٧٦)ش	موضع حجية أصالة الصحة.
٢٧٨)ش	الضابطة الكلية لحجية اللوازم العقلية.
٣٠١)ش	الختم.
١١	(كتاب المساقاة) - تعريفها ومشروعيتها
١٢	شروط عقد المساقاة
١٥	ذكر باقي الشروط.
١٦	اشتراط تعيين المدة.
١٦	اشتراط الاحتياج إلى عمل.
١٧	اشتراط كون الحصة معينة مشاعة.
١٩	حكم المساقاة بعد ظهور الثمر وقبل بلوغه.
١٩	حكم المساقاة على أشجار لا ثمر لها.
٢٠	حكم المساقاة على أصول غير ثابتة.
٢١	جواز المساقاة على أشجار لا تحتاج إلى السقي.
٢٢	جواز المساقاة على فسلان مغروسة.
٢٢	حكم مساقاة على ودي غير مغروس.
٢٢	المساقاة لازمة.
٢٣	لا تبطل المساقاة بموت أحد الطرفين.
٢٤	تعيين ما على كل منهما من الأعمال.
٢٥	لو اشترط كون جميع الأعمال على المالك.
٢٧	إذا ترك العامل ما عليه من الأعمال.
٢٨	لو شرط العامل ان يعمل غلام المالك معه.
٢٩	فروع لاشتراط عمل الغلام
٣٠	عدم اعتبار مباشرة العامل للعمل.
٣١	لو شرط كون اجرة الأعمال على المالك.
٣٢	إذا اشترط انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد.
٣٣	عدم اعتبار العلم بمقدار كل من أنواع الأشجار.
٣٥	جواز أفراد كل نوع بحصة.
٣٦	لو ساقاه بحصة ان سقي بالناضح وبأخرى ان سقي سبحا.
٣٧	جواز اشتراط شئ غير الحصة
٣٨	إذا اشترط شيئاً ثم تلف بعض الثمرة أو جميعها.
٤٤	لو جعل المالك للعامل حصة من الأصول
٤٧	إذا تبين أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلاً.

٤٧	حكم الاستيجار بحصة من الثمرة
٥٠	حكم ما إذا بطل عقد المساقاة.
٥٢	اشتراط مساقاة في عقد مساقاة.
٥٣	جواز تعدد العامل أو المالك.
٥٤	إذا ترك العامل العمل.
٥٧	إذا تبرع عن العامل متبرع.
٥٩	إذا فسخ المالك بعد امتناع العامل عن اتمام العمل.
٦١	ليس الاشهاد شرطاً في جواز الرجوع على العامل إذا استؤجر عنه.
٦٢	إذا تبين ان الأصول مغصوبة.
٦٩	حكم مساقاة العامل غيره.
٧١	خراج الأرض على المالك.
٧٢	ملكية العامل للحصة تحصل من حين الظهور.
٧٣	الفروع المترتبة على حصول ملكية الحصة بالظهور.
٧٦	حكم الزكاة بالنسبة إلى العامل.
٧٧	ما علل به عدم وجوب الزكاة على العامل.
٧٩	صور التنازع بين المساقين.
٨١	إذا ثبت خيانة العامل.
٨٣	المغارسة باطلة.
٨٥	ما يترتب على بطلان المغرسة من الاحكام.
٩٠	تذنيب: في آداب الغرس.
٩٥	(كتاب الضمان) تعريفه.
٩٦	شرائط عقد الضمان.
٩٧)ش	هل يكفي رضا المضمون له باطنا لو يعتبر انشاؤه القبول.
١٠٠	لا يعتبر رضا المضمون عنه.
١٠١	اشتراط كون الضامن بالغاً عاقلاً.
١٠٣	اشتراط كونه مختاراً وعدم كونه محجوزاً لسفه.
١٠٤	لا يشترط عدم الفس في الضامن ويشترط في المضمون له.
١٠٤	هل ينفع اذن المضمون عنه المحجور في جواز الرجوع عليه.
١٠٦	هل تعتبر الحرية في الضامن.
١٠٨	إذا اذن المولى لعبده في الضمان.
١١٠	اعتبار التنجيز في الضمان.
١١٥	اعتبار كون الدين ثابتاً في ذمة المضمون عنه.
١١٨	هل يعتبر عدم شغل ذمة الضامن للمضمون عنه.
١٢٠	اعتبار امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه.
١٢١	عدم اعتبار العلم بمقدار الدين وجنسه.
١٢٥	بالضمان ينتقل الحق إلى ذمة الضامن
١٢٧	إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن.

- ١٢٨ إذا أبرأ المضمون له ذمة المضمون عنه.
- ١٢٩ الضمان لازم على الضامن والمضمون له.
- ١٣٠ هل للمضمون له الفسخ مع اعسار الضامن.
- ١٣٣ ما هو المدار في الاعسار واليسار
- ١٣٤ هل يلحق بالاعسار المماثلة.
- ١٣٥ هل يجوز اشتراط الخيار في الضمان.
- ١٣٧ يجوز اشتراط شئ لكل منهما.
- ١٣٧ هل يثبت الخيار إذا تبين كون الضامن مملوكا.
- ١٣٨ يجوز ضمان الدين الحال مؤجلا وبالعكس.
- ١٤٠ إذا ضمن الحال مؤجلا فأسقط أجله وأي قبله.
- ١٤١ إذا حل المؤجل بموت الضامن.
- ١٤٢ حكم الرجوع على المضمون عنه إذا ضمن المؤجل حالا أو بأقل من أجله.
- ١٤٣ إذا ضمن بغير اذن المضمون عنه فلا رجوع عليه.
- ١٤٤ ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه الا بعد الأداء.
- ١٤٦ لا رجوع إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن.
- ١٤٧ للضامن الرجوع وان احتسب عليه المضمون له خمسا أو نحوه.
- ١٤٨ هل له الرجوع إذا هبة المضمون له ما في ذمته.
- ١٤٩ لو باعه المضمون له بما يساوي أقل لا يرجع الا بذلك المقدار.
- ١٥٠ إذا دفع المضمون عنه للضامن ما ضمنه قبل أدائه
- ١٥٣ لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بأمر الضامن.
- ١٥٥ لو دفع المضمون عنه من دون اذن الضامن.
- ١٥٦ إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن باذنه وأدى.
- ١٥٦ يجوز ضمان الدين بأقل منه أو بأكثر
- ١٥٨ يجوز الضمان بغير جنس الدين.
- ١٥٩ يجوز الضمان بشرط الرهانة.
- ١٦٢ إذا كان على الدين رهن فهل ينفك بالضمان.
- ١٦٣ اشتراط الضمان في مال معين.
- ١٦٦ إذا اذن المولى مملوكة في الضمان في كسبه.
- ١٦٨ إذا ضمن اثنان عن واحد.
- ١٧٣ إذا ضمن كل من المدينين لواحد دين الآخر.
- ١٧٩ لا يعتبر علم الضامن بقدر الدين.
- ١٨٢ إذا قال الضامن علي ما تشهد به البينة.
- ١٨٥ يجوز الدور في الضمان.
- ١٨٦ حكم الضمان عن الفقير بالوفاء من الوجوه الشرعية.
- ١٨٨ يجوز الضمان إذا كان الدين زكاة أو خمسا.
- ١٩٠ إذا ضمن في مرض موته.
- ١٩١ إذا كان يعتبر فيما على المدين المباشرة.

١٩٣	لا يجوز ضمان الكلي في المعين.
١٩٣	يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة
١٩٦	لا يصح ضمان النفقة المستقبلية.
١٩٧	لا يصح ضمان نفقة الأقارب.
١٩٨	حكم ضمان مال الكتابة.
٢٠٠	حكم ضمان مال الجعالة والسبق والرماية.
٢٠٢	حكم ضمان الأعيان المضمونة.
٢٠٨	حكم ضمان الأعيان غير المضمونة
٢٠٨	حكم ضمان درك الثمن للمشتري.
٢١١	حكم ضمان أرش المعيب.
٢١٤	إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا.
٢١٥	حكم ضمان ما يحدثه المشتري في الأرض.
٢١٨	لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه.
٢٢٣	صور التنازع بين المضمون له والمضمون عنه.
٢٢٤	لو اختلفا في اعسار الضامن ويساره.
٢٢٨	موارد الاختلاف بين الضامن والمضمون له.
٢٢٩	صور الاختلاف بين الضامن والمضمون عنه.
٢٣١	لو أنكر الضامن الضمان واخذ الحق بالبينه.
٢٣٥	لو ادعى الضامن الوفاء وانكر المضمون له.
٢٣٧	لو اذن المدين غيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى.
٢٤١	(كتاب الحوالة) تعريفها. شرائط عقد الحوالة.
٢٤٣	اشتراط عدم السفه فيه.
٢٤٥	اشتراط الايجاب والقبول فيه
٢٤٦	هل يعتبر قبول المحال عليه.
٢٤٧	هل الحوالة عقد أو ايقاع.
٢٤٩	الفرق بين الاذن والوكالة.
٢٥١	اعتبار التنجيز في الحوالة.
٢٥٣	هل يعتبر رضا المحال عليه.
٢٥٥	اعتبار ثبوت المال في ذمة المحيل
٢٥٧	اعتبار معلومية المال جنسا وقدرًا.
٢٦٠	اعتبار تساوي المالين المحال به والمحال عليه.
٢٦٣	صحة الحوالة بالمنفعة أو العمل.
٢٦٤	لا تتوقف براءة ذمة المحيل على ابراء المحتال.
٢٦٨	لا يجب على المحتال قبول الحوالة.
٢٦٨	الحوالة لازمة الا إذا كانت على معسر.
٢٧١	صحة الحوالة على البرئ.
٢٧٢	جواز اشتراط الفسخ لكل من الثلاثة.

٢٧٢	جواز الدور والترامي في الحوالة.
٢٧٣	لو تبرع أجنبي أو المحيل عن المحال عليه برأت ذمته.
٢٧٣	لو ادعى المحيل على المحال عليه مالا وانكره المحال عليه.
٢٨١	هل يتوقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه البرئ على الأداء.
٢٨٤	تصح حوالة السيد على مكاتبه بمال الكتابة.
٢٨٦	يتحرر العبد المكاتب بحوالة سيده عليه.
٢٨٨	لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحال عليه بثمنها.
٢٩٠	لو أحال المكاتب سيده على مدينه.
٢٩٠	لو اختلفا في ان الواقع منهما حوالة أو وكالة.
٢٩٥	إذا حال البائع دائنة على المشتري ثم تبين بطلان البيع.
٢٩٥	إذا أحال البائع على المشتري ثم انفسخ البيع.
٢٩٨	إذا أحال دائنه على وكيله بمال شخصي في يده.

منشورات
مدرسة دار العلم

(١٤)

مباني

العروة الوثقى

تقريراً لبحث آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الخوئي

دام ظلّه العالی

كتاب المساقاة

محمد تقي الخوئي

دام ظلّه

كتاب المساقاة

محمد تقي الخوئي

(١)

الطبعة الأولى
عام الطبع: ١٤٠٩ هـ - ق

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على
سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه
محمد وعترته الطيبين الطاهرين وبعد فقد لاحظت شطرا
وافرا مما كتبه ولدي وقره عيني العزيز السيد محمد تقي
حفظه الله وبلغه مناه تقريراً لأبحاثي الفقهية فوجدته
حسن الأسلوب وجميل التعبير وسطاً بين الأيجاز
والاطناب كافياً ووافياً بالمراد وإني أسأل المولى
جل شأنه أن يبلغ به مقصده ويتم له مرامه وأن
يجعله علماً من أعلام الدين وحافظاً لشريعة سيد
المرسلين فإنه ولي التوفيق أبو القاسم الموسوي الخوئي
٥ جمادى الأولى

١٤٠٤

(٥)

(٧)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المساقاة

وهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها،

ولا

اشكال في مشروعيتها في الجملة، ويدل عليه مضافا 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: أسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال: (ع) لا بأس " (١) وجملة من أخبار خبير، منها: صحيح الحلبي قال:

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

ح ٢.

(١١)

(أخبرني أبو عبد الله (ع) أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة.... " ١ " " هذا مع أنها من المعاملات العقلانية ولم يرد نهى عنها (١) ولا غرر فيها حتى يشملها النهي عن الغرر. ويشترط فيها أمور:

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

-
- (١) ظهر الجواب عن ذلك فيما تقدم، فإن كل معاملة لا تكون من التجارة عن تراض تكون منهيها عنها بمقتضى قوله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض "، ولما لم تكن هذه المعاملة منها لما عرفته من تضمنها لتمليك المعدوم كانت محكومة بالفساد لا محالة.
- (٢) على ما يقتضيه كونها من العقود. فإنها متقومة بالإيجاب والقبول والمعاهدة من الطرفين.
- (٣) إذ ليس الانشاء إلا إبراز 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.

(الثاني): البلوغ والعقل والاختيار (١).
(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس (٢).

والحاصل: أن المتفاهم العرفي من صحيحة يعقوب بن شعيب كون ذكر اللفظ المعين، مبرزا من المبرزات من دون أن 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 صلى الله عليه وآله لأرض خيرير كافية في اثباتها، حيث لم يذكر في جملة منها لفظ مطلقا، وإنما المذكور فيها أنه صلى الله عليه وآله أعطاهم أرض خيرير. وهو كاف في اثبات المدعى.

هذا كله مضافا إلى إمكان الاستدلال عليه بالأولوية القطعية، فإنه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنية على الضبط والدقة بالفعل، جاز إنشاء المعاملات المبنية على التسامح به بطريق أولى.

(١) وهي شروط المتعاضدين في جميع العقود بقول مطلق، سواء في ذلك البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها.

وقد عرفت أدلتها في كتاب البيع فإن الصبي لا يجوز أمره حتى يحتلم والمجنون بحكم البهائم والمكره غير ملزم بشئ.

(٢) لما تقدم، غير أنه كان على الماتن (قده) التنبيه على اختلاف

نحو شرطية هذا عما تقدم عليه، فإن الشروط الأول مشتركة بين المالك والعامل حيث تعتبر فيهما معا، في حين أن هذا مختص بالمالك خاصة دون العامل فإن المفلس والسفيه إنما هو ممنوعان من التصرف

(الرابع): كون الأصل مملوكة عينا ومنفعته، 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) أي الفسيل قبل الغرس
(السابع): تعيين المدة بالأشهر والسنين (٤) وكونها

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

- (١) إذ لولاها كان العقد فضوليا محكوما بالبطلان.
- (٢) لا لاستلزام عدمها الغرر حتى يقال إنها معاملة مبنية عليه وعلى الجهالة، وإنما لعدم الدليل على صحتها في هذه الصورة، فإن عمدة الدليل على صحة المساقاة منحصرة - وكما عرفت - في صحيحة يعقوب بن شعيب وأخبار اعطاء رسول الله صلى الله عليه وآله لأرض خيبر، وحيث إن موردها جميعا 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 ما سيأتي منه (قده) في المسألة السادسة من الالتزام بصحتها للعمومات وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة. وكيف كان: فما ذكره في المقام هو الصحيح، فإن العمومات والاطلاقات غير شاملة لما يتضمن تملك المعدوم بالفعل على ما تقدم غير مرة.
- (٤) لما تقدم، ولأن ما لا تعين له في الواقع لا يمكن الالتزام أو

بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا (١). نعم لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين. ويكفي ذلك في رفع الغرر (٢) مع أنه 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، فإنه غير قابل له كما هو واضح. نعم لا يبعد الحكم بصحة العقد إذا أنشأ على نحو الدوام، ولعله هو الظاهر من أخبار خبير حيث لم يرد في شيء منها تحديد فترة كون الأرض بيدهم، بل وفي بعض روايات العامة أنه صلى الله عليه وآله جعل لنفسه الخيار وأنه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك فإنه كالصريح في التأييد وعدم التحديد بمدة معينة، والحاصل: أنه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد وإن كان غير معين عند الطرفين، إذ يكفي فيه كونه معينا في الواقع. ولعل هذا هو المتعارف في العقود الخارجية في المزارعة والمساقاة معا، فإن أرباب الأراضي والبساتين يعطون أراضيهم وبساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها ويسقوها من غير تحديد للمعاملة بحد معين. (١) وإلا حكم ببطلان العقد للغويته نظرا للعلم بعدم تحققه في الخارج. (٢) على أنه 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، فإن مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر وعدمه.

وأما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (١) وإن كان محتاجا إلى حفظ أو قطف 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 بأن يجعل لأحدهما مقدارا معيناً والبقية للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومة وللآخر (٢)، بل وكذا لو اشترط اختصاص

(١) ولعل وجه احتمال الصحة هو التمسك بالعمومات والاطلاقات وإلا فالروايات الواردة في المقام لا تشمل مثله حيث إن جميعها واردة في مورد حاجة الزرع والثمر للسقي والعمارة فلا تشمل الحفظ والقطف. وسيأتي التعرض إلى المسألة ثانياً انشاءً الله.
(١) لعدم الدليل على صحتها من دونهما، فإن الدليل - على ما عرفت - منحصر في صحيحة يعقوب بن شعيب وأخبار خبير، وهي بأجمعها واردة في مورد وجود القيد، على أنه مع عدم التعيين لا يكون العقد قابلاً للالزام به من الطرفين فيحكم ببطلانه من هذه الجهة أيضاً.
(٢) تعرض (قده) لنظير هذا الفرع في المزارعة أيضاً، وقد صرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعة.
ومن هنا: فيرد عليه (قده) عدم وضوح الفرق بين المقامين مع تصريحه باعتبار الإشاعة أيضاً، فإنه إن صح التمسك بالعمومات والاطلاقات فهو غير مختص بالمقام، وإن لم يصح - كما هو الصحيح - وجب الحكم بالفساد في المقامين.
وكيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان في المقام وفي المزارعة

أحدهما بأشجار معلومة (١) والاشترار في البقية، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقية إذا علم كون الثمر أزيد من المقدار وأنه تبقى بقية.
(العاشر): تعيين ما على المالك من الأمور وما على العامل من الأعمال (٢) إذا لم يكن هناك انصراف.
(مسألة ١): لا اشكال 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) التزم (قده) بذلك في المزارعة أيضاً، لكنك قد عرفت هناك أن دليل الصحة إنما يقتضي صحتها فيما إذا كان النتاج بأجمعه مشتركاً بينهما، فلا يشمل صورة اختصاص أحدهما ببعضه وكان الباقي مشتركاً بينهما، والاطلاقات والعمومات لا تنفع في تصحيحها. والأمر في المقام كذلك أيضاً، فإن النصوص بأجمعها واردة في فرض إشاعة الحاصل بأجمعه 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 بطلان العقد لا محالة.

(٣) فإنها القدر المتيقن من المساقاة الصحيحة.

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

الثامن من الاستشكال في صحتها.

في صحتها إذا كان بعد الظهر قبل البلوغ (١)، والأقوى (٢) - كما أشرنا إليه - صحتها، سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أولا، خصوصا إذا كان في حملتها بعض الأشجار التي بعد لم يظهر ثمرها (٣).
(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الأشجار التي لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقتها (٤)،

وكيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان، لقصور نصوص صحة المساقاة عن شمول مثلها، فإن جميعها واردة في فرض احتياج الأصول إلى العمل فيها.
(١) بحيث يكون الثمر محتاجا للعمل ولو بلحاظ كونه موجبا لجودته.
(٢) لاطلاق صحيحة يعقوب بن شعيب، فإن 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) تمسكا بالعمومات والاطلاقات حيث إن مقتضاها عدم الفرق في الصحة بين ما له ثمر وما لا ينتفع إلا بورقه.
ألا إنك قد عرفت غير مرة، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات لتضمنها لتمليك المعدوم بالفعل، فلا بد من الرجوع إلى الأدلة الخاصة وهي قاصرة الشمول للمقام، فإن صحيحة يعقوب بن شعيب واردة في الأشجار المثمرة فلا تشمل الأشجار التي ينتفع بورقها فضلا عن الزرع المثمر أو غير المثمر. وفي أخبار خبير أنه صلى الله عليه وآله أعطاهم

كالتوت والحناء ونحوهما.

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها وإن تعددت اللقطات فيها كالأولين، ولكن لا يبعد الجواز للعمومات (١) وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة، بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلائية، ولا يكون من الغررية 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 وإن احتاجت إلى أعمال أخرى، ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذ، فإن هذه اللفظة لم ترد في خبر من الأخبار (٣) وإنما هي اصطلاح العلماء وهذا التعبير منهم

أرض خبير وفيها النخيل والأشجار، فلا تشمل غيرها.

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

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(٣) وفيه: أنها وردت في صحيحة يعقوب بن شعيب التي ذكرها الماتن (قده) في صدر الكتاب فإنه ورد فيها "ويقول: إسق هذا من الماء واعمره... " فما أفاده (قده) يعد غريباً منه.

إلا أن ذلك لا ينافي القول بالجواز في المقام، فإن المتفاهم العرفي

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

من هذه الكلمة مقدمة لتحصيل المطلوب، فالمعاملة في الحقيقة إنما هي لأجل العمران وتهيئة مقدمات حصول الثمر وليس السقي إلا كمقدمة من تلك المقدمات وإلا 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 خبير إلى السقي، فإن النخل وبفضل عمق عروقه في الأرض يكون مستغنيا عن السقي غالباً.

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

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

لم تكن مثمرة إلا 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
الأشجار المغروسة، بأن يشترط (٣) على العامل غرسه في
البستان المشتتم على النخيل والأشجار ودخوله في المعاملة
بعد أن يصير مثمراً، بل مقتضى العمومات (٤) صحة المعاملة
على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير مثمرة وإن لم
تكن من المساقاة المصطلحة.

(مسألة ٧): المساقاة لازمة (٥) لا تبطل إلا بالتقاييل

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

(٢) على ما تقدم بيانه في الشرط السابع.

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

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

(٤) تقدم الكلام فيها فراجع.

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

أو الفسخ بخيار 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) فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلا فيستأجر الحاكم من تركته (٤) من يباشره إلى بلوغ الثمر، ثم يقسم بينه وبين المالك (٥). نعم لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل تبطل بموته (٦). ولو اشترط عليه (٧) المباشرة

صحته - على ما تقدم منا بيانه غير مرة -.

(١) على ما يقتضيه كون العقد لازماً، فإن مقتضاه بقاء العقد على حاله وقيام وارث الميت منهما مقامه.

(٢) فإن البستان إنما ينتقل إلى ورثته متعلقاً لحق الغير، فيكون حالهم في ذلك حال المورث فلهم مطالبة العامل بالعمل وما تعهد به.

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

(٤) لأن العامل إنما مات مطلوباً للغير بحقه، فإذا لم يقم الوارث بفكّه يبقى الحق متعلقاً بتركته لا محالة.

(٥) على ما يقتضيه قانون المساقاة، فإن الحاصل إنما يكون مشتركاً بين مالك البستان والعامل فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، وليس للأجير إلا الأجرة المسمّاة،

(٦) لعدم إمكان الوفاء بها من قبل الوارث.

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

لا بنحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ - لتخلف الشرط -
واسقاط حق الشرط والرضا باستئجار من يياشر (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 نوعا
وإن عرض له التكرر في بعض الأحوال. فمن الأول
اصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقف عليه
من الآلات وتنقية الأنهار والسقي ومقدماته كالدلو والرشا
واصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو
نحوه وإزالة الحشيش المضرة وتهذيب جرائد النخل والكرم
والتلقيح واللقاط والتشميس واصلاح موضعه وحفظ الثمرة
إلى وقت القسمة. ومن الثاني حفر الآبار والأنهار وبناء
الحائط والدولاب والدالية ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعا.
واختلفوا في بعض الأمور أنه على المالك أو العامل مثل
البقر الذي يدير الدولاب والكش للتلقيح وبناء الثلم ووضع
الشوك على الجدران وغير ذلك. ولا دليل على شئ من
الضابطين (٢). فالأقوى أنه إن كان هناك انصراف في

الموارد كونه على نحو التقييد.

- (١) على ما يقتضيه قانون الخيار عند تخلف الشرط.
(٢) لأنهما وإن ذكرا في كلمات الأصحاب إلا أنه لم يدل عليهما

كون شئ على العامل أو المالك فهو المتبع (١)، وإلا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، ومع الاطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معا، لأن المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٢).
(مسألة ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان، لأنه خلاف وضع

ولا خبر ضعيف.

(١) لكونه بمنزلة التعيين.

(٢) تبع (قده) في ذلك صاحب الجواهر (قده)، والمراد به أن العقد لما كان لازما وجب الوفاء به على كل منهما بحيث لا بد لهما من الالتزام به وانهاؤه. فإذا كان متوقفا على شئ نسبته إليهما على حد سواء، وجب عليهما تحصيله تحقيقا للوفاء بالعقد وانهاؤه. ومن هنا فلا يرد عليه ما في بعض الكلمات من أن الالتزام ليس من آثار الشركة ولذا لا يجب على الشركاء في دار فعل ما يقتضي بقاءها من تعميم ونحوه.

فإن هذا ليس من باب الشركة وإنما هو من باب لزوم العقد ووجوب الوفاء به.

نعم يرد عليه أنه فرع اللزوم ووجوب الوفاء بالعقد وهو أول الكلام فإنه إنما هو فيما التزم به خاصة دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه، فإن المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض والأشجار للعامل ليعمل فيها، وكذا العامل فعل ما عليه بالسقي والرعاية وأما الباقي كتهيئة المقدمات ونحوها فلم نلتزم كل منهما بشئ منها، ومن هنا فلا وجه لالتزامهما بها واجبارهما عليها.
فالصحيح في المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين لعدم إمكان الزام كل منهما بها، كما التزم به الماتن (قده) في نظر المقام من المزارعة.

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

(١) فإنه 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، لأنه ليس من الوعد بالفعل كي يكون عدمه موجبا لتخلف الوعد.

(٢) فإنه لا دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل، وإنما العبرة بصدق العمران وتربية الأشجار - إذ قد عرفت أنه لا خصوصية للسقي بما هو - ولو بنحو الموجبة الجزئية، فإنه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولاً لصحيفة يعقوب بن شعيب المتقدمة ويؤكد ذلك الحكم بصحة العقد جزماً فيما إذا أوقعه المالك بعد قيامه بعمل بعض ما له دخل في تربية الأشجار مع بقاء الحاجة إليه بعد ذلك أيضاً، فإنه مشمول لصحيفة 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 الأعمال، فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل (١) وإن لم يمكن فله الفسخ (٢). وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط (٣). وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته (٤) بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة؟ وجهان بل قولان: أقواهما ذلك (٥).

-
- (١) لأنه حق له بموجب الشرط والعامل ملزم به.
(٢) بل مع التمكن من الاجبار أيضا، إذ لا موجب لتقييد حق الفسخ بصورة تعذر الاجبار، وذلك لما تقدم منا غير مرة من أن مرجع اشتراط العمل وحقيقته إنما 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 التمكن منه فإنهما في عرض واحد.
(٣) لانتفاء موضوع الاجبار، فينحصر حقه في الفسخ خاصة.
(٤) تخصيصه (قده) لمطالبته بالأجرة بما يقابل حصته، ناشئ من اختصاص محل كلامه (قده) بالعمل المتعلق بالمساقاة، وإلا فلو كان العمل أجنبيا عنها كما لو اشترط فيها خياطة ثوبه - مثلا - فله المطالبة بتمام القيمة بناء على ثبوت أصل الحكم.
(٥) بل أقواهما عدمه، وقد ظهر وجهه مما تقدم فإنه لا بد للملكية

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

(مدفوعة): بالمنع من عدم إفادته التملك وكونه قيذا في المعاملة لا جزءا من العوض يقابل بالمال، لا ينافي إفادته لملكية من له الشرط إذا كان عملا من الأعمال على من عليه.

والمسألة سيالة في سائر العقود، فلو شرط في عقد البيع على المشتري - مثلا - خياطة ثوب في وقت معين وفات الوقت فللبايع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة وهكذا. (مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح (١)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل

من سبب فإنها لا تحصل من دونه اطلاقا، وحيث لا سبب لها في المقام فلا يمكن الالتزام بها، فإن الاشتراط في الأعمال - كما عرفت - ليس إلا تعليق الالتزام بالالتزام وتخلفه لا يوجب غير الخيار. والحاصل: أن الملكية لما لم تكن طرفا للعقد ولم تنشأ من قبلهما بل ولم يلتزما به، لأنهما لم يجعلوا إلا العمل في البستان في قبال الحصة من النماء، فلا وجه للالتزام بها. والمسألة سيالة في جميع العقود. (١) فإنه فعل سائغ في نفسه، فلا مانع من أخذه شرطا في العقد

على غلام المالك فهو كما لو شرط أن 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، وإن كان ربما يقال بالبطلان، بدعوى: أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه ولا يخفى ما فيها (٢) ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل - ففي صحته وجهان لا يبعد الأول (٣)، لأن الغلام حينئذ كأنه نايب عنه في العمل بإذن المالك،

وقد تقدم الجواز في اشتراطه على المالك نفسه.

(١) فإن العامل حينئذ لم يلتزم بشئ على الاطلاق، فإن الأشجار من المالك والعمل من الغلام، ومن هنا فلا يصدق عليه المساقاة. (٢) فإن عمل الغلام في بستانه الخاص أجنبي عن المساقاة بالنسبة إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك والعامل، إذ الحصة من الثمرة إنما جعلت في قبال 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 أجنبي عنه بالمرأة.

(٣) بل هو بعيد جدا والصحيح هو القول بالبطلان لعدم الدليل على الصحة بعد عدم التزام العامل بشئ مطلقا.

وإن 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 أن يكون العامل في المساقاة مباشرا للعمل بنفسه (١)، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة، ويجوز أن يشترط كون أجرة بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع لا وجه له (٢)، وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معا

وبعبارة أخرى: إن العقد لما كان متقوما بصدور الالتزام من الطرفين، فإن فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بد من الحكم بالصحة وإن 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 فإنه وبلاشترط يسقط حق المالك في الزامه به ويجعل ذلك على العامل، فلا محيص عن الحكم بالبطلان، لكونه خارجا عن مدلول دليل الصحة.

(١) إذ لا يجب عليه إلا 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 شرطا في ضمن العقد.

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

في ذمتها (١) أو الأداء من الثمر (٢)، وأما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الأعمال عليه أو في الثمر ففي صحته وجهان: (أحدهما): الجواز، لأن التصدي لاستعمال الأجرة نوع من العمل، وقد تدعو الحاجة إلى 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 الأعمال على العامل.

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

ولذا لم يستشكل أحد في بطلان مثل هذه الإجارة في غير المساقاة كما لو أجره لخياطة ثوب بإزاء مقدار معين من حاصل أرضه 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 شرط كون الأجرة حصة مشاعة من الثمر بطل
للجهل بمقدار مال الإجارة (٢)، فهي باطلة.
(مسألة ١٤): إذا شرط انفراد أحدهما بالثمر بطل

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

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

(١) بل الثاني، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجبا للحكم
بصحة المساقاة وإنما العبرة فيها - على ما عرفت - بالعمل الذي له دخل
في تربية البستان بمعنى ظهور ثمره أو زيادته.
والحاصل: أن الأدلة الخاصة قاصرة الشمول للمقام، والعمومات
والاطلاقات لا تشمل ما يتضمن تملك المعدوم.
(٢) بل لما عرفت من اشتمالها على تملك المعدوم.

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

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

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

(٢) لتبعية الثمر للأشجار في الملك.

(٣) لأنه لم يقدم على العمل مجاناً وإنما أقدم عليه لقاء أخذه للحاصل وحيث إنه لم يسلم له لبطلان العقد واستيفاء المالك لمنافعه وعمله الصادر عنه بأمره يضمن له المالك أجره المثل لا محالة.

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

(٤) وتوهم: أنه إنما عمل تخيلاً منه لزوم ذلك عليه من باب

وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله.

مدفوع: بأن الموجب للضمان ينحصر في العقد الصحيح ووقوع

العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع، وحيث إن كليهما مفقود في المقام أما الأول فهو المفروض، وأما الثاني فلكون أمره بالعمل على نحو المجانية، فلا موجب للقول بالضمان.

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

فإن مقتضى اطلاق قوله: " وفيها رمان أو نخل أو فاكهة " عدم

الفرق بين كون أشجار ذلك البستان من سنخ واحد وكونه مشتملاً

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

على أصناف متعددة.

(١) وفيه مضافا إلى ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار نفي الغرر في المعاملات مطلقا، فإن الدليل عليه إنما يختص بالبيع ولا مجال للتعدي عنه إلى غيره، أن عقد المساقاة مبني على الغرر من هذه الجهة - أعني مقدار الثمر - إذ لا علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر في تلك السنة، وهل أنه سيكون كثيرا أو قليلا؟ فهذا الجهل معفو عنه جزما.

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

على أنه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهة، فإن عمل العامل لما كان يقابله الحصة من الثمر، لم يمكن تصور فوات شيء منه اطلاقا فإنه مضمون على كل تقدير لأنه تابع له في القلة والكثرة، فإن كثرت الأشجار وكثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل، وإن قلت الأشجار وقل عمله قل حاصله أيضا.

ومن هنا: فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا، فإنه لا يتصور فيه أصلا وعلى تقديره فهو معفو عنه لا بتناء العقد عليه.

بل عقد المساقاة على هذا البستان إنما هو في الحقيقة كالعقد على مجموع بساتين يختص كل منها بسنخ معين، الذي لم يشك أحد في صحته. فإن 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 والكرم بالثلث والرمان بالربع مثلاً وهكذا (١) واشترط بعضهم في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع، ولكن الفرق بين هذه الصورة وصورة اتحاد الحصة في الجميع غير واضح (٢)

في الثاني معزولة مفروزة في حين أن الأشجار فيما نحن فيه مختلطة وغير مفروزة، إلا أنه لا يؤثر شيئاً بعد أن كان مثل هذا العقد منحللاً في الحقيقة إلى عقود متعددة ومستقلة.

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

(٢) يمكن التفريق بين الصورتين يكون حصة العامل في فرض اتحادهما في الجميع معلومة فإنه وعلى كل تقدير يأخذ النسبة المجعلولة له من الحاصل من غير زيادة أو نقصان، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن حصته وبالقياس إلى المجموع تبقى مجهولة لاحتمال زيادة الصنف وقلته، فإنه 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 وثلاثون من التمر وهذا يعني أنه قد أخذ بالنتيجة ما يعادل ثماني 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 وأربعون رطلاً ومن التمر ثلاثة وثلاثون وثلث، وهذا يعني أن حصته في النتيجة لم تكن إلا سبعة وثمانية أعشار وثلث العشر من أصل تسع عشرة حصة،

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

(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف - مثلا - إن سقي
بالناضح وبالثلث إن سقي بالسيح ففي صحته قولان،

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

إلا إنك خبير بأن هذا المقدار من الفرق لا يكفي في الحكم بالبطلان
في المقام، بعد ما عرفته من أن هذه المساقاة وإن كانت واحدة بحسب
الانشاء إلا أنها منحلة في الحقيقة إلى عقود متعددة ومساقاة على كل
صنف مستقلا، نظير ما ذكرناه في كتاب البيع من ضم مبيع إلى
غيره، فإنه لا عبرة بتعدد المبيع وإنما العبرة بواقع الاعتبار والتملك
ولذا يلتزم فيما لو باع ماله ومال غيره بصحة البيع بالنسبة إلى ماله
وتوقفه على الإجازة بالنسبة إلى مال الغير، في حين أنه لو كانت
العبرة بالانشاء لوجب القول ببطلان العقد بالنسبة إلى المالكين معا على
تقدير عدم إجازة الآخر.

فما نحن فيه من هذا القبيل فإن هذا العقد الواحد عبارة في الحقيقة
عن عقود متعددة جمعها انشاء واحد فقط، وحيث إن 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 أيضا، لما تقدم في المسألة السابقة حرفا بحرف.

أقواهما الصحة (١)، لعدم إضرار مثل هذه الجهالة، لعدم إيجابها الغرر مع أن بناءها على تحمله. خصوصا على القول بصحة مثله في الإجارة (٢)، كما إذا قال: إن خطت روميا فبدرهمين وإن خطت فارسيا فبدرهم. (مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئا من ذهب أو فضة أو غيرهما (٣) مضافا إلى الحصاة من الفائدة، والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة، ومستندهم في الكراهة غير واضح كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة أو جريانها بالعكس أيضا، وكذا اختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق الضميمة، والأمر سهل. (مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب

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

(٢) وقد تقدم هناك أن الصحيح هو البطلان، لأن الإجارة تمليك فلا بد وأن يكون متعلقه معلوما والمردد غير معلوم.

(٣) لكونه سائغا في نفسه، فيلزم باشتراطه في ضمن عقد لازم بمقتضى أدلة لزومه.

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

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

وحاصله: أنه 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 بأن لم يحصل شيء أصلا أو يحصل ويتلف جميعه، وقد يفرض في بعضه. أما في فرض عدم خروج الثمرة بالمرة فالمتعين هو الحكم بطلان المساقاة، لأنها معاوضة بين الطرفين - على ما يستفاد من النصوص ويأتي بيانه - فإذا لم تخرج الثمرة بالمرة كشف ذلك عن بطلانها من الأول، وبذلك فيكون الشرط في ضمنه شرطا في ضمن عقد فاسد فلا يؤثر شيئا.

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

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

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

كشروط الصوم يوما أو الصلاة ركعتين عن أبيه وما شاكلهما من الأمور البسيطة أو المركبة الارتباطية، فإنه أفهل يمكن أن يقال بتبعض الشرط فيه أيضا؟،

فإن ملاحظة مساواة هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقة قابلا للتفكيك بلحاظ كونهما على حد سواء مما يؤكد ما التزمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق.

والحاصل: أن حال الشرط في المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمرة، فإنه يحكم بسقوطه، لكون التزامه مقيدا بصحة العقد، فإذا لم يصح ولو بعضا لم يثبت شيء من الالتزام.

هذا كله بالنسبة إلى 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، فإن الملك قد حصل، والتلف إنما عرض على ملكهما معا، ومعه فلا وجه لسقوط شيء من الشروط.

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

والحاصل: أن نفوذ الشرط في المقام تابع لكيفية الجعل من حيث الاطلاق والتقييد، فإن كان الاشتراط معلقا على سلامة الجميع سقط بتلف البعض وإلا وجب الوفاء به بأجمعه لعدم الموجب لسقوطه.

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

أصلا فتسقط وصورة التلف فلا (١). والأقوى عدم السقوط مطلقا (٢) لكونه شرطا في عقد لازم فيجب الوفاء به. (ودعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول لعدم ما يكون مقابلا للعمل، أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، أما مع كونها للعامل، فلأن الفائدة ركن في المساقاة، فمع عدمها لا يكون شئ في مقابل العمل، والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضيية فتكون المعاملة باطلة من الأول، ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط. (مدفوعة) مضافا إلى عدم تماميته 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) لانكشاف 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 الصورتين معا.

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

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

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

(١) وهو في غير محله جدا، فإنه مناف لما أفاده (قده) في تعريف المساقاة حيث فسرها بأنها " معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرها " فإنها ظاهرة في كون الحصة عوضا عن العمل في الأصل. بل ويتنافى مع ما هو المرتكز في الأذهان من كون العمل في مقابل الحصة وهي في مقابل العمل بحيث يكون عوضا ومعوذا وإن لم يكن هناك تمليك وتملك ومبادلة مال بمال فعلا، إلا إن ذلك لا يضر شيئا ولذا لو سئل العامل أنه هل يعمل مجانا لأجاب بالنفي صريحا. ومما يدلنا على ذلك الأخبار الواردة في المقام فإن ظاهر قوله في صحيحة يعقوب بن شعيب: " اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج " وقوله في صحيحة الحلبي الواردة في اعطاء النبي صلى الله عليه وآله لخبير: " أعطى خبيرا بالنصف " هو المعاوضة، فانكارها بعد ذلك يكون من إنكار الأمر الواضح. ومما يدلنا على ذلك، حكمهم بعدم لزوم الاتمام على العامل فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل أو في الأثناء.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، وإن عدم استحقاق العامل حينئذ شيئا إنما هو لاقدامه على التبرع من غير جهة الحاصل بحيث أقدم على

بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول واحترام عمل المسلم، فهي نظير المضاربة حيث إنها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق. كما أن ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصة من الربح الذي 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 الثمر لا يصح المساقاة، ولازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك (١)، (مدفوعة): بأن الوجه في عدم الصحة كون المعاملة سفهية (٢) مع العلم

الفعل على أن لا يضمن المالك له شيئا سوى الحصة من الحاصل على تقديره.

(١) لأن الحكم بالصحة حينئذ إنما كان حكما ظاهريا فقط فيرتفع بانكشاف الواقع.

(٢) ليس الوجه في البطلان ما ذكره (قده) إذ لا دليل على بطلان المعاملة السفهية، فإن 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 الصحة (١) ولزوم الوفاء بالشرط - وهو تسليم الضميمة - وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة. نعم لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر - إما لبيسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك - كشف عن بطلان المعاملة من الأول (٢) ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلا بالحال (٣). (مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعا أو مفروزا ففي صحته مطلقا، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون

بل الوجه في البطلان مضافا إلى ما تقدم من كون المساقاة من العقود المعاوضية. عدم تحقق القصد الجدي إلى المعاملة بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بإزاء عمله.

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

(٢) فإنه يعتبر في المساقاة قابلية الشجر للثمر، إذ بدونها يكون العقد لغوا محضا.

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

نعم لو كان المالك عالما بالحال وقلنا بقاعدة الغرور صح الرجوع عليه، إلا أنك قد عرفت غير مرة عدم تمامية هذه القاعدة. إذن: فلا موجب للقول بضمان المالك للعامل لأجرة 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 إلى 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 أن يكون بستانه الآخر بتمامه للعامل، فإنه صحيح جزماً لأن اشتراط الملكية في ضمن العقد لا يقتضي الفساد. وهذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئية، فإنه لا محيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاة، فإن العقد قائم على اشتراكهما في الثمر بعد اختصاص الأصول بأحدهما وكون العمل - ولو على نحو الموجبة الجزئية - من الآخر، فلا يصح فيما إذا كانت الأصول والعمل بتمامه من أحدهما، كما هو الحال فيما نحن فيه، فإن العامل لما كان مالكا للمقدار المجعول 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 إلا لأن عمله في ذلك البستان إنما هو لنفسه فلا يصح بعد فرض كون الأصل له أيضا. وبعبارة أخرى: أنه لا بد في المساقاة من كون الأصول من أحدهما والعمل ولو بعضاً من الآخر، فلو كانا معا 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 إن تلك الأصول وإن لم يكن للمالك الشارط

ولا يحصل الاشتراك في الحاصل، ولذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك.

والحاصل: أنه مع تعدد مالك الأشجار، لا يصح اشتراط كون ثمر الجميع مشتركا بينهم، فإن العمومات غير شاملة لمثل هذا العقد - على ما عرفته غير مرة - والأدلة الخاصة واردة في غير هذا المورد. فالصحيح في المقام هو التفصيل بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطية المحضة بأن تجعل ملكية تلكم الأشجار المعينة للعامل من دون أن تكون داخلة في عقد المساقاة بحيث يكون العقد واقعا على غيرها فيحكم بالصحة، وبين ما لو كان على نحو الجزئية، بأن تكون هذه الأشجار المجمعول ملكيتها للعامل داخلة في العقد أيضا بأن تكون الأصول للعامل والثمار مشتركا بينهما فيحكم ببطالانه.

(١) وقد عرفت ما فيها.

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

(٣) على ما تقدم بيانها، حيث قد عرفت أنه لا يصح كون الأصول والعمل معا من أحدهما.

إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصته من نمائها. ودعوى: أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها. مدفوعة: بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط في عرض تملك حصة من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماءها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصة من نماءه مع نفس تلك الأصول. (مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل اتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم (١).

(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعيينه نوعا ومقدارا بحصة من الثمرة أو بتمامها بعد

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

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

-
- (١) فإنه حينئذ مال موجود بالفعل فيصح جعله عوضا لعمل محترم.
 - (٢) لما تقدم، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا، فإنه وبوضعه الحالي أمر موجود بالفعل فتصح المعاوضة عليه.
 - (٣) تقدم التعرض لهذه المسألة في كتاب الإجارة، وقد عرفت أن الصحيح هو القول بالمنع، لعدم الدليل على صحة هذه المعاملة في مقام الإثبات، فإن الإجارة تبديل للمنفعة أو العمل من جهة والأجرة من جهة أخرى، فلا تصح مع كون الأجرة معدومة والمستأجر غير مالك لها بالفعل.
 - والحاصل: أن الإجارة إنما تتضمن التمليك، وهو لا يتعلق إلا بالموجود في الخارج أو في الذمة - لأنه بحكم الموجود الخارجي - وأما ما لا وجود له بالفعل فلا يصح تعلق الملكية به.
 - ولذا لا يذهب أحد إلى صحة إجارة شخص على عمل بإزاء ما سيرته من أبيه عند موته.
 - ومما ذكرناه يظهر أنه لا مجال لإثبات حكم البيع لما نحن فيه والقول بالصحة مع الضميمة، فإنه قياس محض ولا مجال لقبوله.
 - (٤) فإنه أمر معقول في نفسه، فإن التمليك أمر اعتباري وهو سهل المؤنة فيصح تعلقه بالمعدوم كما يصح أن يكون المالك غير شاعر

المعقولة بعد اعتبار العقلاء وجوده المستقبلي، ولذا يصح مع الضميمة أو عامين، حيث إنهم 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 معقولة 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 موجودا فعلا عند ذيها، بل وإن لم يكن في الخارج أصلا، 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 لأثاثه والسادة للخمس والفقراء للزكاة - على القول بملكيتهم لها - .

بل الوقوع خير دليل على الامكان، حيث يصح بيع الثمار مع الضميمة، إلا أن الاشكال - وكما عرفت - ليس من هذه الجهة وإنما هو من حيث مقام الاثبات، إذ لا دليل على صحة هذه المعاملة. (١) قد عرفت أن وجه المنع إنما هو عدم الدليل على صحة هذه المعاملة ومن هنا فلا وجه للالتزام بصحتها حتى مع عدم تمامية الاجماع وانتفاء الغرر.

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

-
- (١) لتبعيته للشجر في الملك.
(٢) لأنه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجاناً، حيث إنه إنما أتى به بإزاء الحصة من الثمر، فإذا لم يسلم له ذلك العوض لاستيفاء المالك للثمر بأكمله نظراً لفساد العقد، فلا بد للمالك من تدارك عوضه بدفع أجره مثل عمله له كي لا يذهب سدى.
نعم لا بد من تقييد اطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجرة أكثر من الحصة المجعولة له، وإلا فليس له إلا الأقل لأقدمه على الغاء احترام ماله بالنسبة إلى الزائد عن ذلك المقدار.
(٣) قد عرفت غير مرة أن العلم بالبطلان لا يعني بالضرورة الإقدام على المجانية فالفساد إنما هو بلحاظ الحكم الشرعي لا بلحاظ بناء المتعاقدين، فإن عدم امضاء الشارع له شئ وإقدام العامل على العمل مجاناً شئ آخر.
إذن فالصحيح هو القول بالضمان سواء علم العامل بالبطلان أم جهل به، فإن المالك قد استوفى عملاً محترماً صادراً عن أمره لا بقصد التبرع، فيكون ضامناً له لا محالة بعد أن لم يسلم له - العامل - المسمى في العقد.
(٤) فإنه وبذلك يدخل في كبرى: " ما لا يضمن بصحيحه

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

لا يضمن بفاسده، وليس الوجه فيه إلا أن عمل العامل في هذه الصورة
لم يكن مضمونا على المالك باعتبار أن الأمر به إنما كان على نحو
التبرع والمجانية.

هذا وقد ناقش فيه صاحب الجواهر (قده) بدعوى أن العامل
إنما قام بالفعل اعتقادا منه للزوم العقد عليه ووجوب الوفاء به معه
فلا يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجانا.

وفيه: أن مجرد اعتقاده بذلك لا يوجب ثبوت العوض على
المالك، فإن الملاك إنما هو بصدور الفعل عن أمره لا مجانا، وحيث
إنه غير متحقق في المقام فلا موجب لثبوت الضمان عليه، ولذا لم
يلتزم أحد بالضمان فيما لو تخيل العامل الإجارة فقام بالفعل بذلك الاعتقاد.
والحاصل: أنه لا وجه لإثبات 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، وإن ذهب الماتن (قده) إلى صحته - فإنه مشمول
لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

والوجه فيه ما ذكرناه من أن الضمان إنما يكون لأمرين العقد
الصحيح، والأمر بالعمل لا على نحو المجانية والتبرع، ولا شيء
منهما متحقق في المقام فإن المفروض فساد العقد، والمالك لم يضمن
للعامل وراء الحصة مما أخرج الله من الأرض شيئا، 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
لأنه كالبيعين في بيع المنهي عنه (١) ضعيف لمنع كونه من
هذا القبيل (٢)، فإن المنهي عنه البيع حالا بكذا ومؤجلا
بكذا، أو البيع على تقدير كذا بكذا، وعلى تقدير آخر
بكذا (٣)، والمقام نظير أن يقول: بعتك داري بكذا
على أن أبيعك بستاني بكذا، ولا مانع منه، لأنه شرط
مشروع في ضمن العقد.

العامل متبرعا بعمله من غير هذه الناحية، فلا وجه للقول بالضمنان.
(١) روى الصدوق (قده) عن شعيب بن واقد عن الحسين بن
زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) في مناهي النبي صلى الله عليه وآله:
قال: " ونهى عن بيعين في بيع " (١) وروى الشيخ (قده) أنه
" نهى رسول الله صلى الله عليه وآله 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 إلا قياسا محضاً.
(٣) ويحتمل أن يكون المراد به البيع إلى أجلين مختلفين، بأن
يبعه الكتاب مؤجلا 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 يساقي 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، وحينئذ فإن كانت الحصة المعينة للعامل منهما سواء - كالنصف أو الثلث مثلاً - صح وإن لم يعلم العامل كيفية شركتهما (٤) وأنها بالنصف أو غيره، وإن لم يكن سواء - كان 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 حصتهما 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 حصتهما 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 جهله هذا موجباً لجهالة حصته كما هو واضح.

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

(١) وقد استشكل فيه بعضهم بأنه إن تم اجماع على البطلان مع
الجهل فهو وإلا فالقول به مشكل لعدم الدليل على قدح الغرر في المقام
وفيه: أن الظاهر في المقام هو البطلان سواء أقلنا باختصاص
نفي الغرر بالبيع - كما هو الصحيح - أم قلنا بعمومه للمقام أيضا.
وذلك لما أشار إليه الماتن (قده) من استلزامه الجهل بمقدار
الحصة، فإنه لا بد في المساقاة - على ما يستفاد من صحيحة يعقوب بن شعيب
وأخبار خبير - من معلومية حصة كل من المالك والعامل من الثمر،
ولذا لو ساقاه على أن يكون له في مقدار من البستان النصف وفي
مقدار آخر منه الثلث من غير تعيين لما حكم ببطلانه جزما.
وحيث إن هذا الشرط غير متوفر في المقام، لأنه إذا ساقى
أحدهما على النصف والآخر على الربع وكان مجموع النتاج مائة وعشرين
رطلا، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل
منهما، فإذا كان نصيب صاحبه الأول من البستان الثلثين ونصيب
الثاني الثلث كان له من المجموع خمسون رطلا، وإذا انعكس الأمر
كان له أربعون رطلا، فلا بد من الحكم بالبطلان.
والحاصل: أن مساقاة المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصة
المجعولة للعامل وجهل نصيب كل منهما في البستان، لما كان موجبا
لجهالة ما يحصل للعامل محكومة بالفساد.

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

(١) لأنه ولي الممتنع، فإن وظيفة الولاية وإن كانت في الأصل
اجراء الأحكام الصادرة من القضاة، إلا أن استقرار نظام المعاش
وحفظه يقتضي قيامه في عصر الغيبة مقام القاضي فيما هو شأنه،
حفظاً لحق المظلوم وإقامة للنظام والقانون، ولكي لا يلزم من تركه
الهرج في الاجتماع.

وبعبارة أخرى: إن نظام المعاش يقتضي وجود ولي يأخذ بحق
المظلوم من الظالم ويقيم العدل في الاجتماع، وعليه فإن كان الولي
الحقيقي موجوداً فالأمر إليه، له التصدي له بالمباشرة أو بنائبه الخاص
ولا حق لأحد في الاعتراض عليه. وإلا فالأمر للحاكم الشرعي لأنه
القدر المتيقن في ذلك، ومع عدم إمكانه فالأمر للعدول من المؤمنين
حيث إنهم يقومون مقام الحاكم الشرعي حيث يتعسر أو يتعذر الرجوع
إليه، لكونهم القدر المتيقن منه بعد المفروغية عن لابدية أخذ حق
المظلوم وإقامة نظام العدل في الاجتماع والمنع من الهرج والفوضى.

(٢) لما تقدم.

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

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

-
- (١) وفيه: أنها إنما تختص بالأموال، فلا وجه لاثباتها في المقام ونحوه من موارد ثبوت الحق خاصة، حيث لا يملك المالك على العامل مالا شخصيا أو كليا في الذمة، وإنما يملك عليه حتى الالتزام خاصة. الحاصل. أنه لا دليل على ثبوت المقاصة في موارد الحقوق.
- (٢) فيه إشكال بل منع، إذ لا دليل على ولاية المظلوم على خصمه فإن الاستئجار تصرف عن الغير ونفوذه 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 أنه لا موجب للقول بالترتب والطولية، فإن مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من اجبار الممتنع، إذ لا معنى لجعل الشرط إلا تعليق الالتزام بالعقد على وجوده.
- (٤) ولا دليل عليه، فإن لمن له الحق المطالبة به وأخذه من الممتنع إن أمكنه ذلك كما أن 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 مقيدا بالمباشرة وإلا فيكون مخيرا بين الفسخ والاجبار (٢) ولا يجوز الاستيجار عنه للعمل (٣). نعم لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط (٤) لا القيد يمكن اسقاط حق الشرط (٥) والاستيجار عنه أيضا. (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 ملزما عليه من جهة أخرى.
 - (٣) لامتناع صدور متعلق العقد - أعني العمل المقيد كونه من العامل - من غيره.
 - (٤) بالتصريح أو إقامة القرينة، وإلا فقد عرفت أن المتفاهم العرفي من الاشتراط في هذه المقامات هو التقييد.
 - (٥) فيكون حال العقد حينئذ حال القسم الأول أعني الاطلاق وعدم اشتراط شيء، وإلا فحاله حال القسم الثاني أعني التقييد. والحاصل: أن أمر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الاطلاق والتقييد، فهو إما أن يكون بالنتيجة من الأول أو الثاني.
 - (٦) إذ الواجب عليه حينئذ إنما هو تحقيق العمل في الخارج وهو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابة عنه مجانا أو بعوض.

قصد التبرع عنه أيضا كفى (١) بل ولو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضا (٢)، وإن كان لا يخلو من اشكال فلا يسقط حقه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال، كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزع من الآبار، خصوصا 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 أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. ويجب بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمرة، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته، بخلاف

-
- (١) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع، فإنه حينئذ لا وجه لاستحقاقه شيئا من الحصة.
نعم لو بقي عليه بعض العمل استحق الحصة إذ لا يجب عليه القيام بجميع الأعمال وإنما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض. والحاصل: أن 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.

الإجارة، فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه. ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا - كالاستقاء بالمطر - مع بقاء ساير الأعمال، وأما لو كان على خلافه - كما إذا لم يكن عليه إلا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية - فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (١).

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

(١) بل ممنوع كما عرفت.

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

(٣) فيه اشكال بل منع، تقدم وجهه غير مرة، فإن سبب الضمان ينحصر في العقد الصحيح واستيفاء العمل الصادر عن أمره لا مجانا، وحيث إن كليهما منتف في المقام، فإن العقد قد ارتفع بالفسخ والأمر إنما كان متعلقا بالمقدمة الموصلة. فلا موجب للقول بالضمان.

وبعبارة أخرى: إن الضمان من جهة العقد منتف لانتفاء العقد بالفسخ، والضمان من جهة الأمر غير ثابت بلحاظ عدم مطابقة المأتي به للمأمور به، إذ الأمر إنما كان متعلقا بالعمل المستمر إلى حين حصول النتائج وهو لم يتحقق في الخارج وما تحقق في الخارج من العمل الناقص لم يكن متعلقا للأمر.

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

(١) الظاهر أنه لا فرق في كون الثمرة بتمامها للمالك بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر وفرضه بعده، وذلك لأن تأثير الفسخ وإن كان من حينه إلا أنه لما كان يتعقل 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 إلى غيره بالمرة، وحيث إن الحصة من الثمر إنما جعلت في عقد المساقاة بإزاء عمل العامل وعوضاً عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى ولو كان الفسخ بعد ظهور الثمر وادراكه.

ومما يؤيد ذلك أنه لو فسخ العقد بعد ادراك الثمر بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك لم يكن يعطى إليه الحصة المقررة من الثمر جزماً وإلا لكان الفسخ لغواً محضاً. والحاصل: أنه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبة إلى تملك الحصة للعامل، وإلا لكان الفسخ لغواً واضحاً، وإنما معناه فرض العقد كأن لم يكن، ورفع اليد عنه من أول الأمر.

(٢) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه، فإن الحصة وبعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل كي يستحق المالك عليه أجرة مثل أرضه، فإنها وبأكملها تعود حينئذ ملكاً للمالك وعلى للعامل الأجرة لكون عمل العامل صادراً عن إذنه لا مجاناً. فإنه - وفي هذا الفرض - قد أتى بالفعل المأمور به، وحيث إنه لم تسلم له الحصة المجعولة نتيجة

الاجبار على القطع بقدر حصته، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلا فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور (١).
(مسألة ٢٩): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه إما مطلقا - كما لا يبعد - (٢) أو بعد تعذر الرجوع إلى 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 للاثبات ظاهرا، وإلا فلا يكون شرطا للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع وإن 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 أنه مما لا دليل عليه.
(٣) فإنه مقطوع البطلان حيث لا يحتمل مدخلية الاشهاد في ثبوت الولاية بناء على القول بها، ولولا هذه الجهة لكان مقتضى القاعدة القول باعتباره، فإنه يكفي في اثباته مجرد الشك والاحتمال، إذ لا دليل لفظي على ثبوت الولاية كي يتمسك به في نفي الاعتبار. وكيف كان: فالأمر فيه سهل بعد ما 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 بناء 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 بناء على ما اختاره الماتن (قده) 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 الاقرار به".

والحاصل: أن 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 حجته مطلقة أيضاً وغير مختصة بأحد الطرفين كحصول القطع أو الشيع المفيد للعم، وإلا فلو كانت حجته مختصة

الأصول كانت مغضوبة فإن أجاز المغضوب منه المعاملة
صحت المساقاة (١)

بأحدهما كإقرار المساقى حيث لا يكون حجة إلا عليه، فلا وجه للحكم
بفساد العقد عند عدم امضاء المالك - بحسب إقرار المساقى - له، فإن
الإقرار إنما ينفذ في حق المقر خاصة دون العامل الجاهل بالحال.
ومن هنا فلا مبرر لانتزاع الحصة المجعولة له في العقد المحكوم
بالصحة ظاهرا بالقياس إليه منه،
نعم يثبت ذلك بالقياس إلى 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 ظاهرا.
نظير ما لو وهب شيئا بالهبة اللازمة لشخص ثم اعترف بكونه
غصبا، فإنه لا يلزم الموهوب له رده. وإنما على المقران يغرم للمقر
له قيمته.

ومن هذا القبيل أيضا ما لو أقر بالمال لأحد ثم أقر به لثان ثم
لثالث وهكذا، حيث يجب عليه دفع عينه إلى الأول ويغرم لكل
من الباقيين قيمته لاعترافه باتلاف المال العائد له.
ولعل مراد الماتن (قده) من كلمة "أو غيرها" غير البينة من
الحجج المطلقة وإلا فالاشكال مستحکم.

(١) بينه وبين العامل، لأن إجازته لها بمنزلة مباشرته للعقد بنفسه،
بناء على ما حققناه في محله من كون صحة العقد الفضولي عند إجازة
من له الأمر على القاعدة نظرا لانتساب الأمور الاعتبارية التي يكون

وإلا بطلت (١)، وكان تمام الثمر للمالك المغصوب منه (٢) ويستحق العامل أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلا بالحال (٤) إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبية وأنها

قوامها بالاعتبار إلى الموكل على حد انتسابها إليه عند مباشرته لها بنفسه فإنه وفي التقديرين يكون حقيقيا وخاليا عن التسامح والعناية. فانتساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالإذن السابق منه فيه، يحصل بابرازه للرضا به وامضاءه للفعل الصادر من غيره، فليس حال هذا الأمور الخارجية الحقيقية حيث لا يصح اسنادها - في غير القبض - إلى الموكل إلا بالعناية والمجاز. والحاصل: أن امضاء المال للالتزام الصادر من الغاصب يجعل ذلك الالتزام السابق مستندا إليه 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) لأن عمله إنما صدر عن أمره لا بقصد المجانية والتبرع فلا يذهب سدى.

(٤) إذ لو كان عالما بالحال لكان فعله وتصرفه في الأرض والأصول محرما لوقوعه في ملك الغير مع علمه به، ومعه فلا يستحق عليه الأجرة لأنه لا يكون - حينئذ - محترما.

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

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

به لا يلزم التبرع وقصد المجانية، فإن ذلك فيما إذا لم يكن العلم موجبا لتنجز حرمة الفعل في حقه - كما هو الحال في المقام - وإلا فلا وجه لإثبات الضمان والأجرة للفعل الحرام. والحاصل: أن استحقاق العامل لأجرة مثل عمله إنما يختص بفرض جهله بالحال وغصبية الأصول، إذ يكون عمله عندئذ مباحا محترما ومعه فله المطالبة بعوضه من الأمر به لا مجانا، ولا ينافيه الحكم ببطلان العقد إذ لا ملازمة بينهما، فهو نظير ما لو استأجر لحمل صندوق فحمله ثم بان كونه خمرا، فإن الحكم بفساد تلك الإجارة لا يوجب الحكم بذهاب عمله هدرا غاية الأمر أنه يستحق أجرة المثل بدلا عن الأجرة المسماة في العقد.

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

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

حصته (١) فعلى الأخير لا إشكال (٢). وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته (٣)، إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان دعوى المدعي للغصبية لأنه حينئذ معترف بأنه غرمه ظلما، وقيل: إن 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 بتمامه، إلا إذا كان عالما بالحال (٥). ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضا. فالأقوى ما ذكرناه (٦)، لأن يد

يجوز للمالك الرجوع عليه بتمام الثمر لثبوت يده عليه بتبع ثبوتها على الأصل فيصح الرجوع عليه به وإن لم يكن الثمر قد تلف عنده، فإنه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامة عليه ووقوعه بتمامه تحت يده. (١) لسلطنته عليه ووقوعه تحت يده فيكون ضامنا له ببناء 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 أنه لا وجه للتفصيل بين صورتى علمه بالحال وجهله به فإن 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 أحدهما كان قرار الضمان عليه. هذا ويحتمل (١) في أصل المسألة كون قرار الضمان

(١) إلا أنه لا أساس له بالمرّة حتى على تقدير تسليم قاعدة الغرور. ذلك: فلأن حال المقام حال سائر العقود الفاسدة من جهة الغصب، حيث لا غرور بقول مطلق، فإنه إنما يكون إذا كان تسلم العامل للحصة من الثمر بعنوان المجانية، فإن معه إذا غرم للمالك شيء جاز له الرجوع به على الغاصب جزماً، لما ذكرنا غير مرة من بناء العقلاء على معاملة مؤدي بدل التألف معاملة المالك له بقاء، فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله، وليس للغاصب الاعتذار بكونه هو المتلف له، لأنه إنما أقدم على إعطائه له مجاناً ومن غير ضمان، فهو نظير من يغصب الشاة ثم يطعمها لمالكها حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان.

وأين هذا من المقام حيث لم يكن تسلمه للحصة بعنوان المجانية، بل الغاصب إنما جعلها له وسلمها إليه لتكون عوضاً وبدلاً عن عمله في الأصل، فإذا حكم بضمنان بدلها للمالك لم يكن مغروراً من قبل الغاصب لرجوعه عليه بأجرة مثل عمله، فهو نظير رجوع المالك على المشتري من الغاصب بعوض المبيع التالف، إذ لا يرجع المشتري على البائع إلا بضمنان واحد هو ما دفعه إليه بعنوان المسمى. من دون أن يكون له الرجوع بما غرمه للمالك أيضاً بدعوى كونه مغروراً من قبله.

على الغاصب مع جهل العامل، لأنه مغرور من قبله ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله، فإنه محترم، وبعد فساد المعاملة لا يكون الحصة عوضا عنه، فيستحقها، واتلافه الحصة إذا كان مغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له. (مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة (١) أو مع النهي عنه (٢). وأما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقا - كما في الإجارة والمزارعة - وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثاني إلا بإذن المالك (٣)، أو لا يجوز مطلقا وإن أذن المالك، أو لا يجوز إلا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمرة ويجوز بعده (٤) أقوال،

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

(٢) لأنه يدل بالدلالة الالتزامية على اعتبار المباشرة فيكون بمنزلة الشرط.

(٣) على اشكال فيه تقدم في الإجارة والمزارعة ويأتي بيانه قريبا.

(٤) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولا في المسألة، إذ الذي ينبغي أن يكون محلا للكلام هو خصوص فرض ما قبل ظهور الثمر وأما بعده فلما كان العامل مالكا للحصة منها بالفعل - على ما سيأتي منه - قده - أيضا - فله أن يتصرف فيها وينقلها بأي ناقل شاء

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

وبإزاء أي عوض اختار، فإن العمومات والاطلاقات غير قاصرة الشمول لمثله.

(١) نظرا لأن دليل صحة المساقاة يقتضي ثبوت حق للعامل في التصرف في ذلك البستان بإزاء الحصة المعينة من الثمر، ومعه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص لكفاية العمومات والاطلاقات في إثبات جوازه، فإن الناس مسلطون على أموالهم. نعم لو كان الشك في صحة المساقاة من أساسها لكان إثباتها محتاجا إلى الدليل الخاص، لعدم وفاء العمومات والاطلاقات بها لما عرفته مرارا من عدم شمولها لما يتضمن تمليك المعدوم. إلا أن المقام ليس من هذا القبيل فإن صحة العقد ثابتة وحق العامل في البستان أمر لا يقبل الإنكار، فلم يبق إلا نقل هذا الحق كلا أو بعضا إلى الغير، وإثباته لا يحتاج إلى الدليل الخاص. والحاصل: إن أصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص حيث لا يمكن إثباته للعمومات والاطلاقات، وأما بعد ثبوته فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعدة ولا يحتاج إلى الدليل الخاص. ثم إن مقتضى ما ذكرناه هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل الثاني مطلقا أيضا ومن غير توقف على إذن المالك في ذلك - على ما تقدم بيانه في باب الإجارة والمزارعة أيضا - فإنه لما لم تكن المباشرة شرطا في المساقاة وكان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره في العمل والتصرف، جاز له تسليم الأرض إلى غيره أيضا ويكون ذلك مقتضى اطلاق العقد.

في الجملة بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى:
(أوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض). و كونها على
خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣)
ممنوع بعد شمولها (٤). ودعوى: أنه يعتبر فيها كون
الأصل مملوكا للمساقي أو كان وكيلا من المالك، أو وليا
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 إلى الدليل الخاص.
 - ثم إن من دليل البطلان هذا يظهر عدم تمامية التفصيل بين صورتي إذن المالك في ذلك وعدمه، إذ لا أثر لإذن 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 أنه إن أخذ من العامل قهرا كان له الرجوع به على المالك فإنه مما لا دليل عليه، وإنما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك

لا الغرس الذي هو للمالك، وإن أخذ على الغرس
فبملاحظة الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك
فهو على المالك مطلقا (١) إلا إذا اشترط كونه على العامل (٢)
أو عليهما 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 ملكية له إلا
بالقسمة قياسا على عامل القراض، حيث إنه لا يملك الربح
إلا بعد الانضاض. وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عليه (٤)

لم يكن له الرجوع به كلاً أو بضعا على العامل.
(١) لاقتضاء عقد المساقاة له حيث لا يكون على العامل إلا العمل
بما فيه مستزاد الثمرة وأما الأرض والأصول فهما بشؤونهما من
واجبات المساقاة.
(٢) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط لا اقتضاء العقد بنفسه له.
(٣) وتدل عليه قبل كل شيء صحيحة يعقوب بن شعيب - المتقدمة
في أول الكتاب - حيث إن 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
فضلا عن القسمة.

نعم لو اشترط 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
فإن المعاملة تبطل من حينه والحصة تنتقل إلى وارثه على
ما ذكرنا (٢).

نعم تكون هذه الملكية قبل القسمة متزلزلة نظرا لكون الأرباح
وقاية لرأس المال حيث تجبر به الخسارة الطارئة.
إذن: فالحكم غير ثابت في المضاربة، وعلى تقدير ثبوته فيها
فإثباته في المقام قياس محض ولا نقول به.
(١) بل هي بعيدة جدا، لما عرفته غير مرة من أن دليل الشرط
ليس مشرعا، فإنه لا يقتضي إلا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه ومشروعيته
في نفسه وقبل أخذه شرطا في ضمن العقد. فما لم يكن كذلك لا مجال
لإثبات صحته بالشرط.
وحيث إن المقام من قبيل الثاني باعتبار أن الملكية بعد الإدراك
أو القسمة من تملك المعدوم وهو غير سائغ في نفسه، فلا وجه
لإثبات صحته بالشرط.
فالصحيح هو القول بالبطلان لقصور أدلة الشروط عن إثبات
صحته بعد عدم شمول أدلة المساقاة لمثله، نظرا لكونها على خلاف
القاعدة فلا يمكن التعدي عن موردها - الاشتراك من حين ظهور
الثمر - إلى غيره.
(٢) وفيه: أنه لا وجه لجعل الحصة للورثة بعد الحكم ببطلان

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

العقد، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من أصله لامتناع تحقق
متعلقه حيث لا يمكن الاتيان بالأعمال الباقية من العامل، وعليه فيكون
الثمر بأجمعه لمالك ومن دون أن ينتقل منه شيء إلى الميت أو ورثته
لأن الحصة إنما جعلت له بإزاء مجموع عمله وتمامه، وحيث إنه
لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئاً منها.

والحاصل: إن ملكية العامل للحصة وإن كانت من حين الظهور
إلا أنها مشروطة بشرط متأخر هو انتهاء العامل للعمل حتى يبلغ
ويدرك، ومن هنا فإذا امتنع تحقق هذا الشرط في الخارج كان لازمه
الحكم ببطلان العقد من الأول وانتقال الثمر بأكمله إلى المالك ومن
دون أن يكون للعامل منه شيء.

نعم لما كان عمل العامل هذا عملاً محترماً صادراً عن أمر الغير
لا بقصد المجانية، ثم لم يسلم له العوض المجعول له للحكم ببطلان
العقد، كان له أجره المثل عليه سواء أقلنا بملكيته للحصة من حين
الظهور أو بعد الإدراك.

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

(١) فساد الثمرة في هذا الفرع أوضح منه في سابقه، لأنه وإن
كان ذلك بعد بلوغ الثمرة وإدراكها إلا أن نتيجة الفسخ إنما هي فرض

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

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

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

(٢) هذا فيما إذا صدق عليه عنوان الثمر - كما هو الظاهر من كلامه (قده) كالحصرم بالنسبة إلى العنب، فإنه ثمر موجود قابل للانتفاع به والاستفادة منه وإن لم يكن قد بلغ الحد المقصود وأدرك، فإنه حينئذ يصح جعله ثمرة للقولين، فإنه 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، فإن الموجود وبأكمله يكون للمالك ومن دون أن يكون للعامل شيء، لأن مبدأ الاشتراك إنما هو من حين ظهور الثمر، فمع انتفائه لا يكون للعامل شيء، وبذلك ينكشف بطلان

(ومنها): في مسألة الزكاة فإنها تجب على العامل أيضا 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 يشبه 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 الإجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل

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

- (١) حيث تكون على المالك خاصة، لتحقق سبب الوجود بالقياس إليه فقط دون العامل لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد وبدو الصلاح.
- (٢) فإن المالك لا يملك عمل العامل بالعقد كي تكون الحصة المجعولة 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، والفرض
كون العمل في مقابل الحصة فهي من المؤن، وهو كما
ترى (١)، وإلا لزم احتساب أجره عمل المالك والزارع
لنفسه أيضا، فلا نسلم أنها حيث كانت في قبيل العمل
تعد من المؤن.

(١) حيث قد عرفت في مسألة استثناء المؤن في باب الزكاة،
أنه وإن كان هو المشهور والمعروف بينهم، إلا أنه لا دليل عليه
بالمرة، فإن الدليل على الاستثناء، إنما يختص بالخمسة فلا وجه
لإثبات الحكم في الزكاة أيضا، وعليه فمقتضى إطلاق وجوب العشر
أو نصفه في الحاصل وجوب الزكاة في الجميع.
على أننا لو قلنا بالاستثناء تنزلا، فالتعبير بالمؤنة لا يعم العمل
الذي يقوم به الإنسان في سبيل تحصيل الثمر، فإنها ليست إلا الأموال
الخارجية التي يبذلها الإنسان في سبيل تحصيله، كما هو الحال في الخمسة
أيضا، حيث يتعلق الخمس بالفاضل عن مؤنة سنة العامل مما جمعه
من أجور عمله من دون استثناء شيء بعنوان عمله وهكذا.
وعليه: فحيث إن العامل في المقام لم يصرف شيئا من أمواله

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

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

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

ومن هنا فالصحيح في الجواب أن يقال: إن عدم التمكين من التصرف الذي يكون مانعاً من تعلق الزكاة بالعين لا يعم العجز الناشئ من الحكم التكليفي، فإن المراد به إنما 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، وإلا لما وجبت الزكاة على المالك أيضاً لعدم جواز تصرفه في المال المشترك، بل وعدم وجوبها في مطلق المال المشترك باعتبار أن 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 أيضا (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 أيضا، بل وفي مطلق المال المشترك وإن لم يكن الاشتراك من جهة المساقاة، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف في المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء - كما تقدم -.

(٢) فإن الزام الغير بشيء - جواز التصرف في بستانه أو العمل في الأصول - يحتاج إلى الإثبات وإلا فالأصل عدمه.

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

(٤) لأصالة الصحة المستفادة 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
اتلافا أو خيانة (٤). وكذا لو ادعى عليه أن التلف كان
بتفريطه إذا كان أمينا له كما هو الظاهر.
ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه
عليه، بناء على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهولة (٥)
خلافًا للعلامة في التذكرة في المقام.

-
- (١) لقانون تبعية النماء للأصل في الملكية، فإن مقتضاه كون جميع
النماء للمالك وإنما خرجنا عنه في خصوص القدر المتيقن لثبوت الجعل
بالنسبة إليه في العقد الصحيح، فيبقى الباقي على ملك المالك بمقتضى القاعدة.
(٢) فإن الزام مدعي الأقل بالفترة الزائدة يحتاج إلى الإثبات.
(٣) لم يظهر لنا ثمرة هذا النزاع كي يقال بتقديم قول العامل أو
المالك، فإن مجرد النزاع في قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم
يرجع إلى الدعوى الآتية من الاتهام بالاتلاف أو السرقة أو الخيانة
أو التلف مع التفريط أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالك ولو اشتباها
وإلا فأصل النزاع لا يجدي شيئاً بعد أن كان الاشتراك في أصل الثمار
لا بدلها.
(٤) للأصل.
(٥) لاطلاقات أدلة القضاء بالبينات والایمان وأن على المدعي

(مسألة ٣٥): إذا ثبت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها، هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان: أقواهما عدم (١)، لأنه مسلط على ماله، وحيث إن المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه

البينة واليمين على من أنكر، فإن مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدودة المقدار: بل تسمع حتى ولو ادعى السرقة على الإطلاق 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 إنما كان العامل مأذوناً فيه ما دام كان يقوم به لحفظ الثمرة وتربيتها مجرداً عن الخيانة والتعدي فإذا تغيرت الحالة وثبت خيانة العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه في هذا التصرف ومعه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان.

وبعبارة أخرى: إن العامل إنما هو مأذون في حصة خاصة من الدخول والتصرف في البستان وهي ما يكون لصالح الثمر من الحفظ والتربية مجرداً عن الخيانة، فإن هذه الحصة من التصرف هي التي التزم المالك بها، فإذا تجاوز العامل ذلك الحدود وقام بخيانة المالك كان له رفع يده عن إذنه ومنعه من التصرف فيه، ومجرد سلطنة العامل على الثمرة لا يقتضي لزوم الإذن على المالك للعامل في التصرف في ماله الخاص به - أعني البستان - .

مع العامل، والأجرة عليه لأن ذلك لمصلحته. ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) واستئجار

(١) وكأنه لدليل نفي الضرر الحاكم على قاعدة السلطنة، فإن سلطنة العامل على ماله إذا 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 أن يضر بشريكه وإن كان مسلطا على ماله، فإن ذلك لا يعني جواز الاضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضية سمرة بن جندب مع الأنصاري حيث كان له عذق في بستانه فكان يدخل ويخرج من غير استئذان مما كان يسبب ازعاجا للأنصاري وعائلته فشكى عند رسول الله صلى الله عليه وآله فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الأنصاري، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر صلى الله عليه وآله الأنصاري بقلع الشجرة والقاءها (١).

وهذا التوجيه تام ومتمين، إلا أن مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصورة عدم كفاية ضم الأمين إلى العامل في حفظ الحصّة، وثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار لأن الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانة حكم ضروري أيضا فلا وجه لالزام المالك به. ومن هنا: فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك ليد العامل عن الحصّة سواء تمكن من استئجار من يضمه إلى العامل أم لم يتمكن. وحينئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذرا من التلف.

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

من يحفظ الكل والأجرة على المالك أيضا (١).
(مسألة ٣٦): قالوا المغارسة باطلة (٢) وهي أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصة من الأرض أيضا للعامل أو لا. ووجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة. بل ادعى جماعة الاجماع عليه. نعم حكى عن الأردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه، لا يمكن الاستفادة الصحة من العمومات. وهو في محله (٣) إن 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: أن ظاهر العمومات والاطلاقات اتحاد زمان الانشاء والمنشأ بحيث يكون الأثر فعليا ومتحققا مقارنة للانشاء في زمانه ولذا قلنا بعدم صحة بيع داره في غير الآن أو اطلاق زوجته كذلك. وحيث إن هذا الشرط غير متوفر في المقام إذ المغارسة - على ما هو ظاهر تعريف الماتن - قده - وغيره لها - إنما تقتضي استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها وكون شركتهما في المغروس، وهو من انشاء ملكية الأمر المتأخر حيث يكون الانشاء فعليا في حين أن المنشأ - الملكية - إنما يكون بعد الغرس، فلا تشمل العمومات ولا يمكن الحكم بحصتها،

الاجماع ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (١) فإن
كان من مالك الأرض فعليه أجره عمل الغارس (٢) إن
كان جاهلا بالبطلان (٣)، وإن كان للعامل فعليه أجره

للحكم بصحتها.

والحاصل: أن الحكم بصحة المغارسة يحتاج إلى الدليل الخاص
وحيث إنه مفقود فالأصل هو الفساد.

ثم إن الحكم بالصحة - على تقدير تسلميه - إنما يتم فيما إذا
كانت الأشجار معلومة من حيث الكم والجنس، وإلا فلا مجال للحكم
بها، إذ لا موقع للحكم بصحة ما لا واقع له أصلا.

(١) لعدم الموجب لانتقاله عنه إلى غيره، فإن السبب المتصور
إنما هو العقد والمفروض الحكم ببطلانه وعدم تأثيره شيئا.

(٢) لصدور عمله المحترم عن أمره لا بقصد المجانية، وحيث
لم يسلم له العوض المسمى تثبت له أجره المثل لثلا يذهب عمله
المضمون هدرا.

(٣) بل ومع العلم به أيضا. لما عرفته في غير موضع من أن العلم
بالفساد لا يلازم تبرع العامل بالعمل، فإنه إنما يقدم على القيام
بالعمل مضمونا 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 وإنما ينتقل حقه إلى بدل عمله وأجره مثله.

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

(١) لاستيفاء لمنافها وتصرفه فيها مضمونا عليه.

(٢) تظهر الحال فيه مما تقدم في نظيره.

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

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

(٥) فإن جواز تخليته لملكه عن مال الغير من حقوق الملكية

المملوكة له. فله مباشرتها بنفسه وليس للغارس منعه عنها، كما
هو الحال في غير الأشجار من الأموال.

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

الظاهر هو الثاني: فإنه مسلط على ماله، وليس للغارس حق

في الإبقاء كي يتوهم منافاة التولية لسلطنته على الأشجار، فهو نظير
ما يذكرونه فيما إذا دخل مال الغير في ملكه بغير إذنه كما لو دخل

بعض القطيع إلى داره، فإنه يجوز له إخراجه ابتداءً وقبل مراجعة

مالكه وأمره بذلك، ولا يعد ذلك منافياً لسلطنة صاحبه عليه

بعد أن لم يكن لصاحبه حق وسلطان في إبقائه في ذلك المكان.

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

جماعة أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائما ومقلوعا. ولا دليل عليه بعد كون المالك مستحقا للقلع (١). ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر - مثلا - 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 الإبقاء مع الأجرة أو القلع. ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا، فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته،

فإن العيب إنما حصل بفعله هو فلا يكون مضمونا على غيره وإن كان ذلك نتيجة لمطالبته إياه وأمره به، فإنه حق له فليس لأحد منعه منه، وكذا الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخلية أرضه فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه فأمره الحاكم بالتخلية، فإنه - أيضا - لا يستتبع الضمان نظرا لأن الحاكم ولي الممتنع فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره حال مباشرة العامل للقلع بنفسه.

(١) وبعبارة أخرى: إنه لا وجه لملاحظة قيمة الغرس قائما بعد أن لم يكن بقاء الشجرة في الأرض وكونها فيها من حقوق الغارس ولذا لم يجب شئ فيها إذا لم تتعيب الشجرة بالقلع بحيث كانت قابلة للغرس في مكان آخر.

فينبغي أن يلاحظ أيضا في مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور (١)، كما اعترف به. ثم إنه إن قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بادخالها تحت عنوان الإجارة أو المصالحة أو نحوهما مع مراعاة شرائطهما (٢)، كأن تكون الأصول مشتركة بينهما إما بشرائها بالشركة أو بتمليك أحدهما للآخر نصفًا منها - مثلا - إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحبه الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه - مثلا - أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسيقه إلى زمان كذا أو يستأجره للغرس والسقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلا.

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

-
- (١) لأخذه - قده - الأرش والتفاوت في موضوع وجوب الأرش لاعتباره أرش ما بين الشجرة قائمة والشجرة مقلوعة مع الأرش.
(٢) من معلومية المدة والمنفعة إلى غير ذلك مما هو دخيل في صحة المعاملة.
(٣) تمسكا بأصالة الصحة في العقود والايقاعات. إلا إنك قد عرفت غير مرة أن أصالة الصحة هذه لم تثبت بدليل

تذنيب:

في الكافي عن أبي عبد الله (ع): (من أراد أن يلحق النخل إذا كان لا وجود عملها ولا يتبع بالنخل فيأخذ حيتانا صغارا يابسة فيدقها بين الدقين ثم يذر في كل طلعة منها قليلا ويصر الباقي في صرة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى) (١).

وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه (ع): " إن النبي صلى الله عليه وآله قال: مر أخي عيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم، فقال (ع): دواء هذا معكم وليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار 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 غرسا أو نبثا فأقرأ على كل
عود أو حبة: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا يكاد
ينخطئ إن شاء 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

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

بلا خلاف فيه عندنا، على ما هو صريح عبارات الأصحاب في المقام. إلا أن التعبير بكون الضمان مشتقا منه كالتعبير بكونه مشتقا من الضمان، لا يخلو عن مسامحة واضحة، فإنهما معا مصدران على حد واحد فيقال ضمن يضمن ضمانا وضمنا، وليس أحدهما أصلا ومبدءا للآخر.

(٢) ذهب إليه أكثر العامة حيث التزموا بأنه عبارة عن ضم ذمة إلى 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.

الأعم الشامل للحوالة والكفاية أيضا، فيكون بمعنى التعهد
بالمال أو النفس. واطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد
بالمال عينا أو منفعة أو عملا، وهو المقصود من هذا
الفصل.

ويشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب (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
أيضا كل ما دل على ذلك من قول أو فعل وعلى هذا
فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول. كذا
ذكره. ولكن لا يبعد (٤)

-
- (١) لعدم تحقق مفهوم الضمان وصدقه في الخارج قبل التزام
الضامن بذلك وتعهدده في نفسه مع الإبراز في الخارج.
وبعبارة أخرى: أنه بدون الإيجاب لا يصدق عنوان الضمان ولا
يصح أن يضاف إلى الفاعل فيقال إنه ضمنه.
 - (٢) لما عرفته غير مرة من أنه لا يعتبر في الإنشاء والإيجاب غير
إبراز الاعتبار النفساني بما يصلح أن يكون مبرزا له سواء في ذلك
اللفظ وغيره ما لم يقيم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالطلاق ونحوه.
 - (٣) ليصح معه صدق العقد.
 - (٤) بل هو بعيد جدا، لعدم الدليل على كفاية الرضا الباطني

المجرد عن المبرز له في الخارج في انتقال الدين من ذمة شخص إلى ذمة غيره، فإن 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 وليا عنه كي يقوم به قهرا عليه. وحيث إن من الواضح عدم صدق العقد على الرضا الباطني المجرد فلا تشملته عمومات الوفاء به، وعليه فلا بد في القول بكفايته في المقام من لدليل الخاص، وحيث إنه مفقود. فالمتعين هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطني.

وأما دعوى دلالة صحيحة 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: بأن كلمة الرضا في هذه الصحيحة وبفضل الفهم العرفي من قوله: " فيضمنه ضامن للغرماء " مستعملة في الرضا العقدي المبرز في الخارج - كما يشهد له اضافته للغرماء - لا طيب النفس المجرد عن الاظهار.

وبعبارة أخرى: إن الرضا يستعمل في معنيين مجرد طيب النفس وطيب النفس المبرز في الخارج وهو ما يعبر عنه بالرضا العقدي أو المعاملي، فإن كان متعلق الرضا أمرا خارجيا 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 سابقا أو لاحقا، كما عن الإيضاح والأردبيلي، حيث قالوا: يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي، بل عن القواعد: وفي اشتراط قبوله احتمال (١)، ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله أن يصلي عليه حتى

ملك الغير أو التصرف في ماله فالظاهر منه وبحسب ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع إرادة المعنى الأول بمعنى اعتبار طيب النفس وإن لم يظهره في الخارج.

وإن كان متعلقه من الأمور العقدية الاعتبارية المتعلقة بأموال النفس وحقوقهم فالظاهر منه إرادة المعنى الثاني، إذ لا بد له من اظهاره حتى يستند العقد إليه.

ثم لو فرضنا أن كلمة الرضا ليست ظاهرة فيما ذكرناه، يكفي كونها محملة من هذه الناحية، حيث لا بد معه من الحكم بالفساد في موارد خلو الرضا عن المبرز له في الخارج استنادا إلى القاعدة، نظرا لعدم الدليل على صحة المعاملة، فإن عنوان العقد غير صادق عليه فإنه ليس من ضم الالتزام بالالتزام.

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

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

القول بعدم اعتباره بالمره.

ويدل عليه مضافا إلى دلالة النص السابق، أن نقل مال الغير من ذمة إلى أخرى تصرف في سلطانه فلا يجوز من دون إذنه كما هو الحال في تبادل عين ماله الخارجية بعين أخرى أو نقلها من مكان إلى مكان آخر.

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

لكن الظاهر أنه في غير محله فإن سند هاتين الروايتين وإن كان ضعيفا إلا 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: إن هذه الروايات إنما تتضمن قضية شخصية في واقعة، فلا يمكن جعلها دليلا على عدم اعتبار القبول في الضمان، ولعل الدائن في تلك القضية كان حاضرا

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

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

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

ورضى بذلك.
على أن الضمان المذكور فيها أجنبي عن الضمان المبحوث عنه في
المقام، فإن الكلام إنما هو في الضمان بمعنى نقل ما في ذمة شخص
إلى 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 أن الضمان هنا إنما هو بمعنى التعهد بالأداء ليطمئن الرسول
صلى الله عليه وآله بعدم بقاء ذمة الميت مشغولة وعدم ذهاب حق الدائن هدرًا
واستعماله في هذا المعنى كثير ومتعارف فالصديق يضمن لصديقه القيام
بما يشغل باله ويمنعه من السفر أو القيام بأمر أهم، وليس ذلك
إلا بمعنى تعهده المجرد به.

(١) فإنه أجنبي عن المال بالمرّة ولا سلطنة له عليه، ومن هنا
فكما يجوز للمالك أن يبيع ماله هذا إلى غيره من غير إذنه، يجوز له
أن ينقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه أيضا.
وبعبارة أخرى: إن ذمة المضمون عنه ليست إلا ظرفا ووعاءا
للمال هذا وإلا فلا سلطنة له عليه مطلقا وإنما أمره بيده مالكة فله نقله
إلى أي ذمة شاء.

عنه ضررا عليه أو حرجا (١) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه، كما إذا تبرع وضع ديننا عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلا.
الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا، فلا يصح ضمان الصبي (٢)

(١) وربما يعلل 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 والقاءه في المهانة فيكون محرما تكليفا، إلا أن من الواضح أن الأحكام التكليفية لا تلازم الأحكام الوضعية فثبوت الحرمة في المقام لا يعني عدم نفوذ الضمان أو الإبراء. والحاصل: إن الحكم في المقام تكليفي محض، باعتبار أن فعل الوضيع من صغريات عنوان الاضرار بالغير وهو محكوم بالحرمة، وحيث إنه غير ملازم للفساد فلا وجه لاستثناء هذه الصورة من الحكم بعدم اعتبار رضی المضمون عنه في نفوذ الضمان.
(٢) كما هو الحال في سائر المعاملات، فإنه لا يجوز أمره حتى يحتلم - على ما جاء في النصوص - فلا يكون فعله موضوعا لحكم من

وإن كان مراهقا (١) بل وإن أذن الولي على اشكال (٢) ولا ضمان المجنون (٣) إلا إذا كان أدواريا في دور إفاقة (٤) وكذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا (٥). وأما

الأحكام الشرعية،

(١) لاطلاق الأدلة.

(٢) والأقوى الجواز، فإنه إذا صح ذلك للولي بالمباشرة فيما إذا اقتضت مصلحة الطفل له، صح له ذلك بالتسيب أيضا. وبعبارة أخرى: إنه ليس حال الصبي كالمجنون من حيث سلب عبارته، فإن عبارة الصبي غير مسلوقة ولذا يجوز له القيام بالبيع أو النكاح أو غيرهما من العقود والايقاعات بالوكالة عن الغير، بل غاية ما هناك أنه لا يجوز أمره بمعنى عدم نفوذ عقده بالإضافة إليه بحيث يستقل به ويكون الأمر أمره، وهذا لا ينافي نفوذه بالإضافة إلى 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 حينئذ عاقلا كسائر العقلاء، فلا موجب للمنع عن

نفوذ أمره.

(٥) لما تقدم في الضامن حرفيا.

المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (١)، فيصح كونه صغيرا
مجنونا، نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٢).
الرابع: كونه مختارا (٣) فلا يصح ضمان المكره (٤).
الخامس: عدم كونه محجورا لسفه (٥) إلا بإذن الولي

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

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

وبعبارة أخرى: إنه لما كان أمر الصبي والمجنون بمنزلة العدم
كان الضمان عنهما ضمانا تبرعيا حتى في فرض أمرهما به، ومعه فلا
يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما.

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

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

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

وكذا المضمون له (١) ولا بأس بكون الضامن مفلسا (٢) فإن ضمانه نظير اقتراضه، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء.

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (٣) ولا بأس بكون المضمون عنه (٤) سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه (٥).

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

(٢) فإن الحجر إنما يختص بأمواله دون ذمته، فلا بأس بتصرفاته العائدة إليها، غاية الأمر أن المضمون له لا يشترك مع الغرماء في الضرب في أمواله الموجودة بالفعل فإنه تختص بما عداه من الغرماء لتعلق حقهم بها قبل الضمان، فيكون حال ضمانه هذا حال القرض الجديد.

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

(٤) لما عرفته من كونه أجنبيا عن العقد بالمرّة، فإن المال للغير وأمره بيده فله أن يتصرف فيه كيفما يشاء، وذمة المضمون عنه ليست إلا وعاء لهذا المال فلا سلطنة له عليه.

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

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا 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 إرادته واقعا وإن كان بعيدا عن ظاهر العبارة جدا - فالأمر كما أفاده (قده).

نعم لو كان المراد من العبارة نفي جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بأمره في غير الدين الذي حجر عليه لأجله، بمعنى أن يكون الضمان لدين جديد متأخر عن الحجر، فهو صحيح ولا ريب فيه، إلا أنه لا بد من تقييد اطلاقه بأمواله التي وقع الحجر عليها وإلا فالمال ثابت في ذمته وللضمان الرجوع عليه به في غير تلك الأموال. وكيف كان: ففي خصوص تقدير أمر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر، يصح القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه في الجملة.

(١) بدعوى أن اطلاقها وخصوصا بملاحظة استشهاد الإمام 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.

(١٠٦)

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

(١) مراده (قده) من هذه الدعوى، أن تصرفات العبد تكون
على نحوين، فإنها قد تكون في نفسه بما هو عبد ومتصف 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
تصرفا في سلطان المولى، فتشمله الآية الكريمة، فإنها لا تختص بتصرفه
في الأموال - كما توهمه بعضهم - بل نعم حتى تصرفاته في نفسه
بوصف كونه عبدا مملوكا للغير.

ومن هذا القبيل الطلاق، فإنه إنما يصدر منه بعنوان كونه مملوكا
للمولى وعبدا له، فلا يصح حتى ولو كان التصرف عائدا إلى نفسه.
وأما النحو الثاني، فحيث إنه لا يعد تصرفا في سلطان المولى،
لأنه إنما يقوم به بما هو انسان فلا وجه للحكم بعدم نفوذه.
ومن هذا القبيل الضمان، فإن العبد إنما يقوم به بما هو انسان له
ذمة وأجنبي عن المولى بالمرّة، حيث يثبت المال في ذمته يتبع به بعد
العق، ومعه فلا تشمله الآية الكريمة.

ضمانه (١). وحيث إن عين كونه في ذمته نفسه، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه، فهو المتبع (٢) أن أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه أو كونه متعلقا برقبته، وجوه وأقوال أو جهها الأول، لانفهامه عرفا (٣) كما في إذنه في الاستدانة لنفقته أو لأمر آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث أن المهر والنفقة على مولاه ودعوى: الفرق بين الضمان والاستدانة، بأن الاستدانة موجبة لملكيته وحيث أنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكية فيه. مدفوعة: بمنع

-
- (١) بلا اشكال فيه ولا خلاف، إذ العبد ليس كالمجنون قاصر العبارة، بل حاله في ذلك حال العقلاء من الأحرار، غاية الأمر أن تصرفه غير نافذ لاحتفانه بمانع عبوديته ومملوكيته للغير، فيصح مع إذن المولى له في ذلك.
- (٢) أما الأول فواضح، وأما الأخيران فلرجوع التعيين إلى تقييد إذنه له في الضمان بذلك.
- (٣) وليس المراد به أن الإذن بمنزلة التوكيل فيكون الضامن في الحقيقة هو الأمر وأما العبد فلا يقوم إلا بدور الانشاء، حتى يشكل عليه بما في الجواهر من كونه خلفا وخروجا عن محل الكلام، إذ

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

لنفسه بإذن المولى، بأنه يكون في ذمة المولى ويكون هو المطالب به
في طول مطالبة العبد به.
والحاصل: أن العبد لما كان مدينا بوصف كونه مملوكا للغير كان
المولى هو المطالب بدينه لأنه يملكه ويملك ما في يده.
إذن فالصحيح في المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده
بإذنه بوصف كونه عبدا ومملوكا له، ما لم يقيد المولى إذنه بكونه
في ذمته يتبع به بعد العتق على ما يقتضيه الفهم العرفي.
(١) حيث قد عرفت أن الصحيح أنه يملك وأن مالكية المولى لتلك
الأموال إنما هي في طول ملكيته - العبد - لها أولا.
(٢) لما عرفت من أن مقتضاه ضمان المولى لما ضمنه عبده بإذنه
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 فعليا في حين لا يحصل المنشأ إلا
عند تحقق المعلق عليه في ظرفه وإن كان أمرا معلوم الحصول عندئذ
كالتعليق على طلوع الشمس في يوم غد، بحيث لا يكون ضامنا بالفعل

يقول أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو ضامن
إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً
بطل على المشهور، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان
وشمول العمومات العامة إلا دعوى الاجماع في كلي العقود
على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير

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

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

وقد يجتمع الأمران معا فيكون المنشأ متأخرا عن الانشاء زمانا
كما يكون المعلق عليه أمرا 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، فإنه منجز وإنما
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 منفاة التعليق للانشاء (١) وفي الثاني ما لا يخفى (٢)

(١) فإنه عندهم بمعنى الایجاد وهو متحد مع الوجود حقيقة وإن اختلفا اعتباراً، ومن هنا فلا يمكن فرض الایجاد بالفعل مع فرض عدم الوجود كذلك بأن يكون معلقاً على أمر سيتحقق في المستقبل. (٢) فإن الانشاء - وعلى ما حققناه مفصلاً في المباحث الأصولية - ليس من الایجاد في شيء وإن ذهب إليه غير واحد من الأصحاب وعلى تقدير تسليمه فليس التعليق هنا في الایجاد ونفس الانشاء وإنما هو في الأمر الاعتباري - أعني المعتبر - فإنه قد يفرض مطلقاً وقد يفرض مقيداً.

فإن الاعتبار والانشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر المقيد فقد ينشأ الإنسان الملكية المطلقة وقد ينشأ الملكية المقيدة، فهما من هذه الناحية أشبه شيء بالواجب المطلق والواجب المشروط، ولا يلزم من ذلك أي انفكاك بين الانشاء والمنشأ والاعتبار والمعتبر فإن 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، فإن قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهني، والحال أن الوجود الذهني نوع من الوجود الحقيقي. والحاصل: إن 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 مطلقا. وفيه: أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك (٢). نعم في المثال الثاني يمكن

وإنما هو في المنشأ والمعتبر، ولا مانع منه فإن كلا منهما موجود بالفعل وليس المفقود إلا فعلية الملكية.

(١) في قبال المقام الأول أعني تعليق العقد على الأمر المتأخر وإن علم حصوله، فإنه لا يبعد القول بتحقيقه فيه.

بل ولو لم يتم ذلك فالحكم بالصحة فيه مشكل أيضا نظرا 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 أيضا - في غير الوصية والتدبير - حيث لم يعهد صدور مثله منهم بأن يجري عقد النكاح مع المرأة الآن على أن تكون هي زوجة له من غد وهكذا.

وأما في المقام - أعني التعليق على أمر فعلي مشكوك الحصول ككونه هاشميا ونحوه - فلم يتم اجماع على ايجابه لفساد العقد ولا سيما في الضمان حيث لا يتضمن أي نوع من التملك والتملك.

(٢) لأن الوفاء إذا كان مقيدا بشئ 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 الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليلية، إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي.

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 أعني تعليق الضمان على عدم وفاء المدين، فإنه لا بد من القول فيه بالبطلان حتى بناء على القول بصحة التعليق في الضمان، وذلك لأن مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدين في ذمة المدين إلا حين الأداء وهو ينافي مذهبنا في الضمان وكونه نقل ذمة إلى أخرى وإنما ينسجم مع مذهب العامة من كونه ضم ذمة إلى أخرى.

(١) ولعل مراده - قده - من كلامه هذا يرجع إلى إرادة معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان - أعني نقل ما في ذمة إلى 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، فإن ضمانها

الثامن: كون الدين الذي يضمه ثابتا في ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقرا كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخياري كما إذا

ليس بالمعنى المصطلح جزما، إذ لا ينتقل شيء بالعارية إلى ذمة المستعير، فإن العين لا تقبل الانتقال إلى الذمة وهو غير مشغول الذمة ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها إلا بمعنى كون مسؤوليتها في عهده بحيث يكون هو المتعهد بردها ولو مثلا أو قيمة عند تلفها. ونتيجة ذلك الزام المستعير بردها عينا أو مثلا أو قيمة. وبهذا المعنى يستعمل الضمان في موارد كثيرة كقولهم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، وأن الغاصب ضامن، فإنه لا يراد به إلا التعهد وكونه هو المسؤول عن المال، وإلا فهو غير مشغول الذمة ببدله فعلا.

وكيف كان. فإذا صح مثل هذا الضمان في الأعيان الخارجية كموارد اليد والعارية، فليكن ثابتا في الأمور الثابتة في الذمة أيضا، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفا كثيرا في الخارج، فإن أصحاب الجاه والشأن يضمون 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: إن الضمان في المقام غير مستعمل في معناه المصطلح،

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

وعليه فلا مجال للايراد عليه بأنه يتضمن التعليق الباطل أو أنه من ضم ذمة إلى أخرى لا من نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى. وإنما هو مستعمل في التعهد والمسؤولية عن المال، وهو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمل العمومات والاطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

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

وكيف كان: فإن كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح - وإن كان احتمالاه بعيدا جدا - بمعنى جعل الشئ في عهده عند تلفه وانتقاله من ذمة البايع إلى ذمة الضامن، فهو باطل جزما نظرا إلى أن التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد ورجوع المال إلى ملك مالكة البايع أنا ما كي يكون خسارته عليه، ومع فلا يبقى موضوع للضمان. وإن كان المراد به تعهد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البايع عنه، لا تعهد تداركه عند تلفه، فيجب عليه تسليم العين عند الامكان، وإلا فيلزم بدلها فهو صحيح ولا بأس به، حيث قد

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

عرفت في المسألة السابقة أن مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفية
وواقع كثيراً في الأعيان الشخصية الخارجية والديون.
والحاصل: أن أصل الحكم في المقام صحيح وفي محله، إلا أن
ذكره في المقام من سهو القلم لأن الكلام في اعتبار الثبوت في الدين
عند ضمانه.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) إلا أنه لا يتم بناء على مذهبنا في الضمان وأنه نقل ذمة إلى
أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمة الأولى مشغولة بشيء لم يكن لنقله
إلى ذمة أخرى معنى محصل، ومعه كيف يمكن التمسك بالاطلاقات
لأثبات صحته.

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

إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلا، بل مطلقا لصدق الضمان وشمول العمومات العامة، وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (١)، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا.

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

إلى ذمته بعد الدين من الآن.

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

(١) بأن يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حد التعهد بالأعيان الخارجية.

(٢) فإن الحوالة والضمان يختلفان في الطرفين المقومين لهما، حيث أن الأول يتقوم بالمحيل ولا محال فتبرأ ذمة الأول بمجرد الحوالة على

فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا فإن كان بأذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان (١)، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه، وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعا، وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة، ومع الاغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلا في كلا العنوانين، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا إلى ما يكون مشتركا.

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: أن مع اختلاف طرفي العقد المقومين له في الموردين - الضمان والحوالة - لا مجال للقول باتحادهما ودخول أحد العنوانين في الآخر خصوصا إذا كان الضمان تبرعيا ولم يكن عن رضى المضمون عنه. إذن: فمجرد اشتغال ذمة الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذي ضمنه لا يعني دخول العقد في عنوان الحوالة.

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

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان. ويكفي التمييز الواقعي وإن 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 أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، ولم يعلم أنه لزيد أو عمرو، أو الدين الذي لفلان، ولم يعلم أنه على

ما عليه للمضمون عنه مؤجلا وقد ضمن ما على المضمون عنه حالا بأمره كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل وتبقى ذمته مشغولة بالدين إلى الأجل المعين.

(١) وهو إنما 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 وأنه زيد أو عمرو، أو ضمان ما للناس عليه، فإنه إنما يصح مع انحصار المضمون له في أشخاص وقبولهم للضمان وإن لم يميز المضمون له بشخصه وإلا فالحكم بالصحة مشكل جدا نظرا لاعتبار رضى المضمون له بالعقد جزما فإنه طرف من طرفي العقد في الضمان فلا يصح من دون رضاه.

زيد أو على عمرو صح (١) لأنه متعين واقعا. 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 ونسيهما: مع أنه
لا دليل عليه أصلا، 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 أن يستدل عليه مضافا إلى
العمومات العامة (٢)، وقوله صلى الله عليه وآله: (الزعيم غارم) (٣)

إذن فما ذكره - قده - من كفاية التعيين الواقعي إنما يتم مع احراز
سائر الشروط المعتبرة في الضمان.

(١) على اشكال تقدم بيانه.

(٢) بل عمومات أدلة الضمان، حيث لم يعتبر في شئ منها كون
الدين معلوما، ومن هنا فمقتضاها الصحة حتى مع الجهل بالدين.
وهذا الدليل هو العمدة في الحكم وإلا فسائر الأدلة لا تخلو عن
المناقشة، كما ستعرفها.

(٣) الرواية نبوية لم تثبت عن طرفنا، 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،
وضمائه 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 على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال) (١).
ومن هنا: فلا مجال للاعتماد عليها والاستدلال بها.
(١) أما الأول فقد رواه الصدوق في التهذيب مرسلا حيث قال
(قدس سره): (روي أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه
غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن أرضوا
بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين أو عبد الله بن جعفر.
فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملي مطول، وأما علي
ابن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا، فأرسل إليه
فأخبره الخبر، فقال (ع): أضمن لكم المال إلى 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 أبي عبد الله (ع) قال:
(لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم:

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

- 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 واقعا، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا وخالف بعضهم فاشتراط العلم

قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم، وعلي دين، فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (ع): ثلث دينك علي ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (ع): علي دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (ع): أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أو لا، إلا كراهة أن يقولوا سبقنا (١).

إلا أن الارسال في الرواية الأولى، ووقوع عبید الله الدهقان المردد بين عبید الله بن أحمد الدهقان المجهول وعبید الله بن عبد الله الدهقان الذي ضعفه النجاشي صريحا، يمنعان من الاعتماد عليهما والتمسك بهما في مقام الاستدلال.

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

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

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

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

عنه واشتغال ذمة الضامن بالنسبة إلى ما لا تعين له واقعا.
(١) حيث ألحقها الفقهاء بالبيع، فلا يشمل الضمان ونحوه مما
لا يتضمن المعاوضة.

على أنه لا غرر في المقام بالمرة، فإن الضامن سيأخذ بمقدار
ما يدفعه إلى الدائن من المدين قل أو كثر ومن غير أن ينقص منه
شيء على الاطلاق، حاله حال القرض حيث يصح اقراض ما في
الكيس حتى مع الجهل بمقداره اتفاقا ومن غير أن يشمله دليل نفي
الغرر إذ لا خطر على الدائن في المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه في
ذمة المدين.

والحاصل أنه لا أثر للعلم أو الجهل بالمقدار في الحكم بالبطلان
وتحقق الغرر، فإن الخطر إنما يتصور في مثل البيع مما يختلف فيه
العوضان ويكون مبناه على المغابنة بمعنى الاسترباح ودفع الأقل بإزاء
أخذ الأكثر، حيث يحتمل فيه الخسارة، ولا يتصور في مثل المقام
حيث يستوفي الضامن بمقدار ما يدفعه إلى المضمون له.
(٢) فإن دليل لا ضرر إنما ينظر إلى ارتفاع الأحكام 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 بالمعاوضات (٢)، إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الإذن. 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: أن دليل لا ضرر بنفسه قاصر عن مشمول الضمان قل أو كثر، فإنه لا يدل إلا على نفي الزام الشارع بالحكم الضرري. (١) قد عرفت الاشكال فيه فيما تقدم. (٢) فيه اشكال ظهر مما تقدم، فإنه لا عموم لدليل نفي الغرر، على أنه لا غرر في المقام اطلاقاً حيث إنه سيأخذ من المضمون عنه بمقدار ما يؤديه للمضمون له. والحاصل: أنه لا فرق في عدم عموم الدليلين - نفي الضرر ونفي الغرر - للضمان بين كونه تبرعياً أو إذنيا فإنهما وعلى كلا التقديرين غير شاملين له. وعليه فالقول بالجواز مطلقاً هو الأقرب.

ذمة المضمون عنه، بالاجماع والنصوص (١)، خلافا
للجمهور حيث أن الضمان عندهم ضم إلى ذمة. وظاهر
كلمات الأصحاب 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).
- (٢) لم يظهر مراده - قده - من العمومات في القمام، فإن 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 أيضا، فإن اشتغال ذمة شخص
- الضامن - بالنسبة إلى غيره مجانا وبلا عوض غير داخل في عنوان
التجارة ولا يشمل الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط للالتزام
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 أنه 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) وإن أبرأ ذمة المضمون عنه

أحد على الاطلاق، فإن اشتغال الذمة ليس أمراً اختيارياً للمكلف
بحيث يكون له ذلك كيفما شاء وإنما هو متوقف على أسبابه الخاصة
من تجارة أو استيلاء أو اتلاف أو الشرط في ضمن العقد - بناء على
أنه يوجب الملكية - فلا يحصل من دونها.
والحاصل: أن اثبات اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل وهو مفقود
في غير الدين حيث اقتضت أدلة الضمان الصحة فيها.
نعم لا بأس بتصحيح هذا الضمان بالمعنى الذي سبق منا بيانه في
الشرط السابع، أعني التعهد بالوفاء به على تقدير عدم وفاء المديون
نظير التعهد بالأعيان الخارجية، فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى
اشتغال الذمة.

(١) أما الأول فواضح، وأما الثاني فالإبراء فيه إنما هو بمعنى
عدم جواز رجوع الضامن عليه ومطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجة
للضمان، وذلك لأنه 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 الإبراء - على ما يقتضيه مذهبنا في الضمان -.

لم يؤثر شيئاً، فلا تبرء ذمة الضامن، لعدم المحل للابراء بعد برائته بالضمان، إلا إذا استفيد منه الابراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً ابراء ذمة الضامن وأما في ضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فإن أبرء ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً، وإن أبرء ذمة الضامن فلا تبرء ذمة المضمون عنه كذا قالوا، ويمكن أن يقال: ببراءة ذمتها على التقديرين (١)

وبعبارة أخرى: لا بد من حمل عبارة الماتن - قده - على الضمان الإذني حيث يصح معه التعبير ببراءة الذمتين نتيجة لبراء المضمون له لذمة الضامن، أما ذمة الضامن فللابراء وأما ذمة المضمون عنه فلعدم أداء الضامن شيئاً ومعه فلا يثبت له - الضامن - حق الرجوع عليه - المضمون عنه - وبهذا المعنى صح التعبير ببراءة ذمته، وإلا - بأن كان الضمان تبرعياً - فحيث لا أثر لبراء المضمون له لذمة الضامن في براءة ذمة المضمون عنه، فإنها بريئة وغير مشغولة لأحد بنفس الضمان، سواء في ذلك قبل الابراء وبعده وفلا يصح التعبير ببراءة الذمتين نتيجة لبراء المضمون له لذمة الضامن، فإنه 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 بإذن المضمون

رفع اليد عن الضم والضمان خاصة كي يقال بأن معه يبقى الدين على حاله ويكون المضمون عنه مدينا بعد البراء كقبله، فإن هذا المعنى غير مراد جزما، إذ الضمان من العقود اللازمة وهي لا تقبل الرفع حتى مع رضا الطرفين، على أنه ينافي مفهوم البراء فإنه مساوق لاسقاط الدين - على ما ستعرف -.

وإنما البراء بمعنى رفع اليد من الدين من أساسه - على ما يساعد عليه ظاهر اللفظ - ومعه فلا مجال للقول ببقاء ذمة المضمون عنه مشغولة فإن الدين ليس إلا دينا واحدا فلا يقبل البقاء والسقوط في آن واحد بالقياس إلى 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 أن الزوجة إذا أبرأت ذمة زوجها من المهر فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر، فلا وجه للتفكيك بين الذمتين بالقياس إليه والقول بثبوته في ذمة دون أخرى.

وأما مع ابراء المضمون عنه، فلأن مرجعه إلى إسقاط الدين وافراغ ذمته منه ومعه فلا يبقى مجال لضم ذمة أخرى إليها فيه. (١) فإن إرجاع الدين إلى ذمة المضمون عنه ثانيا و فراغ ذمة

عنه، وتبين اعساره (١) وكذا لا يجوز للمضمون له
فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءمة
الضامن حين الضمان أو علم المضمون له باعساره (٢)،
بخلاف ما لو كان معسرا حين الضمان وكان جاهلا باعساره
ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر
عدم الخلاف فيه، ويستفاد من الأخبار أيضا (٣)

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

(١) فضلا عما لو كان ضمانا تبرعيا 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 علي دين وخلف ولدا رجلا ونساء وصبيانا،
فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي،
وأنت في حل مما لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك. قال:
يكون في سعة من ذلك وحل. قلت: فإن لم يعطهم؟ قال: كان
لك في عنقه. قلت: فإن رجع الورثة علي فقالوا: أعطنا 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 إن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت فإن لم يكن لها؟ قال: فلا. قلت: فقد سمعتك تقول: إنه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعني بذلك إذا كان لها... الحديث " (١).

وهي وإن كانت معتبرة سنداً إلا أنها أجنبية من حيث الدلالة عن المدعى فإنها واردة في تحليل بعض الورثة لصحته من الدين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضى سائر الوراث أيضاً، وأين ذلك من الضمان الذي هو محل الكلام؟.

وبعبارة أخرى: إن مورد المعتبرة هو التحليل وهو عقد قائم بين المدين وشخص آخر، في حين أن مورد كلامنا هو الضمان الذي هو عقد قائم بين الدائن وشخص آخر، فلا مجال لإثبات 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 - لأنها تضمنت صحة التحليل من الأجنبي وحصول فراغ

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

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

ومن هنا: فحيث إن العشرة - مثلا - 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 موجبا لثبوت الخيار على القاعدة - على ما تقدم بيانه مفصلا في مبحث خيار الغبن -.

وأن هذا من الضمان الذي لا يعد من المعاوضات بالمرة، لأنه ليس إلا اشتغال ذمة بلا عوض ومجانا سواء في ذلك ما كان إذنيا أو تبرعيا لأنهما لا يختلفان إلا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول وعدمه.

والحاصل: التعدي من الحوالة إلى الضمان قياس مع الفارق وإن اشتركا في جهة من الجهات. وعلى ضوء ما تقدم يظهر أنه لا دليل يمكن الاعتماد عليه في القول بالخيار في المقام.

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

(١) لعدم شمول دليل الخيار - بناء على تماميته - للاعسار المتأخر

كما أنه لو كان معسرا ثم أيسر يبقى الخيار (١) والظاهر
عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون
المضمون عنه أيضا معسرا أو لا (٢).

وهل يلحق بالاعسار
تبين كونه مماطلا مع يساره في ثبوت الخيار أو لا؟
وجهان (٣).

فإن الاجماع غير ثابت فيه ومعتبرة الحسن بن الجهم ناظرة إلى حال
الضمان والحكم في الحوالة مختص بالاعسار حينها أيضا.

(١) وهو إنما يتم فيما إذا كان مستند الخيار في المقام هو معتبرة
الحسن بن الجهم، فإنه لا بأس بالتمسك باطلاقها - بعد تسليم دلالتها -
لأثبات الخيار في الفرض أيضا.

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

(٣) من اختصاص أدلة الخيار من الاجماع والنص وما ذكره
صاحب الجواهر (قده) بالاعسار فيكون التعدي عنه محتاجا إلى
الدليل وهو مفقود، ومقتضى أصالة لزوم العدم.
ومن التمسك بقاعدة نفي الضرر، فإن 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 الأحكام الضرورية من الأحكام 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 لأن المضمون عنه إنما وقع في الضرر نتيجة لفعل نفسه أعني رفع يده عن (ذمته؟) الثابت في ذمة المدين في قبال اشتغال ذمة الضامن به، فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له، فإن 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 إلى محله.

إذن. فالأظهر في المقام هو عدم الخيار حتى ولو قلنا بثبوته على تقدير ظهور اعساره فضلا عن انكاره - كما هو المختار - . (١) على إشكال فيه بل منع، فإن الضمان لا يقاس بسائر العقود والفرق بينهما ظاهر.

فإن نتيجة العقد إذا كانت راجعة إلى طرفيه خاصة كان لهما رفع اليد عنه بعد ثبوته ولزومه ومن غير حاجة للخيار وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقاييل، إلا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص

للضامن والمضمون له، لعموم أدلة الشروط (١) والظاهر

الخاص كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ. وإذا جاز لهما ذلك بالنتيجة جاز لهما جعل هذا الحق في ضمن العقد من الأول وهو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار. وليس ذلك كله إلا لكون العقد عقدهما والحق لا يعدوهما فلهما أن 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 إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك لعدم الولاية لهما على الثالث.

وحيث إن مقامنا من هذا القبيل فإن عقد الضمان وإن كان قائما بين الضامن والمضمون له إلا أن الحق فيه يعدوهما إلى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه إذ لا موجب لاشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً وبعد الفراغ لمجرد رضى أحد الطرفين أو هما معا به، فإنه أمر يحتاج إلى الدليل وهو مفقود. والحاصل: أن باب الضمان لا يقاس بباقي المعاملات التي ترجع نتیجتها إلى المتعاملين نفسهما، فإن اشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً يحتاج إلى الدليل وهو مفقود.

(١) وفيه: أن أدلة الشروط لا تفي باثبات صحة جعل الخيار في المقام، نظراً لما تقدم مرارا من أنها ليست بمشرعة ولا تفيد إلا

جواز اشتراط شيء لكل منهما (١) كما إذا قال الضامن:
(أنا الضمان بشرط أن تخيط لي ثوبا)، أو قال المضمون
له: (أقبل الضامن بشرط أن تعمل لي كذا). ومع
التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (٢).
(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكا 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
إن جعل الخيار في المقام ليس من هذا القبيل باعتبار أن اشتغال ذمة
المضمون عنه ثانيا يحتاج إلى الدليل ولا يتم باتفاق المتعاقدين عليه،
فلا يمكن اثباته بالاشتراط والتمسك بعموم أدلة الشروط.
(١) لعموم أدلة الشروط بعد أن كان الشرط سائغا في نفسه بحيث
كان للمشروط عليه فعله ابتداءا ومن غير اشتراط.
(٢) بل الظاهر أن 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 ثانيا وبعد فراغها وبراءتها أمر خارج عن صلاحية المتعاقدين
ويحتاج إلى الدليل الخاص وهو مفقود وأدلة الوفاء بالشرط لا تنهض
لإثباته.

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

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

(١) كتاب النهاية ص ٣١٥.

وأنه يعتبر فيه لأجل كالسلم، ضعيف (١)، كالتقول
بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالا (٢) أو بالنقص ودعوى

-
- (١) لعدم الدليل عليه بل لاقتضاء أدلة الضمان خلافه - على ما تقدم -
(٢) واستدل عليه باستلزامه زيادة الفرع على أصله.
وفيه: أن الضمان وإن كان فرع الدين، إلا أن متعلقه هو نفس
الدين دون الأجل، فإنه أمر خارج عنه ويثبت بالاشتراط في ضمنه.
وبعبارة أخرى. إن الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الذمة ومن
غير زيادة أو نقيصة، فإن التقديم والتأخير أمران خارجان عنه كلية
على أنه لو صح ما ذكر لزم منه صحته في عكسه أيضا والقول
بالبطلان في ضمان الدين الحال مؤجلا، نظرا لنقصان المؤجل عن
الحال في حين أن مقتضى أدلة الضمان انتقال مثل ما في ذمة المضمون
عنه إلى ذمة الضامن ومن غير زيادة أو نقيصة.
والحال أن هذا مما لا يمكن أن يلتزم به، وليس ذلك إلا لكون
التقديم والتأخير خارجين عن حقيقته.
ثم إن مما ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين واستحسنه
العلامة (قده) في المختلف من كونه ضمان ما لا يجب نظرا لزيادة
مالية الدين الحال عن مالية الدين المؤجل، وحيث إن هذه الزيادة غير
واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته كان ضمانها من ضمان ما لم يجب.
ووجه البطلان أن الضمان إنما تعلق بنفس الدين من غير زيادة فيه

أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (١).
(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن
المضمون عنه فالأجل للضامن لا للدين، فلو أسقط الضامن
أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون
عنه (٢) لأن الذي عليه كان حالا ولم يصر مؤجلا بتأجيل

أو نقيصة، والحلول والتأجيل إنما يثبتان بالاشتراط في ضمنه.
ومنه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزيادة والنقيصة.
إذن: فالصحيح هو ما ذهب إليه الماتن (قده) وفاقا للمشهور
من جواز ضمان الدين المؤجل حالا.
(١) لما تقدم من الوجه في بطلانها.
(٢) لأداء دينه بأذنه، والضمان وإن كان مؤجلا إلا أن الأجل
حق للضامن لا له، إذ المفروض كون دينه حالا وهو وإن سقط
بالضمان إلا أن أمره وإذنه فيه أوجب الضمان فيصح الرجوع عليه على
تقدير الأداء متى ما حصل.
والحاصل: أن الأجل إنما هو بالنسبة إلى الضمان لا الدين فإنه
حال ولا ملازمة بينهما من هذه الجهة.
نعم لو كان إذنه في الضمان مقيدا بكون الأداء في وقت كذا
- حيث لا مانع من تقييده أو تعليقه - كان أداء الضامن له قبل ذلك
الوقت تبرعا محضا فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلا عما قبله

الضمان. وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف (١).

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

إذ المقيد عدم بانعدام قيده. إلا أن هذا خارج عن محل الكلام.

(١) وهو مشكل جداً، إذ لا وجه لجواز أمره بذلك الأداء، فإن المفروض أنه إنما أمر الضامن بأداء دينه المؤجل في حينه، فما لم يكن الأداء كذلك - سواء أكان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره - لم يكن للمؤدي الرجوع عليه.

لأنهما في الواقع عقدان مستقلان فلا وجه لاثبات الأجل المأخوذ في أحدهما في الآخر.

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

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

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل (٢) الإذن 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 الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان

-
- (١) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلق أمره بذلك الأداء بالمرّة، فإنه إنما أمره بأداء دينه المؤجل في حينه فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه.
- وبعبارة أخرى: إن أصل الأداء وإن كان بأمر من المضمون عنه إلا أن خصوصية التقديم لما لم تكن بأمره لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل فالحلول زيادة من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه.
- (٢) لكون الحلول حينئذ زيادة من الضامن نفسه، فلا يلزم به المضمون عنه.
- (٣) لما تقدم.

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

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداءه بإذنه أو أمره (٢) إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعا منه في وفاء دينه، كأن يقول: (أد ما ضمننت عني وأرجع به علي) على اشكال (٣) في هذه الصورة أيضا من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي 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 وإن بقي من أجل الضمان ما بقي.

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

(٣) الظاهر أنه لا وجه للاستشكال في المقام وليس مرجع الأمر هذا إلى الوعد، وإنما مرجعه إلى إنابة المضمون عنه الضامن في أداء الضمان عنه تبرعا وكأنه هو الذي باشر ذلك بنفسه، فإنه موجب

ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء (١) وإن لم يكن بإذنه لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء، نعم لو إذن له في الضمان تبرعا فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كالا إذن. (مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان (٢) على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله، إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجردة إلا أن ذمة المضمون عنه

للضمان ورجوع النائب على الأمر بلا خلاف. وبعبارة أخرى: إن حال الضامن في المقام هو حال الأجنبي الثالث الذي يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابة عن الأمر، فإنه لا فرق بين الضامن وغيره من هذا الناحية وهما على سواء فيها فكما أن أمر الأجنبي بذلك يوجب الضمان وجواز رجوع المأمور بعد الأداء إلى الأمر فكذا الحال في الضامن أيضا لو حدة الملاك وهو الأمر باتلاف مال محترم بالنيابة عنه وكأنه هو المباشر له. (١) بلا اشكال فيه ولا خلاف، وتدل عليه الروايات الكثيرة الواردة في المقام. (٢) لما تقدم.

لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء. وظاهرهم هو الوجه الأول. وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان (١) في قبال اشتغال ذمة الضامن سواء أدى أم لم يؤد. 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 إن 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 فيشمله حديث لا ضرر. واضحة الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر - كما نحن فيه - .
بل الضمان إنما يثبت في موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلانية

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

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

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

(١) وهو موثق عمر بن يزيد قال: " سألت أبا عبد الله (ع)
عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا
الذي صالح عليه " (١).
ونحوه موثقة ابن بكير (٢).

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

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ١،
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٦ من أبواب أحكام الضمان، ح ٢.

الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً (١) وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره وكذا لو صالح معه بالأقل - كما هو مورد الخبر - وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه (٢). وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاة أو صدقة، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (٣)، ولا يكون في حكم الإبراء.

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

(٢) لما عرفته من أن العبرة إنما 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 لأنه الذي أداه بماله الذي ملكه خمسا 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 أو لا؟ وجهان (٢). ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (٣).

-
- (١) بلا اشكال فيه، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له. فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعدة وملكيته للمال ثانيا ملكية جديدة وفائدة أجنبية من 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 بالإجارة أو الإرث. والقبض المعتبر في الهبة متحقق أيضا لكونه مسلطا على ذلك المال باعتبار أنه في ذمته لا في ذمة الغير.
- ومن هنا فيعتبر هذا في الحقيقة تمليكا له لا ابراء لذمته، وعليه فيصح له الرجوع على المضمون عنه لأن الخسارة قد وقعت في ماله والسقوط كان بعد تملكه لذلك المال.
- نعم لو بنينا على عدم صحة الهبة في الذمة وأن 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، لأن 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 إلا بمقدار ما يساوي. وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة (١) وكون القدر المسلم غير هذه الصور،

ذمته إليه 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 جاعلا ما في ذمته صداقا لها، فإن له الرجوع عليه جزما، لثبوت ملكية الضامن لذلك المال الثابت في ذمته في مرحلة سابقة على سقوط الدين وحصول البراءة، فإنه يملكه أولا بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهرا.

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

والحاصل: أنه يصح للضامن الرجوع على المضمون عنه كلما صحت نسبة الخسران الناشئ من الضمان إليه بحيث يكون واردا على ماله ومأخوذا منه بلا فرق في ذلك بين الصور جمعا. (١) وفيه: ما عرفته في محله من كون الحكم على القاعدة حيث لا موجب لاثبات الضمان قبل الأداء، فإن الأمر إنما يوجب بشرط

وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه (١)، لا ما إذا صالحه بما يساوي أقل منه. وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يساوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع 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 خارجا باعتبار أن الخسارة تكون عليه - حينئذ - بالسيرة القطعية.

(١) وفيه: أنه لا وجه له، فإن النص مطلق ومقتضى قوله "صالح عليه" عدم الفرق كون ما صالح به من جنس الدين كي يستلزم الاسقاط والرضا من الدين بأقل منه، وبين كونه من غير جنسه فيكون وفاء له.

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

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

أمانة، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط (١).
وإن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمته حين
الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن، أو
قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف
فهو صحيح ويحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء
من الضامن على التقدير الثاني، وإن قلنا: أنه لا تشتغل
ذمته إلا بالأداء وحينه - كما هو ظاهر المشهور - (٢)
فيشكل صحته وفاء، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد
فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣)، وبعد الأداء

كان الضامن متبرعا به ومعه فلا يصح له الرجوع عليه
(١) على ما تقتضيه قواعد الأمانة.

(٢) وتقتضيه القواعد - على ما عرفت - .

(٣) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مالا بتوهم كونه مدينا
له، فإنه لا يعد وفاء لعدم مصادفته لاشتغال الذمة، بل يبقى المال
على ملك مالكة الأول - الدافع - ويكون في يد الثاني من قبيل
المقبوض بالعقد الفاسد، فيكون تصرفه فيه موجبا للضمان نظرا لكونه
تصرفا في مال الغير بغير حق، كما هو الحال في سائر موارد المقبوض
بالعقد الفاسد.

ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به (١).

(١) ظاهر تقييده (قده) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به، عدم كفاية الاستصحاب في مورد الشك. وهو الصحيح إذ لا مجرى للاستصحاب في المقام، لتبدل الموضوع فإن ما كان متيقنا في السابق - الإذن في احتسابه في ذلك الوقت - لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه، وما له أثر بالفعل - الإذن في الاحتساب بعد الأداء - لم يكن ثابتا في زمان كي يستصحب إلى حالة الشك، فهو نظير إذن زيد لعمره في سكنى دار لم يكن يملكه حين الإجازة ثم ملكه، فإنه لا مجال للقول بكفايته لسكناه بالفعل لاستصحاب بقاءه، فإن ما كان ثابتا في السابق لا أثر له بالمرّة لكونه في غير محله، وما ينفع بالفعل لم يكن ثابتا في زمان كي يستصحب بقاءه.

وبعبارة أخرى: إن الاعراض والأفعال 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 فإنهما ليسا بوجودين مختلفين وإنما هما وجود واحد لشخص واحد.

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

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: (ادفع عني إلى المضمون له ما علي من مال الضمان) فدفعت برئت ذمتها معاً، أما الضامن: فلأنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه: فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر. كذا قد يقال: والأوجه أن يقال: إن الضامن 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 لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه، وقد وفي الضامن (٢). فيتهاتران، أو يتقاصان (٣) واشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة

وحيث إن الاحتساب من الأفعال، يكون متعددًا 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 بالدفء لا على وجه المجانية موجب للضمان بالسيرورة العقلائية القطعية - على ما عرفته غير مرة مفصلاً - . (٢) بدفء المضمون له للدين بأمره، فإنه يجعل الأداء مستنداً إليه وكأنه هو الذي باشره بنفسه. (٣) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزماً. إذ

الضامن بالقول المزبور (١) في غير محله (٢).
(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له
من غير إذن الضامن برئاً 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 رداً على التزام المسالك بالتهاتر القهري.
ما هذا لفظه:

" وفيه: إن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن
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 الأداء منه فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالكين في
ذمة كل منهما فتأمل " (١).

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

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

(١) كتاب الجواهر ج ٢٦ ص ١٥٥.

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه (٣)، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، ويرجع هو على المضمون عنه الأول (٤).
(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له (٥). وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه (٦).

فبراءة ذمته إنما هي بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال، وإلا فذمته بريئة بنفس الضمان - على ما عرفته في أول الكتاب - .
(١) الأول حيث لم يكن ضمانه عن أمره وإذنه.
(٢) لكونه ضمانه بإذنه فيرجع عليه بعد الأداء لاقتضاء الأمر لذلك.
(٣) حيث لم يكن ضمان هذا - الضامن الثاني - بأذنه، وإن كان ضمان الضامن الأول بإذنه، فلا يكون له حق الرجوع عليه.
(٤) على ما تقتضيه قاعدة الضمان بالإذن فإن كلا منهما يرجع على خصوص الذي أمره بذلك.
(٥) بلا إشكال فيه، ومرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد، وكأنه قد رضي ببراءة ذمة المدين عن ذلك المال في قبالة اشتغال ذمة الضامن بالأقل.
(٦) للمناقشة في صحته مجال واسع، بل الظاهر عدم صحته، فإن

وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع أذنه في الضمان إلا بذلك الأقل (١) كما أن في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين (٢)، إلا إذا 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 ذلك 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: أنه لا فرق في الزيادة الممنوعة في الضمان بين كونها في مقدار المال أو خصوصية من خصوصياته، فإن اثبات كل منهما في ذمة الضامن من اثبات أمر زائد عما اشتغلت به ذمة المضمون عنه، ومن هنا فلا تشمله أدلة الضمان ولا يكون بعنوانه، وحيث لا طريق غيره لاثباته فلا محيص عن الالتزام ببطالانه.

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

-
- (١) بلا اشكال فيه على ما تقتضيه الأدلة والقواعد.
- (٢) والظاهر أن الوفاء من غير جنس الدين إن كان بأمر المضمون عنه، كان للضامن الرجوع عليه بما أداه لاقتضاء الأمر لذلك بالسيرة العقلائية - كما عرفت -.
- وإن لم يكن بأمره فليس له الرجوع عليه بغير جنس الدين فإن الخصوصية هذه - الجنس - إنما كان عن تبرع الضامن محضا ولم تكن متعلقة لأمر المضمون عنه في وقت فإنه لم يأمر إلا بأداء أصل الدين.
- نعم لو كان ثمن ما أداه من الجنس بدلا عن الدين أقل منه لم يكن له الرجوع إلا بمقدار ما صالحه عليه وأداه، وليس له أخذ التفاوت، فإنه لم يخسره كي يكون له الرجوع به عليه.
- (٣) ظاهر كلامه (قده) فرض صحة ذلك أمرا مفروغا عنه، لكنه لا يخلو عن اشكال بل منع.
- فإن مرجعه إن كان إلى تعليق الضمان بالشرط المتأخر - الرهان - فهو باطل جزما، إذ التعليق مبطل لجميع العقود إلا ما خرج بالدليل

بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهنا بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (١).

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

(١) بلا اشكال في صحة، لما عرفته مرارا من أنه كلما كان للمكلف انشاء مستقلا وايجاده بالفعل من غير اعتبار سبب خاص فيه، كان له انشاءه بالشرط في ضمن عقد آخر، إذ لا يعتبر في الانشاء إلا الاعتبار النفساني المقرون بالمبرز خارجا كيف ما كان ومن غير تقييد بكونه انشاء مستقلا أو شرطا في ضمن عقد من العقود. وهو متحقق في المقام، فإنه لا يعتبر في عقد الرهن انشاءه بالصيغة واللفظ فضلا عن اعتبار صيغة خاصة فيه، بل يكفي في تحققه مجرد اعتباره في النفس مع ابرازه بمبرز ما ولو كان هو الشرط في ضمن العقد.

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

ثم إن كلام الماتن (قده) وإن كان مختصا 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 أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه (١)، لأنه بمنزلة الوفاء. 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، فإن ما في ذمة الضامن من الدين ليس هو ما كان في ذمة المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران غاية الأمر أن أحدهما يقوم مقام الآخر بمعنى سقوط دين المضمون عنه وانعدامه بإزاء حدوث الدين الجديد في ذمة الضامن.

والتعبير بانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن تعبير مسامحي جزما فإن الموجود في ذمته بالفعل ليس هو الدين الأول والذي كان ثابتا في ذمة المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، وإنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول وسقوطه. وحيث إن الرهن إنما كان بإزاء الأول والمفروض ارتفاعه وسقوطه فلا محيص عن القول بانفكاكه وارتفاعه أيضا لانتفاء موضوعه.

أو عدمه فهو المتبع (١).
(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين على
وجه التقييد (٢)

ولعل إلى هذا يشير صاحب الجواهر (قده) بقوله: " لأن
الضمان أداء " فإنه أداء بلحاظ انتفاء الدين الأول وارتفاعه فلا حظ.
(١) لعموم أدلة الوفاء بالشرط.
(٢) لم يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام، لأنه إن رجع إلى
نفس الضمان واشتغال الذمة بهذا المال بخصوصه ودون غيره، بحيث
يجعل الضامن اشتغال ذمته مشروطا ومنوطا بهذا المال.
ففيه: أنه لا معنى لتقييد ما في الذمة بالأمر الخارجي، فإنهما
أمران متغايران لا يصلح كل منهما مقيدا للآخر.
وإن رجع إلى تعليق الضمان بالأداء من هذا المال المعين، أو
بجعل المضمون له قبوله للضمان معلقا على ذلك، فهو وإن كان ممكنا
في حد ذاته ومعقولا في نفسه، إلا أنه باطل جزما لرجوعه إلى
تعليق الضمان به وهو مبطل اجماعا.
وبعبارة أخرى: إن تقييد شيء بشيء إنما يصح فيما كان من
قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات، فلا يصح في الأمور الأجنبية
المتباينة فإنه لا معنى للتقييد فيها إلا التعليق في الإيجاب أو القبول
وهو مبطل في حد نفسه.

أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام
في الالتزام (١) وحينئذ يجب على الضامن 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 الناقص في عهده.
وعلى الثاني: لا يبطل بل يوجب الخيار (٤) لمن له

وإن رجع إلى تقييد ما ينتقل إلى ذمته - المضمون - بحيث يجعله
مقيدا بذلك الشيء، فهو كسابقه فإن ما في الذمة أجنبي عن الأداء
الذي هو فعل خارجي فلا يمكن تقييده به.
والحاصل: أن التقييد لما كان في قبيل الاطلاق باعتبار أنه عبارة
عن جعل المطلوب حصة خاصة منه، فلا يصح إلا في مورد يصح
فيه الاطلاق، وحيث إن اطلاق ما في الذمة بالقياس إلى الفعل الخارجي
غير متصور لكونه أجنبيا عنه فلا يمكن تقييده به.
(١) بأن يكون التزامه بالأداء من المال المعين في ضمن التزامه
بالضمان المطلق.
(٢) لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط.
(٣) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال لعدم رجوع التقييد
في مثل المقام إلى معنى محصل.
(٤) إلا أنه على خلاف المرتكزات العرفية في مثل هذه الموارد

الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما. ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام (١) مع عدم الفسخ وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن، بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال، فلا يصح (٢).

فإنها إنما 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 أن يرجع إلى جعل الخيار في شيء. على أن جعل الخيار غير متصور في الضمان، لما عرفته من عدم قابليته له نظرا لتجاوز الحق فيه لطرفيه.

إذن: فالصحيح أن تلف المال المعين على تقدير الاشتراط كما لا يوجب بطلان العقد لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له، وإنما غاية ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط وأداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجودا فإذا تلف أداه من غيره لتعذر الأداء من المعين. (١) لأنه ضامن لجميع الدين على نحو الاطلاق. غاية الأمر أنه كان متعهدا بأدائه من المال المعين فإذا تلف بعضه رجع فيه بخصوصه إلى غيره لتعذر أداء ذلك المقدار من المال المعين.

(٢) لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمرة وفراغ ذمته الضامن والمضمون عنه معا قبل أداء الدين وهو غير معقول، لأننا إذا فرضنا فراغ ذمة المضمون عنه بأصل الضمان، وذمة الضامن لعدم اشتغالها

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا أن الضامن هو المولى - للانفهام العرفي (١) أو لقرائن خارجية - يكون من اشتراط الضمان في مال معين وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود ويبطل إن كان على وجه التقييد (٢) وإن انعتق يبقى

بشيء نظرا 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: أنه لا بد في الضمان من فرض اشتغال ذمة أحد بالدين قبله وبعده، فلا يصح فرضه فيما كان لازمه براءة الذمتين معا. (١) نظير أمره له بالاستدانة، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين وكأنه هو المباشر له. (٢) لثبوته في ذمته من بادئ الأمر، وتعذر الشرط لا يوجب السقوط. فيجب عليه أداءه من سائر أمواله كما هو واضح. (٣) تقدم الكلام فيه في المسألة السابقة، وقد عرفت أن التقييد في مثل هذه الموارد لا يرجع إلى معنى محصل إلا التعليق المبطل للعقد في حد نفسه، ومن هنا فلا بد من حمله على الاشتراط لا محالة.

وجوب الكسب عليه (١). وإن قلنا أن الضامن هو المملوك، وأن مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شيء (٢)، وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها. وإن انعتق يبقى الوجوب عليه (٣).

(١) عملا بمقتضى الشرط - كذا قيل -، إلا أنه مشكل جدا والظاهر أن حال العتق حال الموت، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد ومنافعه بالموت فكذلك ينقطع بالعتق، فما يكسبه العبد بعد ذلك إنما هو له وملكه ولا سلطان لمولاه عليه. ومن هنا فلا وجه لالزامه بأداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصة. بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بد له من أداءه من ماله، وجواز أداءه من كسب العبد إنما كان ثابتا له باعتبار ملكيته له ولمنافعه، فإذا انتفى ذلك بالعتق والتحرر فلا مجال للحكم ببقاءه أيضا فإنه لا يكون إلا من أداء الدين بمال الغير.

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

(٣) فيجب عليه الاكتساب والخروج عن عهدة المال عملا بالشرط وتفريغا لذمته.

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (١) فإما أن يكون على التعاقب، أو دفعة. فعلى الأول: الضامن من رضي المضمون له بضمانه (٢) ولو أطلق الرضا بها كان الضامن هو السابق. ويحتمل قويا (٣) كونه كما إذا ضمنا دفعة، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا.

-
- (١) الظاهر كون مفروض الكلام في ضمان الاثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال، لا ضمان المجموع - كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف في الخارج - وإلا فلا ينبغي الاشكال في صحته لرجوعه إلى ضمان بعض الدين من قبل كل منهما وهو صحيح جزما، فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبة وعدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه.
- (٢) لا اعتبار رضاه في تحقق الضمان جزما وإن لم نقل باعتبار قبوله.
- (٣) بل هو المتعين، فإن الضمان إنما يتم برضاه أو قبوله، فقبله لا ضمان وعند تحققه يكون نسبه إليهما على حد سواء، فيجري فيه ما يجرى في ضمانهما دفعة والحاصل: أن حال هذه الإجازة حال إجازة المالك للعقدين الفضولين الواقعين على ماله على التعاقب، حيث يحكم ببطلانهما معا ومن غير أن يكون لسبق ايجاب أحدهما على الآخر أثر، فإن الأثر إنما هو لسبق العقد على غيره لا سبق ايجابه على ايجاب غيره،

وعلى الثاني: إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (١)
وإن رضي بهما معا ففي بطلانه - كما عن المختلف وجامع
المقاصد واختاره صاحب الجواهر - أو التقسيط بينهما بالنصف
أو بينهما بالثلث - إن كانوا ثلاثة - وهكذا. أو ضمان كل
منهما، 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 الإجازة - بناء على ما اخترناه
من الكشف الحكمي، فإن الحكم إنما يكون من الآن.
نعم بناء على القول بالكشف الحقيقي وجعل القبول معرفا محضا
يمكن القول بصحة السابق خاصة، إلا أنه احتمال غير وارد على
ما عرفته في محله.

(١) لتامة الضمان بالنسبة إليه دون صاحبه.
(٢) بل الأول، إذ الثاني لا وجه له بالمرّة. فإن الضمان إنما
تعلق بتمام المال فلا وجه للحكم بصحة كل منهما في مقدار والبطلان في
مقدار آخر، فإنه ليس إلا التفكيك في مدلول كل عقد بلا مبرر.
وأما الأخير فهو وإن كان معقولا في حد نفسه وممكنا بحسب
مقام الثبوت، فإنه وكما يمكن تصوره في الأحكام التكليفية - الواجب
الكفائي - يمكن تصوره في الأحكام الوضعية أيضا، إلا أن الكلام
في الدليل عليه في مقام الإثبات، فإنه لا دليل عليه بالمرّة.

المضمون له واحدا منهما برئ دون الآخر (١) إلا إذا علم
أرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

فيه ببطلان الإجارة، باعتبار أنه وإن أمكن تصور ذلك صحيحا على
نحو الترتب إلا أنه خلاف ما أنشأه المنشأ، فيكون من مصاديق ما أنشأ
لم يمتض شرعا وما يمكن امضاءه لم ينشأ.
على أننا لو فرضنا التصريح بالثاني - أعني الضمان على تقدير عدم
أداء الآخر، لم ينفذ ذلك، لاستلزامه التعليق المبطل للعقود.
إذن: فلا دليل على صحة الضمان البدلي بجميع تقاديره.
فإن غاية أدلة الضمان اثبات صحة انتقال الدين من ذمة المضمون
عنه إلى ذمة الضامن وأما انتقاله من ذمته إلى ذمة ما ومن غير
تعيين فلم يدل على صحته دليل.
والحاصل: إن القول بانتقال الدين والواحد إلى الذمتين معا وجمعا
غير ممكن، وإليهما على البدل وإن كان ممكنا إلا أنه لا دليل عليه.
ومن هنا: فيتعين القول الأول والحكم بالبطلان فيهما معا كما
ذهب إليه غير واحد من الأصحاب.

(١) وهو يناقض ما تقدم منه (قده) في المسألة الثالثة من
الحكم ببراءة الذمتين على تقدير القول بأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة.
وكيف كان: فبراءة الذمتين معا ببراءة إحداهما هو الصحيح لما
عرفته في تلك المسألة من رجوع الإبراء إلى إسقاط الدين ورفع اليد

(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضي المضمون له بهما صح (١)، وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنسا وقدرًا تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر. ويظهر الثمر في الاعسار واليسار (٢) وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناء على افتكاك الرهن بالضمان. وإن كانا مختلفين قدرًا أو جنسًا أو تعجيلًا وتأجيلًا أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر. وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (٣) وحينئذ فإن أدى الجميع رجوع على الآخر بما أدى، حيث إن المفروض كونه مأذونا منه.

عنه أساسا لا خصوص الضم فقط فراجع.

(١) لتامة الضمان في كل من الجانبين.

(٢) بناء على ما ذهب إليه المشهور واختاره هو (قده) من

ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور اعسار الضامن حين الضمان،

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

للمضمون له فسخ ضمانه خاصة بذلك يثبت المال بتمامه في ذمة صاحبه.

إلا إنك قد عرفت في محله عدم تامة هذا القول.

(٣) أما دين نفسه فلعدم صحة ضمانه من قبل صاحبه نظرا لعدم

قبول المضمون له به، وأما دين صاحبه فلصحة ضمانه له.

وإن أدى البعض، فإن قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع (١) ويقبل قوله إن ادعى ذلك (٢) وأن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط. ويحتمل القرعة. ويحتمل كونه مخيرا في التعيين بعد ذلك والأظهر الأول (٣).

(١) فإن المال ماله والولاية فيه له، فله أن يعين أي الدينين شاء.
(٢) للسيرة العقلائية القطعية على قبول قول من له الولاية على شيء فيه، والمعروفة اختصارا في كلماتهم بقاعدة: " من ملك شيئا ملك الاقرار به "

نعم لو كذبه المضمون عنه إنتهى الأمر 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: إن اشتغال الذمة بواجبين متماثلين، سواء في ذلك الواجبات التكليفية والوضعية - يكون على أنحاء: -
فقد يفرض عدم وجود الخصوصية لهما معا، بأن يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعي من غير تقييد بهذا أو ذاك أو تمايز بينهما، نظير من فاته يومان من رمضان أو صلاتان متماثلان من يومين أو كان عليه دينان لشخص واحد، بأن يكون قد استقرض منه مرتين.

وكذا الحال في نظائر المسألة (١) كما إذا كان عليه دين

معا، فيحسب عليهما لا محالة.
وفي الثاني يتعين الحكم بالبطلان لعدم امکان الاحتساب عليهما بالنسبة
وبطلان الترجيح بلا مرجح، كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين
فصام يوماً واحداً من غير تعيين للمنوب عنه، فإنه لا محيص عن
الحكم ببطلانه لعدم قابليته للتقسيم بينهما.
إذا عرفت ذلك كله فحيث إن ما نحن فيه - أداء الضامن المديون
لبعض المجموع من غير تعيين - من قبيل القسم الثاني - أعني وجود
الخصوصية في أحدهما خاصة - باعتبار أن ثبوت الرجوع على المضمون
عنه من خصوصيات الأداء عنه، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن
نفسه وجعله بتمامه وفاء عن دينه لعدم احتياجه إلا إلى أصل قصد
الطبيعي. بخلاف الأداء عن الغير حيث يتوقف على قصد الخصوصية
والحاصل: إن الجامع منطبق على دينه الأصلي انطباقاً قهرياً فيكون
ما أداه وفاء عنه وتبقى ذمته مشغولة بالدين الضماني. لأن انطباقه
عليه يحتاج إلى القصد وهو مفقود.
ومن هنا يظهر أنه لا وجه في المقام للقول بالتقسيم أو القرعة أو
الرجوع في التعيين إليه، لانتفاء موضوعها بعد تعين الاحتساب عليه قهراً.
(١) ظهر الحال فيها مما تقدم، فإن ما ذكرناه من القاعدة سيالة
فيها أجمع.

وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن المبيع، وهكذا. فإن الظاهر في الجميع التقسيط. وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي. ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد (١) لأنه لا يعلم إلا من قبله. (مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٢) كما لا يشترط العلم بمقداره (٣) فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: " علي

-
- (١) بالسيرة العقلائية القطعية - على ما تقدم - .
(٢) على ما هو المعروف والمشهور بين الأصحاب. وقد نسب الخلاف فيه إلى بعض بدعوى استلزامه الغرر المنفي. إلا 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، فإذا صح الضمان في الأول صح في الثاني أيضاً، ولا وجه للتفكيك بينهما.
(٣) لعمومات أدلة الضمان، على ما تقدم بيانه في المسألة الأولى من الكتاب.

ما عليه " صح. وحينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أدائه سواء كانت سابقة أو لاحقة (١)، وكذا إن ثبت بالاقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردودة (٢) كذلك (٣) وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٤) ويلزم عنه بأدائه في الظاهر (٥) ولو اختلف الضامن والمضمون

-
- (١) لعدم اختصاص حجية البينة بما يكون قبل الضمان.
 - (٢) من المضمون عنه - المنكر - على المضمون له - المدعي - .
 - (٣) أي قبل الضمان.
 - (٤) أما الأول: فلا اختصاص حجيته بالمقر دون غيره فما يكون عليه يلزم باقراره، وأما ما يكون له أو على غيره فلا أثر لاقاراره وما نحن فيه من هذا القبيل حيث إن اقراره إنما هو في حق الغير فلا وجه للقول بنفوضه.
 - وأما الثاني: فلا اختصاص أثره وحجيته بمن رد اليمين على الحالف فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره.
 - (٥) أي يلزم المضمون عنه أداء المال إلى المضمون له عن الضامن ظاهرا.
- وقد أورد عليه في بعض الكلمات بما حاصله نفي المقتضي لهذا اللزوم، باعتبار أن اقراره هذا كالعدم للقطع بفراغ ذمته وعدم

له في ثبوت الدين أو في مقداره، فأقر الضامن أو رد
اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على

اشتغالها بشئ لأنه إن كان كاذبا في اقراره فالأمر واضح فإنه برئ
الذمة قبل الضمان وبعده، وإن كان صادقا فقد برئت ذمته بانتقال
ما فيها إلى ذمة الضامن بحكم الضمان.
ومن هنا فمطالبة المضمون له بالمال وأخذه منه ليس إلا من
أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له.
وفيه: أنه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قده) بأحد وجهين: -
الأول: إن اقراره لما كان حجة في ثبوت الدين عليه أولا لزمه
أداءه، نظرا إلى أن الضمان وإن اقتضى نقله إلى ذمة الضامن إلا أنه
لما لم يكن اثبات الدين في حال سابق على الضمان بدليل معتبر ومن ثم
لم يكن الضامن ملزما بأدائه، كان لازم سقوطه من المضمون عنه
أيضا ذهاب مال المسلم هدرا وهو أمر لا يمكن المصير إليه فإن ماله
كدمه لا يذهب هدرا.
ومن هنا فلا بد للمضمون عنه المعترف بثبوت الدين عليه أولا
الخروج عن عهده وحيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشرة لاعتراض
المضمون له ببراءة ذمته فلا بد له من دفعه وفاء عن الضامن، حيث
به يصل المال إلى صاحبه.
الثاني: الالتزام بفساد الضمان، فيبقى الدين على حاله ثابتا في

المضمون عنه إذا كان منكرا (١) وإن كان أصل الضمان بإذنه. ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوتة حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم

ذمة المدين الأول ومن هنا فيجب عليه الأداء وفاء. وذلك: لا لأجل توقف صحة الضمان على العلم بالدين، فإنه أمر غير صحيح، بل لإناطة صحة الضمان بثبوت الدين شرعا كإناطتها بثبوته الواقعي - وهو غير قادح لكونه تعليقا على ما يتقوم به - فإنه ليس إلا أخذه في العهدة وهو إنما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعا، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلا فيحكم بفساده. وهذا الاحتمال وإن كان هو الأوجه، إلا أن من غير الخفي كون الأول هو الأوفق بعبارته (قده).

(١) لعدم نفوذ اقرار الضامن أو يمينه المردودة على خصمه في المضمون عنه.

ثم إن 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 إنما يتصور في موارد الإذن في الضمان على نحو كلي بأن 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 الإذن شخصيا بأن

سبقه على الضمان أو لحقه لم يجب على الضامن أداءه (١).
(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: (علي ما تشهد به
البينة) وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا
الكلام، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين
ثابتاً حينه. فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه
له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: (لأنه لا يعلم ثبوتها
في الذمة) (٢). إلا أن يكون مراده في صورة اطلاق

أذن له في ضمان الدين المعين لم يكن لهذا البحث مجال إذ لا يمكن
الجمع بين الاعتراف بأصل الدين الناشئ من إذنه في ضمانه شخصياً
مع إنكاره لأصله،
والحاصل: إن إذنه - المضمون عنه - في ضمان الدين المعين
الشخصي اعتراف منه به وبثبوتها 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 إلى
ذمة الضامن.

(٢) حيث قد عرفت في المسألة السابقة عدم اعتبار علم الضامن
بثبوت الدين حين الضمان. فلا بأس في الضمان على تقدير الثبوت،
ولا يقدح التعليق فيه لكونه تعليقا على الموضوع والعنصر المقوم للمفهوم.

البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان (١) وأما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك (٢)، لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة 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. إلا أنه احتمال بعيد جداً عن ظاهر عبارته (قده) وخارج عن محل الكلام.

(٢) بمعنى تعلق الضمان بالدين المقيد بقيام البينة عليه، فإنه من ضمان ما لم يجب، باعتبار أنه غير موجود حين الضمان وإنما يحدث عند قيام البينة عليه.

(٣) أي لم يجعل المضمون هو الدين الواقعي على إطلاقه مع جعل البينة كاشفة له، كي يقال إنه كان ثابتاً وموجوداً حين الضمان، وإنما جعل المضمون هو الدين المقيد بقيام البينة عليه وهو لا يعقل وجوده قبل قيام البينة عليه.

(٤) أما أولاً: فلعدم انطباق ما ذكره (قده) على ما علل به المحقق (قده) الفساد في الشرائع، فإنه (قده) إنما علله بعدم العلم باشتغال ذمة المضمون عنه بالدين، في حين أن مقتضى كلام

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان (١)، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر، ويضمن عنه المضمون عنه الأصل. وما عن المبسوط من استلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس (٢)، ولعدم الفائدة، لرجوع الدين كما كان. مدفوع: بأن 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 الأسباب، فإن أدلة الضمان شاملة لكل على حد سواء. (٢) فإن المدين الأول - الأصل - ينقلب فرعاً في الضمان الثاني حيث يتلقى الدين من الضامن الأول، في حين أن الفرع في الأول - الضامن - يصبح أصلاً لانتقال الدين منه إلى الضامن الجديد - المضمون عنه الأول -.

(٣) فإنه كلام صوري لا محصل له، فإن انقلاب الفرع أصلاً وبالعكس لا يتصور في معاملة واحدة فإنهما من المتضادين وهما لا يجتمعان في شخص واحد في آن واحد وبالقياس إلى معاملة واحدة وتصورهما في معاملتين وإن كان أمراً ممكناً بأن يكون الأصل في المعاملة الأولى فرعاً في الثانية، إلا أنه لا محذور فيه بالمرّة، فيجوز لمن باع داره من زيد ثم باعه زيد من عمرو أن يشتريه منه اجماعاً

بل الثاني أيضا كذلك (١). مع أن القاعدة تظهر في الاعسار واليسار (٢)، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه. وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٣).
(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيرا 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 أنه موجب لاتصافه بالبايع والمشتري بلحاظ معاملتين.
(١) فإنه كيف يمكن نفي الفائدة في الثاني مع استلزامه لاشتغال ذمة المضمون عنه الأول بالدين بعد أن كانت بريئة منه؟ فإن ما يملكه المضمون له ينتقل إلى ذمته ويكون هو الملزم به.
فهو نظير ما لو اشترى داره ثانيا أو وهبه الموهوب له العين الموهوبة، وهل يصح أن يقال ببطلانهما لعدم الفائدة فيهما؟!
(٢) بناء على ما اختاره الماتن (قده) وفاقا للمشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور اعسار الضامن حين العقد. وأما بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الخيار، فلا مجال لهذه الثمرة.
(٣) لما تقدم في الدور بعينه، فإن مقتضى أدلة الضمان صحة ضمان كل دين مع قطع النظر عن منشأه وسببه.
(٤) وفيه ما لا يخفى، لأنه (قده) إن أراد به كون الضمان

بها فعلا، بل وإن لم تشتغل فعلا، على اشكال.

على ما في ذمته من الحقوق الشرعية، بأن يكون الشخص برئ
الذمة ويكون المال هو المدين والمتعهد به.
فقد عرفت فساده في كتاب الزكاة عندما جوز الماتن (قده)
الاقتراض للزكاة للصرف في الأمور الخيرية اللازمة فتكون هي المدينة
ويؤدي دينها بعد ذلك مما يحصل منها.
حيث ذكرنا أنه مما لا يمكن تصوره وتعقله، فإن الدين والمدين
أمران متغايران لا يمكن اتحادهما. فمعنى الاستدانة لها كونها هي
المدينة والمكلفة بالأداء بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه، ومن
الواضح أن هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها.
وبعبارة أخرى: إن الحكم باشتغال الحقوق الشرعية بالدين لا يتلائم
مع الحكم بكون الأداء منها، فإن مقتضى الأول كون الأداء من
غيرها في حين أن مقتضى الثاني كونها غير مدينة هي بنفسها، إذ
لا يعقل اتحاد الدين والمدين.
وعلى هذا الأساس كان التزامنا في تلك المسألة بلا بدية استدانة
الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو وإنما 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 بشئ، ولذا
لا يخرج شئ من ذلك من تركته، بل يكون المقام والمنصب هو

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون
زكاة أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (١)

المتعهد بالدين.
على أننا لو تعقلنا الاستدانة للزكاة وقلنا بكونها أمرا ممكنا، فلا
دليل على ثبوت الولاية لغير الحاكم في ذلك.
وعليه فلا وجه لما ذكره (قده) من جوازه لمن عليه الحق،
فإن غاية دليله ثبوت الولاية له في اخراجها وأداءها خاصة، وأما
جعلها هي المدينة بحيث يكون الضمان في عهدها فلا دليل على ثبوت
الولاية له فيه.
وتفصيل الكلام قد تقدم في محله من المباحث الزكاة فراجع.
وإن أراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين بحيث يجعل نفسه
هو مشغول الذمة به، لكن على أن يؤديه من الزكاة.
ففيه: إنه لا يجوز له بالمرة، فإنها إنما تصرف في أداء دين
الغارم الفقير، فلا موجب لأداء دينه منها مع كونه غنيا موسرا،
وإن كان المضمون عنه فقيرا، فإن الدين بالفعل دينه لا دين
المضمون عنه.
وبالجملة: فما أفاده (قده) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء
من الحقوق الشرعية، مما لا أساس له ولا يمكن المساعدة عليه.
(١) إذ لا يعتبر في المضمون له كونه مالكا للمال، بل يكفي فيه كون

بل وآحاد الفقراء على اشكال (١).
(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته، فإن كان
بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل،

هنا فلا يصح التبرع بهما من الغير.
نعم تعتبر فيهما المباشرة، فيجوز الاعطاء مع التسبيب والتوكيل
فيأمر به قاصدا فيه القربة، كي يحصل المقومان معا - الاستناد إليه مع
قصد القربة -.

وعليه: ففيما نحن فيه - حيث يكون الدين أمرا عباديا - لا يصح
الضمان التبرعي ولا يكون دفعه - الضامن - للمال مسقطا للواجب في
ذمة المديون، إذ لا يكفي فيه مجرد الأداء الخارجي، بل المعتبر
هو الأداء المقرون بالاستناد إليه مع قصد القربة، وهو أمر غير
متحقق.

نعم لو أمر بالضمان قاصدا القربة به صح وبرأت ذمته بأداء
الضامن لاستناد الفعل إليه.
والحاصل: أن الصحيح هو التفصيل في المقام بين الديون الشرعية
غير العبادية، فيصح ضمانها بإذن الحاكم الشرعي مطلقا والديون
الشرعية العبادية حيث يصح الإذني منه دون التبرعي.
(١) واضح، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلا، فإن آحاد
الفقراء أجنب عن المال بالمرة، وليس لهم وكالة أو ولاية عليه فضلا

لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض والبيع
بثمن المثل نسيئة (١). وإن لم يكن بإذنه، فالأقوى
خروجه من الأصل كسائر المنجزات (٢). نعم على القول
بالثلث يخرج منه.

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه
مباشرته لا يصح ضمانه (٣) كما إذا كان عليه خياطة ثوب

عن أن يكونوا مالكين له، ولذا لا تجب إجابتهم 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) وغيرهما من التصرفات المنجزة غير المبنية على التسامح والنقيصة
حيث تخرج من الأصل جزماً، لكونه مالكا له وله التصرف فيه
كيف شاء.

(٢) على ما حققناه مفصلاً في محله،

(٣) فإنه يعتبر في الضمان قابلية انتقال الدين الثابت في ذمة المديون إلى
ذمة أخرى، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبحوث عنه
في المقام، وحيث إن العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمة
أخرى وصدوره من غير من اشترطت المباشرة عليه، باعتبار أن
العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره فلا يصح
ضمانه.

مباشرة وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمدينون (١)

وبعبارة أخرى: إن الذي يقبل الانتقال من ذمة المدين إلى ذمة أخرى - وهو طبيعي العمل - غير ثابت في ذمة المدين كي ينقل إلى ذمة غيره بالضمان، وما هو ثابت في ذمة المدين - وهو العمل المقيد بالمباشرة غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير وصدوره منه.

(١) فإنه غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير، إذ لا يعقل اشتغال ذمة شخص بالأداء من مال غيره، فإن اشتغال ذمة المكلف إنما يقتضي كون الأداء من ماله، فاعتبار الأداء من غيره مناف لاشتغال ذمته به.

نعم لو رجع قبول المضمون له للضمان إلى اسقاط شرطه، بحيث وافق على انتقال أصل الدين إلى ذمة الضامن مجردا عن الشرط، فلا بأس بالالتزام بصحته.

والحاصل: إن ضمان الدين المقيد بكون أداءه من مال معين للمدينون، إنما لا يصح فيما إذا أصر المضمون له - صاحب الشرط - على بقاء شرطه وعدم رفع اليد عنه، فإنه حينئذ يحكم ببطلانه لعدم قابليته للانتقال إلى ذمة الغير، وأما إذا وافق على اسقاط شرطه وانتقال الدين مجردا عنه فلا مانع من الالتزام بصحته وإن كان أصل الدين مقيدا بالأداء من مال معين.

وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين (١)، كما إذا باع صاعا من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة.
(مسألة ٣٥): يصح ضمان النفقة الماضية للزوجة، لأنه دين على الزوج (٢)، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها

(١) فإن المبيع عين خارجية - وإن كانت كلية من حيث جواز تطبيق البايع له على أي جزء من الصبرة شاء - فلا يقبل الانتقال إلى عين أخرى فضلا عن الذمة.

وبعبارة أخرى: إن المبيع لما كان موجودا خارجيا - وإن لم يكن شخصا حيث إنه 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 إن وجوبها حكم تكليفي محض لا يترتب على مخالفته غير العصيان والإثم.
ويدل على الحكم في الأولى مضافا إلى ما سيظهر من بعض النصوص

قوله: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " (١) فإن الرزق عبارة عما يرتزق به واسم للعين الخارجية مما يؤكل أو يشرب والكسوة اسم لما يلبس، فيكون معنى الآية الكريمة أن على الرجل الطعام والشراب واللباس بالمعروف.

وقد ذكرنا في مبحث النفقات من كتاب النكاح أن متعلق " عليك أو عليه " أو غيرهما مما يدل على الالتزام، إذا كان عينا خارجيا، كان معناه التمليك، فيقال: عليه الدينار أو الدرهم وما شاكل ذلك. وهذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاة والصيام، فإن ظاهره الالتزام به ووجوبه عليه تكليفا محضا لا غير.

وحيث إن الآية الكريمة من قبيل الأول باعتبار أنها أثبتت نفس الأعيان الخارجية على الرجل، كان ظاهرها ثبوت تلك الأعيان 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، فإن الأول من الأفعال المتعدية ومصدره الرزق - بفتح الراء - وأوضح منه فسادا الثاني فإنه اسم للعين وليس بمصدر جزما، فإن مصدره الكسو،

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣.

إذا كانت ممكنة في صبيحته، لوجوبها عليه حينئذ (١) وإن لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار، بناء على سقوطها بذلك. وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز ضمانها عندهم، لأنه من ضمان ما لم يجب (٢) ولكن لا يبعد صحته (٣) لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية، وأما

الانفاق عليهم ليس إلا حكما تكليفيا محضا فلا يترتب على عصيانه ثبوته دينا في ذمته.

- (١) بناء على ما هو المعروف والمشهور بينهم من ملكية الزوجة لنفقتها في أول النهار، فإنه حينئذ يصح ضمانها لثبوتها في ذمته بالفعل. وكذا بناء على القول بملكيتها لنفقة كل وقت في حينه بحيث تملك نفقة الصبح صباحا ونفقة الظهر عنده والعشاء ليلا، فإنه يصح ضمانها في حينها لثبوتها في ذمة الرجل عند ذلك.
- (٢) وحيث لا تملك الزوجة شيئا بالفعل في ذمة زوجها، فهو غير مدين إليها بالفعل كي يصح الضمان ونقل ذلك الدين إلى ذمة غيره.
- (٣) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر وجه لاحتمال الصحة في المقام بالمرّة، فإن الضمان - ما عرفته - نقل الدين من ذمة إلى أخرى فما لم يكن الدين ثابتا بالفعل فلا موضوع لنقله.
- وبعبارة أخرى: إن الضامن إن أنشأ اشتغال ذمته بالدين فعلا فهو غير صحيح لعدم ثبوته في ذمة المضمون عنه كي ينقل إلى ذمته، وإن

نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (١). إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه (٢)، أو أذن له الحاكم في ذلك (٣)، إذ حينئذ يكون ديناً عليه وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب مضافاً إلى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته. ولكن مع ذلك لا يخلو عن أشكال (٤).

أنشأ 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 احتمال (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 الأقارب 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، فإن وجوب الانفاق عليهم

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة، سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد (١)، وإن لم يكن مستقرا لامكان تعجيز نفسه. والقول بعدم

الجواز مطلقا (٢)، أو في خصوص المشروطة (٣) معللا بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم. ضعيف كتعليقه (٤)

ليس وجوبا تمليكيًا، على أنه على تقدير تسليمه 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 (قده) في الشرايع إلى الشيخ (قده) في المبسوط.

(٣) على ما نسبه الشهيد (قده) 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 انتقاما أو عصى فعجز نفسه، رجع رقا كما كان إلا أنه أجنبي عن القول بجوازه له ابتداء كما هو واضح. على أنه لا دليل على اعتبار اللزوم في الدين الثابت بالفعل، بل يصح ضمان الدين الجائز قطعا 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: بأن لازم ضمانه لزوم، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم. وهو أيضاً كما ترى (١).

يصح في العقد الجائز، إلا أنه إنما يختص بما يؤول إلى اللزوم نظير بيع الخيار ونحوه مما يرتجى لزومه في زمان، فلا يصح فيما لا يرتجى لزومه أصلاً كالمكاتبة المشروطة - بناءً على جوازها - فإنها لا تؤول إلى اللزوم أبداً، فإنها ما لم يؤد الدين جائزة وعند أدائه يعتق العبد وينتفي الموضوع من أساسه.

إلا أنه لا يرجع إلى محصل ولا دليل عليه بالمرة، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت أصل 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 فإنه يصح ضمان الموسر لدين المعسر ويجوز مطالبته به جزماً وإن لم يكن يجوز مطالبة المضمون عنه به لاعتساره. والحاصل: إن كل حكم تابع لموضوعه سعة وضيقاً، وليس عدم زيادة الفرع على أصله قاعدة ثابتة يجوز التعويل عليها في تخصيص عمومات الأحكام وإطلاقاتها.

بل ذكر في الجواهر أن الصحة هنا أولى منها في العقود الجائزة كبيع الخيار ونحوه، حيث لا مجال - فيما نحن فيه - لأعمال الخيار

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقبل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل، والأقوى وفاقا لجماعة - الجواز (١)، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل، ولا لثبوته من الأول بشرط مجئ العمل في المستقبل، إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل، بل لقوله تعالى: (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " ١ ") (٢).

بعد الضمان، نظير الانعتاق العبد به مباشرة، وأعمال الخيار فرع عبوديته، بخلاف الحال في العقود الجائزة حيث يجوز له أعمال خياره حتى بعد الضمان فيرتفع العقد ويبطل الضمان.

(١) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعالة من جهة والسبق والرماية من جهة أخرى على ما سيأتي تفصيله.

(٢) وفيه: أن الآية الكريمة أجنبية عن محل الكلام، إذ الكلام إنما هو في الضمان بالمعنى المصطلح أعني نقل المال الثابت في ذمة شخص إلى ذمة غيره والمستلزم لتغاير الضامن والمضمون عنه - الجاعل في الفرض في حين أن ظاهر الآية الكريمة اتحاد الضامن والجاعل، ومن هنا فلا بد من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل والتزامه

(١) سورة يوسف آية ٧٢.

ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان (١) ومنع اعتبار
الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقا.

به، فتكون خارجة عن المعنى المبحوث عنه كما هو واضح.
ثم لو تنزلنا وسلمنا دلالتها على المدعى في الضمان، فالتعدي عن
موردها إلى غيره مما يكون مشابها له لا يخرج عن حد القياس الباطل.
(١) تقدم الكلام فيه غير مرة، وقد عرفت أنه مما لا يمكن
المساعدة عليه، فإنه وبعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمة الجاعل والعاقد
بشيء بالفعل، كيف يمكن الالتزام بصحة الضمان بالمعنى المصطلح
أعني نقل الدين من ذمة إلى غيرها، فإنه 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، فإن بطلانه - الضمان - من القضايا التي قياساتها
معها، ولا حاجة في إثباته إلى النص أو التمسك بالاجماع، فإنه وبعد
تسليم أن الضمان نقل للدين من ذمة إلى أخرى، والاعتراف بعدم
ثبوت شيء في ذمة الجاعل والعاقد بالفعل، فلا موضوع له بالمرّة
كي يكون إثبات بطلانه محتاجا إلى النص أو الاجماع.
نعم بناء 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 الأعيان
المضمونة - كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما -

وكيف كان: فالصحيح هو التفصيل بين ضمان مال الجعالة و ضمان
مال السبق والرماية، والالتزام 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 بأنه 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 إلا أن التزامه به إنما هو عند عدم وصول حق
المجعول له بعد العمل إليه، ولا بأس بالالتزام بصحته لبناء العقلاء
وشمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له.
إلا أن هذا إنما يختص ب ضمان مال الجعالة بالمعنى الذي ذكرناه،
حيث إنه من العقود المتعارفة التي عليها بناء العقلاء، ولا يتم في مال
السبق والرماية فإنهما وبحد ذاتهما من أظهر مصاديق القمار، أكل المال
بالباطل - كما هو ظاهر - وإنما صحا بالدليل الخاص لبعض الاعتبارات
الملزمة، ومن هنا يجب الاقتصار في الحكم على مقدار دلالة الدليل عليه
خاصة والحكم فيما زاد عنه بالبطلان.

(٢٠٢)

على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعة والأقوى الجواز (١)

وحيث أن دليل صحتها إنما تضمن صحتها بالقياس إلى طرفي العقد صح أكل أحدهما لمال الآخر - وإن 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: أن ثبوت الضمان بالأمر فرع صحة العمل بالمأمور به وأباحته وحيث لا دليل عليها بالقياس إليه وإن كان صحيحا بالقياس إلى طرفي العقد - يتعين الرجوع إلى قاعدته الأولية المقتضية للبطلان من حيث كون العمل قمارا وأكل المال بإزائه أكلا للمال بالباطل. (١) بل الأقوى هو التفصيل، فإن المنشأ من قبل الضامن: تارة: يكون هو الضمان المصطلح أعني التزامه لصاحب المال باشتغال ذمته من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك واشتغلت ذمة المضمون عنه - الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد - به. وأخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط، أعني انشاء الضمان المتأخر والمعلق على التلف من الآن. وثالثة: يكون بمعنى كون المال في عهده، وكونه هو المسؤول عن رده ما دام موجودا ورد بدله مثلا أو قيمة عند تلفه، كما هو الحال في الغاصب نفسه، فإن ضمانه ليس بمعنى وجوب رد بدله عليه بالفعل، إذ العين ما دامت موجودة لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل

(٢٠٣)

سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا 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، فإنه 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 بالمباحث 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 ما دامت موجودة وبالبديل إذا تلفت. ثم أن هذا الضمان ليس من الضمان على مذهب العامة، فإنه 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 صلى الله عليه وآله:
(الزعيم غارم " ١ ") (١)

الثانية كي تضم إليها، وإنما هو من ضم ضمان إلى ضمان آخر. وإن
اختلفت سببهما، فضمن الغاصب والقابض بالعقد الفاسد فعلي في حين
أن ضمان الضامن عقدي.
وهو - ضم ضمان إلى ضمان - لا محذور فيه بالمرة، بل هو
ثابت بالاجماع في غير مورد من الفقه كالأيدي المتعاقبة على المغصوب
أو المقبوض بالعقد الفاسد.
والذي يتحصل مما ذكرناه أن الحق في المقام هو التفصيل بين
إرادة الضمان بالمعنى المبحوث عنه وبين إرادة التعهد وتحمل المسؤولية
فإن الأول باطل لدورانه بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعدة،
والتعليق الموجب للبطلان في حد نفسه، والثاني محكوم بالصحة
للعموماات والسيرة.
(١) وفيه: أن الرواية نبوية لم تثبت من طرفنا، 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.

غرم، الغرم على من أكل المال (١). تكذيبه.
على أن مدلول النبوية بحسب تفسير المعتبرة لها أجنبي عن محل
الكلام فإن ظاهرها أن الناس كانوا يتخيلون استقرار الخسارة في الضمان
على الضامن نفسه، فأنكر ذلك الإمام (ع) وحكم باستقرارها على
المضمون عنه، وأين هذا عن محل الكلام؟
على أننا لو تنزلنا عن جميع ذلك، فلا دلالة للنبوية على موارد
صحة الضمان أو عدمها، فإنها - لو صحت - إنما تدل على استقرار
الغرم على الضامن عند صحة الضمان وتحققه. ولا تتكفل بيان صحة
الضمان في الأعيان الخارجية المضمونة.
وعلى هذا فهي نظير قولنا مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام،
حيث لا يدل إلا على ثبوت الخيار عن صحة البيع، وأما تعيين موارد
الصحة وأنه هل يحكم بصحة البيع عند الشك فيه لجهة من الجهات،
فهو أجنبي عنه بالمرّة.
(١) يظهر الحال فيها مما ذكرناه من التفصيل. فإن التمسك بها
لإثبات صحة الضمان إنما يصح بناء على إرادة 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: (أوفوا بالعقود " ١ "). ودعوى: أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى. وأيضا لا اشكال في أن الغاصب أيضا مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمة إلى أخرى، وليس من مذهبنا، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف. مدفوعة: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه 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 في غير مرة وقد عرفت أن ثبوت المقتضي لا يصحح الضمان بعد أن كان عبارة عن نقل الدين من ذمة إلى أخرى فإنه ما لم يكن الدين ثابتا لا يعقل نقله إلى ذمة أخرى.
(٢) ظهر الحال فيه في المسألة السابقة، فإن بطلانه من الوضوح إلى حد لا يحتاج إلى الدليل، فإنه أمر غير معقول في نفسه إذ النقل من ذمة إلى غيرها متوقف على الثبوت في الأولى وإلا فلا مجال لتصور الضمان كي يحكم بصحته.

(١) المائة: ١.

- وإن اشتهر بين الألسن - بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا اجماع. وأما ضمان الأعيان غير المضمونة - كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط - فلا خلاف بينهم في عدم صحته. والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا (١).

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن - كما قيد به الأكثر - أو مطلقا

(١) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم في الأعيان 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، فإن كان هو بمعنى اشتغال ذمة الضامن بالبدل بالفعلي أو عند تلف العين حكما ببطلانه في الموردين لعدم صحة ضمان ما لم يجب والضمان التعليقي، وإن كان بمعنى تحمل المسؤولية خاصة قلنا بصحته لبناء العقلاء، وشمول أدلة لزوم الوفاء بالعقد له. وعليه: فيكون الضامن مسؤولا عن رد العين إن أمكن، والبدل - مثلا أو قيمة - عند تلفها.

- كما أطلق آخر - وهو الأقوى (١). قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان (٢). هذا وأما لو كان البيع صحيحا 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، فإن ضمانه قبل القبض يستلزم - وبالطبع - أمره للمضمون له - البائع أو المشتري - بالاقباض، إذ أن ضمانه لعهدته الثمن أو المثلثن ليس إلا أمر مالكة بدفعه إلى صاحبه، مع التزامه وتعهدته - الضامن - بتدارك ما بإزائه عند ظهور كونه مستحقا للغير. وهذا بخلاف الضمان بعد القبض، فإنه لما لم يكن الاقباض عن أمره، يكون الحكم بصحة تعهدته أخفى منه في الأول.

(٢) وفيه: أن الضمان إن كان بالمعنى المصطلح فهو غير قابل للحكم بصحته مطلقا لدورانه بين ضمان ما لم يجب - الذي عرفت عدم معقوليته - والضمان المعلق - الذي عرفت بطلانه بالاجماع، بلا فرق فيه بين المقام وغيره.

وإن كان بالمعنى الذي ذكرناه فصحته على القاعدة مطلقا أيضا، ولا وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق.

والحاصل: أنه لا وجه للاستثناء في المقام على التقديرين، فإنه

القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (١)، فيكون من ضمان

إن صح ضمان الأعيان الخارجية - بحمله على المعنى الذي ذكرناه - فالصحة هنا على القاعدة أيضا، وإلا فالضمان في المقام أيضا محكوم بالبطلان إذ لا يختلف فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام وغيره.

(١) إذ الثمن قد انتقل من ملك المشتري إلى ملك البائع جزما، كما انتقل المثل من ملك البائع إلى ملك المشتري قطعا، فانقطعت علاقة كل منهما عما كان يملكه قبل العقد وأصبح ملكا لصاحبه ظاهرا وواقعا، غاية الأمر أنه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانيا بالفسخ في حينه ومع فلا معنى لضمانه، لأنه 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 والمثل عن أمر الضامن ملتزما بتدارك ما يترتب عليه من الضرر والمفسدة عند تحقق الفسخ ورجوع كل من المالكين إلى مالكة الأول، لم يبعد الحكم بصحته في المقام، فإنه لما كان الاقباض عن أمره، كانت الاضرار المتوجهة إلى البائع أو المشتري - المضمون له - متوجهة إلى الأمر الضامن، فإنه داخل فيما جرت عليه السيرة العقلانية ومشمول لعمومات الوفاء بالعقود.

ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليق المذكور. نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (١) وعن بعضهم: دخوله، ولازمه الصحة مع التصريح (٢) ودعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعة: بكفاية وجود السبب (٣). هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ، وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش، فقال بعض من منع من ذلك بجوازها، لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد (٤)، فلا يكون من ضمان ما لم يجب وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضا، وأن تحقق السبب

(١) لدورانه بين التعليق و ضمان 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 بناء على القول بصحته في الأعيان الخارجية - كما هو المختار -.

حال العقد كاف (١). مع امكان دعوى: أن الأرش أيضا لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته (٢)، فالصحة فيه أيضا (٣) من جهة كفاية تحقق السبب ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٤).

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (٥). وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله.

والحاصل: إن المتعين في المقام هو الحكم بالبطلان. وإن قلنا بصحة ضمان الأعيان الخارجية - بالتقريب المتقدم - فإن 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، وأن الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان.

(٤) فإن حاله حال ضمان درك الثمن للمشتري حرفا بحرف، فيبطل ضمانه بالمعنى المصطلح، ويصح - على القاعدة - بالمعنى الذي ذكرناه.

(٥) إذ أن ضمان الكل ينحل إلى ضمان كل جزء جزء، وحيث قد ظهر استحقاق البعض خاصة ثم الضمان فيه دون الباقي.

وعن الشيخ: جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له (١).

(مسألة ٤١): الأقوى (٢) - وفاقا للشهيدين - صحة

(١) إذ المفروض ضمانه لخصوص درك الثمن لا الثمن بجميع عوارضه وطوارئه، ومن هنا فيختص الضمان بالنصف الذي ظهر مستحقا للغير لشمول ضمان درك الثمن له، ولا يعم النصف الآخر الذي رجع البايع بفسخ المشتري للعقد بخيار تبعض الصفقة، فإنه خارج عن ضمان درك الثمن.

نعم لو كان الضامن ضامنا للثمن بجميع عوارضه وطوارئه بحيث كان ضمانه عاما للفسخ بالخيار في المقام أيضا، صح القول بجواز الرجوع عليه بالجميع، إلا أنه خارج عن محل الكلام، أعني ضمان درك الثمن خاصة

(٢) بل الأقوى ما ذهب إليه المشهور.

والوجه فيه ما عرفته في المسائل السابقة من عدم معقوليته إذا أنشأ على نحو الفعلية بأن أنشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشتغل به ذمة البايع بعد ذلك، فإن المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمة الغير وثبوتها فيها، وبطلانه من القضايا التي قياساتها معها.

نعم لو أنشأ على نحو الواجب المشروط والضمان المتأخر، فهو وإن كان معقولا في حد ذاته إلا أنه باطل بلا خلاف للتعليق المجمع

ضمان ما يحدثه 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 البائع. خلافا للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب. وقد عرفت ضعفه هذا ولو ضمنه البائع قيل: لا يصح أيضا كالأجنبي وثبوتة 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 حينئذ للضمان سببان: نفس العقد والضمان بعقده، وتظهر الثمرة فيما إذا أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدي

الذي أوقع نفسه في الضرر بالتصرف في الأرض معتقدا ملكيته لها. (١) إلا أنه لا يمكن توجيهه بوجه، فإن الضمان لما كان نقل ما في ذمة إلى غيرها كان ذلك متوقفا 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 لضمان شخص عن نفسه، والمقام
من هذا القبيل. ويمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد
الجهة (١). وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، ويكون
مؤكدًا لما هو لازم العقد (٢).
(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة:
(الق متاعك في البحر وعلي ضمانه) صح بلا خلاف بينهم

(١) إلا إنك قد عرفت عدم معقوليته، فإن تعدد الجهة لا يوجب
تغابر الذمتين ونقل الدين من إحداهما إلى الأخرى.
(٢) وفيه: إن الشرط إن كان على نحو شرط النتيجة، بمعنى
اشتغال ذمة الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمة البايع في وقته، فهو
باطل لعدم معقوليته - على ما عرفت - .
وإن كان على نحو شرط الفعل، بمعنى اشتراط المشتري على البايع
أداء مقدار الخسارة، فهو وإن كان صحيحًا إلا أنه غير مؤكد لما هو
لازم العقد، فإن الثابت بالشرط هو التكاليف المحض، في حين أن
الثابت نفس العقد هو الوضع واشتغال الذمة.
والحاصل: إن الأمر في المقام يدور بين عدم الصحة وعدم التأكيد
فأما 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 أيضا (٢).

-
- (١) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه، حيث لم يظهر الخلاف فيه إلا من أبي ثور خاصة.
- (٢) بل الظاهر أنه لا حاجة للتمسك بالعمومات كي يورد عليه بالمناقشة في صدق العقد على هذا الضمان، باعتبار أنه ليس فيه إلا أمر من الأمر وعمل من المأمور وهما لا يشكلان العقد كما هو الحال في جميع موارد الأمر بشئ وامتثال المأمور له.
- فإن السيرة العقلائية القطعية مستقرة على الضمان في موارد الأمر باعطاء أو إتلاف الأموال المحترمة لغرض عقلائي يخرج عنه كونه فعل حرام، إذا لم يكن لكلامه ظهور في المجانية أو يقصد المالك به التبرع كما هو الحال في الأمر بالأعمال المحترمة حرفا بحرف، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل واعطاء مال أو إتلافه، فإن كلا من ذلك موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل المأمور ببناء العقلاء والسيرة القطعية ما لم يكن هناك ظهور لكلام الأمر - لقرينة أو انصراف أو غيرهما - في المجانية، أو يقصد العامل أو المالك التبرع به. وما ذكرناه لا يختص بمورد السفينة، بل يجري حرفيا في جميع

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة - الاتفاقية أو
الخلافاية: - أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان
وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى 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 أصل الضمان (٢)، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره
المضمون له، فالقول قوله (٣) وكذا لو ادعى أنه ضمن

-
- (١) حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح وغيره،
واعتبار ما ذكره (قده) في الأول دون الثاني، فإنه يصح في
الأعيان الخارجية وموارد عدم ثبوت الحق حيث الضمان مما قامت السيرة
العقلائية عليه كدرك الثمن أو المثمن.
(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 وأنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه (١)
ولو اختلفا في اعسار الضامن حين العقد 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) بناء على ما ذهب إليه المشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند
ظهور اعساره حيث العقد، وأما بناء على ما اخترناه من عدم الدليل
على الخيار حينئذ. فلا أثر لهذا الاختلاف بالمرّة، فإن المضمون عنه
برئ الذمة من الدين السابق على التقديرين - اليسار والاعسار،
والضامن هو الملزم به.

(٣) الكلام في هذا الفرع تارة يفرض مع سبق يسار الضامن،
وأخرى مع سبق إعساره، وثالثة مع تضاد الأمرين بأن 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 للاعسار
مقدمة لاثبات الخيار محتاجة إلى الدليل، وإلا فمقتضى الاستصحاب

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه (١)
فإن القول قول المضمون عنه (٢).
وكذا لو اختلفا في
صحة الضمان وعدمها (٣).

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل
الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقداره أو في مقدار
ما ضمن أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلا
أو في اشتراط شيء عليه زائدا على أصل الدين، فالقول
قول الضامن (٤)، ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه

ظهور اعساره - إنما يتم في صورتين الأولى والثالثة خاصة، وأما في
الصورة الثانية فالظاهر تقديم قول المضمون له لثبوت موضوع الخيار
بالاستصحاب.

(١) بناء على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قده)
وجماعة - وإلا - كما اخترناه - فالشرط باطل من أساسه ولا أثر
لهذا النزاع.

(٢) لكونه منكرا، باعتبار أن خصمه - المضمون له - هو الذي
يطالبه بشيء ويلزمه الاثبات عند العقلاء.

(٣) لأصالة الصحة بعد احراز أصل وقوع العقد.

(٤) كما هو واضح، فإن المضمون له مدع فعلية الاثبات،
وإلا فمقتضى أصالة عدم الضمان أو الدين أو الزائد عما يعترف به

حالا، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلا، أو وفاء أو براء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين (١) والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن (٢) أو اشتراط شئ على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يساوي الأقل من الدين، قدم قول المضمون له (٣).
(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن 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) بناء على مختاره (قده) من بطلان الضمان - حينئذ - وانتقال الدين إلى ذمة الضامن.
لكنك قد عرفت في المسألة الرابعة والعشرين أنه لا معنى متحصل للتقييد في المقام بالمرّة، وأن مرجعه إلى الاشتراط لا محالة.
(٢) بناء على ما اختاره (قده) من صحة اشتراط الخيار في الضمان لكنك قد عرفت منا الاشكال فيه.
(٣) كل ذلك لكون الضامن مدعيا في قوله فعلية الاثبات، وإلا فمقتضى أصالة عدم كل ذلك لزوم الخروج عن عهدة الدين الثابت في ذمته بأصل الضمان.

وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة أو في اشتراط شيء على المضمون عنه (١) أو اشتراط الخيار للضامن (٢)، قدم قول المضمون عنه (٣) ولو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن (٤).

-
- (١) عند أمره بالضمان وقبوله له، فإن الشرط سائغ في نفسه، والضمان فعل محترم، فيصح للضامن عند أمر المضمون عنه بالضمان وقبوله له اشتراط شيء مباح عليه بإزائه.
- ومنه يظهر فساد ما قيل من أن المضمون عنه ليس طرفا في عقد الضمان، كي يصح الاشتراط عليه فيه.
- فإن الاشتراط إنما هو عند أمره له بالضمان وقبوله لذلك، وليس في عقد الضمان كما توهم.
- (٢) بناء على صحة هذا الاشتراط - كما اختاره الماتن (قده).
- (٣) لكونه منكرا لما يدعيه الضامن، فإن اشتغال ذمته بالدين ثانيا بعد فراغها منه قطعاً يحتاج إلى الإثبات، وإلا فمقتضى أصالة عدمه تقديم قوله في كل ذلك.
- (٤) فإن اشتغال ذمته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به، يحتاج إلى الدليل، والأصل يقتضي عدمه.

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فأستوفي الحق منه
بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو
الدين (١)، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم لو كان
مدعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، ولم يكن منكراً
لأصل الدين، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً
بالدين والإذن في الضمان (٢) جاز له الرجوع عليه، إذ

(١) مقتضى تقييده (قده) للحكم بعدم رجوع الضامن على
المضمون عنه بفرض انكاره للإذن أو الدين، اختصاصه به وعدم
ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالإذن أو الدين.
غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين، فإن مجرد ثبوت
الدين أو الإذن في الضمان لا يكفي في جواز رجوع الضامن عليه، إذ
يعتبر فيه مضافاً إلى الإذن تحقق الضمان والأداء بعد ذلك خارجاً،
فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه،
ومن هنا فحيث إن الضامن في المقام منكر لأصل 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، فإنه لا فرق بين فرضي الإنكار
والاعتراف من حيث عدم جواز الرجوع عليه، فإنه ليس من آثار
الإذن المجرد، وإنما هو من آثاره منضمماً إلى تحقق الضمان والأداء في

لا منافاة بين انكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١) غاية الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن في الأداء والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما (٢)

الخارج، وحيث إن المأخوذ منه منكر لتحقق الضمان فلا وجه لرجوعه به عليه.

(١) قد عرفت مما تقدم أن الأمر في المقام ليس كذلك، فإن أصل الاستحقاق ليس معلوماً على كل تقدير، فإن المضمون عنه إنما يكون مشغولاً بالذمة للمأخوذ منه فيما لو كان قد أذن له في الأداء فإنه حينئذ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال وإن كان ذلك بسبب مقدمة كاذبة - أعني ادعاء الضمان عليه - فإن 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، لأن جواز الرجوع - وكما عرفت - ليس من آثار أصل الضمان وإنما هو من آثار تحققه في الخارج وانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته ومن ثم أداءه خارجاً، وحيث إن المفروض عدمه بحسب اعتراف الضامن نفسه، فلا وجه لرجوعه عليه بدعوى أن أصل الاستحقاق واشتغال ذمة المضمون عنه معلوم. (٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق، فإن أصل الاستحقاق واشتغال الذمة فيه معلوم وإن كان سببه مجهولاً،

لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضا،
والمدعي ينكر القرض ويقول: إنه يطلبه من باب ثمن
المبيع، فأصل الطلب معلوم. ولو لم يعترف المضمون عنه
بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز
له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه (١) وهل يجوز للشاهدين

وأين هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق.
(١) في العبارة تشويش ظاهر، ولعل فيه سقطا، فإنها لا ترجع
إلى محصل، إذ لا أثر لثبوت الإذن في الضمان شرعا بالمرة، فإنه
إنما يترتب على تحققه هو في الخارج وتحقق الأداء بعده - على
ما تقدم -.

نعم لو كان من أخذ منه المال معترفا بثبوت الدين في ذمة المضمون
عنه كان له الرجوع عليه بإذن الحاكم الشرعي والأخذ منه مقاصة.
وذلك لأن الآخذ لما أخذ المال من الضامن قهرا عليه وظلما.
كان ذلك المال ثابتا في ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به، ولما
كانت ذمة المضمون عنه مشغولة للأخذ بعد نظرا لعدم انتقال ما بذمته
إلى ذمة غيره، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصا وأخذ ما يملكه
الآخذ بدلا عما أخذه منه ظلما.
ولكن لما كان مال الآخذ في ذمة المضمون عنه كليا، احتاج
التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعي.

على الإذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن في الضمان أو كونه الإذن 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 بالإذن وعدمه، فإنه من هاتين الجهتين سيان. (١) بل الظاهر عدمه، وذلك لما عرفت من اختلاف أثر الأذنين شرعا بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر وعدمه. إذ لا أثر للإذن في الضمان ما لم يتحقق هو ومن بعده الأداء في الخارج، بخلاف الأذن في الأداء حيث يكفي في جواز رجوع المأذون عليه مجرد تحقق الأداء خارجا.

والحاصل: إن خصوصية الإذن في مجرد الأداء أو الإذن في الضمان لما كانت دخيلة في ترتب الأثر - أعني جواز رجوع المأذون له على الآذن بعد الأداء - لم يكن للشاهدين اطلاق الشهادة بالآذن والسكوت عنها.

(٢) مما لا تكون للخصوصية دخل في ترتب الأثر عليه، كما هو الحال في المثال المذكور في المتن، فإن الدين ثابت على كل حال وذمة المدين مشغولة بالمال المعين للدائن من غير أثر لخصوصية القرض أو الشراء. فإنه لا أثر لهما 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 قرضا وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على اشكال.

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (١)، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه (٢) وتقبل شهادته له بالأداء (٣) إذا لم يكن هناك مانع من تهمة (٤) أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.

الخصوصيات، فإن تنظير أحدهما بالآخر ليس إلا من القياس مع الفارق. (١) لما عرفته من توقف رجوعه عليه على تحقق الوفاء خارجا، وحيث إنه غير متحقق، بل المتحقق - بحسب القواعد الشرعية - عدمه، فلا موجب لجواز رجوعه عليه. (٢) أخذا له باعترافه وإقراره، فإنه بتصديقه له في الأداء يعترف بتحقيق موجب الرجوع عليه، وإن لم يثبت الأداء بالنسبة إلى 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 الأصحاب أيضا كالمحقق (قده) في

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (١) ولو ادعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله (٢).

الشاهد والتي منها العدالة.

(١) لما ذكرناه في غير موضع من قيام السيرة العقلانية القطعية الممضاة شرعا 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 إلى طلب الولد من أبيه ذلك، فإنه ظاهر في الأداء المجاني لكون لأب متكفلا بشؤون ابنه، 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 وإن لم يكن لكلام الأمر ظهور في المجانية باعتبار أنه هو الذي فدأ تلف ماله بداع من نفسه ومن غير قصد امتثال الأمر.

(٢) فهو في ذلك بمنزلة الوكيل، ومرجع العمل فعلا وتركه إليه، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه، على ما تقتضيه السيرة القطعية.

ولو قيد الأداء بالاشهاد وادعى الاشهاد وغيبة الشاهدين
قبل قوله أيضا (١) ولو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع (٢)
نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع
عليه (٣)، لأن الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء
والمفروض تحققه.
(تم كتاب الضمان)

(١) لما تقدم، إذ لا فرق في تصديقه بين كون المأمور به هو
الأداء المطلق أو المقيّد بالاشهاد أو غيره، فإن قوله حجة فيما يرجع
أمره إليه ما لم يثبت خلافه.
(٢) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع.
(٣) إلا أنه بعيد غايته، بل هو ممنوع، فإن الاشهاد لما كان قيّدا
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

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة. والأولى أن يقال: إنها إحالة المديون دايته إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره. وعلى هذا فلا ينتقض فيه طرده بالضمان، فإنه وأن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة (١) خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار (٢)

(١) فإن الفرق بينهما واضح، فإن 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 أدلتها في مورده. غير أن من غير الخفي أن هذه الشروط إنما تعتبر فيمن يكون طرفاً للعقد خاصة ولا تعتبر في الأجنبي عنه. ومن هنا فحيث إن الحوالة عقد قائم بين المحيل والمحتال - الدائن

ذمته بشئ، فإن الدليل قاصر الشمول لمثله، ولذا يصح إجارته لنفسه بل واستقراضه أيضا. فليس هو كالسفيه، حيث يكون ممنوعا من التصرف في ذمته واشغالها فضلا عن أمواله الخارجية. نعم لا يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين في أمواله، فإنها وبحكم حجر الحاكم عليها تختص بالغرماء حين الحجر دون غيرهم، بلا فرق في ذلك بين كون سبب الدين اختياريا - كالأستقراض - أو قهريا - كالاتلاف -.

والحاصل: إن اطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط في المحال عليه مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه إن كان مشغول الذمة للمحيل لم يعتبر فيه أي شرط على الاطلاق، وإن كان برئ الذمة بالنسبة إليه اعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر عليه للسفه خاصة. (١) أما بالنسبة إلى المحال عليه فقد عرفت الحال فيه. وأما بالنسبة إلى المحيل نفسه، فالظاهر أنه كاعتبار عدم الحجر عليه لفلس لا وجه له فيما إذا كانت الحوالة على برئ الذمة. أما عدم اعتبار عدم السفه فيه، فلأن السفه إنما هو ممنوع من التصرف في أمواله واشغال ذمته بشئ، ومن الواضح خروج المعاملة الموجبة لاسقاط ما ثبت في ذمته، واشغال ذمة الغير به، عنهما معا، فلا

تشملة دليل المنع.
وأما عدم اعتبار عدم الفليس فيه. فلاختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله خاصة وحيث إن المفروض براءة ذمة المحال عليه بالنسبة إليه وعدم ملكه الشيء في ذمته، فلا تكون الحوالة عليه تصرفا في ماله فإنها ليست إلا اشغالا لذمة الغير بما ثبت في ذمته هو.
نعم لازم ذلك جواز الرجوع عليه بعد الأداء، إلا أن ذلك لا يضر شيئا بعد ما عرفته من عدم مشاركته للغرماء في الأموال الموجودة حاله في ذلك حال الدين الجديد.
والحاصل: إن اعتبار هذه الشرائط بأكملها في المحيل إنما يتم في الحوالة على مشغول الذمة، إذ ليس للصغير ولا المجنون ولا المكره ولا المحجور عليه لسفه أو فليس التصرف في أمواله الموجودة بالفعل ومنها دينه الثابت في ذمة المحال عليه.
وأما لو كانت الحوالة على البرئ، فلا يعتبر فيه سوى البلوغ والعقل والاختيار إذ لا أثر لعقد الصغير والمجنون والمكره، دون عدم الحجر عليه لسفه أو فليس.
(١) على تفصيل عرفته.
(٢) بلا إشكال فيه، إذ الحوالة نقل لدينه وماله الثابت في ذمة المحيل، وهو تصرف فيه جزما فتتوقف صحته على رضاه ويعتبر فيه

والمحال عليه (١) وعدم الحجر بالسفه (٢) في المحتال (٣) والمحال عليه (٤)، بل والمحيل إلا إذا كانت الحوالة على البرئ فإنه لا بأس به (٥) فإنه نظير الاقتراض منه - أمور - : (أحدهما): الايجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم عدوها من العقود اللازمة. فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال. وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقا أو إذا كان بريئا، فإن مجرد اشتراط الرضا لا يدل على كونه طرفا وركنا للمعاملة

توفر الشروط بأجمعها إذ لا أثر لرضى الصغير والمجنون والمكره وغير الرشيد والمفلس بالنسبة إلى ماله الموجود بالفعل.

(١) على اشكال قد عرفت تفصيله.

(٢) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزما، والصحيح الفلاس - كما هو أوضح من أن يخفى - .

(٣) لما تقدم.

(٤) على إشكال بل منع - كما عرفته - ، فإنه لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلس مطلقا سواء أكان مشغول الذمة للمحيل أم لم يكن.

(٥) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف في ماله، والحوالة على البرئ خارجة عنه.

ويحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضا (١)، فيكون العقد مركبا من الايجاب والقبولين. وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالاة بين الايجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما،

(١) إلا أنه بعيد جدا، فإنه لا دليل، بل لا وجه له بالمرّة، فإنه خارج عن المعاقدة بالكلية، فإن العقد إنما هو بين المحيل والمحتال خاصة ولا دور للمحال عليه فيه أصلا. فإنه إذا كان مشغول الذمة للمحيل بالجنس الذي أحال غيره عليه، فالأمر واضح، فإن 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 فضلا عن قبوله. وأما إذا كان برئ الذمة بالنسبة إليه 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. إلا أن اعتبار رضاه هذا ليس على حد جعله طرفا 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 طرفا للعقد واحتياج الايجاب الواحد إلى قبولين.

بأن أوقع الحوالة بالكتابة (١). ولكن الذي يقوى عندي
كونها من الايقاع (٢)

ومنه يظهر ما في كلام صاحب الجواهر (قده) من عدم وجدان
القائل بتركب العقد من ايجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه
من دليلهم.

إذ لم يظهر له وجه، فإن الدليل إنما اقتضى توقف اشتغال ذمة
المحال عليه بأصل المال أو الجنس المخصوص على رضاه وعدم صحته
من دونه وأما كونه طرفا للعقد فلم يدل عليه دليل على الاطلاق.
والحاصل: أنه لا دليل على اعتبار القبول من المحال عليه وجعله
طرفا للعقد إذ غاية دلالة اعتبار رضاه وهو لا يقتضي كونه طرفا فيه.
ومن هنا: فلا يعتبر في رضاه ما يشترط في الايجاب والقبول
من الموالاة ونحوها.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) وفيه ما لا يخفى من فساد مبناه، فإن النقل من ذمة إلى
أخرى ليس وفاءا للدين على الاطلاق، وإنما هو تبديل لمكان الدين
وظرفه لا أكثر إذ المحيل ينتقل ما في ذمته للمحتال إلى ذمة المحال عليه.
ومنه يظهر الحال فيما ذكره (قده) من عد الوفاء بغير الجنس
من الايقاع، فإنه فساد قطعاً، لرجوعه إلى تبديل المال الثابت في
ذمته بالمال الجديد، والمعاوضة بين المالين، وهو من العقود جزماً.

غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتمل أو منه ومن المحال عليه
ومجرد هذا لا يصيره عقداً، وذلك لأنها نوع من وفاء
الدين، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة
المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء. وهو
لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في
الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدارين ومع ذلك
ايقاع، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الايقاع، فإنه
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 الايقاع أيضاً.
إذن: فالصحيح في المقام هو ما ذهب إليه المشهور من كون
الحوالة عقداً بين المحيل والمحتال، لكونها تبديلاً لما في ذمته للمحتال
بما له في ذمة المحال عليه.
(١) إلا أن تحققهما بها ونحوها لازم أعم لكونهما ايقاعاً، فإنهما
يصحان بها حتى مع كونهما عقداً، وذلك لتحقيق ابراز الاعتبار
النفساني بها.

بل يمكن الالتزام بصحتهما بها مع عدم الموالاة أيضاً إذ لا دليل
على اعتبارها ولا سيما فيما هو متعارف خارجاً من الحوالة بالرسائل،
فإنه لو كان التزام المحيل باقياً إلى حين وصول الرسالة إلى المحتمل

يمكن دعوى أن الوكالة أيضا كذلك (١) - كما أن الجعالة كذلك - وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر. ألا ترى أنه لا فرق (٢) بين أن يقول: (أنت مأذون في بيع داري) أو قال: (أنت وكيل)، مع أن الأول من الايقاع قطعاً.

وقبوله الحوالة، تحقق العقد وانضمام التزام إلى التزام لدى العرف والعقلاء وحكم بصحته لا محالة.

إذن: فلا يمكن جعل تحققهما بالكتابة ونحوها من آثار كونهما من الايقاعات لما عرفته من كون ذلك لازماً أعم لكونهما من الايقاعات وكونها من العقود.

(١) إلا أنها بعيدة غاية البعد، فإن الوكالة اعطاء سلطنة للغير وإقامته مقام نفسه ولا بد فيها من القبول. ومن هنا فهي من العقود قطعاً.
(٢) بل الفرق بينهما ظاهر، فإن الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر في متعلقه من الأمور التكوينية كالأكل أو الاعتبارية كالبيع، بخلاف الوكالة فإنها 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 شاكلهما.
نعم يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل فيكون قبض الوكيل قبضاً للموكل، وقد تعرضنا إليه في بعض المباحث السابقة أيضاً.

(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 شؤونه
وتوابعه ومنها الوكالة، بخلاف الإذن حيث لا يمكن فرضه لازماً وغير
قابل للرفع حتى ولو أخذ في ضمن عقد لازم، فإنه أمر تكويني
يرتفع برفعه من قبل الآذن وجدانا، 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 نافذا فيما لو ثبت رجوع الآذن عن إذنه 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، وأنه إنما
ثبت بالاجماع عليه خاصة.
ومن هنا فلا بد في الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته، ففي
كل مورد تم الاجماع على اعتباره فهو، وإلا فلا موجب للالتزام باعتباره

(الثالث): الرضا من المحيل والمحتال بلا اشكال (١)
وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع
المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: (أحلت بالدين
الذي لك على فلان على نفسي)، وحينئذ فيشترط رضا
المحتال والمحال عليه دون المحيل. لا وجه له، إذ المفروض
لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (٢). وكذا من
المحال عليه إذا كان بريئا، أو كانت الحوالة بغير جنس

حتى ولو كان ذلك مشهورا، إذ لا حجية للشهرة ولذا التزمنا بصحة
الوكالة المعلقة مستشهدين على عدم تحقق الاجماع على اعتبار التنجيز
فيها بتصريح المحقق القمي (قده) في جامع شتاته به.
وحيث أن الحوالة أيضا كذلك، إذ لم يتم الاجماع على اعتباره
فيها، كما يشهد له عدم تعرض جملة ممن ذكروه شرطا في باقي العقود
له إلى اعتباره فيها، فلا موجب لاعتباره. ويكفي في ذلك الشك
في تحقق الاجماع.
(١) نظرا لكون الحوالة عقدا يقتضي انتقال الدين الثابت للمحتال
في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فيتوقف على رضا طرفيه لا محالة.
(٢) فإن الحوالة - وكما عرفتها - عقد بين الدائن والمدين، في
حين أن هذا عقد بين الدائن والأجنبي فيكون ضمانا وإن 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 أن كانت بريئة منه.

(٢) نسب إلى المشهور القول باعتباره، بل عن الأردبيلي (قده) دعوى عدم الخلاف فيه، بل احتمال بعضهم كونه طرفاً للعقد - كما تقدم -.

لكنه - لو تم ما نسب إلى المشهور - لا وجه له، فإن المال ملك للمحيل وله نقله إلى 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 أجنبي عن المال وعليه أداء إلى مالكة.

نعم قد يعلل ذلك باختلاف الناس في الاقتضاء من حيث السهولة والصعوبة وحيث إنه مما يؤثر مباشرة على المحال عليه فلا بد من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل إلى ملك المحتال.

إلا أنه واضح الاندفاع، إذ لا يعتبر في صحة النقل تساوي الطرفين في الاقتضاء ولذا لم يذهب إليه أحد في بيع الدين على الإطلاق، 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 بما له عليه، بأن يقول: (أعطه من الحق الذي لي عليك) فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه (٢) وإن كان

هو واضح.

(١) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر له وجه محصل، فإنه لو أحاله عليه مقيدا بكونها غير ما يطلبه، كما لو صرح بكونها أجنبية عما له في ذمته، فلا إشكال في بقاء ذمة المحال عليه مشغولة بما كان للمحيل عليه أولا، فإنه من الحوالة على البرئ جزما وخارج عن محل الكلام إذ المفروض الحوالة على المدين بوصف كونه مدينا وهذه حوالة على المدين مقيدا 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 الإشكال أيضا في انطباقه على الفرد الذي له عليه قهرا وانتقال ملكية المال إلى المحتال وبذلك فيكون حالها حال الحوالة المقيدة بكونها من الحق الذي عليه. (٢) التعليل بكون المحال عليه بمنزلة الوكيل، بعد غريبا منه (قده) ولعله من سهو قلمه الشريف، إذ المحال عليه - بعد تمامية الحوالة - إنما يفى الدين عن نفسه، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءة ذمة المحيل بالحوالة. وهو لا ينسجم مع كونه وكيلا فيه، فإن الوكيل إنما يؤدي عن

بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا وكله (١) فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء. ويبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البرئ، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة (٢) وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه. ولا يخفى ضعفه، كيف، وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه (٣).
(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمة المحيل

-
- غيره. في حين أن المحال عليه إنما يفى عن نفسه - كما هو واضح - .
على أنه لو كان وكيلا للزم اعتبار رضاه مطلقا حتى بناء على مختاره (قده) من كون الوكالة من الايقاعات، وهذا يتنافى مع تصريحه (قده) 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 فإن الحوالة باب والوكالة باب آخر، ولا يجوز الخلط بينهما.
(٢) لكنك قد عرفت الاشكال فيه وأن الانطباق حينئذ قهري.
(٣) مضافا إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض

سواء كان مستقرا أو متزلزلا (١)، فلا تصح في غير
الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق
والرماية قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضا كالحوالة
بما يستقرضه هذا هو المشهور. ولكن لا يبعد كفاية
حصول السبب كما ذكرنا في الضمان (٢)

صعوبة المحتال في الاقتضاء.

(١) لتوقف صدق الحوالة ونقل الدين من ذمة إلى أخرى عليه،
إذ المعدوم لا يقبل الانتقال إلى وعاء آخر.

(٢) وقد تقدم الاشكال عليه هناك مفصلا حيث قد عرفت أن
بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها، إذ الضمان
الفعلي بمعنى اشتغال ذمة الضامن قبل اشتغال ذمة المضمون عنه أمر
غير معقول، فإن المعدوم لا يعقل انتقاله إلى ذمة الغير وانقلابه
موجودا، فما لا ثبوت له في ذمة المضمون عنه لا يمكن نقله إلى ذمة
الضامن ليثبت فيها بالفعل.

والضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى انشاء انتقال المال من
ذمته إلى ذمة الضامن في ظرفه وبعد ثبوته، وإن كان أمرا معقولا
في حد ذاته، إلا أنه باطل لعدم تعارفه بين العقلاء مضافا إلى عدم
شمول أدلة الصحة له نظرا 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: (أقرضني كذا وخذ
عوضه من زيد) فرضي ورضي زيد أيضا، لصدق الحوالة
وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال
بعد العمل وبعد الاقراض.

(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا
وقدرا للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على

مرور فترة من وقوعها إلا ما خرج بالدليل كالوصية.
وهذا الذي تقدم في الضمان يجري بعينه وحرفيا في الحوالة أيضا
فإن الحوالة الفعلية بمعنى انتقال الدين بالفعل من ذمة المحيل إلى ذمة
المحال عليه أمر غير معقول لاستحالة انتقال المعدوم والحوالة على نحو
الواجب المشروط وإن كان أمرا معقولا إلا إنها محكومة بالبطلان لعدم
شمول أدلة الصحة لها.

إذن: فما ذكره (قده) من كفاية حصول السبب للدين في
صحة الحوالة قبل ثبوته في الذمة بعيد غايته ولا يمكن المساعدة عليه بوجه.
والصحيح ما ذهب إليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل في صحتها
من غير فرق بين كونه مستقرا أو متزلزلا.

(١) بل هي بعيدة غاية البعد لما عرفت في سابقه، فإنه من أظهر
مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقولة على تقدير والبطلان
على تقدير آخر.

المشهور للغرر. ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آثلا إلى العلم (١) كما إذا كان ثابتا 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 البيينة وثبت خذه من فلان) (٣).

نعم لو كان مبهما كما إذا قال: (أحد الدينين الذين لك علي خذه من فلان) بطل (٤)، وكذا لو قال: (خذ شيئا من دينك من فلان). هذا ولو أحال الدينين

(١) إذ لا دليل على اعتبار نفي الغرر مطلقا وفي جميع الموارد، فإن الثابت اعتباره في خصوص البيع وقد ألحق به الأصحاب الإجارة وما شاكلها من العقود.

على أنه لا غرر في المقام فإن الحوالة ليست إلا تبديلا لمكان الدين ونقله من ذمة المحيل على واقعه إلى ذمة المحال عليه، وهو لا يستلزم خطرا على أحد طرفي العقد، فإن المحتمل سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل وينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه.

(٢) لما تقدم.

(٣) لما تقدم أيضا.

(٤) إذ المررد والمبهم مما لا واقع له حتى في علم الله تبارك وتعالى

على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته (١) لعدم الإبهام فيه حينئذ.

وما هو كذلك لا يقبل النقل من ذمته إلى ذمة غيره، إذ الثابت في الذمة أمر معين غير مردد.

(١) فيما إذا تساوى الدينان كما وكيفاً، كما لو كان المحيل مديناً لزيد بعشرة دنانير عن ثمن مبيع اشتراه منه وبعشرة أخرى عن دين استقرضه منه فأحاله على عمرو بعشرة دنانير خاصة، فإنها محكومة بالصحة جزماً حيث لا خصوصية في الدين من حيث سببه وأنه بسبب القرض أو الشراء فتكون الحوالة متعلقة بالجامع قهراً. وبعبارة أخرى: إن الحوالة في هذا الفرض متعلقة بالمعين دون المردد، فإنها إحالة للمحتال، على المحال عليه بنصف ماله عليه - المحيل - . وأما إذا اختلف الدينان فالفرض عين فرض الدين مبهماً ومجهولاً وليس هو شيئاً آخر في قبالة، فإنه مبهم ومردد ولا واقع له حتى في علم الله عز وجل، ومعه فلا وجه للحكم بصحتهما. والحاصل: إن استثناء الحوالة على نحو الواجب التخييري مع الحكم ببطلان الحوالة بالدين المبهم في غير محله ولا يمكن المساعدة عليه، فإنها مع تساوي الدينين خارجة تخصصاً لكونها حوالة بالمعين وإن جهل سببه، ومع عدم التساوي عين الحوالة بالمجهول بحسب الواقع.

(السادس): تساوي المالين - أي المحال به والمحال عليه - جنسا ونوعا ووصفا، على ما ذكره جماعة، خلافا لآخرين. وهذا العنوان وإن كان عاما إلا أن مرادهم - بقرينة التعليل بقولهم: تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع الأمثل ما عليه - فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البرئ 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 إليه من أنه

(١) فإنها محكومة بالصحة قطعا بعد رضی كل من المحتال والمحال عليه بها، فإنها ترجع إلى مبادلة بين الدائن - المحتال - والمدين - المحيل أولا بتبديل ما في ذمته للمحال، بالجنس الجديد ثم إحالته به على المحال عليه البرئ، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها، إذ لا منافاة فيها للسلطنة المحتال أو المحال عليه بالمرّة كما هو واضح.
(٢) فترجع إلى المعاوضة بين المحيل والمحال عليه بتبديل ما للأول

لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه. وأيضا الحكم على خلاف القاعدة.

ولا إطلاق في خصوص الباب، ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارف. 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 إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الاشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البرئ، بأن يدفع الدنانير، وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم، وتشتغل ذمة المحال عليه بها، وتبقى

على الثاني بالجنس الجديد الذي للمحتال على المحيل أولا ثم إحالة المحتال بذلك عليه فتكون الحوالة بالجنس الذي له عليه لا محالة. (١) فيما إذا رضي المحال عليه بها، إذ أنها ترجع حينئذ إلى معاملة معاوضة بين المحيل والمحال عليه بتبديل ما له عليه بالجنس الجديد ثم إحالة المحتال عليه.

وهي محكمة بالصحة جزما، إلا إنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قده) فإنه وبعد ثبوت الجنس الجديد بالمعاملة الجديدة

ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، وتشتغل ذمة المحيل له بالدرهم، فيتحاسبان بعد ذلك ولعل الخلاف أيضا مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضا (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 عينا في الذمة أو المنفعة أو عملا لا يعتبر فيه المباشرة (٢)

في ذمة المحال عليه بدلا عن الذي كان ثابتا 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 بطلانها.

(١) فإنها معاملة مستقلة عن الدين الثابت في ذمة المحال عليه، فتكون من قبيل الحوالة على البرئ تصح مع رضی المحال عليه بها. (٢) للقواعد العامة المقتضية للصحة مضافا إلى اطلاق جملة من نصوص الباب حيث لم يرد في شيء منها تقييد المحال به بكونه عينا في الذمة، فإن الأجير لما كان مدينا بالعمل أو المنفعة للمستأجر كان

ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة (١)،
سواء أكانت على البرئ أو على مشغول الذمة بمثلها (٢)
وأیضا لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام أو قيميا 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) فإن جميع ذلك وإن لم يكن مذكورا في النصوص، إلا أنه
يكفي في الحكم بصحتها كونها على القاعدة فتشملها العمومات.
(٢) غاية الأمر اعتبار رضى المحال عليه في الأول كما عرفت.
(٣) لما تقدم من العمومات واقتضاء بعض الأدلة الخاصة له.
(٤) إذ لا ملازمة بين الجهالة في القيميات وبين الابهام الموجب
للبطلان، فإنه يمكن رفع الابهام بتعيين المحال به القيمي بالأوصاف.
ولولا ذلك لما أمكن تصحيح بيعه أيضا فإن ما لا تعين له في الواقع
لا يقبل جعله عوضا أو معوضا ونقله إلى الغير، وإنما صح ذلك
لارتفاع الابهام بذكر المواصفات المميزة له عن غيره.
ومن هنا: فإذا صح بيعه واشتغلت ذمة البائع به صح نقله إلى
ذمة الغير بالحوالة لنفس الملاك فيكون المحال عليه كأنه هو البائع في
اشتغال ذمته به للمحتال.
نعم لو كانت الجهالة موجبة للابهام المطلق بحيث لا يكون للمحال

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل (١) وإن 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، تعين الحكم ببطالانها لا محالة لعدم شمول أدلة الامضاء له وعدم معقولية الحكم باشتغال الذمة بما لا تعين له في الواقع.

(١) لأن مقتضاها نقل الدين عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه - كما عرفت في معنى الحوالة - وهو يعني فراغ ذمة المحيل منه واشتغال ذمة المحال عليه به، ومعه فاثبات اشتغال الذمة للمحيل ثانيا بعد فراغها من الدين يحتاج إلى الدليل لعدم السلطنة للمحتال عليه وهو مفقود.

(٢) إذ لا حاجة إليه بعد تحقق البراءة من دونه، فاعتباره لا يرجع إلا إلى 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 وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله) (١).

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الضمان، ح ٢.

على المحيل بالابراء من المحتال، المراد منه القبول، لا اعتبارها بعده أيضا. وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على برئ أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

وهي معتبرة سندا وواضحة دلالة، إلا 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 أبدا إلا 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 احتال ورضي؟ 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.

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملي (١).
(مسألة ٤): الحوالة لازمة (٢)، فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة. نعم لو كانت على معسر مع

حين الحوالة، وهذا وإن لم يذكر في صحيحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم بل إن ظاهرهما قد يوهم كون العبارة بافلاس المحيل نفسه، إلا أنه لا محيص عن الحمل عليه لقيام القرينة على كون المراد ما ذكرناه وفهمه الأصحاب إذ لا دخل لافلاس المحيل حين الحوالة في جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماما فإن القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذ أولى منه فيه إذا كان غنيا.

(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، فإن المحتال إنما يرفع اليد عن ماله الأول بإزاء اشتغال ذمة المحال عليه بمثله.

ومن هنا فلا يلزم بقبولها فإنه غير مجبور على إجراء المعاملة على ماله كما هو الحال في سائر المعاوضات.

(٢) على ما تقتضيه أصالة اللزوم وعمومات صحة العقد ذاته، مضافا 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 الاعسار أن يكون له ما يوفي دينه زائدا على مستثنيات الدين. وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم ولا يعتبر فيه كونه محجورا (٢). والمناط الاعسار والايثار حال الحوالة وتماमितها (٣) ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ (٤).

-
- (١) على ما دلت عليه صحيحتنا أبي أيوب ومنصور بن حازم المتقدمتان حيث قيد (ع) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا 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) للافلاس في المعبرتين السابقتين بقبل الحوالة، فإننا وإن لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف إلا إننا ذكرنا في محله أن أخذ الوصف في الحكم يدل على عدم ثبوته للطبيعي، وإلا لكان ذكره لغوا محضا. وتؤيده رواية عقبة بن جعفر المتقدمة الصريحة في عدم جواز الرجوع في فرض تغير الحال بعد الحوالة.
- إلا إنها ضعيفة السند بعقبة بن جعفر لكونه مجهول الحال ولم ترد له في مجموع الكتب الأربعة ولا رواية واحدة غير هذه.
- (٤) خلافا لما ذهب إليه بعض بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن

ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (١). وكذا مع وجود المتبرع.

في رفع اليد عن اطلاقات وعمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب والسنة. فإن هذا لو تم - ولنا فيه كلام طويل ذكرناه في مباحث الخيارات - فهو إنما يتم فيما لو لم يكن لدليل الخيار اطلاق، وإلا تقدم اطلاق دليل الخيار على عمومات اللزوم وإطلاقاته قطعاً.

وحيث أن المقام من قبيل الثاني، فإن دليل الخيار فيه - أعني قوله (ع): إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك - مطلق وغير مقيد بزمان معين فلا وجه للرجوع إلى أدلة اللزوم والقول بفورية الخيار، (١) قوي جداً، ووجهه ظاهر، فإن الانصراف إنما يوجب رفع اليد عن الحكم في غير المنصرف إليه فيما إذا كان الكلام مجملاً أولاً ظهور عرفي في المنصرف إليه، وإلا - بأن كان الكلام مطلقاً وغير ظاهر في المنصرف إليه - فالتمسك بالانصراف لا يعدو الاستحسان العقلي المحض.

وحيث أن الاطلاق في المقام ثابت فإن مقتضى قوله (ع): (إلا إذا كان قد أفلس قبل ذلك) كون افلاس المحال عليه حين الحوالة موجبا لتخير المحتال سواء تمكن بعد ذلك أم لا، فالتمسك بالانصراف للحكم بعدم ثبوت الخيار عند التمكن من الأداء بوجه بعد الافلاس حين العقد من التمسك بالاستحسان لا الانصراف.

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البرئ (١)
ولا يكون داخلا في الضمان (٢).

(١) وتقتضيه مضافا إلى كونها من المعاملات المتعارفة بين العقلاء خارجا 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 أيضا حيث لم يرد في جملة منها ذكر كون المحال عليه مدينا للمحيل. نعم يعتبر في صحتها رضی المحال عليه جزما لعدم سلطنة المحيل على اشغال ذمته - كما تقدم -.

(٢) وإن توهمه المحقق (قده) في الشرايع، وذلك لافتراقهما في طرفي العقد فإن الضمان عقد بين الدائن والأجنبي - المضمون له والمضمون عنه - في حين أن الحوالة عقد بين الدائن والمدين - المحيل والمحتمل - وليس المحال عليه طرفا فيه وإن اعتبر رضاه في بعض الصور.

وتظهر الثمرة في جملة من الموارد منها ما لو كان المحيل فاقدا لأهلية العقد كما لو كان صغيرا أو مجنونا، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر في المحيل أهليته للعقد في حين تصح على مختار المحقق

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من
الثلاثة (١).

(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة (٢) وكذا يجوز
الترامي (٣) بتعدد المحال واتحاد المحتال (٤)، أو بتعدد

(قده) حيث لا تعتبر في المضمون عنه أهليته له.

- (١) بلا خلاف فيه، فإن عقد الحوالة وإن كان لازماً على ما تقتضيه أصالة اللزوم في العقود إلا ما خرج بالدليل، إلا أن اللزوم فيه حقي لا حكمي كما هو الحال في النكاح حيث ثبت عدم ارتفاعه إلا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصة. ومن هنا فلما كان للمتعاقدین رفع اليد عنها بعد ثبوتها كان لهما اشتراط ذلك في ضمن العقد، وإذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما أيضاً فإن الحق لا يعدوهم ولهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه.
- (٢) لاطلاقات أدلتها، فإنها غير قاصرة الشمول لحوالة المحال عليه المال ثانياً على المحيل، ولا خصوصية فيها للحوالة الأولى أو غيرها.
- (٣) بلا إشكال فيه، لما تقدم.
- (٤) بأن يحيل المحال عليه الأول المحتال على غيره ويحيله ذلك الغير على غيره أيضاً وهكذا، حيث يبقى المحتال هو المحتال الأول 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 أحال عليه فقبل وأدى ثم طالب
المحيل بما أداه، فادعى 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 أيضا عدم

-
- (١) بأن 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، فإنه لا خصوصية لكون
المؤدي هو المحيل أو غيره.
(٦) على ما تقضيه قواعد القضاء.
(٧) بل لاستصحاب عدم شغل ذمته، فإنه أصل موضوعي حاكم

اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء. مدفوعة: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه (١) وبعد جريان أصالة براءة ذمته (٢) يرتفع الشك. هذا على المختار من صحة الحوالة على البرئ، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل، لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل. ودعوى: أن تقديم قول مدعي الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، وهما في الحوالة المحيل والمحتال،

على أصالة البراءة قطعاً، فإن المحال عليه لم يكن في زمان مشغول الذمة للمحيل جزماً، فإذا شككنا في اشتغال ذمته له بعد ذلك كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها وبه يتحقق موضوع الضمان أعني أدائه 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 فإن أداء الحوالة من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمة المحيل بمثله له. (٢) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته، فيثبت موضوع الضمان أعني أدائه لما لم يكن بثابت في ذمته بأمر من المحيل.

وأما المحال عليه فليس طرفا وإن اعتبر رضاه في صحتها. مدفوعة: - أولا - بمنع عدم كونه طرفا، فإن الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين (١).
- وثانيا - يكفي اعتبار رضاه في الصحة (٢) في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة. نعم لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته (٣) فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه، ولم يتحقق هنا حوالة حتى تحمل على الصحة وإن تحقق بالنسبة إلى المحيل والمحتمل لاعترافهما بها.

-
- (١) وفيه أنه مناف لما ذكره (قده) في الشرط الأول صريحا من كون الحوالة ايقاعا لا عقدا.
(٢) وهو مناف أيضا لما تقدم في الشرط الثالث من عدم اعتبار رضا المحال عليه في صحة الحوالة، باعتبار كونه أجنبيا عن المال بالمرّة وإنما أمره بيد مالكة المحيل فله نقله كيفما شاء بالحوالة أو البيع أو غيرهما من الأسباب.
(٣) أقول: لا يخفى أنه بناء على جريان أصالة الصحة في أمثال المقام فكما أنه لا فرق بين كون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو الأجنبي فإنه يحمل العقد على الصحيح ويترتب عليه أثره حتى مع عدم

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل وأدى) فجعلوا محل الخلاف ما إذا أن النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرئ إلا بعد الأداء. والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (١).

(١) بل الأقوى ما ذهب إليه المشهور من توقف الشغل على الأداء وتفصيل الكلام في المقام: -
أن الحوالة قد تكون على مشغول الذمة بمثل ما أحيل عليه، وقد تكون على البرئ.

ففي الأول لا إشكال ولا خلاف في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال وانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه بمجرد الحوالة كما لا إشكال في براءة ذمة المحال عليه للمحيل بمجرد أداءها، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه لانتقال ما كان له في ذمته إلى ملكية المحال. وبعبارة أخرى: إن الدين لما كان ديناً واحداً غير متعدد، لم يمكن فرض المحال عليه مديناً للمحيل والمحال معاً، بل هو مدين لأحدهما خاصة على النحو الذي ذكرناه أعني للمحيل قبل الحوالة

إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد

وللمحال بعدها.

وفي الثاني فإن رفض المحال عليه الحوالة أو قبلها ولكن قلنا بفساد الحوالة على البرئ، فلا ينبغي الاشكال في عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحال وعدم اشتغال ذمة المحيل له - المحال عليه - : وإن قلنا بصحتها على البرئ - 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، إلا أن الماتن (قده) قد أختار جواز الرجوع عليه بدعوى أن اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يكون مجاناً بل لا بد وإن يقابله اشتغال ذمة المحيل له. لكن الصحيح ما ذهب إليه المشهور، فإن اشتغال الذمة يحتاج إلى الدليل ومجرد لزوم المجانية في اشتغال ذمة المحال عليه للمحال لا يصلح دليلاً لاثبات اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه، بعد أن لم يكن يترتب عليه أي ضرر أو نقص مالي بالنسبة إليه - 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 إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له، وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئا (١) ومقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقق شغل المضمون

من موجبات الضمان بالسيرة العقلائية القطعية على ما تقدم بيانه غير مرة. والحاصل: أنه ما لم يؤد المحال عليه الحوالة خارجا لا يصح له الرجوع على المحيل ومطالبته بها نظرا لعدم تحقق الخسران والنقص المالي له وعدم الدليل على اقتضاء مجرد الأمر الضمان، فإن السيرة إنما 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 إنه لا شيء منها موجود بالقياس إلى المحيل فلا وجه للحكم باشتغال ذمته. إذن: فالصحيح انحصار الضمان في فرض أداء المحال عليه للحوالة وعليه فيكون حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز رجوع المأمور على الأمر إلا بعد الأداء بمقتضى القاعدة وإن كان النص الوارد مختصا بالضمان.

(١) بمعنى أن شغل ذمة المحال عليه للمحال لا يمكن أن يكون مجانا 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)، إلا 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 أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل، أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقا إذا كان بريئا.

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح (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 العقلائية وهي لا تقتضي إلا الاشتغال بعد الأداء.

(٢) ظهر الحال فيه وفيما يتلوه من الفروع مما تقدم، فإن الحال فيها هو الحال في الضمان حرفا بحرف.

(٣) على القاعدة، فإن أمر الدين بيد الدائن والمدين فلهما أن يبدلاه برضاهما بالمال الثابت في ذمة العبد أو غيره مما تعود ملكيته إلى المدين.

كونه متزلزلا (١) فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمن الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد، لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفيا. كما ترى (٢)

(١) وهو غير قادح، إذ لا يعتبر في صحة الحوالة كون اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم، بل يكفي ثبوت أصل الاشتغال وإن كان جائزا.

هذا مضافا إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابة، بل الثابت عدمه، فإن 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 اشتغال ذمة العبد على حد اشتغال ذمة الأحرار - كما هو الحال في اتلافاته وضمائنه - غاية الأمر أنه في غير الكتابة يتبع به بعد العتق، لعدم جواز مزاحمة حق المولى، وحيث إن هذا المانع مفقود في الكتابة فلا محذور في اشتغال ذمته للمولى بمجرد عقد الكتابة وللمحتال بالحوالة الصادرة من المولى، فيحكم بانتقال الدين الثابت في ذمة المولى إلى ذمة العبد.

على أنه لو صحت هذه الدعوى لكان لازمها الحكم ببطالان الحوالة على العبد مطلقا ومن غير تفصيل بين حلول النجم وعدمه،

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر (١)، لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة (٢) ولو لم يحصل الأداء منه (٣)، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٤). وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء، لأن الحوالة ليست

إذ لا أثر للحول في قابلية ذمة العبد للاشتغال وعدمه، والحال أن القائل بهذا التفصيل - وهو الشيخ (قده) على ما نسب إليه - لم يلتزم بذلك في فرض الحول.

(١) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحوالة، فإن قبوله وعدمه في ذلك بيان، إذ المفروض كون الحوالة على مشغول الذمة للمحيل وقد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلك، لأنه ليس إلا وعاء وظرفا لمال المحيل فلا يملك حق منع تصرف المالك في ماله. وكان الأولى ابدال كلمة (القبول) بكلمة (التحقق) فيقال:

ثم إن العبد بتحقق الحوالة يتحرر
(٢) نظرا لاسلتزامها لفراغ ذمة المحال عليه العبد من دين المولى في قبال اشتغال ذمته بمثله للمحال.

(٣) فإن براءة ذمة العبد إنما تحققت بمجرد الحوالة واشتغال ذمته للمحيل.

(٤) لانعتاقه قبله بتحقق الحوالة وبرائة ذمة العبد من الدين بالنسبة للمولى.

في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنه 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 إلى

(١) الأول: أنه لو كانت الحوالة توكيلاً لما كان وجهه للالتزام ببراءة ذمة المحيل من دين المحتال، وانتقاله إلى ذمة المحال عليه، فإن الوكالة لا تقتضي إلا قيام الوكيل مقام الموكل في الأداء خاصة مع بقاء الموكل هو مشغول الذمة بالدين، والحال أنه - رحمه الله - قد سلم براءة ذمة المولى - المحيل - بالتزامه باشتغال ذمة العبد - المحال عليه - . الثاني: إنه لا وجه للحكم باشتغال ذمة العبد بالمال بعد الحكم بصحة العتق وبطلان الكتابة مع التزام كون الحوالة توكيلاً، إذ التوكيل إنما 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 العقلائية القطعية على ضمان الأمر لما يغرمه المأمور بسبب أمره، فإن سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى وحوالته عليه كان

ما مر (١) من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء - كما في الضمان - فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك. وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.
(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح (٢)، لأن حاله حال الأحرار، ومن غير

موجباً لرجوعه عليه به.

(١) وفيه: أن كلا من المسألتين أجنبية عن الأخرى ولا ارتباط بينهما، فإن النزاع السابق إنما كان في الحوالة على البرئ 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 (قده) إنما هو في الحوالة على مشغول الذمة حيث أن العبد مشغول الذمة لمولاه بسبب الكتابة، فلا وجه لجعل إحداهما مبنية على الأخرى.
(٢) بلا إشكال فيه، لتامة أركان البيع والحوالة، فإن العبد مرخص ومأذون في الاكتساب لتحصيل مال الكتابة سواء في ذلك

فرق بين سيده وغيره وما عن الشيخ من المنع ضعيف (١)

مولاه وغيره، فإذا اشترى من المولى شيئاً أصبح مشغول الذمة له بثمانه، ومعه يصح للمولى إحالة دائنه عليه لاستيفاء دينه منه. (١) لوضوح فساد ما استدل له علي مدعاه من أن المكاتبه لما كانت من العقود الجائزة فإذا باع المولى من عبده شيئاً وقلنا بصحته وبثبوت الثمن في ذمته، كان لازمه القول باشتغال ذمة العبد لسيدته بعد فسخ المكاتبه، وهو محال لأن 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 أتلّف العبد مال مولاه، فإنه موجب لضمّانه واشتغال ذمته به غاية الأمر أنه يتبع به بعد العتق.

على أنك قد عرفت في المسألة السابقة أنه لا أساس لكون المكاتبه من العقود الجائزة فإنها 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، فإنه لا مبرر له بعد ما كان العبد مرخصاً في معاملاته.

على أن كلامنا في المقام إنما هو في صحة الحوالة وعدمها وهو يعني فرض صحة البيع أمراً مفروغاً عنه، وإلا فالكلام في صحة البيع وعدمها

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح (١) فيجب عليه تسليمه السيد (٢)، ويكون موجبا لانعتاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٣).

(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة، فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، وذلك لأصالة 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 مدعيا، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة.

إنما يكون في كتاب البيع لا كتاب الحوالة.

(١) على القاعدة، لما عرفت من أن أمر الدين بيد مالكة فله نقل ملكيته إلى المحتال برضاه، لأن الحق لا يعدوهما.

(٢) لكونه المالك الجديد.

(٣) لحصول الوفاء وفراغ ذمة المحيل بالنسبة إلى المحتال بمجرد الحوالة.

(٤) وجمع الكل أصالة عدم تغير الواقع عما كان عليه، فإن

مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون أمانة على ملكية
ذاتها (١). فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص
وادعى أنه دفعه أمانة وقال الآخر: دفعته هبة أو قرضا
فإنه لا يقدم قول ذي اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ
الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهرا في الحوالة أو في
الوكالة فهو المتبع. ولو علم أنه قال: (أحلتك على فلان)
وقال (قبلت) ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما
يقال: إنه يقدم قول مدعي الحوالة، لأن 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 أدلة حجية اليد واثباتها للملكية عن شمول موارد
اعتراف ذي اليد بسبق الملك لغيره مدعيا الانتقال إليه، فإنه لم يثبت
كون مثل هذه اليد أمانة على ملكية ذبيها، بل الثابت عدمها، ومن
هنا فيلزم ذا اليد الاثبات باعتبار كونه مدعيا.
(٢) وفيه ما لا يخفى، فإن 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

اشتقاقته، لأنها - وكما عرفت في أول الكتاب - مأخوذة من الإحالة والتحويل، وهما في اللغة بمعنى النقل من مكان إلى مكان أو حال إلى حال أو زمان إلى زمان كما هو الحال في تحويل السنة. فالنقل دخيل 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 إلى الوكيل. واضح الفساد، إذ الوكالة لا تقتضي انتقال حق الموكل في المطالبة إلى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبة بدينه، فإن غاية ما في الأمر إعطاء الموكل حقا للوكيل في مقابل حقه نفسه بحيث يكون لكل منهما المطالبة بالدين. والحاصل: إن حق المطالبة لا ينتقل من الموكل إلى الوكيل، فإنه باق له كما كان، ومعه يكون استعمال لفظ "أحلتك" فيها استعمالا مجازيا 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 أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري بالثمن على أجنبي برئ 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 وإن كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البرئ، إلا أن المفروض إرادة 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، فإذا كان بعد

بالصلاة والزكاة ما دمت حيا " (١).

(١) إذ بدونه لا يكون هناك دين كي ينقل بموجب الحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(٢) وفيه ما لا يخفى فإن المحال عليه إنما هو الشخص نفسه لا الدين الثابت في ذمته، إذ لا معنى لجعل الدين محالا عليه وملزما بأداء دين المحتال.

نعم الداعي والباعث إلى الحوالة على الشخص المعين اعتقاده كونه

(١) مريم: ٣١.

القبض يكون المقبوض باقيا على ذلك المشتري (١) فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى وعلى البائع في الثانية.

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة 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 إنما يتم فيما إذا لم تكن الحوالة على البرئ، وإلا فالمقبوض باق على ملكه يرجع به على البائع إن كانت العين موجودة، وإلا تخير في الرجوع على كل من البائع والمشتري. أما الأول: فلأخذه ماله على نحو التبرع والمجانية، فإنه موجب للضمان بالسيرة العقلائية القطعية.

وأما الثاني: فلكون الأداء بأمر منه، وقد عرفت ضمان الأمر للخسارات المالية الواردة على المأمور بسبب أمره. ثم إن رجوع البرئ على البائع وأخذ منه بدل ماله مثلا أو قيمة فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه، وإن رجع على المشتري به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظرا لتلف المال عنده فلا يكون له مجانا. وتفصيل الكلام في مبحث تعاقب الأيدي من المكاسب فراجع.

فإن 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 أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي - لأنها تتبع البيع في هذه الصورة حيث إنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى. ضعيف (٤)

(١) إذ الفسخ لا يقتضي رفع الآثار والبطلان من الأول، وإنما يقتضي عدم ترتب الآثار من حينه.

والحاصل: إن الفسخ لا يؤثر في صحة العقود السابقة عليه، فإنها تبقى كما كانت لصدورها من أهلها ووقوعها في محلها، ومن هنا فينحصر حق مالك العين المنقولة - ثمننا كانت أم مثمننا - في الرجوع إلى البدل.

(٢) لحصول النقل والانتقال في الدين بمجرد تحقق الحوالة.

(٣) وهو من سهو القلم. والصحيح ويرجع المشتري على البائع.

(٤) فإن الحوالة معاملة مستقلة عن المعاملة الأولى - البيع - تماما وإن اتحد الطرفان فيهما، إذ العبرة إنما هي بتعدد المعاملة واتحادها لا تعدد الطرفين في المعاملتين واتحادهما.

والحاصل: أنه لا موجب لبطلان المعاملة الثانية وانفساخها بانفساخ البيع فإنها معاملة مستقلة عنه ولا علاقة لها به من حيث الفسخ.

والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة (١) نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. وربما يقال بطلانها إن قلنا أنها استيفاء، وتبقى إن قلنا أنها اعتياض. والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاء، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة (٢)

نعم هي تابعة له من حيث أصل الوجود باعتبار أنها واقعة على الثمن، فإذا تحقق صحت الحوالة ولزمت سواء فسخ بعد ذلك أم لم يفسخ، فإنها سيات بالنسبة إليها.

(١) فإن حالها في ذلك حال سائر التصرفات الصادرة من أحد المتبايعين، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شيء منها على الإطلاق.

(٢) فيه اشكال بل منع، فإن الظاهر لزوم الوفاء مطلقاً وعدم تبعيته للبيع في الانفساخ، فإن سلب ملكية الدائن عما قبضه عوضاً عن حقه برضا المدين ووفاء منه يحتاج إلى الدليل وهو مفقود، وبعبارة أخرى: إن أداء المدين لدينه بغير ما ثبت في ذمته وصفاً

بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث أن
الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.
(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال
معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل
المحتال والمحال عليه (١)

أو جنساً وقبض الدائن له برضاه واختياره موجب لملكيته - 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 أعطاه قبل الفسخ ليبدله بمثله
جنساً ووصفاً فضلاً عن غير المماثل له، فإنه ليس إلا لاحتياج سلب
الملكية بعد ثبوتها إلى الدليل وهو مفقود.
والحاصل: إن الوفاء معاملة لازمة مطلقاً سواء في ذلك ما كان
بنحو الحوالة أو غيرها،
(١) أما المحتال فلا ينبغي الشك في اعتبار قبوله، إذ لا يلزمه
القبول بالرجوع على غير المدين فإن له رفض ذلك ومطالبة ماله من
شخصه.

وأما المحال عليه فلا وجه لاعتبار قبوله، فإن المال لغيره وليس
هو إلا أميناً عليه أو وكيلاً فيه، فعليه امتثال طلب المالك أداءه إلى
غيره على حد طلبه تسليمه إلى نفسه.

وجب عليه الدفع إليه (١)، وإن 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: إن المحال عليه ليس مخيرا في الأداء وعدمه كي يعتبر قبوله بل يلزمه امتثال الأمر وتسليم المال إلى مالكه أو من يقوم مقامه.

ولعل الماتن (قده) إنما أخذ هذا القيد مقدمة لما سيأتي منه من ضمان المحال عليه معلا ذلك بالغرور، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزما.

(١) فإن المال مال المحيل وأمره بيده وليس المحال عليه إلا وعاء وظرفا له، فيجب عليه تسليمه إلى المحتال كما كان يجب عليه تسليمه إلى نفس المحيل لو كان يطلبه منه، فإن اعطاه له بمنزلة اعطاه إليه، وليس له التخلف عن طلبه حتى بحجة تسليمه إلى المحيل نفسه.

بل لو فعل ذلك لكان ضامنا للمال وخرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدي والغاصب.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإن المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمة للمحتال إلى حين وصول حقه منه مباشرة أو من وكيله أو أمينه.

المحال عليه (١) إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستندا إليه للغرور.
(تم كتاب الحوالة)

(١) وفيه ما لا يخفى لمنع الغرور صغرى وكبرى.
أما الأول: فلعدم صدقه فيما إذا كان المحال عليه بانيا على الأداء والدفع ثم بدا له ما يمنعه عنه، فإنه لا يصدق عليه التغير قطعاً. وكذا لو كان المحال عليه عالماً بالتزام المحيل بدفع المال وافتراغ ذمته، فإن امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده وصول الحق إلى 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.
وبالجملة: فمجرد الغرور ليس من أسباب الضمان، على أن صدقه في بعض الموارد محل منع.
وبهذا ينتهي كتاب الحوالة وبالافتراغ منه يتم الفراغ من كتاب العروة الوثقى بتمامه وذلك على حسب منهج سيدنا الأستاذ الوالد - دام ظله - في الدرس.
وإني إذ أحمد الله تبارك وتعالى على ما وفقني لحضوره من محاضرات