الواضح

في شرح العروة الوثقى

أضواء وآراء
على بحوث سيد الطائفة السيد الخوئي

تأليف
الشيخ محمد الجواهري

الضمان

الجزء السابع عشر

الخرسان للمطبوعات



الواضح
في شرح العروة الوثقى

١٧


بسم الله الرحمن الرحيم

الواضح

في شرح العروة الوثقى

أضواءٌ وآراء

على بحوث سيد الطائفة السيد الخوئي

الضمان

الجزء السابع عشر

تأليف

الشيخ محمد الجواهري

العارف للمطبوعات

الواضح في شرح العروة الوثقى - ١٧

الشيخ محمد الجواهري

الطبعة الأولى 2019
القياس: 21 x 29
عدد الصفحات: 392
ISBN 978-614-441-200-8

نشر وتوزيع
شركة العارف للأعمال ش.م.م.

بيروت - لبنان
00961 70 839503
العراق - النجف الأشرف
00964 7801327828
Trl: www.alaref.net

جميع حقوق النشر محفوظة للمؤلف، ولا يحق لأي شخص أو مؤسسة أو جهة إعادة إصدار هذا الكتاب، أو جزء منه، أو نقله بأي شكل أو واسطة من وسائط نقل المعلومات، سواء أكانت إلكترونية أو ميكانيكية، بما في ذلك النسخ أو التسجيل أو التخزين والاسترجاع، دون إذن خطّي من أصحاب الحقوق.

© All rights reserved. No part of this book may be reproduced, or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopyings, recording or by any information storage retrieval system, without the prior permission in writing of the publisher.

[٣٥٧٢] «مسألة ٥» : يجوز اشتراط الخيار[١] في الضمان للضامن والمضمون له ، لعموم أدلّة الشروط .

---

(١) هل للضامن والمضمون له ان يجعلا الخيار لهما أو لإحدهما أو ليس لهما ذلك ؟

فيه كلام .

اختار الماتنﷺ جواز ذلك تمسكاً بعموم أدلة الشروط «المؤمنون ـ المسلمون ـ عند شروطهم»[١] ، فحال الضمان حال سائر العقود ، فكما يجوز في سائر العقود جعل الخيار فيها لأحد المتعاملين أو لهما معاً ، يجوز في المقام أيضاً[٢] .

---

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، وص ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤ . والوسائل ج ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ، ٢ .

(٢) **في جامع المقاصد** في شرح عبارة العلّامة في القواعد (أو شرط الخيار في الضمان فسد) **ما نصه** : مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه ، وظاهر الكتاب في البيع الصحة ، وهو صريح التذكرة هناك . وهو الأصح ، للأصل ولانتفاء المانع .

فإن قيل : الضمان يتضمن إبراء ذمّة المضمون عنه ، والابراء لا يدخله خيار الشرط .

قلنا : هو حكم من أحكام نقل المال ، لا أنّه يتضمنه ، فإذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة ، وإلّا فلا» **جامع المقاصد ٥ : ٣٠٩ ـ ٣١٠ .**

وفي التذكرة : لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً لأنه ينافي مقصود الضمان ، فإنّ (لأن) الضامن على يقين من الغرر . ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر ، لأن للمضمون له الخيار في الإبراء والمطالبة أبداً ، سواء شرط أو لا» **التذكرة ١٤ : ٢٨٥ .**

وفي المستمسك : والذي ينبغي ابتناء الجواز وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الأحكام ، **فعلى الأوّل** ، يجوز الشرط ، وعلى الثاني لا يجوز ، لأنه مخالف للكتاب ، والمرتكزات العرفية تقتضي الأوّل ، وهو ظاهر المانعين ، فإن العلّامة في التذكرة علل المنع بما عرفت ، لا بكون اللزوم حكمياً ، وصرح بجواز شرط الخيار للمضمون له ، لأن له الخيار في الإبراء والمطالبة ، ولو كان اللزوم عنده حكمياً لم يجز شرط الخيار حتّى للمضمون له ، **وعلى**

﴿ **ذلك يبتني جواز التقايل** لاختصاص الإقالة بما يكون الفسخ فيه من حقوق الطرفين ، ولا تكون فيما لا يكون الفسخ كذلك ، لأن أدلة الإقالة العامة ليست واردة في مقام اثبات قابلية المحل ، وإنما هي واردة في مقام تشريعها علىٰ تقدير القابلية ، فالقابلية تحرز من الخارج والاطلاق المقامي يقتضي الرجوع إلىٰ العرف في إحراز القابلية ، والارتكاز العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلىٰ طرفي المعاقدة . والظاهر اطراد ذلك في عامة العقود المتعلقة بالنفس أو المال ، فإن ايقاعها من حقوق الطرفين وفسخها كذلك ما لم يقم دليل علىٰ الخلاف كالنكاح والوقف ، لما دل علىٰ لزومها وعدم تمكن المتعاقدين من فسخها ، فما لم يقم ذلك الدليل فالارتكاز العرفي يقتضي جواز الاقالة ، لتعلق العقد بحقوق الطرفين وشؤونهما ، وكما أن لهما ايقاعه لهما فسخه ، ولأجل ذلك يصح شرط الخيار فيه ، والضمان من قبيل ذلك ، لما عرفت من أن لزومه مؤخوذ من أصالة اللزوم الذي هو من حقوق الطرفين ، ولا دليل علىٰ لزومه حكماً كالنكاح» **المستمسك ١٣ : ١٦٣ ـ ١٦٤ طبعة بيروت** .

وقال السيد السبزواري في مهذب الأحكام تعليقاً علىٰ قول الماتن﵀ : (يجوز اشتراط الخيار في الضمان) **ما نصه** : «النزاع في صحة اشتراط الخيار في الضمان وعدمه نزاع صغروي ، فمن يقول بجريان الخيار فيه يجعل اللزوم حقياً لأن الحق قائم بالمتعاقدين ، فلهما ابقاء هذا الحقّ كما لهما إزالته ، ومن يقول بعدم الصحة يجعله حكمياً ، والحكم الشرعي غير قابل للازالة ، ولابدّ وأن يبين أن الأصل في اللزوم العقدي هو الحقي منه إلّا ما خرج بالدليل ، أو أن الأصل هو اللزوم الحكمي إلّا ما خرج بالدليل ؟

الحق هو الأوّل ، لأن كل عقد يقع بين المتعاقدين ليس إلّا جعل تعهد منهما علىٰ قرار معلوم بينهما ، وهذا التعهد عبارة عن اللزوم ، وهو عبارة أُخرىٰ عن ثبوت حق مجعول بينهما بالانشاء الاختياري ، وقرره الشارع بالعمومات والاطلاقات إلّا ما خرج بالدليل من كونه لزوماً حكمياً أو حكم الشارع فيه بالجواز ، وكما أن حدوث هذا الحق المجعول يكون تحت الاختيار بقاؤه يكون كذلك ، ولا معنىٰ لكون البقاء تحت الاختيار إلّا صحة جعل الخيار ، فيجري في الضمان اللازم جميع ما يجري في سائر أقسام اللزوم الحقي ، بلا فرق بينهما إلّا ما دل دليل مخصوص ﴾

ولكن الظاهر عدم جواز جعل الاشتراط في المقام أصلاً، لا لهما ولا لأحدهما، لأن عقد الضمان لا يقاس بسائر العقود، **وامتياز** عقد الضمان عن باقي العقود، **فإنّه في سائر العقود** نتيجة العقد **راجعة إليهما**، وإن كان يلزم عليهما الوفاء بالعقد، إلّا أنّ الحق بما أنّه لا يعدوهما فلهما رفع اليد عنه بلا جعل خيار، وهو المسمىٰ بالتقايل، **وليس في ذلك الزام من الشارع بالوفاء بالعقد مع تراضيهما علىٰ الفسخ أيضاً**، إلّا في بعض العقود التي ثبت فيها عدم التقايل للدليل كالنكاح فإنه لا يرتفع إلّا بالطلاق أو الموت أو أحد موجبات الفسخ، وأمّا بقية العقود كالبيع والإجارة والصلح وما يرجع إلىٰ الماليات فالأمر بينهما، فإذا جاز لهما رفع اليد عن العقد الواقع بعد وقوعه بالتراضي، فيجوز جعل هذا لأحدهما أو لهما معاً من الأوّل في ضمن العقد وهو معنىٰ شرط الخيار، **وأمّا فيما إذا** كان الحق ليس بينهما، **وإنّما هو راجع إلىٰ شخص ثالث وهو المضمون عنه** في المقام، فإنه بعد فرض تحقق الضمان وبراءة ذمّة المضمون عنه، فاشتغالها ثانية بعد ذلك باختيار المتعاقدين أو باختيار أحدهما يحتاج إلىٰ دليل، بعد وضوح فقد الولاية منهما أو من أحدهما علىٰ المضمون عنه، فإذا لم يكن اشتغال ذمّة المضمون عنه باختيارهما، فكيف مع ذلك يمكن جعل هذا بالشرط، والحال إن الشرط لا يكون مسوغاً لما هو ليس بسائغ في نفسه[1] فلا يقاس باب الضمان ببقية المعاملات التي نتيجتها راجعة إلىٰ المتعاملين نفسيهما.

علىٰ الفرق بينهما.

وأما توهم أن الضمان نحو استيثاق والخيار ينافيه.

مردود بأنّه إذا كان باتفاق منهما فلا ينافي الاستيثاق، لفرض تراضيهما علىٰ جعل الخيار.

ودعوىٰ أن الخيار يلازم صحة الإقالة فما لا إقالة فيه لا وجه لثبوت الخيار.

باطل، لأنه لم يعرف إلّا من قبل قائله» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤٠**.

(١) **كلام السيد الأُستاذ** دام ظله **ناظر إلىٰ ما قاله السيد الحكيم** قدس سره **في المقام** من صحة الشرط المذكور حسب ما عرفت من كلامه في الهامش المتقدم، فإن نتيجة العقد ليست راجعة إلىٰ الطرفين فقط، حتىٰ تكون الاقالة أو الشرط من حقوقهما فقط، والحق لا يعدوهما، **وليس عقد الضمان**

﴿**كعامة العقود** المتعلقة بالنفس أو المال ، **فإن عامة العقود** ايقاعها من حقوق الطرفين ، والحق فيها لا يعدوهما ، وفسخها كذلك ، **وأما في الضمان فالحق ليس بينهما فقط** ، بل الحق يعدوهما إلىٰ ثالث ، أي ليس كالبيع مثلاً أو الإجارة ، بل الحق يعدوهما إلىٰ شخص ثالث أيضاً وهو المضمون عنه وهو غيرهما ، فإن بعد تحقق براءة ذمّة المضمون عنه بالضمان فاشغالها ثانية بالفسخ يحتاج إلىٰ دليل ، ولا دليل ولا ولاية لأي منهما علىٰ اشغال ذمّة المضمون عنه ثانية بعد برائتها من الدين . والشرط لا يكون مسوغاً ولا مشرّعاً ، وإنما هو ينفذ فيما هو سائغ ومشروع .

وأقول أيضاً : ولذا نحكم بعدم جواز الشرط سواء كان من الضامن أم من المضمون له ، وما قاله العلّامة **في الهامش المتقدم** من صحة شرط المضمون له وعلله بقوله : لأن للمضمون له الخيار في الابراء والمطالبة ابداً سواء شرط أو لا» **وهذا التعليل كما ترىٰ** ، فإن الإبراء مباين للفسخ ، لأن الابراء اسقاط لما في الذمّة والفسخ هو حل العقد ورفعه وإرجاع كل ما انتقل إلىٰ من انتقل عنه وهو في الضمان غير ممكن لما عرفت ، لعدم إمكان اشغال ذمّة من برئت ذمّته ، وتقدم أيضاً في المسألة ٣ **[٣٥٧٠] ما ذكره السيد الأُستاذ**ﷺ تعريضاً بكلام السيد الحكيمﷺ مما نصه بحسب ما دوناه نحن : «لأن ظاهر الابراء اسقاط ما في ذمّة المدين من الدين لا فسخ الضمان ، لأن الضمان من العقود اللازمة غير القابلة للرفع ، ولو برضا الضامن والمضمون له ، بل كون المراد من الإبراء الفسخ مناف لمفهوم الإبراء» .

وأما ما قاله العلّامة في الهامش المتقدم مما نصه : (لأن الضامن علىٰ يقين من الغرر) فقد عرفت فيما تقدم أنه ليس علىٰ الضامن أي غرر ، لأن الضمان إما تبرعي فهو مقدم عليه ، وإما إذني فهو ليس فيه أي غرر ، لأن كل ما يعطيه للمضمون له يرجع به علىٰ المضمون عنه ، فأي غرر في المقام حتّىٰ يكون الضامن علىٰ يقين منه .

ومن ذلك تعرف ما في كلام المحقق الكركي في جامع المقاصد ، فإن الضمان إنما هو النقل ، ولا يعقل فيه التزلزل ، فمع تحققه تحصل براءة ذمّة المضمون عنه ، ومع رفعه لا دليل علىٰ عودة اشتغالها ثانية ، ولا ولاية للرافع علىٰ اشغالها ، ولا دليل عليه أيضاً . **ومع عدم تحققه** لا ضمان حتىٰ يكون له الفسخ .

﴾

﴿ **وأما ما ذكره المحقق الكركي في جامع المقاصد** : من الصحة (للأصل ولانتفاء المانع) ، **فإن كان مراده من ذلك** عمومات صحة الشروط وعدم المانع من التمسك بها ، فالعمومات لا تشمل المقام ، إذ العمومات إنما هي في العقود القابلة للتقايل كالبيع والإجارة ، وليس الضمان منها ، فلا يصح التمسك بالعمومات . **وإن كان المراد من الأصل** أصالة الصحة الجارية في العقود والإيقاعات فقد تقدم مراراً أن أصالة الصحة بهذا المعنىٰ ـ وهو ترتيب الأثر علىٰ العقد أو الإيقاع ـ ليس عليها دليل إلّا سيرة العقلاء ، وهو دليل لبي يقتصر فيه علىٰ المتيقن ، وهو ما إذا أحرز العقد وشك في صحته من جهة شرط أو مانع ، لا إذا لم يحرز أصل العقد ، وهنا لم يحرز أصل العقد لاحتمال أن يكون هذا الخيار موجباً لعدم انعقاده ، فلم يحرز أصل العقد حتىٰ يحكم بصحته .

وأما ما ذكره السيد السبزواريﷺ فهو عين ما قاله **السيد الحكيم**ﷺ وقد عرفت الجواب عنه ، وأن الحق في الضمان يعدوهما إلىٰ ثالث ، لا كالبيع والإجارة ونحوهما . وما قالوه إنما يجري في البيع والإجارة وعامة العقود إلّا التي كالنكاح والوقف والضمان ، **ومعنىٰ ذلك** أن الخيار إنما يجري في العقود التي يصح فيها الإقالة لعدم كون الحق متعدياً عن المتعاقدين إلىٰ غيرهما ، فما لا يدخله الإقالة من العقود لا يصح جعل الخيار فيه ، ومنه تعرف ما في كلامهﷺ ، **فإنه قال**ﷺ «ودعوىٰ أن الخيار يلازم صحة الإقالة فما لا إقالة فيه لا وجه لثبوت الخيار فيه ، باطل لأنه لم يعرف إلّا من قبل قائله» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤٠** .

فإن قوله : (باطل لأنه لم يعرف إلّا من قبل قائله) ، **غير صحيح في الجواب عن ذلك ، لأن قائله يستدل علىٰ ذلك بالفرق بين البيع والإجارة ونحوهما** من حيث إن الحق لا يعدوهما ، **وبين الضمان من حيث إن الحق يعدوهما إلىٰ ثالث** ، فإن الجواب لابدّ وأن يكون عن هذا الدليل وهو الفرق ، ولا جواب له عن هذا .

وقول السيد الحكيمﷺ : (والارتكاز العرفي يقتضي ثبوت القابلية فيما كان الفسخ من الحقوق الراجعة إلىٰ طرفي المعاقدة) **فهو صحيح** ، إلّا أنّه في الضمان الإرتكاز العرفي يقتضي عدم القابلية ، لأن الفسخ ليس من الحقوق الراجعة إلىٰ طرفي المعاقدة ، بل يتعداهما إلىٰ ثالث ، وهو

﴾

والظاهر جواز اشتراط شيء لكلّ منهما كما إذا قال الضامن : أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً ، أو قال المضمون له : أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا[١] .

---

(١) ثم إنه لا مانع من أن يشترط كل من الضامن والمضمون له علىٰ الآخر شيئاً سائغاً في نفسه ، بحيث يجوز لكل منهما فعله ابتداءً من غير شرط ، كأن يقول الضامن : أنا ضامن لك أيها الدائن بشرط أن تخيط لي ثوباً ، أو قال المضمون له : أقبل الضمان بشرط أن تستنسخ لي كتاباً ، وذلك لعموم قوله ﷺ : «المؤمنون ـ المسلمون ـ عند شروطهم»[١] والمفروض أن الشرط سائغ في نفسه ، ولا ينافي مقتضىٰ العقد ، ولا مخالف للكتاب والسنّة ، ومقدوراً ، وكان يجوز لكل منهما فعل ذلك بالاختيار ، فبالاشتراط يكون لازماً[٢] .

المضمون عنه حيث يستدعي اشتغال ذمّته بعد برائتها ، ولا ولاية لهما عليه . فلا دليل علىٰ جوازه . وصحة الأصل الذي هو الإرتكاز العرفي القاضي بثبوت القابلية إلخ **لا يقتضي صحة تطبيقه** إلّا علىٰ أفراده ، **لا علىٰ أفراد كبرىٰ كلية هي عكسه** . فالتطبيق غير صحيح ، وإن كانت الكبرىٰ صحيحة .

ومن ذلك كله يتوضح لك ما في الجواهر من قوله قدس سره : «ولا ينافيه دعوىٰ عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ونحوهما ، إذ هي مجرد دعوىٰ لا سند لها ، بل مقتضىٰ العمومات خلافها» **الجواهر ٢٦ : ١٢٠ فإنه تبين لك أن ذلك ليس مجرد دعوىٰ وأن العمومات لا تشملها** .

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ ، باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢ ، وص ٢٧٦ باب ٢٠ من ابواب المهور ح ٤ ، والوسائل ج ١٨ : ١٦ ، باب ٦ من أبواب الخيار ح ١ ، ٢ .

(٢) **أقول : ذكر العلّامة** قدس سره **في التذكرة** : «لو ضمن رجل عن غيره ألفاً وشرط المضمون له أن يدفع الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان بطل الشرط إجماعاً» **التذكرة ١٤ : ٢٩٠** .

قال السيد الحكيم قدس سره في الجواب عنه : «والظاهر أن دعوىٰ الإجماع المذكورة مبنية علىٰ كونه من الربّا المحرّم بالإجماع ، وإلّا فلم أقف عن من تعرض لهذا الشرط ولحكمه فضلاً عن كونه معقد إجماع ، وليس هو من الربا في البيع ولا في القرض . ثمّ إذا تم ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط في الضامن ، لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع إلىٰ الدائن دون

ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط[١] .

---

(١) **ثم إذا تخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط فليس للشارط إلّا الزام المشروط عليه بالعمل به** ، فلا يقتضي الشرط هنا إلّا وجوب الإتيان به وجواز إلزام الشارط المشروط عليه بالعمل بالشرط ، **لا ثبوت الخيار للشارط بين فسخ العقد والامضاء**[١] ، **وذلك لأن مفاد الشرط عرفاً** في العقود التي لاتكون قابلة للفسخ والتقايل ـ **كالنكاح** ـ ليس إلّا ثبوت إلزام الشارط المشروط عليه بالعمل بالشرط كما تقدم[٢] ، ومثلنا له بما إذا شرطت الزوجة على الزوج في عقد

﴿ما يرجع إلى المدين» **المستمسك ١٣ : ١٦٤ طبعة بيروت** .

وقال السيد السبزواريﷺ في الجواب عنه أيضاً بعد نقل ماعن التذكرة : «لا وجه له أبداً كما لا وجه لدعواه الإجماع إلّا احتمال كونه من الربا المحرم ، وهو ممنوع كما هو واضح ، لتباين الضمان مع الربّا المعاملي والقرضي لغة وعرفاً وشرعاً» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤١** .

ثمّ إن هذا غير الضمان بأكثر من الدين الآتي في المسالة ٢٠ [٣٥٨٧] ، فإن هذه زيادة في الدين وهو من الربّا القرضي .

(١) **هذا كما هو ردّ على الماتن**ﷺ **القائل بثبوت الخيار بتخلف الشرط ردّ على ما قاله السيد الحكيم**ﷺ أيضاً وغيره ، **فإن السيد الحكيم** قال تعليقاً على قول الماتن (ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط) **ما نصه** : «لأنّه مقتضى الشرط عرفاً ، فكأن المشترط اشترط الشرط ، واشترط الخيار عند تقدير تخلف الشرط ، وقد عرفت أن عقد الضمان يقبل الخيار بالشرط» **المستمسك ١٣ : ١٦٤ (طبعة بيروت)** .

وقال السيد السبزواريﷺ **أيضاً** تعليقاً على قول الماتن (يثبت للشارط خيار تخلف الشرط) **ما نصه** : «لعموم دليله الشامل لكل شرط خولف فيه» .

ولكن أقول : هذا الردّ من السيد الأستاذﷺ لكلامهماﷺ وكلام غيرهما أيضاً كالسيد السبزواريﷺ في **مهذب الأحكام ٢ : ٢٤١** ، كما تقدم في صدر هذه المسألة ، فهم يتكلمون على مبناهم ، إلّا أن مبناهم فاسد ، لما عرفت من أن الضمان ليس كباقي العقود ، الحق فيه راجع لهما ليتسنى لهما جعل الخيار أو التقايل .

(٢) تقدم في عدّة مواضع **منها : ما في كتاب الإجارة** في المسألة ١٢ [٣٢٦٩] **الواضح ٩ : ٣٠٢ ـ**

﴿٣٠٣﴾. موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٨٨ ـ ٨٩.

فإنه ذكرنا أن الشرط في العقود والإيقاعات بالنسبة إلىٰ المتعاقدين إنما هو كما قاله الفقهاء الالتزام بالالتزام، بمعنىٰ ربط المكلف ما يشترطه علىٰ الآخر ـ من خياطة الثوب أو الصلاة ركعتين عن أبيه مثلاً ـ بالعقد، فإذا ربطه به كان شرطاً، لا أن الالتزام الثاني وهو الشرط يكون ظرفه العقد بلا أي ربط له به، فإن التقارن أو وقوع أحدهما ظرفاً للآخر من دون أي ربط بينهما لا يكون موضوعاً لأي حكم شرعي.

وهذا الرابط الذي هو الوجود الشارط إنما يرجع إلىٰ ربط شيء بشيء **بأحد معنيين لا ثالث لهما. وقد يجتمعان.**

الأوّل: أن معنىٰ الربط (الشرط) في ضمن العقد هو: أن يجعل المشتري التزامه بالبيع منوطاً أو معلقاً بخياطة ثوب أو نحوه، فعلىٰ تقدير خياطة الثوب هو ملزم بالعقد، وعلىٰ تقدير عدم خياطته فهو غير ملزم بالعقد، **ومعنىٰ أنّه غير ملزم بالعقد** أنّه له حق الفسخ فيفسخ، وليس هنا تعليق في العقد، بل التعليق في الالتزام لا في العقد، والمضر التعليق في العقود.

الثاني: أن معنىٰ الربط (الشرط) في ضمن العقد هو: **تعليق** أصل **البيع** (أي العقد أي عقد كان) لا (التزامه كما في الأول) **علىٰ التزام الطرف الآخر بشيء**، فالطرف الآخر حين العقد ملتزم بذلك الشيء أو لا، فإن كان ملتزماً وقبل صح العقد، وإن لم يكن ملتزماً ولم يقبل فلا يصح العقد. **وعلىٰ فرض الالتزام وصحة العقد فهذا هو تعليق للعقد علىٰ التزام الطرف الآخر بشيء، ولكن هذا التعليق لا يضر، لأنه علىٰ أمر حاصل، وهذا ظاهر وواضح في العقود التي لا تقبل الفسخ ولا التقايل كالنكاح علىٰ المشهور المتسالم بينهم** ـ وإن ناقش فيه صاحب الجواهر ٢٩: ١٥٠ ـ والوقف والضمان في المقام. ومثال ذلك ما لو قالت الزوجة للزوج: زوجتك نفسي علىٰ أن تسكنني في بلدتي، فإنه ليس معنىٰ الشرط هنا هو المعنىٰ الأوّل للشرط بنحو لو لم يسكنها في بلدتها يجوز لها أن لا تلتزم بالعقد وتفسخ، لأن هكذا عقود التي لا مجال للفسخ فيها لا يكون معنىٰ الشرط عرفاً هو النحو الأوّل، مضافاً للزومه التعليق المبطل والمضر، لأنه تعليق في العقد، بل يكون معنىٰ الشرط عرفاً هو المعنىٰ الثاني الذي هو تعليق

.....

النكاح إسكانها في بلدتها أو أعطاءها كل يوم مائة دينار مثلاً، الراجع هذا الشرط عرفاً إلىٰ تعليق نفس عقد الزواج علىٰ التزام الزوج بالإسكان في بلدتها أو بإعطاء المائة دينار يومياً وقبول الزوج

---

* أصل العقد علىٰ التزام الزوج بالإسكان في بلدتها لا علىٰ الإسكان حتىٰ يكون من باب التعليق فيبطل، بل التعليق فيه علىٰ ما هو حاصل حال العقد، وهو التزام الزوج بالإسكان في بلدتها، وقلنا إن هكذا تعليق لا يضر، لأنّه علىٰ أمر حاصل، أو تعليق أصل عقد الضمان من الضامن في المقام علىٰ التزام المضمون له بخياطة الثوب.

ونتيجة هذا الشرط هو وجوب وفاء الزوج بالشرط إذا قبله، وإمكان الزام الزوجة الزوج به وإجباره عليه عملاً بـ (المؤمنون عند شروطهم).

وقد يجتمعان: كما إذا قال: اشتريت منك هذا الشيء، وعلق التزامه بهذا الشراء المنجز علىٰ أن يخيط له البائع ثوباً، وعلق نفس العقد علىٰ التزام البائع بذلك، فوافق البائع علىٰ ذلك، وكان التزامه بالخياطة أيضاً محققاً، فقبل البائع. فهنا الشراء ـ أي عقد البيع ـ منجز، والتزام المشتري بالبيع معلق علىٰ الخياطة، كما أن العقد معلق علىٰ التزام البائع بالخياطة، والالتزام موجود، فهو تعليق صوري وواقعة واقع تنجيز، فلا يكون هذا التعليق الصوري مانعاً ولا منافياً لتنجيز العقد المعتبر في النحو الأوّل من الشرط فلو لم يخط البائع الثوب جاز للمشتري ١ ـ أن يفسخ البيع، و ٢ ـ كان له الزام البائع بالخياطة ولو بالرجوع إلىٰ القضاء.

وعليه فيقال في المقام: إن نتيجة شرط الضامن علىٰ المضمون له خياطة الثوب أو الصلاة ركعتين عن أبيه ـ الذي هو النحو الثاني من الشرط والربط، والذي هو عرفاً ليس إلّا تعليق عقد الضمان علىٰ التزام المضمون له بالشرط لعدم إمكان أن يكون من تعليق الالتزام بالضمان علىٰ خياطة الثوب أو الصلاة ركعتين للزوم التعليق المبطل ولكون عقد الضمان من العقود غير القابلة للفسخ ـ: **هو وجوب الوفاء علىٰ المضمون له بالشرط وخياطته للثوب أو الصلاة ركعتين عن أب الضامن، وإلزام الضامن المضمون له** بخياطة الثوب أو الصلاة ركعتين واجباره عليه ولو بالرجوع إلىٰ القضاء والشكاية عند القاضي، ليس إلّا أي ليس له في المقام فسخ عقد الضمان لو لم يخط المضمون له الثوب.

[٣٥٧٣] «مسألة ٦» : إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه ، أو بإذنه ، وقلنا إنّه يتبع بما ضمن بعد العتق ، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له[١] .

بذلك ، وقلنا إن التعليق هذا الذي يكون علىٰ أمر حاصل غير ضار ، والتزام الزوج أمر حاصل وهو التزامه بالاسكان أو التزامه باعطائه مائة دينار إلىٰ الزوجة يومياً ، والالتزام موجود حين العقد . **وفائدة هذا الشرط ونتيجته** أنّه إذا خالف الزوج ولم يعمل بالشرط ، ولم يعطها أو يسكنها في بلدتها خارجاً ، ليس لها فسخ النكاح ، حيث إن النكاح ـ كما هو المشهور ـ ليس من العقود القابلة للفسخ بالخيار والتقايل فيكون مقتضىٰ الشرط الذي تشترطه الزوجة ومعناه عرفاً حينئذٍ ليس الاّ وجوب ذلك علىٰ الزوج ، وجواز الزامها له ولو بالرجوع إلىٰ القضاء بالعمل بالشرط ، **وأما جواز** الفسخ لها فلا ، **فكذا في المقام حيث** إن الضمان كما عرفت غير قابل للفسخ ، والشرط المشترط انما يكون نافذاً وواجب الوفاء فيه إذا كان متعلق الشرط بيد المتعاقدين وكان لهما ذلك من غير شرط ، وأما ما لا يرجع متعلقه إليهما بل يرجع إلىٰ شخص ثالث فليس هذا الشرط بيدهما ، وليس لهما ذلك من غير شرط ، فلا يكون قابلاً للاشتراط ، بمعنىٰ أن دليل وجوب الوفاء بالشرط لا يكون شاملاً لذلك فيحتاج حينئذٍ جواز اشتراطه وصحته إلىٰ دليل خاص دال عليه . **وفي باب الضمان** إذا تحقق الضمان وحكم ببراءة ذمّة المضمون عنه وانتقال الدين إلىٰ ذمّة الضامن ، فارجاع الدين إلىٰ ذمّة المدين (الذي هو المضمون عنه) ثانياً ، ورفع اشتغال ذمّة الضامن منه الذي هو معنىٰ الفسخ ، ليس بيد الضامن والمضمون له ، **فليس هكذا شرط الذي بمعنىٰ ثبوت خيار الفسخ عند التخلف قابلاً للاشتراط حتى يشمله عموم قوله** ﷺ : «المؤمنون ـ المسلمون ـ عند شروطهم» وليس هنا دليل خاص دال علىٰ صحة ذلك ، **فلم يبق إلّا أن يكون معناه عرفاً ليس هو إلّا الزام المشروط عليه بالعمل بالشرط** ، من دون ثبوت حق الفسخ كما هو الحال في النكاح .

(١) إذا كان الضامن عبداً وضمن دين الغير **بغير إذن مولاه** ، وقلنا فيما تقدم[١] إنه لا مانع من ضمان العبد بدون إذن مولاه ، فينتقل الدين إلىٰ ذمّته ويتبع به بعد العتق ، **أو كان العبد الضامن**

---

(١) في السادس مما يشترط في الضمان . الواضح ١٦ : ٢٧٠ **موسوعة الامام الخوئي ٣١ : ٣٩٧ ـ ٣٩٨** .

[٣٥٧٤] «مسألة ٧» : يجوز ضمان الدَّين الحال حالاً ومؤجلاً[١] .

ضامناً باذن مولاه وقلنا سابقاً[١] إنه ينتقل الدين إلىٰ ذمّته ويتبع به بعد العتق ، ولا يلزم بالدين المولىٰ ، كاتلاف العبد مال الغير اختياراً أو بغير اختيار حيث يكون العبد هو الضامن له ، ولا يلزم المولىٰ بدفع ذلك ، فيتبع العبد به بعد العتق ، فإذا فرض أن المضمون له جاهل بكون الضامن عبداً ، **فهل يثبت له الخيار في ذلك أو لا ؟**

اختار الماتنقدس سره **ثبوت الخيار للمضمون له .**

والصحيح كما عرفت في المسألة المتقدمة عدم ثبوت الخيار له ، لأن اشتغال ذمّة المضمون عنه ثانية بعد براءتها وبراءة ذمّة الضامن بعد اشتغالها بالدين من دون أي سبب يقتضي ذلك كل ذلك خلاف الأصل ، ويحتاج إلىٰ دليل ، ولا دليل عليه في المقام[٢] .

(١) **ذكر الماتن**قدس سره أن الدين الذي يضمنه الضامن تارة يكون موافقاً من جهة الخصوصيات لما اشتغلت به ذمّة المدين ، وأُخرىٰ يكون مخالفاً من جهة الخصوصيات لما اشتغلت به ذمّة المدين .

والأوّل : وهو ما كان موافقاً من جهة الخصوصيات :

---

(١) في السادس مما يشترط في الضمان الواضح ١٦ : ٢٧٢ . **موسوعة الامام الخوئي ٣١ : ٣٩٩ .**

(٢) **ودعوىٰ** «أن ذلك نوع من الاعسار الموجب للخيار» كما في **المستمسك ١٣ : ١٦٤ (طبعة بيروت)** أو لأنه إما من الاعسار موضوعاً أو ملحق به عرفاً **كما عن السيد السبزواري في مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤١ .**

كما ترىٰ صغرى وكبرى ، فإنه ليس من الاعسار فإنّ الرقيّة غير الاعسار ، علىٰ أنّه قد يكون العبد مالكاً للمال بناءً علىٰ ما هو الصحيح من أنّه يملك فيسدد ، ولا ينتظر به إلىٰ ما بعد العتق ، وإنما ينتظر به إلىٰ ما بعد العتق إن لم يكن عنده مال ، والمولىٰ وإن كان مالكاً للعبد ولما يملك إلّا أن العبد مالك أيضاً ، وملكية المالك لذلك طويلة ، أي في طول ملكية العبد فيمكن للعبد التسديد بما أنّه مالك ، فليس عدم كون الضامن مملوكاً من شرائط الضمان ، ولا كون الضامن عبداً معناه كون الضامن معسراً ، ولا ملحقاً به لا شرعاً ولا عرفاً ، علىٰ أن الاعسار كما تقدم لا يوجب الخيار .

تارة (أ) ـ كضمان الدين الحال حالاً.

وأُخرىٰ (ب) كضمان الدين المؤجل إلىٰ أجل مؤجلاً إلىٰ ذلك الأجل، وليس بينهما اختلاف في ذلك، **فهذا القسم مما لا إشكال في صحته في الفرعين (أ) و(ب)**، وإن نسب[1] إلىٰ بعضهم عدم صحة الضمان إلّا مؤجلاً وأنه مثل السلم، فكما يعتبر في بيع السلم الأجل فكذلك يعتبر في الضمان الأجل.

إلّا أنّه لم يظهر لذلك أي وجه مقبول، بل الدليل علىٰ خلافه، لأن الضمان نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، واعتبار أن يكون الدين في ذمّة الضامن مؤجلاً دائماً يحتاج إلىٰ دليل، ولا دليل علىٰ ذلك إلّا أدلة ضعيفة سيأتي التعرض لها[2]، فضمان الدين الحال حالاً والمؤجل إلىٰ

---

(١) نسب ذلك العلّامة في المختلف والشيخ صاحب الجواهر إلىٰ الشيخ والمفيد وغيرهما قدّس الله أسرارهم، قال الشيخ صاحب الجواهر قدس سره **ما نصه**: «ففي محكي المقنعة: **[٨١٥]**، والنهاية [٢: ٣٨]: لا يصحّ ضمان نفس أو مال إلّا بأجل، وفي محكي الوسيلة: **[٢٨٠]**: إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال، وعدّ في محكي الغنية: **[٢٦٠]**،من شروط صحته أن يكون إلىٰ أجل معلوم... وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل في الضمان علىٰ نحو اعتباره في السلم» **الجواهر ٢٦: ١٣٠**.

وبذلك يظهر أن قول العاملي: «ونسب الخلاف جماعة إلىٰ المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية، ولم أجد ذلك في المقنعة، وليس في النهاية إلّا قوله: ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلّا بأجل» مفتاح الكرامة ١٦: ٣٥٦.

ليس صحيحاً كما عرفت من نقل العبارة المتقدمة.

(٢) إما اجماع الغنية فليس من المعلوم شموله للمقام، وعلىٰ فرض شموله للمقام موهون بذهاب الأصحاب ـ عدا من عرفت ـ إلىٰ صحة ضمان الحال حالاً، **قال صاحب الجواهر ٢٦: ١٣٠**: «حتىٰ الشيخ في محكي المبسوط». والمراد من ذلك اطلاق قول الشيخ «إذا كان الضمان مطلقاً فله أن يطالبه به أيّ وقت شاء، وإن كان مؤجلاً لم يكن مطالبة الضامن إلّا بعد حلول

أجل إلىٰ ذلك الأجل مما لا ينبغي الإشكال في صحته.

والثاني: وهو ما كان الدين الذي يضمنه الضامن مخالفاً من جهة الخصوصيات لما اشتغلت به ذمّة المدين:

فتارة (ج) يكون ضمان الدين الحال مؤجلاً، وهذا الفرع من القسم الثاني لم ينسب إلىٰ أحد من فقهائنا الخلاف في صحته[1].

﴿الأجل» **المبسوط ٢: ٣٠٤**، فإن قوله: له المطالبة في أي وقت شاء، أي سواء كان الدين الذي ضمنه (وكان الضمان مطلقاً) حالاً أم مؤجلاً.

وقد ذكر ابن إدريس في السرائر ما نصه: «وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا: ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلّا بأجل، والمراد بذلك: إذا اتفقا علىٰ التأخير والأجل فلابدّ من ذلك، ولا يصح إلّا بأجل محروس، فأمّا إذا اتّفقا علىٰ التعجيل فيصح الضمان من دون أجل، وكذا إذا أطلقا العقد، وإلىٰ هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه، وهو حقّ اليقين، لأنّه لا يمنع منه مانع، ومن ادعىٰ خلافه يحتاج إلىٰ دليل، ولم نجده» **الجواهر ٢٦: ١٣٠**، **وفي السرائر ٢: ٧٠** (ولن نجده) بدل (ولم نجده).

ولم يذكر أي دليل علىٰ اعتبار الأجل في الضمان علىٰ نحو اعتباره في السلم، وقد نص علىٰ ذلك في الجواهر في المورد المشار إليه.

ولعل المراد من قول السيد الأُستاذﷺ (إلّا أدلة ضعيفة سيأتي التعرض لها) هو إجماع الغنية، ولكن ليس هو مما سيأتي، وإنما الذي يأتي دليلان ادّعوْهما في عدم جواز ضمان الدين المؤجل حالاً، وسيأتي بيانهما وبيان ضعفهما، واحتمال الاشتباه أيضاً موجود.

(١) **في الشرائع ٢: ١٢٥**. «والضمان المؤجل جائز اجماعاً».

وفي المسالك ٤: ١٨٤: «هو موضع وفاق». **وكذا في التنقيح الرائع: ١٨٨**، **وإيضاح النافع نقله عنه في مفتاح الكرامة ١٦: ٣٥٤**، **التنقيح الرائع ٢: ١٨٨**، **وجامع المقاصد ٥: ٣١٠**، **ومفاتيح الشرائع ٣: ١٤٦**، مفتاح ١٠٣٠. **وقال في المسالك ٤: ١٨٤**، «وليس هذا تعليقاً

وأُخرىٰ (د) ما إذا انعكس **الأمر** وكان ضمان الضامن للدين المؤجل حالاً، كما لو كان دين المدين مؤجلاً إلىٰ سنة فيضمنه الضامن حالاً، وتكون ذمّة الضامن مشغولة به فعلاً ويلزمه الأداء كذلك، أو يضمنه مؤجلاً إلىٰ أقل من سنة أو أكثر من سنة، **فهل هذا الضمان صحيح** كما صح عكسه، أو لا؟

الظاهر الأوّل وهو الصحة، لما سيأتي من أن الضمان إنما يتعلق بنفس الدين، وأما الأجل الطويل أو القصير أو الحلول فإنما هو للشرط ليس إلّا[1].

ونسب الخلاف[2] **في ذلك** إلىٰ الشيخ قدس سره.

للضمان علىٰ الأجل، بل تأجيل للدَّين الحال في عقد لازم فيلزم»، **وقال السيد الحكيم** قدس سره **في المستمسك ١٣: ١٦٥**: «ويقتضيه عموم الأدلة».

(١) فتشمل الضمان المتعلق بالدين عمومات صحة الضمان السالمة عمّا يقتضي اعتبار الأجل فيه.

(٢) **نسب ذلك أيضاً صاحب الجواهر** قدس سره إلىٰ الشيخ وغيره، قال قدس سره ما نصه: «إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً بإذن المضمون عنه في ذلك وعدمه، ففي المحكي عن المبسوط [٢: ٣٤١ وفي طبعة جماعة المدرسين: ٣٢٤ فنسبة الجواز إلىٰ المبسوط التي نسبها صاحب الجواهر وفاقاً لابن إدريس وكما في الرياض ٩: ٢٧١ إنّما هي لاطلاق كلام الشيخ في المبسوط ٢: ٣٠٤]: لم يصح، وكذا لو كان إلىٰ شهرين فضمنه إلىٰ شهر، **لأن الفرع لا يرجح علىٰ الأصل**. ووافقه علىٰ ذلك فخر الإسلام، [إيضاح الفوائد ٢: ٨١ ـ ٨٢]، والكركي [في جامع المقاصد ٥: ٣١]، بل عن المختلف [٥: ٤٧]، أنّه استحسنه، بل قد عرفت أنّ الأولىٰ مقتضىٰ ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان، وإن كان ذلك حيثية أُخرىٰ غير ما نحن فيه...» **الجواهر ٢٦: ١٥٨**.

ثمّ إنّه يتضح بما ذكرنا أن قول العاملي في مفتاح الكرامة: «وقد نسب الخلاف في المختلف إلىٰ الشيخ في المبسوط وأنّه قال: لا يصحّ لأن الفرع لا يكون أقوىٰ من الأصل، ولم أجد ذلك فيه» مفتاح الكرامة ١٦: ٣٥٦.

غير صحيح، لأن ذلك ذكره الشيخ في المبسوط كما تقدم نقله عنه.

ومال إليه بعض[١]، وتوقف في المسألة ثالث[٢] وذكروا لذلك وجوهاً، إلّا أنّها لا ترجع إلىٰ محصّل.

الوجه الأوّل[٣]: ذكروا أن الدين المؤجل لا يجوز أن يضمنه ضامن حالاً، لأنّ الفرع لا يزيد علىٰ الأصل[٤].

---

(١) قد عرفت أنّه استحسنه في المختلف.

(٢) **وهو المحقق** في آخر كتاب الضمان، **الشرائع ٢ : ١٣١** في المسألة التاسعة من المسائل التي ذكرها بعنوان (الثالث في اللواحق). وذكر ذلك عنه في **الجواهر ٢٦ : ١٥٨** لا في أوّل كتاب الضمان حيث استظهر الجواز **الشرائع ٢ : ١٢٥**، وذكر ذلك عنه في **الجواهر ٢٦ : ١٣٠**.

(٣) **نسب الاستدلال بهذا الوجه** إلىٰ الشيخ الطوسي **العلّامة في المختلف ٥ : ٤٧٠، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣١٠**.

قال العلّامةﷺ: «إذا ضمن المؤجل حالاً قال في المبسوط إنه لا يصح، **لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوىٰ من الأصل**.

وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد: «وقال الشيخ لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوىٰ من الأصل».

وقد نقلنا عبارة الشيخ في المبسوط وهي قوله (لأن الفرع لا يرجح علىٰ الأصل) ٢ : ٣٤١ في الهوامش المتقدمة قريباً.

(٤) **معنىٰ أن الفرع يزيد علىٰ الأصل** هو أن الأصل هو الدين وهو مؤجل مثلاً إلىٰ سنة، وأما الفرع وهو الضمان فهو إذا كان حالاً فمعناه أن الدين المؤجل الذي هو ألف دينار إلىٰ سنة إذا ضمنه الضامن حالاً واعطاها الضامن إلىٰ المضمون له، فهذا في الحقيقة (بحسب قول مدعيه) هو الضمان الذي هو الفرع (لأنّه فرع الدين) صار أزيد من الدين. لأن الدين وهو ألف دينار إلىٰ سنة تساوي قيمته ٩٧٠ ديناراً مثلاً أو ٩٥٠ ديناراً نقداً، ومعنىٰ تساوي ذلك أنّه لا تشترىٰ هذه الألف إلىٰ سنة إلّا بأقل من ألف دينار، فإذا ضمنها الضامن حالاً وأعطىٰ ألف دينار إلىٰ

وهذا كلام لا معنىٰ له ، لأنّ الضمان وإن كان فرعاً للدين إلّا أنّ الضمان في الدين لا في الأجل ، وإنّما ثبت الأجل بالاشتراط ، بمعنىٰ أن الضامن ضمن الدين واشترط عليه المضمون له أن يؤديه حالاً ، وأين هذا من زيادة الفرع علىٰ الأصل[1] ، **ولو صحّ هذا الوجه للزم في عكسه أيضاً** ،

المضمون له ، صار الضمان الذي هو الفرع أزيد من الدين الذي هو الأصل ، لأن الأصل ٩٥٠ مثلاً والفرع ألف دينار .

(١) **أي أن الملاحظ في الضمان إنما هو الدين لا الأجل** ، بمعنىٰ أن الضامن إنما ضمن الدين وهو ألف دينار ، واشترط عليه المضمون له أن يؤديه حالاً . وهذا لا ربط له بزيادة الفرع علىٰ الأصل . **وإنما ذلك فيما** إذا لوحظ في الضمان لا الدين فقط ، بل هو والأجل ، **ولا معنىٰ لضمان الأجل ، وإنما** الذي يضمن ليس إلّا الدين ، فإن الضمان إنما هو نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن . نعم ، لو كان المراد شراء لدين المؤجل لكانت قيمة الألف دينار المؤجل إلىٰ سنةٍ ٩٥٠ ديناراً مثلاً ، فتشترىٰ بذلك نقداً ، وأما المراد في المقام ليس إلّا الضمان ، وهو لا يتعلق إلّا بالدين ، والدين ليس إلّا ألف ، غاية ما في الأمر شرط المضمون له كون الضمان الذي هو للدين فقط أن يؤديه حالاً .

ثمّ لو فرض صحة إشكال زيادة الفرع علىٰ الأصل في ضمان المؤجل حالاً أتى نفسه في عكسه أي في ضمان الحال مؤجلاً ، فإنه يلزم منه نقصان ما ضمنه الضامن ، وهو بلا كلام غير جائز ، لأن في الضمان ـ أي في الانتقال من ذمّة إلىٰ ذمّة ـ لابدّ وأن يكون المنتقل نفسه هو هو أي لو كان ألفاً فهو الذي ينتقل إلىٰ ذمّة الطرف الآخر أي الضامن ، فلو ضمن تمام الألف دينار الحالة مؤجلاً فمعناه (بحسب إشكال المشكل) أنه ضمن ٩٥٠ ديناراً ، لا ألف دينار ، لأن ألف مؤجلة إلىٰ سنة تساوي ٩٥٠ ديناراً . فهو قد ضمن تسعمائة وخمسين لا ألف دينار **وهو غير جائز ، لأنه لم يضمن الألف بألف وإن لم يستلزم منه بحسب قولهم زيادة الفرع علىٰ الأصل ، إلّا أن الضمان بالانقص غير جائز إجماعاً** . وكذا لو ضمن نصفها أي نصف الألف الحالة مؤجلاً إلىٰ سنة فمعناه أنّه ضمن ٤٧٥ لا خمسمائة ، ومقتضىٰ أدلة الضمان قاضية بأن الدين المضمون

فإنّه إذا كان الدين حالاً وكان الضمان مؤجلاً للزم أن ينقص ما ضمنه الضامن عن الدين ، وهو غير جائز ، فإن مقتضىٰ أدلة الضمان أن يكون المنتقل إلىٰ ذمّة الضامن مثل ما في ذمّة المضمون عنه بلا زيادة ولا نقيصة ، فكما أن الفرع لا يزيد علىٰ الأصل ، لابدّ وأن لا ينقص عنه أيضاً ، والحال إن هذا مما لا يمكن الالتزام به ، **وليس ذلك** إلّا لكون التقديم والتأخير خارجين عن حقيقته ، **فدعوىٰ أنّ الفرع لا يزيد علىٰ الأصل لا أساس لها في المقام** ، ومن ذلك يظهر بطلان الوجه الثاني الآتي الذي استدلوا به .

الوجه الثاني : ما ذكره فخر المحققين[١] واستحسنه والده العلّامة قدس سره[٢] في المختلف[٣] ، وهو **أن ضمان المؤجل حالاً ضمان لما لم يجب** ، فإن مالية الحال ومالية المؤجل مختلفة ، **فمعنىٰ ضمان المؤجل حالاً هو الضمان بأكثر مما كانت الذمّة مشغولة به ، فهو من ضمان ما لم يجب** .

وفيه : أنّه ظهر جواب ذلك مما تقدم ، لأن الضمان إنّما تعلق بنفس الدين ، وثبوت كونه حالاً إنّما هو للشرط ، فليس المقام من ضمان ما لم يجب[٤] .

والمنتقل إلىٰ ذمّة الضامن هو هو الذي كان في ذمّة المضمون عنه ، ولا يصبح ناقصاً بالضمان المذكور . **فالالتزام بزيادة الفرع علىٰ الأصل في ضمان المؤجل حالاً يقتضي أيضاً النقيصة في عكسه أي في ضمان الحال مؤجلاً ، ولا يلتزم به القائل بلزوم زيادة الفرع علىٰ الأصل في ضمان المؤجل حالاً ، ولا يمكنه أيضاً الالتزام به جزماً** لمخالفته لأدلة الضمان ، **فكذا** الالتزام بزيادة الفرع علىٰ الأصل أيضاً لا يمكن الالتزام به ، **وذلك كله** ليس إلّا لأنّ التقديم والتأخير ليسا داخلين في الضمان ، بل خارجين عن حقيقته ، وليس التقديم والتأخير إلّا للشرط .

(١) إيضاح الفوائد ٢ : ٨١ ـ ٨٢ .

(٢) واختاره المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣١٠ .

(٣) مختلف الشيعة ٥ : ٤٨٧ مسألة ١٥٦ .

(٤) **قال السيد السبزواري** قدس سره : والحق جلالة مقامهم [أي الفخر ولد العلّامة ووالده والمحقق

وكذا ضمان المؤجّل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل ، أو أزيد ، أو أنقص[1] .

---

(١) ومما ذكرنا من أن الضمان إنما يتعلق بالدين دون الأجل والأجل إنّما هو للاشتراط يظهر صحة الضمان مع اختلاف الأجلين أيضاً من حيث الزيادة أو النقيصة[1] .

الكركي] أجل عن أن يعتمدوا في الأحكام الإلهية على مثل هذه الوجوه الضعيفة ، وإنما جرت أمثال ذلك ليعلم الطبقات اللاحقة أن الإنسان حليف الخطأ وإن بلغ أقصى الذروة العليا في الفكر والفهم ، وتلك سنّة الله التي جرت في عباده : ﴿**وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ ٱللَّهِ تَبْدِيلاً**﴾ [الأحزاب ٣٣ : ٦٢]» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤٢** .

ثمّ أقول : استدل على ذلك أيضاً ـ أي استدل على عدم صحة ضمان المؤجل حالاً ـ بأدلة أُخرى غير ما ذكره الماتن قدس سره .

منها : أنّ الضمان مبني على الإرفاق وحلول المؤجل ينافيه .

ومنها : أن الضامن يطالب المضمون عنه عند التأدية فتنتفي فائدة الضمان ، لأن ضمان الدين قبل حلول الأجل حالاً كضمان ما لم يجب .

ولأجل ضعف هذه الوجوه لم يذكرها الماتن قدس سره دليلاً لهم ، فإن بناء الضمان على الارفاق بنحو لو لم يكن فيه إرفاق فهو باطل أوّل الكلام ، ولا دليل عليه ، فجعله من المسلمات لا شك أنّه من المصادرات ، وكذا دعوى انتفاء فائدة الضمان . فإنّه لم يدل على ذلك أي دليل ، فجعله من المسلمات أيضاً من المصادرات .

(١) فلو كان الدين مؤجلاً إلى سنة فضمنه الضامن إلى سنتين أو إلى ستة أشهر أو إلى سنة صح بلا كلام .

أما صحته إلى ستة أشهر فلم يخالف فيها حتى من قال لا يصح ضمان الدين الحال حالاً ، لأن الضمان في المقام لا حالاً للمؤجل ، بل مؤجلاً للمؤجل أيضاً ، غاية الأمر أجل الضمان أقل من أجل الدين ، فلا يأتي كلامهم المتقدم الذي هو (لا يصح ضمان مال أو نفس إلّا بأجل) على فرض صحته ـ ولا يصح أبداً كما تقدم ـ فإن المقام ضمان مال بأجل ، لا بلا أجل .

والقول بعدم صحّة الضمان إلّا مؤجَّلاً وأنّه يعتبر فيه الأجل كالسلم ، ضعيف[١] ، كالقول بعدم صحّة ضمان الدَّين المؤجَّل حالاً أو بأنقص . ودعوىٰ أنّه من ضمان ما لم يجب[٢] كما ترىٰ .

[٣٥٧٥] «مسألة ٨» : إذا ضمن الدَّين الحال مؤجلاً[٣] بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدَّين ، فلو أسقط الضامن أجله وأدّىٰ الدَّين قبل الأجل ، يجوز له الرجوع علىٰ المضمون عنه لأنّ الذي كان عليه حالاً ولم يصر مؤجّلاً بتأجيل الضامن . وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه وأخذ من تركته ، يجوز لوارثه الرجوع علىٰ المضمون عنه . واحتمال صيرورة أصل الدَّين مؤجلاً حتّىٰ بالنسبة إلىٰ المضمون عنه ضعيف .

فالصحيح : أنّه لا فرق بين أن يكون ما في ذمّة المدين موافقاً لما في ذمّة الضامن أو مخالفاً من حيث التأجيل والتعجيل .

(١) تقدم وجه الضعف .

(٢) تقدم أيضاً بطلان هذا الوجه وهو المتقدم بعنوان الوجه الثاني أيضاً .

(٣) إذا كان الدَّين حالاً فأمر المدين شخصاً أن يضمنه ، فضمنه الضامن مؤجلاً فهنا عقدان ، **عقد بين المضمون عنه والضامن** ، علىٰ أن يكون الفداء من الضامن بأمر المضمون عنه ، وهذا غير

﴿ **وأمّا صحته إلىٰ سنتين** فلبطلان الوجهين اللذين استدل بهما علىٰ عدم صحة ضمان الحال مؤجلاً ، الآتين في ضمان المؤجل بأزيد من أجله ، حيث يقال : إن ضمان الألف المؤجلة إلىٰ سنة يستلزم زيادة الفرع علىٰ الأصل ، وأنّه من ضمان ما لم يجب ، وقد عرفت الجواب عن الأوّل والثاني ، والجامع بين الجوابين أن الضمان إنما هو للدين ، والأجل إنما هو للشرط ، فلا استلزام لزيادة الفرع علىٰ الأصل في الأوّل ، وإن كان الدين هو الأصل والضمان هو الفرع ، ولا أنه من ضمان ما لم يجب ، حيث إنّ الضمان أيضاً إنما يتعلق بالدين لا بالاجل ، والأجل إنما هو للشرط الذي يقبله الضامن إن كان من المضمون له ، والذي يقبله المضمون له إن كان من الضامن .

وأما صحته إلىٰ سنة (أي أجل الضمان بمثل أجل الدين) فلم يخالف فيها أحد من علمائنا علىٰ ما تقدم أيضاً .

مقيد بشيء ، ومقتضىٰ أمر المضمون عنه الضامن بالضمان مع كون الدين حالاً ، أن يكون الضمان علىٰ المضمون عنه ، في أي وقت أدىٰ الضامن الدين لزم المضمون عنه أن يؤدي دينه . **وعقد بين الضامن والمضمون له** ، وفي هذا العقد جعل الضامن الأجل ، فالأجل أجل للضمان لا لدين المضمون عنه[1] ، بل دين المضمون عنه كان حالاً ، وحيث أمر غيره بالضمان فهذا الأمر يوجب

---

(١) **في الجواهر** : «هل يكون هذا الأجل للدين أو هو أجل للضمان ؟ وتظهر الثمرة فيما لو أدّىٰ الضامن قبل الأجل ، فإنه لا يستحقّ الرجوع علىٰ الأوّل ، بخلاف الثاني الذي لا يخلو عن قوّة ، بل هو صريح المسالك وغيرها في المسائل الآتية» . **الجواهر ٢٦ : ١٢٩** .

وقال أيضاً : **قد ظهر لك ممّا ذكرناه مكرّراً** أنّه لو كان المال [أي الدين] حالاً فضمنه مؤجّلاً جاز ، وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن إلّا بعد الأجل بلا خلاف عندنا . نعم ، قد عرفت أنّ هذا الأجل أجل للضمان لا للدين ، فلو مات الضامن حلّ وأُخذ من تركته ورجع الورثة علىٰ المضمون عنه ، وكذا لو دفع الضامن معجّلاً باختياره لإسقاط حقه ، بخلاف ما لو كان الدين مؤجلاً عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك ، فإنّه بحلوله بموته ـ مثلاً ـ لا يحلّ علىٰ المضمون عنه ، لأن الحلول عليه لا يستدعي الحلول علىٰ الآخر ، ولو كان الدين مؤجلاً إلىٰ أجل فضمنه إلىٰ أزيد من ذلك الأجل جاز بلا خلاف ولا إشكال ، لكن إن أدّىٰ قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلّا بعده ، وإن أدّىٰ بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه فله المطالبة ، لأنّه قد صار الأصل حالاً ، والفرض أداء الضامن وإسقاط حق نفسه من الأجل الزائد ، وكذا القول لو مات وأدّىٰ وارثه . نعم ، لو قلنا إن الأجل للضمان أجل للدين ، اتجه حينئذٍ مراعاته للمضمون عنه ، وإن حلّ علىٰ الضامن أو اسقطه ، كما هو واضح» **الجواهر ٢٦ : ١٣٣** .

قال السيد الحكيمﷺ تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ (فالأجل للضمان لا للدين) **ما نصه** : «وفي الجواهر [٢٦ : ١٢٩] : **أنّه لا يخلو عن قوة** . والمراد به أنّه أجل لجواز مطالبة الضامن [من قبل المضمون له] فلا يجوز مطالبته قبله ، فإن ذلك مقتضى الشرط النافذ الصحيح ، وهو لا يرتبط

الضمان بمعنىٰ أنه متى ما أدى الضامن المال ، له أن يرجع إلىٰ الآمر ، فكون العقد الثاني ـ الذي بين الضامن والمضمون له ـ مؤجلاً لا يوجب بأي وجه من الوجوه[1] أن يكون دين المضمون عنه

بالدين الذي كان في ذمّة المضمون عنه ، فإنه لم يكن مؤجلاً قبل الضمان ، والضمان لا يقتضي تأجيله ، لأنّ الشرط لم يكن متعلقاً به ، وإنما كان متعلقاً بالضامن» **المستمسك ١٣ : ١٦٧ طبعة بيروت .**

وقول السيد الأُستاذﷺ : (فالأجل أجل للضمان لا لدين المضمون عنه) إنما هو لبيان أن دين المضمون عنه حال ، فالأمر والإذن في ضمانه بالنسبة إلىٰ الغير يوجب أن يحق للغير الرجوع عليه متىٰ ما أدّىٰ ، فلو ضمن الضامن الدين الحال المذكور مؤجلاً واسقط الأجل وأدىٰ المال إلىٰ المضمون عنه رجع بالأداء إلىٰ المضمون عنه ، وإن لم يأت أجل الضمان لا أن للمضمون عنه الحق في عدم الأداء إلىٰ أن يأتي أجل الضمان الذي ضمنه الضامن ، وذلك لأن الأجل الذي أجّله الضامن إنما هو لضمانه ، لا لدين المضمون عنه الحال ، فالأجل في الضمان لا يقلب دين المضمون عنه الحال إلىٰ كونه مؤجلاً بأجل الضمان . **فقوله**ﷺ (فالأجل أجل للضمان لا لدين المضمون عنه) لا ينافي قوله المتقدم في المسألة المتقدمة الذي هو (إلّا أنّ الضمان في الدين لا في الأجل ، وإنما ثبت الأجل بالاشتراط) . **فالعقد الأوّل** كان بين الضامن والمضمون عنه وهو أمره بالضمان ، فالضمان إنما يتعلق بالدين الحال ، ولا يوجب قلب الدين الحال إلىٰ مؤجل ، وإن أجلّه الضامن . **والعقد الثاني** بين الضامن والمضمون له وفيه جعل الأجل للضمان ، فلا ربط له بدين المضمون عنه الحال .

(١) وإن نسب (في **مهذب الأحكام**) القول بأن دين المضمون عنه الحال يكون مؤجلاً بضمان الضامن الدين مؤجلاً : إلىٰ العلّامة والشيخ ، قال **السيد السبزواري**ﷺ : «وما يصلح لاعتمادهم عليه وجهان :

الأوّل : أن تقييد الضمان تقييد لأصل الدين عرفاً .

الثاني : أن الدين الأصلي قد فرغت عنه ذمّة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل ،

مؤجلاً أيضاً ، فإن ذلك عقد وهذا عقد آخر ، فلو فرض أن الضامن أسقط الأجل وأدىٰ الدين قبل أجله ، له أن يرجع إلىٰ المضمون عنه بعد ذلك وقبل حلول الأجل ، فإن الأجل كان حقاً للضامن

وإطلاق ما دل علىٰ صحّة رجوع الضامن إلىٰ المضمون عنه بعد الأداء يقتضي الرجوع إليه في المقام» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤٣** .

والثاني من هذين الوجهين هو الذي ذكره السيد الحكيم في المستمسك علىٰ ما سيأتي في الهامش قريباً ، وهو يقتضي عدم تأجيل أصل الدين وجواز الرجوع علىٰ المضمون عنه متىٰ ما أدّىٰ الضامن ولو بالغاء أجله . **فكيف يعدّ من** الوجوه التي تدل علىٰ تأجيل الدين بتأجيل الضمان ، فإن اطلاق ما دل علىٰ صحة رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بعد الأداء يقتضي الرجوع عليه بعد الأداء ، وإن كان قبل مجيء أجل الضمان ، **فكيف يكون دليلاً** علىٰ أن أجل الضمان هو أجل الدين . **ثمّ إن الملاك** لجواز الرجوع قبل الأجل إنما هو كون الدين الذي كان علىٰ المضمون عنه حالاً ، ولا ينقلب بالضمان المؤجل إلىٰ كونه مؤجلاً لعدم إمكان انقلاب الشيء عما هو عليه ، لا اطلاق ما دل علىٰ جواز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بما دفعه ، لأن ذلك مقيد بأجل أصل الدين ، فإن كان أصل الدين مؤجلاً فهو يقتضي تقييد هذا الإطلاق ، وإن كان أصل الدين حالاً فهو ـ أي كون أصل الدين حالّاً ـ هو المقتضي لجواز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه إذا ادّىٰ ، كما عرفت .

وأما الوجه الأوّل وهو دعوىٰ أن تقييد الضمان تقييد للأصل الدين .

ففيه : أنه إن أُريد من تقييد الضمان تقييده بالأجل من قبل الضامن وأنّه هو هو يكون تقييداً لأصل الدين بالأجل ، فهذا في نهاية الضعف ، إذ ليس بين هذين الموضوعين ـ وهما الضمان والدين ـ أي ملازمة حتىٰ يكون تقييد أحدهما تقييداً للآخر . **وإن أُريد** تقييد المضمون عنه وإذنه في الضمان بما إذا كان مؤجلاً أو بما يكون فيه الأداء مؤجلاً إلىٰ سنة مثلاً ، **فهذا خارج عن محل البحث كما سيأتي** دعواه من **السيد الحكيم** وجواب السيد الأستاذ السيد الخوئي عنه ، والجواب عنه هو بأنّه خروج عن محل الفرض ، لأن محل الفرض هو إذن المضمون عنه وأمره بالضمان ليس إلّا ، من دون أي قيد لا له ولا للأداء بالأجل .

لا للمضمون عنه ، وكذا لو مات الضامن حيث يكون دينه المؤجل معجلاً أو حالاً بالموت ، فلو أدىٰ ورثته الدين لهم الرجوع إلىٰ المضمون عنه فعلاً من دون توقف على انقضاء الأجل[1] .

والمتحصل : أن الأجل أجل للضمان ، وهو أمر راجع إلىٰ الضامن ، وأما المضمون عنه فدينه كان حالاً[2] ، ودين المضمون عنه وإن سقط بالضمان ، إلّا أنّ أمره بالضمان يوجب أن يكون

---

(١) **والذي صرح بما ذكره الماتن والسيد الأُستاذ** قدس سرهما جمع من الأصحاب منهم ما عرفت من نقل عبارة الجواهر في الهامش الأوّل من هوامش هذه المسألة ، **الجواهر ٢٦ : ١٣٣** ، والمحدث البحراني في **الحدائق ٢١ : ٢٠** ، والمحقق الكركي في **جامع المقاصد ٥ : ٣٢١** ، والشهيد الثاني في **المسالك ٥ : ١٨٨** .

(٢) **مما وضحّه السيد الأُستاذ** دام ظله ، **ومما هو ظاهر كلام الماتن** دام ظله **يتبين أن هاء (عليه) في قول الماتن** (لأن الذي كان عليه حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان) راجعة كما هو ظاهر إلىٰ الدين الذي كان علىٰ المضمون عنه للمضمون له ، وهو بضمان الضامن له وإن فرغت ذمّة المضمون عنه حالاً كان الدين أو مؤجلاً ، إلّا أن ضمان الضامن إنما كان للدين الحال علىٰ المضمون عنه ، والتعليل إنما هو به .

وقال السيد الحكيم دام ظله **في المستمسك ١٣ : ١٦٧** معلقاً علىٰ قول الماتن دام ظله (لأن الذي كان عليه كان حالاً) **ما نصه** : «لا يخفىٰ أن الدين الذي عليه كان للمضمون عنه ، وقد فرغت ذمّته منه حالاً كان أو مؤجلاً ، وليس للضامن عليه شيء سابقاً ، وإنّما حدث لدفع الضامن إلىٰ المضمون له ، فليس هناك دين حال كي يعلل به الحكم ، وكان اللازم تعليله باطلاق ما دل علىٰ جواز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بما دفعه المقتضي للحلول ، **لكن ذلك إذا أذن في الضمان عنه مطلقاً** ، وأما إذا أذن بشرط الأجل ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشكال ، إذ قد يرجع ذلك إلىٰ اشتراط الأجل في الرجوع إليه ، فلا يجوز الرجوع قبله» . **وهذه العبارة لا معنىٰ لها** إلّا إذا كان بدل (للمضمون عنه) (للمضمون له) لأن المراد من (عليه) أي علىٰ المضمون عنه ، فكيف يكون الدين للمضمون عنه ، والحال إنّه عليه لا له ، وهو الذي فرغت ذمّته منه

[٣٥٧٦] «مسألة ٩» : إذا كان الدَّين مؤجَّلاً فضمنه الضامن كذلك* ، فمات وحلّ ما عليه وأخذ من تركته ، ليس لوارثه الرجوع علىٰ المضمون عنه[١] إلّا بعد حلول أجل أصل الدَّين ، لأنّ الحلول علىٰ الضامن بموته لا يستلزم الحلول علىٰ المضمون عنه .

المضمون عنه ضامناً علىٰ تقدير الأداء في أي وقت كان .

نعم ، لو قيد المضمون عنه إذنه بالضمان بما إذا كان الأداء مؤجلاً ، حيث إن التقييد من حق المضمون عنه ، فلو أدىٰ الضامن قبل الأجل الذي عيّنه المضمون عنه ليس له حق الرجوع علىٰ المضمون عنه ، وإن كان دين المضمون عنه حالاً إلّا أن إذنه بالضمان إنما كان مقيداً بالأداء مؤجلاً ، فالأداء قبل الأجل تبرع من الضامن ، ومعه ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه قبل الأجل ، ولكن هذا الفرض خارج عن محل الكلام[١] .

(١) إذا كان الدين مؤجلاً وأمر المدين أحداً بضمانه مؤجلاً فضمنه مؤجلاً ، كما إذا كان

بضمان الضامن حالاً كان الدين أو مؤجلاً ، وهو الذي ليس للضامن عليه شيء سابقاً ، وهو الذي حدث عليه الدين لدفع الضامن المال إلىٰ المضمون له .

وقول السيد الحكيمقدس سره (فليس هناك دين حال كي يعلل به الحكم) **مردود** ، لأنه لم يعلل الحكم بالدين الحال ، بل بالذي كان حالاً قبل الضمان ، وبه علل الحكم ، سواء كان اطلاق ما دل علىٰ جواز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بما دفعه مقتضياً للحلول أم لا .

وأما قول السيد الحكيمقدس سره : «لكن ذلك إذا أذن في الضمان عنه مطلقاً ، وأما إذا أذن بشرط الأجل ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشكال ، إذ قد يرجع ذلك إلىٰ اشتراط الأجل في الرجوع إليه فلا يجوز الرجوع إليه قبله» **فهو خروج عن محل الكلام** ، إذ إن المفروض أن أذنه بالضمان كان مطلقاً غير مقيد بأجل ولا بتقيد الأداء بالأجل أيضاً .

(*) هنا لابدّ وأن يقيد الماتن الضمان بكونه بإذن أو أمر المضمون عنه ـ في قبال الضمان التبرعي من الضامن ـ كما قيد بذلك الماتن في المسألة السابقة عليه واللاحقة له .

(١) **هذا تعريض بكلام السيد الحكيم**قدس سره حيث قال : «لكن ذلك إذا أذن في الضمان عنه مطلقاً ، أما إذا أذن بشرط الأجل ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشكال ، إذ قد يرجع ذلك إلىٰ اشتراط الأجل في الرجوع إليه ، فلا يجوز الرجوع قبله» **المستمسك ١٣ : ١٦٧ طبعة بيروت .**

المدين مديناً بألف إلىٰ أوّل محرم فضمنها الضامن إلىٰ ذلك الأجل وهو أوّل محرم، ثمّ بعد ذلك مات الضامن كما إذا مات في رجب، فحل الدين بموته وأُخذ من تركته، ليس لوارث الضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه قبل حلول أجل أصل الدين أي قبل حلول أوّل محرم، نعم لهم الرجوع إليه بعد حلول أجل أصل الدين، لأن الحلول علىٰ الضامن عند موته إنّما هو بالنسبة إلىٰ دين الضامن، ولا يستلزم الحلول علىٰ الضامن الحلول علىٰ المضمون عنه، فالحلول إنما هو بالنسبة إلىٰ دين الضامن، لا إلىٰ دين المضمون عنه، بمعنىٰ أن دين المضمون عنه الذي سقط لم يكن حالاً[1]، ولا ينقلب عما هو عليه في وقته، وأمر المضمون عنه بالضمان كان متعلقاً بالدين المؤجل.

---

(١) والملاك إنّما هو حال هذا الدين، فكما كان في المسألة السابقة حالاً كان في مسألتنا هذه مؤجلاً، وعلىٰ **كلا المسألتين لا ينقلب عما هو عليه في وقته**، والمفروض أن إذن وأمر المضمون عنه بالضمان إنما كان متعلقاً بالدين المؤجل. ولا ملازمة بين الحلول علىٰ الضامن بالموت والحلول علىٰ المضمون عنه بموت الضامن. بل يحلّ علىٰ الضامن ولا يحلّ علىٰ المضمون عنه حتىٰ مع أداء الضامن واسقاطه للأجل، فضلاً عن موته وأداء الورثة، حيث يحل بالموت الأجل بالنسبة إلىٰ الميت، لكن الدين الذي كان علىٰ المضمون عنه كان مؤجلاً، ولا ينقلب عما هو عليه بذلك. ذكر ذلك في القواعد ٢: ١٥٩، والجواهر ٢٦: ١٢٩ من دون نقل خلاف، وفي مفتاح الكرامة ج ٥: ٣٨٢ الطبعة الحجرية، ج ١٦ الطبعة الحديثة: ٤٤٠، وحكاه عن المبسوط والتذكرة والتحرير معللاً له بما في المتن.

وقال السيد الحكيمقدس سره: «لكن قد عرفت أن الدين الأصلي قد فرغت منه ذمّة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، واطلاق ما دل علىٰ رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بما أدّاه يقتضي جواز الرجوع في المقام بعد الأداء من دون مقيد يقتضي تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذي كان علىٰ المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضي التأجيل للدين الجديد. نعم إذا كان إذن المضمون عنه مقيداً بالمؤجل، بحيث يفهم منه اشتراط عدم الرجوع إليه قبل الأجل كان الشرط المذكور مانعاً من الرجوع علىٰ المضمون عنه، وهو أمر آخر غير كون الدين مؤجلاً في

وكذا لو أسقط أجله وأدّىٰ الدَّين قبل الأجل ، لا يجوز له الرجوع علىٰ المضمون عنه[1] إلّا بعد انقضاء الأجل .

---

(١) إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن مؤجلاً ، ثم اسقط الضامن الأجل وأدّى الدين ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه قبل حلول الأجل ، لأن الضمان كان تابعاً لأمر المضمون عنه ، وأمره

نفسه» **المستمسك ١٣ : ١٦٧ طبعة بيروت** .

وفيه : قد توضح مما ذكرنا الآن وفي التعليقة السابقة علىٰ المسألة السابقة **أن الملاك في ذلك إنما هو حلول الدين الذي برئت منه ذمّة المضمون أو كونه مؤجلاً** ، وهو في المقام متحقق ، حيث إن المفروض أن دين المضمون عنه مؤجل والأمر بضمانه أمر بضمان الدين المؤجل ، والمفروض أن الضامن ضمنه مؤجلاً ، والدين المؤجل الذي علىٰ المضمون عنه لا ينقلب عما هو عليه بموت الضامن وحلول دينه وأداء الوارث ، أو باسقاطه (الضامن) الأجل وأداء الدين . فليس له أو لهم حق مطالبة المضمون عنه بذلك قبل الأجل ، فلابدّ له أو لهم انتظار أجل المضمون عنه ، فإذا جاء جاز له أو لهم مطالبة المضمون عنه ، وليس لهم مطالبته قبل ذلك .

هذا مضافاً إلىٰ منافاة ما ذكره السيد الحكيم قدس سره **هنا لما ذكره في المسألة المتقدمة** حيث قال في المسألة المتقدمة ، التي هي ضمان الحال مؤجلاً : «وأما إذا ضمن بشرط الأجل ففي جواز الرجوع قبل الأجل إشكال ، إذ قد يرجع ذلك إلىٰ اشتراط الأجل في الرجوع إليه ، فلا يجوز الرجوع قبله» **المستمسك ١٣ : ١٦٧ طبعة بيروت** . **وفي المقام المفروض** أن الضامن مأمور من المضمون عنه أو مأذون بضمان الدين المؤجل ، وضمان الضامن الدين المؤجل مؤجلاً ، ومعه كيف يصح ـ مع إسقاط الضامن الأجل أو موته والأخذ من تركته ـ الرجوع علىٰ المضمون عنه لاطلاق ما دل علىٰ رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بما أدّاه بمجرد أن يؤدي من دون مقيد يقتضي تأجيل الرجوع [النقل مضموناً عن **المستمسك ١٣ : ١٦٧**] ، **فإنه في المقام** المقيد لتأجيل الرجوع موجود ، وهو أمر الضامن أو إذنه بالضمان المتعلق بالدين المؤجل ، وضمان الضامن الدين المؤجل مؤجلاً ، وهو يقتضي تأجيل الرجوع . فهو بمثابة التقييد المقتضي لتقييد الرجوع عليه بما بعد الأجل ، بل هو عين التقييد لا بمثابته .

[٣٥٧٧] «مسألة ١٠» : إذا ضمن الدَّين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه ، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك وإلّا فلا يجوز إلّا بعد انقضاء الأجل[١] ، والإذن في الضمان أعمّ من كونه حالاً .

كان متعلقاً بالدين المؤجل ، فأداء الضامن الدين قبل ذلك لم يكن بأمر المضمون عنه ، وإن كان أداء نفس الدين مأموراً به ، ولا بأس به إلّا أنّه لا يوجب أن يكون المضمون عنه ضامناً قبل الأجل حتى يصح الرجوع عليه ، فلا بد للضامن من الانتظار الى أن يحلّ الأجل ثمّ يرجع على المدين .

(١) إذا كان الدين مؤجلاً وأمر المدين أحداً بالضمان مطلقاً[١] فضمنه الضامن معجلاً وحالاً وأدىٰ الدين إلىٰ المضمون له ، ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه قبل حلول الأجل ، لأن دين المدين كان مؤجلاً ، **فحتىٰ لو كان الأمر بالضمان مطلقاً** ، لا يقتضي صحة الرجوع علىٰ المضمون عنه إلّا بعد الأجل ، **إلّا أن يفهم من الأمر بالضمان مطلقاً عرفاً الضمان حالاً** ، كما لو كان معنىٰ قوله أضمن حينئذٍ أي أضمن حالاً . **وأما لو لم يفهم منه ذلك فالضمان حالاً والأداء لا يقتضي جواز الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل** ، وإن كان الأمر بالضمان مطلقاً ، **لأن ضمان الضامن حالاً كان بزيادة من الضامن ، لا بأمر من المضمون عنه الذي كان دينه مؤجلاً** حتىٰ يصح ويُلزم المضمون عنه به[٢] .

---

(١) **فرض هذه المسألة غير فرض المسألة السابقة عليها** ، لأن السابقة عليها إنما هي الإذن بالضمان مع عدم الاطلاق وتقييد الضمان المأمور به أو المأذون فيه وتعلقه بالدين المؤجل ، وهو يقتضي التقييد به . وأما في هذه المسألة فالمفروض أن الضمان الذي أذن به المضمون عنه أو أمر به إنما هو الضمان المطلق وضمنه الضامن معجلاً ، والحال إنّ دين المضمون عنه مؤجل .

(٢) **وبهذا يتضح أن دعوىٰ** اقتضاء اطلاق الأمر بضمان الدين المؤجل ينصرف إلىٰ ضمانه حالاً ، سواء علم الضامن بتأجيل الدين أم لم يعلم **أنوار الفقاهة ٦ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣** .

دعوىٰ غير صحيحة ، نعم اطلاق الضمان أعم من كونه حالاً ، فقد يكون ظاهراً في الضمان حالاً فيترتب عليه أثره ، وقد لا يكون ظاهراً في ذلك فيكون ظاهراً في الضمان المؤجل كالدين المضمون ، ويكون الحلول بزيادة من الضامن ، ليس إلّا .

[٣٥٧٨] «مسألة ١١» : إذا ضمن الدَّين المؤجل بأقلّ من أجله وأدّاه ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه إلّا بعد انقضاء أجله ، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأدّاه ، جاز له الرجوع عليه ، علىٰ ما مرّ من أنّ أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدَّين مؤجَّلاً[١] .

---

(١) **ذكرنا فيما تقدم**[١] **أن في مسألة الضمان مع الإذن معاملتين ، وهنا** ـ أي في هذه المسألة بفرعيها الضمان بأقلّ من الأجل أو بأكثر منه ـ **ضمان مع الأذن** ، فهنا معاملتان :

معاملة أولىٰ بين الضامن والمضمون عنه ، فإذا أذن له في الضمان يصح ضمان الضامن الدين ، وإذا أدىٰ الضامن الدين يجوز له الرجوع إلىٰ المضمون عنه **ما لم يكن ضمان الضامن للدين المؤجل بأقل من أجله** ، كما في الفرع الأوّل من هذه المسألة ، فإنه إذا ضمنه بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه إلّا بعد أجل أصل الدين .

ومعاملة ثانية بين الضامن والمضمون له ، وهذه المعاملة أجنبية عن المضمون عنه ، فلو فرض أن الضامن ضمن بأكثر من الأجل واسقط الأجل الزائد وأدّاه ـ وهو الفرع الثاني في هذه المسألة ـ يصحّ رجوعه علىٰ المضمون عنه ، **لأن الأجل في الضمان لا يوجب أجلاً في أصل الدين** ، وكذا إذا ضمن الضامن الدين بأكثر من أجله ومات بعد انقضاء أجل أصل الدين فأخذ من تركته ، جاز للوارث الرجوع علىٰ المضمون عنه بالدين وإن لم يأت أجل الضمان[٢] .

---

(١) في المسألة ٨ الرقم العام [٣٥٧٥] .

(٢) **قال السيد الحكيم**ﷺ **تعليقاً علىٰ قول الماتن**ﷺ : (وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأدّاه جاز له الرجوع عليه علىٰ ما مرّ) **ما نصه** : «ومرّ الكلام في المسألة الثامنة [الرقم العام ٣٥٧٥] ، وأنه وإن لم يوجب أجل الدين لكنه قد يوجب اشتراط عدم الرجوع قبل أجل الضمان» **المستمسك ١٣ : ١٦٩ طبعة بيروت** .

أقول : تقدم في هامش المسألة الثامنة **أن ذلك** ـ أي ايجاب الشرط عدم الرجوع قبل أجل الضمان ـ **خروج عن محل الكلام** ، لأن محل الكلام إنما هو فيما إذا اطلق ولم يشترط في إذنه أو أمره بالضمان الأداء في زمان خاص . نعم ، لو اشترط في إذنه أو أمره بالضمان والأداء في

نعم، يمكن أن يكون إذنه في الضمان مقيداً بالأداء في زمان خاص، لوضوح قابلية تعلق الإذن بأمر متقدم أو متأخر أو مقارن، فإن الإجازة والإذن كما تقدم غير مرة في البيع الفضولي وغيره قابلان لأن يعلقا على أمر متقدم أو متأخر أو مقارن، فيجوز أن يأذن كما في مسألة الحمامي لكل من يريد أن يغتسل أن يتصرف في ماء الحمام مشروطاً بشرط متأخر هو إعطاء كذا مقدار من المال مثلاً عند خروجه، وكذا غير الحمامي كأن يأذن لكل أحد أن يشرب من هذا الماء بشرط أن يقرأ الفاتحة على روح والد الآذن ـ مثلاً ـ أو غير ذلك، فالإذن قابل لأن يقيد بشيء أو يعلق على شيء، فإذا فرض أنّه أذن المضمون عنه للضامن بالضمان، ولكن كان إذنه مقيداً بالأداء بعد أشهر لا قبل أشهر، فإذا أدّاه قبل أشهر فلا إذن له في هذا الأداء، فيكون أداءً تبرعياً ليس له الرجوع على المضمون عنه لا فعلاً ولا بعد الأجل، **وهذا خارج عن محل الكلام**[1].

﴿ زمان خاص لا شك يرجع هذا إلى اشتراط الأجل في الرجوع. ولكن هذا الفرض خلاف محل الكلام إذ إن محل الكلام فيما إذا أطلق.

ثمّ بقي فرع لم يتعرض له السيد الأُستاذﷺ وهو ما لو ضمن الدين بأزيد من أجله، ومات قبل انقضاء أجل الدين ـ لا بعد انقضاء أجل الدين ـ وأخذ الدين من تركته لحلوله بالموت، فهنا ليس لوارث الضامن الرجوع على المضمون عنه قبل حلول أجل أصل الدين، وذلك لأن الدين الذي كان على المضمون عنه كان مؤجلاً إلى ذلك الأجل، ولا ينقلب بضمان الضامن إلى كونه حالاً، ولا إلى كون أجل أصل الدين هو أجل الضمان، فليس للوارث الرجوع على المضمون عنه قبل أجل أصل الدين.

وكذا بقي فرع آخر لم يتعرض له وهو ما لو اسقط أجل الضمان قبل انقضاء أجل أصل الدين أيضاً، ليس للضامن المسقط أجله الرجوع على المضمون عنه قبل مجيء أجل أصل الدين للملاك نفسه.

(١) **هذا تعريض من السيد الأُستاذ**ﷺ **بكلام السيد الحكيم**ﷺ في المستمسك الذي تقدم منا التعرض له في التعليقة السابقة.

وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدَّين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته ، فإنّه يرجع علىٰ المضمون عنه[١] .

[٣٥٧٩] «مسألة ١٢» : إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمّته ، ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه وأمره[٢] ، إلّا أن يأذن له في الأداء عنه تبرّعاً منه في وفاء دينه ، كأن يقول : أدِّ ما ضمنت عني وارجع به عليّ ، علىٰ إشكال في هذه الصورة أيضاً ، من حيث إنّ مرجعه حينئذٍ إلىٰ الوعد الذي لا يلزم الوفاء به . وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن* بإذنه ، لأنّه بمجرّد الإذن في الضمان اشتغلت ذمّته من غير توقّف علىٰ شيء . نعم ، لو أذن له في الضمان تبرّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه ، لأن الإذن علىٰ هذا الوجه كلا إذن .**

فإن محل الكلام فيما إذا أذن له في الضمان ، ولكن كان الضمان ضماناً مؤجلاً ، فالأمر بيد الضامن له أن يقدم وله أن يؤخر[١] .

(١) لما تقدم وقد تقدم نفس هذا الفرع أيضاً .

(٢) **في هذه المسألة فرعان :**

الفرع الأوّل : ما إذا كان الضمان تبرعياً ، ولم يكن بأمر واستدعاء من المضمون عنه برئت بذلك ذمّة المضمون عنه من الدين ، واشتغلت ذمّة الضامن به ، ولابدّ للضامن من الأداء ، ولو أداه ليس للضامن الرجوع إلىٰ المضمون عنه ، وإن كان الأداء بأمرٍ من المضمون عنه وإذنه ، **لأن أمر**

(*) أي وأن لم يكن الأداء بإذنه .

(**) وكذا الإذن التي تكون في مقابل عدم الرضا ، وأن المضمون عنه لا أنّه غير راض بضمان الضامن بل لا بشرط بالنسبة إلىٰ ذلك ، حيث إن الإذن هنا لا تقوم مقام الأمر الذي يجعل الضمان أمرياً اذنياً في مقابل الضمان التبرعي الذي هو لا عن أمر ولا إذن قائم مقام الأمر ، وأما الاذن الذي لا تقوم مقام الأمر فليس لها أي أثر .

(١) **ذكر السيد الحكيم**ﷺ أن الذي يظهر من الجواهر [٢٦ : ١٢٩] أن هذه المسألة نظير المسألة السابقة [أي المسألة الثامنة ٣٥٧٥] يأتي فيها الأقوال كلها لوجود مأخذ الأقوال المذكورة فيها بعينها» **المستمسك ١٣ : ١٦٨ طبعة بيروت** .

ليس للضامن الرجوع إلىٰ المضمون عنه ، وإن كان الأداء بأمرٍ من المضمون عنه وإذنه ، **لأن أمر المضمون عنه إنما تعلق بما اشتغلت به ذمّة الضامن ـ لا بما اشتغلت به ذمّة المضمون عنه** ـ فهو كأمر الإنسان غيره المدين بدين بأداء دينه ، أي دين نفس المأمور . **فكما أن الأمر بإداء دين نفس المأمور لا يوجب ضماناً علىٰ الآمر** ، لأنه أمر بما هو واجب علىٰ المأمور في نفسه ، فأمر المضمون عنه الضامن بأداء ما في ذمّته ـ ذمّة الضامن ـ كأمر غير المضمون عنه بذلك ، لا يوجب ضماناً ، فلو كان زيد مديناً لعمرو بعشرة دنانير وأمر بكر زيداً أو أذن له أو ألزمه بدفع دينه إلىٰ عمرو فأداه زيد ، بلا إشكال لا يكون بكر ضامناً ؛ لأنه إنّما أمر زيداً بالأداء أمره بأداء ما هو واجب علىٰ زيد المأمور في نفسه ، وهو لا يوجب ضماناً قطعاً . **فمع فرض أن الضمان تبرعي** وذمّة الضامن التبرعي هي التي اشتغلت بالدين لا ذمّة المضمون عنه ، **مجرد الأمر بأداء دين الضامن لا يقتضي جواز الرجوع عليه ، وهذا ظاهر جداً**[1] .

وأظهر منه وأوضح الفرع الثاني : وهو ما لو ضمن الضامن بإذن المضمون عنه أو أمره فللضامن بعد الأداء الرجوع علىٰ المضمون عنه حتىٰ لو لم يكن الأداء إلىٰ المضمون له بإذنٍ من المضمون عنه ، بلا إشكال ولا خلاف ، للروايات الكثيرة الدالة علىٰ جواز الرجوع عليه في المقام . وأما أنه يجوز الرجوع عليه حتّىٰ لو كان الأداء من الضامن إلىٰ المضمون له بلا إذن من المضمون عنه فلأنه بمجرد الضمان اشتغلت ذمّة الضامن بالدين وانتقل الدين إليها ، فالضامن

---

(١) **قال المحقق** : «ويرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بما أدّاه إن ضمن بإذنه ولو أدّىٰ بغير إذنه ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدّىٰ بإذنه» الشرائع ٢ : ١٢٦ .

وعقّب علىٰ ذلك صاحب الجواهر [أي علىٰ الحكمين الأولين وكذا علىٰ الحكمين الاخرين] بقوله : «بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه» **الجواهر ٢٦ : ١٣٣ ـ ١٣٤** .

وقال الشهيد ـ بعد أن ذكر أن في عبارة المحقق أحكاماً أربعة ـ : «وحكم الأربعة كما ذكر عند علمائنا أجمع ، وإنّما نبّه بها علىٰ خلاف بعض العامّة [كما في المجموع ١٠ : ٣٨٩ ـ ٣٩٠] في بعض أقسامها بناء علىٰ ما سبق من أنّه غير ناقل . . .» **المسالك ٤ : ١٨٩** .

مخاطب بالأداء إلىٰ المضمون له في وقته فيجب عليه الأداء ، بلا دخل لأذن المضمون عنه للضامن في الأداء إلىٰ المضمون له .

نعم ، في الفرع الأوّل لو فرضنا أن المضمون عنه أمر الضامن بأن يؤدي ما في ذمّته ـ ذمّة الضامن ـ نيابة عن المضمون عنه ، فكأن المضمون عنه هو الذي يريد أن يدفع دين الضامن تبرعاً ومجاناً ، وكما أن ذلك ممكن له بالمباشرة ،ممكن له تسبيباً أيضاً ، **فيأمر** المضمون عنه الضامن أن يؤدي الدين نيابة عن المضمون عنه ، فتبرأ ذمّة الضامن ، وتشتغل ذمّة الآمر ، كما هو الحال في أمر غير المضمون عنه ، فكما أن الأمر علىٰ نحو النيابة والوكالة موجب للضمان بالنسبة إلىٰ غير المضمون عنه ، كذلك بالنسبة إلىٰ أمر نفس المضمون عنه ، فإنه موجب للضمان أيضاً .

وبعبارة اُخرىٰ : العمل الذي يمكن أن يتصدىٰ له الإنسان بالمباشرة له أن يأمر الغير به نيابة ، فإذا كان العمل من قبيل الأموال فحيث كان بأمر الغير فهو موجب للضمان لا محالة ، **ولا فرق في المأمور** بين أن يكون هو الضامن أو غيره ، كما لا فرق في الآمر بين أن يكون هو المضمون عنه أو غيره ، ففي هذه الصورة تكون ذمّة الآمر وهو المضمون عنه مشغولة بما يدفعه الضامن في أداء دينه[1] .

---

(١) **هذا الاستثناء الذي يبتدئ من قول السيد الأُستاذ** نعم : **هو الذي ذكره صاحب الجواهر** ، ولكن قال : ان الرجوع علىٰ المضمون عنه إذا أذن بالأداء المصرح فيه بالرجوع عليه به **لقاعدة الاحترام** ، ولا ينافيها وقوع الضمان بغير إذن المضمون عنه ، لأنه لا ينافي تبرع المضمون عنه بالوفاء ، فقوله حينئذٍ : أدّ عنّي وأرجع به عليّ ، كقوله لأجنبي : أدّ عن الضامن المتبرّع وارجع به عليّ ، فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه وبقصد الرجوع عليه يتجه حينئذٍ رجوعه عليه ، وإن كان أداءً عن نفسه لكن من المتبرع به عنه» **الجواهر ٢٦ : ١٣٤** .

وسيأتي في التعليقة بعد الآتية ما فيه .

ثمّ إنّه لا فرق في المأمور بين أن يكون هو الضامن أو غيره ، ولا بين كون الآمر أن يكون هو

ولكن الماتن‌ﷺ ذكر أن ذلك لا يخلو من إشكال ، حيث إنه من الوعد أو شبه الوعد ولا يجب الوفاء بالوعد[١] . **وبالبيان الذي ذكرنا** يظهر أن المقام أجنبي عن باب الوعد بالكلية ، بل هو أمر بعمل **موجب لأن يكون الآمر** إذا كان أمره متعلقاً بالماليات أو الأعمال التي توجب مالاً **ضامناً كأمره الخباز** باعطاء زيد خبزاً أو مالاً ، فإنّه موجب لأن يكون الآمر ضامناً ، **فكذا أمر المضمون عنه الضامن بأداء الدين** في هذه الصورة لا شك موجب للضمان[٢] ، فلا وجه لإشكال الماتن‌ﷺ

المضمون عنه أو غيره وليس كذلك القول بأنه لا فرق في هذا الاستثناء بين أن يكون في الفرع الأوّل والفرع الثاني أيضاً ، لأن في الفرع الثاني الضمان إذني أمري ، فلو فرض أن المضمون عنه أمر الضامن بالأداء أيضاً فلا يزيد ذلك علىٰ الأداء المقتضي بنفسه اشتغال ذمته المضمون عنه فالأمر بالأداء لا يزيد علىٰ كونه تحصيلاً للحاصل أو نحوه . فالاستثناء مختص بالفرع الأوّل .

(١) وافق الماتن‌ﷺ فيما ذهب إليه من القول بأن ذلك من الوعد أو شبيه به **بعض الناس كما عبّر به بذلك في الجواهر ٢٦ : ١٣٤ ، والذي ذهب إلىٰ ذلك المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩١** .

وقول السيد الأُستاذ‌ﷺ : وبالبيان الذي ذكرنا يظهر أن المقام أجنبي عن باب الوعد بالكلية ، وأنّه من الأمر بالعمل أو بشيء متعلق بالماليات التي توجب مالاً ، وهو موجب للضمان بمقتضىٰ السيرة العقلائية ، **يتبين عدم كونه من الوعد ، ولا أنه راجع إليه أصلاً ، فما قاله صاحب الجواهر‌ﷺ** من قوله : (**فما عن بعض الناس** من الاشكال في الرجوع في الصورة المزبورة التي مرجعها إلىٰ الوعد ـ لعدم دليل علىٰ الرجوع عليه بالقول المزبور ـ **لا يخلو من نظر أو منع بعد ما عرفت** ، والله العالم» **الجواهر ٢٦ : ١٣٤ هو الصحيح** .

(٢) **وإنما يكون ضامناً للسيرة العقلائية القائمة** علىٰ أن من أمر غيره بعمل أو كان أمره متعلقاً بالماليات كما لو أمر الخباز باعطاء زيد خبزاً أو مالاً يكون ضامناً لذلك . **وهذا لعله من السيد الأُستاذ‌ﷺ تعريض بما قاله صاحب الجواهر‌ﷺ** ، فإنه ذكر في الجواهر «نعم قد يقال بالرجوع لو

في ذلك أصلاً.

﴿ أدّىٰ بإذنه المصرح فيها بالرجوع عليه به ، **لقاعدة الاحترام المزبورة» الجواهر ٢٦ : ١٣٤**.

وفيه : أن قاعدة الاحترام بنفسها تقتضي أن لا يجبر المسلم علىٰ العمل ، فإن أُجبر اقتضت قاعدة الاحترام الضمان ، **وليس هنا اجبار** من المضمون عنه . **وإنما المقتضي للضمان في المقام ليس إلّا السيرة العقلائية** القائمة علىٰ أن من أمر غيره بعمل أو باعطاء مال فعمل ذلك الغير العمل أو أعطىٰ المال ، من دون قصد المجانية ، بل يقصد الرجوع عليه كان الآمر له بذلك ضامناً لأُجرة مثل العمل أو لما اعطاه من المال . بل لا فقط سيرة العقلاء عليها ، بل استقرت عليها سيرة المتشرعة كما عن السيد الحكيم في **المستمسك ١٣ : ١٦٩ (طبعة بيروت)**.

أقول : لا يقول الشيخ صاحب الجواهر إن قاعدة الاحترام هي المقتضية للضمان من دون دخل لأمر الآمر وامتثال المأمور الأمر لا تبرعاً بل بقصد الرجوع عليه ، بل إنما يقول بالضمان لذلك ، ولذا صرح بقوله : «فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه وبقصد الرجوع عليه يتجه حينئذٍ رجوعه عليه» فالمقتضي للضمان عنده ذلك أيضاً أي امتثال أمر المضمون عنه بالأداء وبقصد الرجوع عليه ، لا قاعدة الاحترام بما هي دون الأمر وأمتثاله ولا بقصد التبرع .

وبذلك يتوضح أن ما ذكره السيد السبزواري في مهذب الأحكام : ٢٠ : ٢٤٧ تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ (علىٰ اشكال في هذه الصورة) **مما نصه** : «مقتضىٰ القاعدة احترام المال والعمل مطلقاً إلّا إذا ثبت بدليل معتبر بسقوط الاحترام من صاحب المال والعمل بالتبرع والمجانية ، أو اسقط الشارع الأقدس اعتباره ، وهذه القاعدة من القواعد النظامية العقلائية التي أقرها الشارع في جميع الموارد» ، **ليس إلّا كما ذكره صاحب الجواهر**ﷺ من قوله : (لقاعدة الاحترام المزبورة) ، **وقد عرفت الجواب عنها** ، وأن قاعدة الاحترام تقتضي أن لا يجبر الشخص المسلم علىٰ العمل ، فإن أجبر اقتضت قاعدة الاحترام الضمان ، وليس هنا اجبار من المضمون عنه ، وأن المقتضي للضمان في المقام ليس إلّا أمر الآمر وامتثال المأمور الأمر لا بقصد التبرع المقتضي ذلك للضمان بمقتضىٰ سيرة العقلاء ، بل سيرة المتشرعة .

[٣٥٨٠] «مسألة ١٣» : ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه في صورة الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان[١] ـ علىٰ المشهور ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه ـ وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدّىٰ ، فليس له المطالبة قبله .

---

(١) إذا كان الضمان بأمر وإذن من المضمون عنه وأدّىٰ الضامن ما عليه من الدين لا شك في جواز رجوعه علىٰ المضمون عنه ومطالبته بالدين الذي أدّاه بأمره ، فإنه لا تكون الخسارة علىٰ الضامن ، وإنما تكون علىٰ المضمون عنه ، ولا خلاف في ذلك ولا إشكال[١] . **ويدل علىٰ ذلك**

---

(١) فإنه كما ذكر السيد الحكيم‌ﷺ : «أنه أُخذ الأداء موضوعاً للرجوع في معاقد الإجماعات» **المستمسك ١٣ : ١٧١ طبعة بيروت** . ولكن ذكر بعد ذلك قوله : «**قال في الشرائع [٢ : ١٢٦]** : ويرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه» . والحال أن ليس به معقد اجماع ، وأيضاً ذكر أن : في جامع المقاصد **[٥ : ٣٢٨]** أن الضامن إنما يرجع بعد الأداء ، فلا يرجع بما لم يؤده ، ثمّ قال السيد الحكيم : (ويظهر التسالم عليه) **المستمسك ١٣ : ١٧١ . والموجود في جامع المقاصد ليس فيه معقد إجماع .**

ومع ذلك ما ذكره‌ﷺ من أخذ الأداء موضوعاً للرجوع في معاقد الاجماعات هو الصحيح .

فإنه ذكر في الجواهر : «ويرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه ولو أدّىٰ بغير إذنه ، **بلا خلاف أجده [كما في الرياض ٩ : ٢٧٣]** ، بل الإجماع بقسميه عليه» **الجواهر ٢٦ : ١٣٢ .**

وفي غنية النزوع : ٢٦١ «فإن كان إذن له في الضمان رجع عليه **بدليل الإجماع المشار إليه**» .

وفي تذكرة الفقهاء ١٤ : ٣٥٧ «لو ضمن بسؤال وأدىٰ من غير سؤال ولا إذن فإنّه يرجع الضامن عليه **عند علمائنا . . .**» .

وفي المسالك ٤ : ١٨٩ تعليقاً علىٰ متن الشرائع (ويرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بما ادّاه إن ضمن بإذنه ولو أدّىٰ بغير إذنه ، ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدّىٰ بإذنه) **ما نصه** : «أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة إلىٰ كون الضمان والأداء معاً بإذن المديون أو أحدهما ، أو عدمهما ، أربعة أشار المصنف إليها ، اثنين بالمنطوق واثنين بالمفهوم ، لاقتضاء (لو)

الروايات أيضاً ، وأن الضامن بعد أدائه الدين يرجع إلىٰ المضمون عنه[1] **وإن برئت ذمّة المضمون**

الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق أولىٰ ، وحكم الأربعة كما ذكر **عند علمائنا أجمع** » .

وهكذا في كلٍ من مفاتيح الشرائع ٣ : ١٤٥ مفتاح ١٠٢٩ .

وكفاية الأحكام ١ : ٥٩٤ .

بلا حاجة إلىٰ نقل عبارتهما .

وهذا طبعاً كله غير الروايات الدالة علىٰ ذلك الآتي الاستدلال بها أيضاً .

(١) **كمعتبرة الحسين بن خالد** قال : «قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك قول الناس : الضامن غارم ، قال فقال : ليس علىٰ الضامن غرم ، الغرم علىٰ من أكل المال» الوسائل ج ١٨ : ٤٢١ باب ١ من أبواب الضمان ح ١ ، أي علىٰ المضمون عنه الذي أكل المال (الدين) والحسين بن خالد هو الحسين بن خالد الخفاف ـ لا الصيرفي ـ علىٰ ما ذكره السيد الأُستاذ قدس سره في ترجمة الحسين بن خالد الصيرفي . والحسين بن خالد الخفاف ثقة ، وليس توثيقه منحصراً بروايته في تفسير القمي ليكون توثيقه متوقفاً علىٰ القول باعتبار رواة تفسير القمي ، وإن كان الصحيح هو اعتبارهم علىٰ ما ذكرنا بحثه مفصلاً في الواضح ١٢ : ٢١٦ ، فكان عدولاً عما ذكرناه في أوّل المفيد .

وكمعتبرة عمر بن يزيد ، قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثمّ صالح عليه ، قال : ليس له إلّا الذي صالح عليه» الوسائل ج ١٨ : ٤٢٧ باب ٦ من أبواب كتاب الضمان ح ١ .

كيفية الدلالة : أنّه لو فرض ضمان شخص لدين آخر الذي هو ألف دينار ثم صالح المضمون له الضامن علىٰ هذا الضمان ، بأن يعطيه تسعمائة وخمسين ديناراً عن الألف ، فهنا يقول عليه السلام : إن الضامن لا يستحق علىٰ المضمون عنه إلّا تسعمائة وخمسين ديناراً لا ألف دينار ، فاشتغال ذمّة المضمون عنه بما قامت المصالحة عليه من إعطاء تستعمائة وخمسين ديناراً لا أكثر ـ أي لا ألف دينار ـ فهي دالة أن الاشتغال إنما يكون بالأداء ليس إلّا .

إمّا لأن ذمّة الضامن[١] وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده ، إلّا أنّ ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد الأداء بمقداره . وإمّا لأنها تشتغل حين الضمان[٢] لكن بشرط الأداء ، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه . وإمّا لأنها وإن اشتغلت بمجرّد الضمان[٣] إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء .

عنه بنفس الضمان ، **ولو فرض أن الضامن لم يؤد الدين فليس للمضمون له أن يرجع إلىٰ المضمون عنه** ، كل ذلك لا إشكال فيه ولا خلاف .

إنّما الكلام في أن هذا ـ أي ليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء ـ هل هو علىٰ **مقتضىٰ القاعدة ، أو أنّه علىٰ خلافها** والتزم به لأجل الروايات .

اختار الماتنﷺ أنّه علىٰ خلاف القاعدة ، التزم به للروايات والاجماع بعد أن احتمل وجوهاً ثلاثة قبل ذلك .

والصحيح أنّه هو مقتضىٰ القاعدة ، لا أنّه خلاف القاعدة التزم به للنص والإجماع .

والوجوه الثلاثة هي :

(١) **الوجه الأوّل :** أن ذمّة المضمون عنه غير مشغولة بشيء بنفس الضمان ، والمشغول بالدين بنفس الضمان إنّما هو ذمّة الضامن ، **وبأداء ما عليه تشتغل ذمّة المضمون عنه** حيث كان الضمان بأمره لا تبرعاً ، فما يترتب عليه من الخسارة والنقص بالاداء يكون علىٰ المضمون عنه .

(٢) **الوجه الثاني :** وهو أن يكون اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بنفس الضمان ـ لا بالأداء **كما في الأوّل** ، غاية الأمر أنّه مشروط بشرط متأخر هو الأداء في الخارج ، **فالأداء يكشف عن اشتغال ذمّة المضمون عنه من حين الضمان** . وأما من **دون الأداء فلا تكون ذمّة المضمون عنه مشغولة** ، إذ لا كاشف عن شغلها ، فإذا لم يؤدِ خارجاً ليس له حق المطالبة .

(٣) **الوجه الثالث :** وهو أن يكون اشتغال ذمّة المضمون عنه حدوثاً وبقاءً للضامن بنفس

﴿ **ثمّ إنّ هذه المعتبرة** رواها الكليني بسند معتبر ، ورواها الشيخ باسناده عن عمر بن يزيد ، وطريق الشيخ إلىٰ عمر بن يزيد في الفهرست وإن كان ضعيفاً ، إلّا أن للشيخ إليه طريقاً آخر ، وهو طريق الصدوق بواسطة شيخه أبي عبدالله ، وطريق الصدوق إليه صحيح ، فطريق الشيخ إليه صحيح أيضاً .

الضمان أدىٰ أو لم يؤدِ، **إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء الخارجي**[1].

ثمّ اختار الماتنقدس سره **الوجه الذي ذكرناه قبل هذه الوجوه الثلاثة وهو الاجماع والروايات الدالة علىٰ أنّ بالاداء يجوز الرجوع علىٰ المضمون عنه في الخروج عن مقتضىٰ القاعدة القاضية باشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بمجرد الضمان من دون دخل للأداء فيه، فإن مقتضىٰ القاعدة عنده اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بنفس الضمان**، أدىٰ أم لا، وللضامن مطالبة

---

(١) **ومعنىٰ هذا الاحتمال** أن تكون ذمّة المضمون عنه مشغولة للضامن، وإن لم يحصل الأداء من الضامن للمضمون له.

وهنا احتمال رابع احتمله في الجواهر وذكره السيد الحكيم قدس سره أيضاً وهو الثبوت في الذمة المتزلزل، **قال في الجواهر**: «نعم قد يقال: إنّ الدفع وفاءً مثلاً ـ وكذا الإبراء ـ مراعى بحصول الأداء منه، فإن حصل استقرّ ذلك، وإلّا انفسخ ورجع المال إلىٰ المضمون عنه» **الجواهر ٢٦: ١٥٣. وقال السيد الحكيم**قدس سره: «ويحتمل أن يكون اشتغال الذمّة حاصلاً بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالأداء، وإذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وانفسخ. احتمله في الجواهر [الجواهر ٢٦: ١٥٣] أيضاً» **المستمسك ١٣: ١٧١ (طبعة بيروت)**.

وهذا الاحتمال خلاف ما دل من الروايات علىٰ الانتقال المستقر، ولذا صلىٰ علىٰ الميت رسول الله صلى الله عليه وآله، مضافاً إلىٰ عدم قابلية الضمان للانفساخ، أي مضافاً إلىٰ أنّه لا دليل علىٰ اشتغال ذمّة المضمون عنه بعد براءتها، ولا دليل علىٰ براءة ذمّة الضامن بعد اشتغالها. **وسيأتي أن سيرة العقلاء قائمة** علىٰ أنّه إذا أمر شخص غيره بعمل أو شيء متعلق بالماليات، كأن يعطي لآخر مالاً أو خبزاً أو نحو ذلك، أو إذن له في ذلك إذناً قائماً مقام الأمر، كان ما يعطيه من المال أو الخبز. أو نحو ذلك مضموناً علىٰ الآمر بمجرد الاعطاء، وهذه السيرة معينة للوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة التي ذكرها الماتن قدس سره. وهو مقتضىٰ القاعدة، وعليه دلت الروايات كما سيأتي.

مضافاً إلىٰ أن صاحب الجواهرقدس سره قال: لم نرَ من صرح بهذا الاحتمال من الأصحاب، ثمّ ذكر ما عن المسالك ٤: ٢٠٧ من أن ذمّة المضمون عنه لا تشتغل للضامن إلّا حين أداء الضامن، ثمّ استدل عليه أيضاً وقال: **ولعل هذا هو الأقوىٰ. الجواهر ٢٦: ١٥٤**.

المضمون عنه سواء أدىٰ أم لا ، حيث إن الضمان كان بأمر المضمون عنه ، وهو ضرر علىٰ الضامن ، فيتدارك ذلك باشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بنفس الضمان[1] ، **إلّا أنّه نرفع اليد عما تقتضيه القاعدة للاجماع القطعي** والروايات الدالة علىٰ أن الضمان إنّما يكون بالأداء ، واشتغال ذمّة المضمون عنه متوقف علىٰ أداء الضامن ـ لا بنفس الضمان ـ فإذا لم يؤدِ لا يكون عليه شيء .

أقول : الكلام تارة فيما تقتضيه القاعدة ، وأُخرىٰ فيما يستفاد من الروايات .

أمّا مقتضىٰ القاعدة : فالظاهر أنها تقتضي ما هو المتسالم عليه بين الفقهاء ، **وهو الوجه الأوّل** ، وهو أن اشتغال ذمّة المضمون عنه إنّما يكون بالأداء الخارجي[2] ، لا بنفس الضمان . **والوجه في ذلك** أن اشتغال الذمّة بشيء لابدّ له من سبب ، إمّا عقد معاوضة دال علىٰ تبديل مال بمال ، أو اتلاف خارجي ، أو تلف مع عدم كون اليد يد أمانة ـ أي مع كون اليد يد ضمان ـ أو غير ذلك من الأسباب حسب ما يدل عليه الدليل . وإلّا فاشتغال ذمّة أحد لآخر بلا سبب ولا

---

(١) **وعلله في الجواهر :** «بأن الضمان نوع أداء ، والفرض حصوله بإذنه ، فيقتضي شغل ذمّة المضمون عنه ، فيصح حينئذٍ الدفع له وفاء ، كما يصحّ للضامن إبراء ذمّة المضمون عنه قبل الأداء» **الجواهر ٢٦ : ١٥٣** .

ولكن أجاب عليه في الجواهر أيضاً بقوله : «مع عدم ثبوت كون الضمان أداءً بالنسبة إلىٰ ذلك ، وإن كان هو كالأداء بالنسبة إلىٰ براءة ذمّة المضمون عنه ، فلا سبب حينئذٍ لشغل ذمّة المضمون عنه إلّا الأداء المأذون فيه بالإذن بالضمان لقاعدة احترام مال المسلم» **الجواهر ٢٦ : ١٥٤** .

وتقدم أن ذلك لقيام سيرة العقلاء علىٰ أن من أمر شخصاً بعمل أو ما يكون متعلقاً بالماليات كاعطاء مال إلىٰ شخص أو إعطاء مأكول للفقير ، **يكون ضامناً لذلك** إذا أعطي المال بناءً علىٰ أمره أو إذنه القائم مقام الأمر .

(٢) قد عرفت أن هذا الوجه هو الذي ذكره **صاحب الجواهر**قدس سره **عن المسالك ٤ : ٢٠٧ ، وهو الذي ذهب إليه العلّامة في القواعد ٢ : ١٥٩ ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٢٨ ـ ٣٢٩ ، وصاحب الجواهر ٢٦ : ١٥٤ وغيرهم إلّا أن مرادهم عدم جواز المطالبة لا عدم اشتغال الذمّة علىٰ ما سيأتي .**

موجب يحتاج إلىٰ دليل ، **ففي** مثل المقام إذا أمر المديون شخصاً أن يضمن دينه ، فليس معنىٰ ذلك إلّا أمره بالضمان وجعل ذمّته مشغولة بالدين وبراءة ذمّة المضمون عنه ، **وهذا بنفسه لا يوجب الضمان**[1] .

(١) بل هذا بنفسه يقتضي الضمان الإذني ـ وإلّا فما هو الفارق بين الضمان الإذني والتبرعي ـ ولكن مشروط بشرط متأخر هو الأداء ، فالأداء كاشف عن اشتغال ذمّة الضامن به من حين الضمان علىٰ ما صرح به السيد الأُستاذ في مواطن متعددة ، وقال في بعضها إن الضمان يتحقق ١ ـ بعقد الضمان ٢ ـ بالتعهد ٣ ـ بأمر الآمر غيره بشيء متعلق بالماليات ، إما باعطاء مال أو القيام بعمل يقتضي المال ، وزاد في بعض الأحيان باقتضاء الاتلاف أو التلف الذي يكون مضموناً ـ كالتلف في الأيدي العادية ـ الضمان . وسيأتي في المقام وغيره الاعتراف منه ﷺ باقتضاء الأمر بالشيء الضمانَ ، غاية الأمر بشرط الأداء ، فإن قوله ﷺ في موسوعته : «بل الضمان إنما يثبت في موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلائية القطعية ، فإن مقتضاها ـ حتّىٰ مع الاغماض عن النصوص ـ لزوم جبران الآمر للخسارة والنقص الواردين علىٰ مال الضامن **المستندين إلىٰ أمره** ، فإن هذه الناحية هي العمدة في الدليل علىٰ اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن في المقام» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٥** الظاهر من جملة (المستندين إلىٰ أمره) دال بوضوح علىٰ أن الأمر هو المقتضي للضمان ، فكيف يصح قوله : «وهذا بنفسه لا يقتضي الضمان» ولعله يريد لا يقتضي جواز المطالبة فالتبس الأمر . **وقال فيما دوّناه** : «وإنّما يبت اشتغال الذمّة بالأداء الخارجي للسيرة العقلائية علىٰ ما تقدم مراراً باعتبار أن تلف المال من الضامن بالأداء مستند إلىٰ الضمان الذي كان بأمر المضمون عنه ، والسيرة العقلائية قاضية بأن يكون أمر المضمون عنه موجباً للضمان إذا أدّىٰ ، وهو الذي تقتضيه القاعدة» . فإنّ قوله ﷺ : «باعتبار أن تلف المال من الضامن بالأداء مستند إلىٰ الضمان الذي كان بأمر المضمون عنه ، والسيرة العقلائية قاضية بأن يكون أمر المضمون عنه موجباً للضمان إذا أدىٰ» **الواضح ج ١٧** دال بوضوح علىٰ ان الأمر هو المقتضي للضمان ، لاستناد تلف المال من الضامن إليه ، وهو إنما كان بأمر المضمون عنه ،

فالأمر هو المقتضي للضمان، والكاشف عنه الأداء الخارجي، فالمراد عدم استحقاق المطالبة، لا عدم اشتغال الذمّة. ومن هذه الموارد أيضاً قوله في موسوعته: «فإن السيرة العقلائية القطعية مستقرة علىٰ الضمان في موارد الأمر باعطاء أو إتلاف الأموال المحرمة لغرض عقلائي يخرجه عن كونه فعل حرام إذا لم يكن لكلامه ظهور في المجانية أو يقصد المالك به التبرع، كما هو الحال في الأمر بالأعمال المحرمة حرفاً بحرف» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٧٦ ـ ٤٧٧** وهذا الكلام ظاهر في أن الموجب للضمان هو الأمر بشرط الأداء.

وقال في موسوعته أيضاً: «وفيه ما عرفته في محلّه من كون الحكم علىٰ القاعدة، حيث لا موجب لاثبات الضمان قبل الأداء، فإن الأمر إنما يوجبه بشرط الوفاء خارجاً، باعتبار أن الخسارة تكون عليه حينئذٍ بالسيرة العقلائية» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٢٧ ـ ٤٢٨**. وقال في موسوعته: «لأن الأمر بالدفع لا علىٰ وجه المجانية موجب للضمان بالسيرة العقلائية القطعية علىٰ ما عرفته غير مرة» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٣٠، الواضح المسألة ١٦ [٣٥٨٣]**.

وقال في موسوعته: فإن الأمر بالاتلاف لا علىٰ نحو المجانية موجب لضمان الآمر بالسيرة العقلائية القطعية» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٣١ ـ ٤٣٢، الواضح ج ١٧ مسألة ١٧ [٣٥٨٤]**، فالأمر هو المقتضي للضمان لاستناد تلف المال من الضامن إليه، وهو إنما كان بأمر المضمون عنه. فالأمر هو المقتضي للضمان، والكاشف عنه الأداء الخارجي، وعليه فيكون المراد عدم استحقاق المطالبة لا عدم اشتغال الذمّة.

وقال في موسوعته: «والظاهر أنّ الوفاء من غير جنس الدين إن كان بأمر المضمون عنه كان للضامن الرجوع عليه بما أدّاه، لاقتضاء الأمر لذلك بالسيرة العقلائية...» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٣٤**.

وذكرنا نحوه في الواضح ج ١٧ المسألة ٢١ [٣٥٨٨]، ونص ما ذكرناه هو: «لأنّه تقدم غير مرة أن مثل هذه الأوامر [أي أمر المضمون عنه الضامن بالضمان بغير الجنس] توجب الضمان بمقتضىٰ السيرة العقلائية، فإن الوفاء بغير الجنس كان بأمر المضمون عنه».

ومثل ما ذكرناه عنه مئات الموارد، لو أردنا أن نذكرها كلها لسودنا ملزمات من الأوراق.

.....

ودعوى أن هذا ضرر على الضامن[1]، فيتدارك ذلك باشتغال ذمّة المضمون عنه.

ج وهذا الذي ذكرنا من أن الأمر مقتضٍ للضمان بشرط الأداء هو المراد للشهيد قدس سره من قوله: «قد عرفت أن الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان» **المسالك** ٤: ٢٠٧. بل صرح بذلك العلّامة في القواعد حيث قال: «وليس للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء القواعد ٢: ١٥٩. بل وهو المراد للمحقق الكركي حيث قال: «إلّا أن الضامن لا يستحق الرجوع حيث ثبت له إلّا بعد الأداء» **جامع المقاصد** ٥: ٣٢٩.

فالذي تقتضيه القاعدة لابدّ وأن يكون هو الوجه الثاني الذي ذكره السيد الماتن قدس سره، وسيأتي أنّه هو الذي تدل عليه الروايات أيضاً.

وبما ذكرنا يتوضح أن الضمان ليس ضرراً على الضامن حتّى يدعي السيّد الماتن قدس سره تداركه، على ما في دعوى التدارك من الوهن، فإن دليل لا ضرر غير دال عليها كما سيأتي ذلك في كلام السيّد الأستاذ قدس سره.

(١) المدعي السيد الحكيم قدس سره حيث قال «لما كان اشتغال ذمّة الضامن بالضمان كان بأمر المضمون عنه. وكان ذلك ضرراً على الضامن، كان مضموناً على المضمون عنه ـ ثمّ بعد أسطر قال ـ: **قال في التذكرة** [١٤: ٣٤٨ ـ ٣٤٩]: وإن لم يكن (يعني الضامن) متبرعاً بالضمان وضمن بسؤال المضمون عنه. فهل يثبت للضامن حقّ عليه ويوجب علقة بينهما؟ للشافعية وجهان: **أحدهما**: أنّه يثبت، لأنّه اشتغلت ذمّته بالحقّ كملاً لما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل. **والثاني**: لا يثبت لأنّه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلّا بالغرم. إذا عرفت هذا فإن كان المضمون له يطالب الضامن بأداء المال، فهل للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه؟ قال أكثر الشافعية: نعم، كما أنّه يغرم إذا غرم... وقال القفال [العزيز شرح الوجيز ٥: ١٧٣]: لا يملك مطالبته به. وهو الأقوى عندي، إذ الضامن إنما يرجع إليه بما أدّى، فقبل الأداء لا يستحق الرجوع، فلا يستحق المطالبة...».

ثمّ قال السيد الحكيم قدس سره: «ومن أمعن النظر في الوجهين اللذين ذكرهما الشافعية يتضح له أن

ففيها : أنّه تقدم الكلام فيه مراراً ، **وقلنا إن دليل لا ضرر غير ناظر إلىٰ تدارك الضرر الخارجي** ، بل ناظر إلىٰ نفي الأحكام الضررية ، بمعنىٰ أن الأحكام المجعولة في الشريعة المقدسة إذا كانت مستلزمة للضرر أو موجبة له ترتفع ، **وأمّا الضرر** الذي لم ينشأ من قبل الحكم الشرعي **وإنّما نشأ من اقدام المكلف نفسه** كما في المقام ، حيث إن الضامن باختياره أقدم علىٰ اشتغال ذمّته لشخص آخر ، **فتدارك هذا الضرر** باشغال ذمّة المضمون عنه لا موجب له ولا دليل عليه ، **وليس هنا** أي دليل علىٰ الضمان[1] ، فلا ضمان سواء أدىٰ الضامن الدين أم لا . **وإنّما ثبت** اشتغال

﴿الأوجه أولهما ، وأن العلّامة إنما رجح ثانيهما لعدم وجوب شيء علىٰ المضمون عنه ، إلّا ما اداه الضامن حسب ما دل عليه الدليل بالخصوص ، فكأنه لأجله لزم رفع اليد عن القاعدة المقتضية لجواز الرجوع من أوّل الأمر . لكن الإجماع علىٰ عدم جواز رجوع الضامن إلّا بما أداه ، وكذا النص لم يدلا علىٰ نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه ، فإن الإجماع دل علىٰ عدم جواز المطالبة قبل الأداء ، وقد عرفت عبارة الشرائع الظاهرة في ثبوت الاستحقاق علىٰ المضمون عنه بمجرد ضمان الضامن ، وأما الخبر فسيأتي» ، **المستمسك ١٣ : ٢٩٥ أو (١٧٢ طبعة بيروت)** .

(١) **الذي يظهر من كلام السيد الحكيم المتعلق بكلام الشافعية المتقدم نقله قريباً عن المستمسك** : هو أن الدليل الدال علىٰ الضمان الذي هو النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة دال علىٰ أن بمجرد الضمان يثبت للضامن العوض ، لأن فيه نقل للدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن ، فما هو العوض لو لم تكن ذمّة المضمون عنه مشتغلة بالبدل بنفس الضمان ، لا لأن ذلك ضرر عليه ـ وإن ذكر دليل الضرر السيد الحكيم قبل ذلك وأجاب عنه السيد الأُستاذ في الشرح ـ **إلّا أن هذا دليل آخر ، فهو ـ أي الضمان ـ كالاعطاء** ـ لا كالأمر بالاعطاء المتوقف شغل الذمّة فيه علىٰ الاعطاء الخارجي ـ **يقتضي بنفسه اشتغال ذمّة المضمون عنه بالبدل** . وكون ذلك هو مقتضىٰ القاعدة لا ينافي الخروج عنها للإجماع والنص ، **ولذا يقول السيد الحكيم**ﷺ : إن الإجماع والنص لا يدلان علىٰ نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه ، فلذا يكون

الحكم بالاشتغال بعد الأداء لهما خلافاً للقاعدة .

ولكن يقول السيّد الأُستاذ : **ذلك كله متوقف على لابدية أن يكون في مقابل نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن عوض وبدل ، وهو أوّل الكلام ، ولم يدل عليه أي دليل** ، فهو بلا بدل ، فليس الضمان كالاعطاء الخارجي مقتضياً للبدل ، فليست القاعدة مقتضية للاشتغال بنفس الضمان .

وبعبارة أُخرى : الضمان ليس من المعاملات المعاوضية حتى يكون في مقابل نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن عوض وبدل . نعم عدّ بعضهم كالماتن الضمان من المعاملات الشبيهة بالمعاوضية ، وما ذلك إلّا لدلالة الدليل **العقلي والنقلي** . على أنّه باعطاء الضامن إلى المضمون عنه يثبت للضامن عوض ذلك على المضمون عنه ، ولولا هذا الدليل لما قال بأن الضمان من المعاوضات الشبيهة بالمعاوضية ، ولم يدل أي دليل على أنه بنفس الضمان يكون هناك عوض حتى يقتضي ذلك كون الضمان بنفسه موجباً لاشتغال ذمّة المضمون عنه أصلاً و أبداً . فكيف تكون القاعدة مقتضية أن يكون للضمان بدل ؟ !

ولعل كلام السيد الأُستاذ السيد الخوئي المتقدم وهو : أن اشتغال الذمّة بشيء لابدّ له من سبب ، إما عقد معاوضة أو اتلاف خارجي أو تلف مع كون اليد يد ضمان أو نحوها من الأسباب ، وإلّا فاشتغال ذمّة أحد لآخر كاشغال ذمّة المضمون عنه في المقام للضامن ، بلا سبب ولا موجب يحتاج إلى دليل ، **والمقام كذلك** ، لأن أمر المديون شخصاً أن يضمن دينه ليس معناه إلّا أمره بالضمان ، والضمان هو جعل ذمّته مشغولة بالدين وبراءة ذمّة المضمون عنه ، وهو ليس سبباً لاشتغال ذمّة المضمون عنه . **بل الظاهر أن هذا الكلام من السيد الأُستاذ** جواب لهذا الكلام الذي ارتضاه **السيد الحكيم وهو أنه لا مقتضي لشغل ذمّة المضمون عنه بالضمان** ، إذ ليس عقد الضمان من المعاملات المعاوضية ، ولا أنه هو اتلاف خارجي ، ولا تلف مع كون يده يد ضمان ولا نحو ذلك ، **فلابدية البدلية لشغل ذمّة الضامن** وهو اشتغال ذمّة المضمون عنه بنفس الضمان ، **المدعاة من قبل بعض الشافعية والمتلقاة بالقبول من السيد الحكيم لا وجه لها** .

الذمّة بالأداء الخارجي ، للسيرة العقلائية علىٰ ما تقدم مراراً ، **باعتبار** أن تلف المال من الضامن بالأداء مستند إلىٰ الضمان الذي كان بأمر المضمون عنه ، والسيرة العقلائية قاضية بأن يكون أمر المضمون عنه موجباً للضمان إذا أدّىٰ ، وهو الذي تقتضيه القاعدة[1] .

﴿ **ولكن** : مما ذكرنا من أنّ الضمان الآمري الإذني يقتضي عند العقلاء الضمان ، وإن الضمان ينتج من ١ ـ عقد الضمان ٢ ـ التعهد ٣ ـ الاتلاف أو التلف المضمون ٤ ـ الأمر بشيء متعلق بالماليات ، يتضح أن الأمر في الضمان الإذني بنفسه يقتضي الضمان . وهو كما قاله السيّد السبزواري﴿ الذي تقتضيه المرتكزات العرفية . **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٤٨** .

(١) هذا اعتراف من السيد الأُستاذ﴿ بأن الأمر بالضمان هو المقتضي لاشتغال ذمّة المضمون عنه بمجرد الضمان بمقتضىٰ السيرة العقلائية ، غاية ما في الأمر أنّه مشروط بالأداء ، فإنّ أدّىٰ كشف عن اشتغال الذمّة من حين الأمر وعبارته في الموسوعة أكثر اعترافاً بهذا فإنه قال : «بل الضمان إنما يثبت في موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلائية القطعية ، فإن مقتضاها ـ حتّىٰ مع الاغماض عن النصوص ـ لزوم جبران الآمر للخسارة والنقص الواردين علىٰ مال الضامن المستندين إلىٰ أمره ، فإن هذه الناحية هي العمدة في الدليل علىٰ اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن في المقام» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٥ . فإن هذه العبارة نص فيما نقوله مَن أن الأمر هو المقتضي للضمان ، غاية الأمر بشرط الأداء ، فالأداء كاشف عن شغل الذمّة من حيث الضمان .

وعلل صاحب الجواهر﴿ اشتغال ذمّة المضمون عنه بمجرد الضمان لا بالأداء الخارجي ، وإن كان لا يستحق مطالبته إلّا بالأداء ، إلّا إنّه قبل الأداء ذمّة المضمون عنه مشغولة به بمجرد الضمان ، **قال**﴿ **ما نصه** : «إذا ضمن عنه ديناراً مثلاً بإذنه ، فدفعه المضمون عنه إلىٰ الضامن فقد قضىٰ ما عليه **بناءً علىٰ** اشتغال ذمّته له بضمانه عنه المأذون فيه ، وإن كان لا يستحق الرجوع عليه إلّا بالأداء ، **لأن الضمان نوع أداء** ، والفرض حصوله بإذنه ، فيقتضي شغل ذمّة المضمون عنه ، فيصح حينئذٍ الدفع له وفاءً ، كما يصح للضامن إبراء ذمّة المضمون عنه قبل الأداء» **الجواهر ٢٦ : ١٥٣** .

وأمّا بالنظر إلى الروايات فالمستفاد من **معتبرة عمر بن يزيد** هو ما تقتضيه القاعدة أيضاً، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: ليس له إلّا الذي صالح عليه»[1].

شرح المعتبرة: نفرض أن الدين الذي كان مائة دينار، فضمنه ضامن، وصالح الضامن المضمون له بثمانين ديناراً، فقال عليه السلام: ليس للضامن إلّا الذي صالح عليه، وهو ثمانون ديناراً، وظاهر هذا الكلام أن سبب الضمان هو المصالحة، فليس له شيء قبل المصالحة، وليس له إلّا ما صالح عليه. ومعنى ذلك أنّه لا تشتغل ذمّة الضامن بنفس الضمان، وإنّما تشتغل بالمصالحة، فهذه المعتبرة دالة على ما تقتضيه القاعدة[2].

وكذا ما رواه عبدالله بن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام في هذا المضمون أيضاً[3] ولو لم تكن رواية

وقد يقال: إنّ هذا ـ أي ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره ـ لا يمكن المساعدة عليه، إذ لم يثبت أن الضمان نوع أداء بالنسبة إلى ذلك، فلم يكن حينئذٍ سبب لشغل ذمّة المضمون عنه سوى الأداء لا الضمان.

لكن أقول: الذي قامت عليه سيرة العقلاء أن أمر الآمر غيره بشيء متعلق بالماليات أو عمل له مالية هو المقتضي للضمان، والذي هو كعقد الضمان، والذي هو كاتلاف شيء في شغل ذمّة المتلف، فيتناسب ذلك مع كون الأداء عمل العمل كاشف عن شغل الذمّة من أوّل الأمر، وكونه مشروطاً بشرط متأخر هو الأداء أو العمل.

(١) الوسائل ج ١٨: ٤٢٧ باب ٦ من أبواب الضمان ح ١.

(٢) بل تدل هذه المعتبرة على أن جواز المطالبة إنما يكون بمقدار المصالحة، فمتى ما أدى وبمقدار ما أدى يستحق المطالبة. وليس في ذلك دلالة على أن سبب الضمان هو المصالحة، بحيث لو لم تكن مصالحة فلا سبب يقتضي الضمان، مع وضوح أن الأمر هو سبب الضمان، وهو الذي عليه سيرة العقلاء.

(٣) روى الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن بنان بن محمد، عن صفوان، عن ابن

وظاهرهم هو الوجه الأوّل[1] .

وعلىٰ أي حال ، لا خلاف في أصل الحكم ، وإن كان مقتضىٰ القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمّته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمّة الضامن ، سواء أدّىٰ أو لم يؤدِّ . فالحكم المذكور علىٰ خلاف القاعدة[2] **ثبت بالإجماع وخصوص الخبر : «عن رجل ضمن**

في المقام تكفينا القاعدة .

فما ذكره المشهور ـ بل المتسالم عليه ـ هو الصحيح ، وهو الذي تقتضيه القاعدة والروايات أيضاً . **ويترتب علىٰ ذلك** ـ سواء قلنا بأن ما ذكره المشهور ـ بل المتسالم عليه ـ هو الصحيح وهو الذي تقتضيه القاعدة ، أم قلنا إنّه هو الذي يصار إليه خلافاً للقاعدة لأجل الإجماع والنص ـ **الفروع الآتية** بعنوان أولاً وثانياً إلخ .

(١) وهو مقتضىٰ القاعدة كما عرفت .

(٢) بل قد عرفت أنّه علىٰ مقتضىٰ القاعدة ، وتقتضيه الروايات أيضاً .

﴿ **بكير** قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثمّ صالح علىٰ بعض ما صالح عليه ، قال : ليس عليه إلّا الذي صالح عليه» التهذيب ٦ : ٤٨٩/٢١٠ . الوسائل ج ١٨ : ٤٢٧ باب ٦ من أبواب الضمان ملحق ح ٢ . **والرواية ضعيفة** ، فإن في السند **بنان بن محمد بن عيسىٰ** وهو عبدالله أخو أحمد بن محمد بن عيسىٰ ، **وهو مجهول** وإن روىٰ في كامل الزيارات ، حيث قد رجع السيد الأُستاذ دام ظله عن اعتبار التوثيق فيه إلّا لمن روىٰ عنه جعفر بن محمّد بن قولويه في كامل الزيارات مباشرة ، وليس بنان بن محمّد منهم .

ثم إنّ في التقرير المطبوع ضمن الموسوعة وصف رواية ابن بكير **بالموثقة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٥** ، وهو كان اعتماداً علىٰ **رواية بنان بن محمّد** في كامل الزيارات ، وكان ذلك قبل الرجوع عن اعتباره ، **وقد عرفت أن السيد الأُستاذ** دام ظله قد رجع عنه فيما بعد . وأشار المحقق في الموسوعة إلىٰ مصدرها فقال : الوسائل : ج ١٨ : ٤٢٧ كتاب الضمان باب ٦ ح ٢ . وصاحب الوسائل ينقل هذه الرواية عن التهذيب ، وفي التهذيب الرواية منقولة عن ابن بكير عن عمر بن يزيد ، التهذيب ٦ : ٤٧٣/٢٠٦ . فهي رواية عمر بن يزيد لا ابن بكير ، والتي عن ابن بكير هي ملحق ح ٢ في الوسائل ، ومذكورة في التهذيب ٦ : ٤٨٩/٢١٠ . وفي السند كما عرفت بنان بن محمّد المجهول .

ضماناً ثمّ صالح عليه ، قال : ليس له إلّا الذي صالح عليه» بدعوىٰ الاستفادة منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر .

ويتفرع علىٰ ما ذكروه : أنّ المضمون له[١] لو أبرأ ذمّة الضامن عن تمام الدَّين ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه أصلاً ، وإن أبرأ من البعض[٢] ليس له الرجوع بمقداره . وكذا لو صالح معه بالأقل[٣] ، ـ كما هو مورد الخبر ـ وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرّعاً[٤] فأدّىٰ ، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع علىٰ المضمون عنه وإن كان بإذنه . وكذا لو وفّاه عنه غيره تبرعاً[٥] .

[٣٥٨١] «مسألة ١٤» : لو حسب المضمون له علىٰ الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة ، فالظاهر أنّ له الرجوع علىٰ المضمون عنه[٦] ولا يكون ذلك في حكم الإبراء .

---

(١) **أوّلاً** : أن المضمون له لو أبرأ الضامن عن تمام الدين فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه ، لأنّه لم يخسر شيئاً ولم يؤد بضمانه هذا ، فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه .

(٢) **ثانياً** : أن المضمون له لو أبرأ الضامن عن بعض الدين ، فليس للضمان الرجوع علىٰ المضمون عنه بمقدار ما أُبرئ ، لأنه بمقداره لم يخسر شيئاً ولم يؤدِ هذه المقدار ، فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه بهذا المقدار ، لأن الرجوع منوط بالأداء .

(٣) **ثالثاً** : لو صالح المضمون له الضامن بأقل من الدين ـ كما هو الوارد في النص ـ أيضاً ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه بما زاد علىٰ المقدار الذي تم الصلح عليه ، لأنه لم يخسر الزائد ولم يؤدِ الزاد ، فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه به ، لأن الرجوع منوط بالأداء وهو لم يؤده .

(٤) **رابعاً** : أنه لو ضمن عن الضامن ضامن متبرع بضمانه فأدىٰ ، ليس للضامن المتبرع عنه بالضمان الرجوع علىٰ المضمون عنه ، لأنّه لم يخسر شيئاً ولم يؤدِ ، والرجوع منوط بالأداء .

(٥) **خامساً** : لو أدىٰ شخص ما ضمنه الضامن تبرعاً أيضاً ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه ، لأنه لم يخسر ولم يؤدِ ، والرجوع منوط بالأداء[١] .

(٦) تقدم أن الضمان إذا كان بأمر المضمون عنه وإذنه واستدعائه ، فضمن الضامن ذلك

---

(١) هذا التعبير المتكرر في كلام السيّد الأُستاذ دام ظله كله كاشف ودال علىٰ أنّ الرجوع هو المنوط بالأداء ، لا أنّ شغل هو منوط بالأداء .

وبرئت ذمّة المضمون عنه ، ليس للضامن أن يطالبه بشيء حتّىٰ يؤدي ما ضمنه من المال إلىٰ المضمون له ، وما لم يؤدِ شيئاً ليس له مطالبة المضمون عنه بشيء . **وهو ـ كما تقدم ـ المتسالم عليه بلا خلاف بينهم ، وإن كان في اشتغال ذمّة المضمون عنه للضامن بنفس الضمان وعدمه كلام وخلاف تقدم**[1] ، لكن علىٰ جميع التقادير ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بشيء ما لم يؤدِ ، بلا خلاف بينهم ، وإذا أدىٰ وخسر فالذي يجب علىٰ المضمون عنه أداؤه إنما هو ما خسره الضامن بالأداء لا أصل الدين . وقد يكون ما خسره أقل من الدين أو لا يخسر شيئاً ، فلا يكون له علىٰ المضمون عنه شيء ، **وذلك أيضاً من جهة أن الأمر بالأداء والخسران موجب للضمان بالسيرة العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس ، ولا مقتضي لاشتغال ذمّة المضمون عنه من الأوّل ومن حين الضمان**[2] ، وتترتب علىٰ ذلك فروعٌ كثيرة تقدمت في المسألة المتقدمة ، نذكرها إجمالاً مقدمة لذكر فروع أُخرىٰ للضامن فيها الرجوع علىٰ المضمون عنه :

منها : ما إذا فرضنا أن المضمون له قد ابرأ ذمّة الضامن من الدين فسقط الدين بالإبراء ، ولم يخسر الضامن شيئاً ، ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه ومطالبته بشيء لأنه لم يخسر شيئاً .

ومنها : ما لو صالح المضمون له الضامن علىٰ الدين بمقدار قليل جداً ، كما لو كان الدين مائة دينار فصالحه علىٰ عشرة دنانير ، ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه بأكثر من عشرة علىٰ ما هو مورد النص المتقدم[3] .

---

(١) في المسألة السابقة عند قول السيد الأُستاذ دام ظله الكلام تارة فيما تقتضيه القاعدة وأُخرىٰ فيما يستفاد من الروايات .

(٢) إذا كان الأمر بالأداء موجباً للضمان بالسيرة العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس فكيف لا يكون هناك مقتض لشغل ذمّة المضمون من الأوّل ومن حين الضمان ، فإنه أليس الضمان كان يأمر المضمون عنه ؟ وأليس الأمر كان مقتضي للضمان وشغل الذمّة وإن كان بشرط الأداء ؟ !

(٣) **ودعوىٰ الماتن** دام ظله اختصاص الصلح الذي يرجع به الضامن علىٰ المضمون عنه بخصوص

ومنها : ما لو ضمن الضامنَ ضامنٌ تبرعاً فسقط ما في ذمّة الضامن الأوّل واشتغلت بالدين ذمّة الضامن الثاني ، ولكن ليس للضامن الأوّل الرجوع علىٰ المضمون عنه الذي ضمنه ومطالبته بالدين ، لأن ما في ذمّة الضامن الأوّل سقط بلا خسارة .

ومنها : ما لو أدىٰ شخص ثالث ما في ذمّة الضامن تبرعاً ومجاناً فسقط ما في ذمّة الضامن ، وليس للضامن أن يرجع إلىٰ المضمون عنه ، لأنّه لم يخسر شيئاً .

وأما ما لو لم يكن الأمر كذلك ، كما في عدة موارد أُخرىٰ :

منها : ما إذا فرض أنّ الضامن أدىٰ الدين إلىٰ المضمون له والمضمون له أخذ الدين منه ، **ثمّ ردّ المضمون له ما أخذه** من الدين إلىٰ الضامن **هبة ومجاناً ، فهذه ملكية جديدة لا تتدارك بها الخسارة السابقة بلا إشكال** ، لأن الضامن قد خسر ، وأدىٰ ما عليه من الدين ، وإن وهبه المضمون له بعد ذلك بمقدار الدين أو أكثر ، **فإن هذه هبة جديدة بعد الخسارة وملكية أجنبية عن الخسارة السابقة ، فللضامن** الرجوع علىٰ المضمون عنه بمقدار الخسارة .

﴿ الصلح الذي فيه تنازل من المضمون له عن مقدار من الدين قلّ أو كثر ، دون ما لو كانت المصالحة بشيء آخر له قيمة ولكن قيمته أقل من الدين ، بدعوىٰ عدم شمول النص لذلك كما سيأتي منه في المسألة اللاحقة .

لا وجه لها أصلاً ، وذلك لأن المذكور في الصحيحة المصالحة بشيء ـ وهو غير مختص بالتنازل وإن كان التنازل مصالحة أيضاً ـ والشيء لا فرق فيه بين أن يكون من جنس الدين أو لا .

نعم قد يقال : إذا باع المضمون له ما يساوي عشرة بالدين الذي له علىٰ الضامن وهو مائة إنّه لا يدخل في نص الصلح . وهو صحيح غير داخل فيه ، إلّا أنّه لا شك ولا ريب في أن ذكر الصلح فيها إنما هو من باب المثال ، والمقصود فيها أن الضامن لم يخسر إلّا ما هو أقل مما ضمنه بلا أي خصوصية للصلح ، فلا شك يشمل النص الصلح والبيع والإجارة ، كما إذا آجره ما يسوىٰ عشرة بالدين الذي هو مائة ، وغير ذلك من المعاملات المعاوضية ، كما سيأتي من السيد الأستاذ﴿ التصريح بذلك .

ومنها : أي ومما لا ينبغي الإشكال في جواز الرجوع على المضمون عنه فيما إذا كان ملكية الضامن للمال بهبة من المضمون له مثلاً قبل الخسارة ، ثمّ خسر ما عليه من الدين بالأداء إلى المضمون له ، **فإنه لا شك هنا في جواز رجوع الضامن** على المضمون عنه .

ومنها : أي من مصاديق ذلك ما لو حسب المضمون له ما عليه على الضامن خمساً[1] **أو زكاة أو صدقة**[2] ، فإن المستحق وهو الضامن يملك ما في ذمّته بالاحتساب أوّلاً ثمّ يسقط الدين ، بحيث يكون السقوط بعد الملكية ومتفرعاً عنها ، فيكون التلف من ماله والخسارة عليه بذلك ، لأن الذي أداه بماله هو الذي ملكه خمساً أو زكاة أو صدقة ، **فهو كما إذا وهبه مالاً ثمّ أدّى الضامن الدين** ، فالسقوط اللاحق فرع الملكية السابقة ، وليس معنى ذلك أن الضامن لم يخسر ، بل خسر

---

(١) باذن الإمام أو من يقوم مقامه بذلك ، لما تقدم في كتاب الخمس الواضح ٦ : ٣٦٦من عدم جواز ذلك ، بلا فرق بين السهمين ، لعدم الدليل في الخمس ، إلّا إذا أذن الإمام أو من يقوم مقامه بذلك بخلاف الزكاة لورود الدليل فيها على الاحتساب ولو لم يعلم الفقير أو المستحق بذلك ، كما تقدم في **الواضح ٨ : ٣٥** حيث دلت **صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج وموثقة سماعة** وغيرهما على ذلك .

(٢) هذا كما هو بيان لوجه جواز رجوع الضامن على المضمون عنه هو تعريض وجواب لتشكيك **السيد الحكيم**قدس سره **في المستمسك ١٣ : ٢٩٨ أو (١٧٣ طبعة بيروت)** باعتبار أن لا غرم على الضامن ليكون على المضمون عنه ، إلّا إذا قلنا باقتضاء القاعدة الضمان بمجرد أمر المضمون عنه الضامن بالضمان ، خرج منه ما خرج وبقي ما كان مشكوكاً فيه ومنه المقام ، فيكون الضمان لأجل الشك في السقوط ، بخلاف ما لو قلنا إن سبب الضمان استيفاء المضمون عنه مال الضامن فلا يكون ضمان حينئذٍ على المضمون عنه للشك في ثبوت الضمان ، **اللهم إلّا أن يقال** : إن المدين باحتسابه من الزكاة برئت ذمّته ، فالبراءة كانت بماله فيكون قد استوفاه المضمون عنه فعليه ضمانه . لكنه يتم بناءً على ثبوت ملك ما في الذمّة آناًما ، وأمّا على القول بامتناعه لعدم الفرق بين الآنات فلا استيفاء فلا غرامة ، فيتعين الابتناء على المباني .

وكذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبة[١] . وأما لو وهبه ما في ذمّته فهل هو كالإبراء أو لا ؟ وجهان[٢] . ولو مات المضمون له فورثه الضامن ، لم يسقط جواز الرجوع به علىٰ

بالأداء ما ربحه قبل الخسران ، فلذا لا شك في جواز رجوع الضمان علىٰ المضمون عنه بما حسب عليه من الزكاة أو الخمس أو الصدقة .

وكذا لو فرض أن الضامن امرأة فتزوجت من المضمون له ، وجعل مهرها ما في ذمّتها ، فتبرأ ذمّتها لا محالة بعد الملكية ، بمعنىٰ أنها تعتبر مالكة لما في ذمّتها آناًما ثم يسقط الدين فلا تكون مشغولة الذمّة بشيء ، ولكن براءة الذمّة متأخرة عن المالكية لا محالة ، فللمرأة الرجوع إلىٰ المضمون عنه ومطالبته باعتبار أنها خسرت ، لأنّه جعل ما في ذمّتها مهراً لها وهو بمنزلة الأداء الخارجي .

وكذا لو آجر الضامن نفسه للمضمون له بما في ذمّته من الدين ، في مقابل عمل من الأعمال كبناء دار أو خياطة ثوب ونحو ذلك ، فيصير مالكاً لما في ذمّته ، ثمّ يسقط ما في ذمّته من الدين قهراً ، فالخسارة واردة علىٰ الضامن لا محالة ، باعتبار أنه خسر بمقدار هذا المال في مقابل عمله الذي يستحقه علىٰ المستأجر ، **ففي كل ذلك لا شك يكون للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه لورود الخسارة عليه** .

بل الأمر كذلك لو فرض أن الضامن ملك ما في ذمّته من دون عقد ، كما لو انحصر إرث المضمون له بالضامن ، علىٰ ما سيأتي .

ومنها أيضاً : ما سيأتي في التعليقة الآتية من هبة المضمون له الضامنَ ما في ذمّته له ، فإنّه أيضاً يصح للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه ، وليس هو كالابراء المتقدم في المسألة السابقة .

(١) لأن الهبة كما عرفت منفعة جديدة ، أجنبية عن الخسارة السابقة ، فله الرجوع علىٰ المضمون عنه .

(٢) **ومعنىٰ ذلك استشكال الماتن قدس سره في أنّه كالابراء** .

ولكن الظاهر أنّ أقواهما أنّه ليس كابراء المضمون له المتقدم في المسألة السابقة الذي لا يصح معه الرجوع علىٰ المضمون عنه ، **لأنّ الظاهر أنّه لا مانع من اعتبار كون الإنسان مالكاً لما في ذمّته هبة** ، كما لا مانع من أن يكون مالكاً له بغير الهبة من إجارة أو مهرٍ ونحوها ، **والقبض**

المضمون عنه[1] .

المعتبر في الهبة متحقق لتسلط الإنسان على ما في ذمّته ، فهو في الواقع تمليك له لا إبراء ، فلا مانع من جواز الرجوع على المضمون عنه لتحقق الخسارة في ماله ، إذ إن السقوط كان بعد التملك عليه .

وعليه فالظاهر أنه لا مانع من اعتبار كون الإنسان مالكاً لما في ذمّته هبة ، كما لا مانع من كونه مالكاً له بغير الهبة من إجارة أو مهر أو نحوهما كإرث مثلاً ، وتقدم أنّ القبض المعتبر في الهبة أيضاً متحقق ، لأن ما في الذمّة إنما هو في ذمّته لا في ذمّة شخص آخر ، والإنسان مسلط على ما في ذمّته ، فاعتبار هذا يكون تمليكاً لا اسقاطاً ، فلا مانع من الرجوع على المضمون عنه .

نعم ، لو بنينا على أن هبة ما في الذمّة لا تصح ، وإنما هو إبراء بعنوان الهبة[1] ليس له أن يرجع إلى المضمون عنه ، لأن الخسارة لم تقع في ماله .

(١) **ثمّ إذا فرضنا أن المضمون له مات** ، وكان وارثه هو الضامن ، فانتقل ما في ذمّة الضمان إلى نفسه إرثاً ، كما لو فرضنا أن الضامن ابن المضمون له المنحصر إرثه به ، فمع موت المضمون له **ينتقل ما في ذمّة الضامن إلى نفسه إرثاً** ، لأن من جملة ما يملكه الميت هو ما في ذمّة المدين من الدين ، فيكون الوارث بذلك مالكاً لما في ذمّته ، **ثمّ يسقط الدين ، فهو بمنزلة الأداء** ، فقد تحققت الخسارة الواردة على الضامن ، فله الرجوع إلى المضمون عنه لورود الخسارة على الضامن ، فهو بمنزلة الأداء الخارجي ، بمعنى أن انتقال ما في ذمّته إليه بمنزلة الأداء ، فيرجع به على المضمون عنه .

فالعبرة في جميع ما ذكر أن تكون خسارة عليه ونقصان في ماله ، ولأجله يرجع على المضمون عنه ، وأما لو كان ابراءً محضاً فلا خسارة فلا رجوع .

---

(١) **هذا من السيد الأُستاذ تعريض بما ذكره الشيخ آغا ضياء الدين العراقي**قدس سرهما في حاشيته الأنيقة على العروة من أن الهبة في المقام حقيقة الإبراء . العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء والعظام) ٥ : ٤١٩ طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة ، **ولكن** قد عرفت ما فيه ، بل هي تمليك ، وبعد التمليك تحقق السقوط والخسارة ، فليست هي ابراءً .

[٣٥٨٢] «مسألة ١٥» : لو باعه أو صالحه(*) المضمون له بما يساوي أقلّ من الدَّين(١) . أو وفّاه الضامن بما يساوي أقلّ منه ، فقد صرّح بعضهم بأنّه لا يرجع علىٰ المضمون عنه إلّا بمقدار ما يساوي . وهو مشكل(٢) بعد كون الحكم علىٰ خلاف القاعدة وكون القدر المسلّم غير هذه الصور . وظاهر خبر الصلح الرِّضا من الدَّين بأقلَّ منه لا ما إذا صالحه بما يساوي أقلَّ منه .

---

(١) كما لو باعه كتاباً يسوىٰ عشرة دنانير بالدين الذي هو مائة دينار ، أو صالحه كذلك ، أو أداه وفاءً بغير الجنس ، كما يجوز ذلك .

ففي جميع هذه الصور هل يرجع الضامن إلىٰ المضمون عنه بهذا المقدار أو بجميع ما ضمنه؟

نسب إلىٰ المشهور كما هو كذلك(١) أنّه لا يرجع إلّا بمقدار ما خسر وهو عشرة دنانير .

ولكنه استشكل فيه الماتنقدس سره .

ووجه الإشكال هو ما يأتي في التعليقة الآتية .

(٢) **ووجه الإشكال** ـ علىٰ ما ذكره الماتن**قدس سره** هو ـ أنّه يرىٰ أن القاعدة تقتضي جواز رجوع

(*) **في المستمسك** : «الظاهر أن أصل العبارة : (لو باع أو صالح) ، وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل» **المستمسك ١٣ : ١٧٤ طبعة بيروت .**

وفي مهذب الأحكام : في العبارة مسامحة ، والظاهر (لو باع أو صالح) ، **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٣ .**

وما ذكراهقدس سرهما **هو الظاهر .**

(١) حيث ذهب إلىٰ ذلك العلّامة في التذكرة ١٤ : ٣٥٩ والقواعد ٢ : ١٦٠ ، والشهيد في المسالك ٤ : ٢٠٦ ، والمحقق في الشرائع ٢ : ١٢٩ ـ ١٣٠ ، والشيخ صاحب الجواهر ٢٦ : ١٥٣ وغيرهم . وذكر في الجواهر «إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه من بعضه لم يرجع علىٰ المضمون عنه المفروض إذنه في الضمان إلّا بما أدّاه ، لما عرفت سابقاً من أنّه ليس له إلّا ذلك نصّاً وفتوىٰ ، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحقّ ، وإلّا رجع بالحق خاصّة ، فالضابط حينئذٍ : الرجوع بأقل الأمرين ممّا أدّاه ومن الحق في كل موضع له الرجوع .

وكأن المصنّف أشار بما ذكره إلىٰ خلاف بعض العامّة الذي جوّز الرجوع مع الإبراء عن الكل أو البعض ، لأنّه هبة له خاصّة من رب العالمين [فتح العزيز ١٠ : ٣٩١ ـ ٣٩٢]» .

الضامن علىٰ المضمون عنه بتمام المال المضمون بمجرد عقد الضمان أدىٰ الضامن المال إلىٰ المضمون له أو لا ، ولا يتوقف جواز مطالبته بالدين علىٰ الأداء ، فيجوز للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه ومطالبته بالدين حتّىٰ في فرض الإبراء ، لأنه تشتغل ذمّة المضمون عنه بالدين بنفس الضمان[1] ، وإنما لم يلتزم بذلك في المصالحة بالأقل مع أن الرجوع بالأكثر علىٰ طبق القاعدة عنده لأجل النص[2] ، وهو غير شامل للمقام ، **لأن ظاهر النص عنده** هو تنازل المضمون له عن مقدار من الدين ورضاه بالباقي ، كما لو كان الدين مائة دينار فيتنازل المضمون له عن خمسين ويرضىٰ بالخمسين الأُخرىٰ ، وأمّا المصالحة بشيء آخر الذي قيمته أقل من الدين أو بيعه به أو أداؤه وفاءً[3] ، فهو خارج عن مورد النص .

وللمناقشة فيما ذكره مجال واسع ، أوّلاً : تقدم أن القاعدة لا تقتضي ما ذكره ، ولا موجب للضمان من دون أداء خارجي ، ولا يوجب نفس الأمر بالضمان الضمان أبداً . نعم ، يوجبه بشرط

---

(١) تقدم ذلك منه في المسألة ١٣ **[٣٥٨٠] وعليه فلا وجه للقول** : بأنه إن كان المراد من القاعدة تحمّل الضامن أصل الدين بحده من المضمون عنه فحكمهم موافق لها ، وإن كان المراد بها غرامة الضامن وخسارته فحكمهم مخالف لها ومخالف للخبر أيضاً . **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٣ ـ ٢٥٤** ، في حين أن السيد السبزواري قدس سره هو الذي قال تعليقاً علىٰ قول الماتن في المسألة ١٣ **[٣٥٨٠]** (وإن كان مقتضىٰ القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمّته من حين الضمان) **ما مضمونه :** من أن النفع الذي حصل عليه المضمون عنه بسبب إذنه يوجب قهراً أن يكون له مقابل ، وهو اشتغال ذمّته إلىٰ الضامن بنفس عقد الضمان . وادعىٰ قدس سره أن هذا مطابق للمرتكزات العقلائية . **والمقصود** أن القاعدة التي يقولها الماتن قدس سره هي تلك المتقدمة منه في المسألة ١٣ **[٣٥٨٠]** .

(٢) الذي تقدم في المسألة ١٣ **[٣٥٨٠]** أن الخروج عن القاعدة عنده لأجل النص والإجماع ، وتقدير العبارة أنهما غير شاملين لمحل الكلام ، إذ النص مختص عنده بالصلح الذي هو التنازل ، لا المعوض بشيء آخر أقل قيمة من الدين ، فضلاً عن شموله للبيع أو للوفاء بالأقل . وسيأتي جوابه من السيد الأُستاذ قدس سره .

(٣) عن الدين كله لا أداؤه صلحاً .

الأداء الخارجي ، باعتبار أن الخسارة الواقعة في الخارج إذا كانت بأمر أحد فتداركها على نفس الآمر بمقتضى السيرة العقلائية القطعية[١] .

وثانياً : لا وجه لما ذكره من دعوى اختصاص النص باسقاط المضمون له مقداراً ورضاه بالباقي ، بل المذكور في النص المصالحة بشيء[٢] ، **ولا فرق في ذلك** بمقتضى اطلاقه بين أن

---

(١) **أقول** : وعلى هذا فالأمر يقتضي الضمان لكن بشرط الأداء ، فالأداء كاشف عن شغل ذمّة المضمون عنه بالضمان بمجرد الضمان ، لا أن الأداء هو الذي يقتضي شغل ذمّة المضمون عنه .

(٢) هذا نقل بالمضمون ، فإن الذي في **النص الأوّل وهو موثق عمر بن يزيد** (عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه ، قال : ليس له إلّا الذي صالح عليه) الوسائل ج ١٨ : ٤٢٧ باب ٦ من أبواب الضمان ح ١ ، والموجود **في النص الثاني وهو موثق ابن بكير** هو مثله إلّا أنّه قال : (ثمّ صالح على بعض ما صالح عليه) **نفس المصدر ح ٢** . ولعل الملاحظ بالنقل بالمضمون الذي ذكره السيد الأستاذ دام ظله هو موثق ابن بكير ، والمقصود باطلاق النص هو الثاني ، وأن البعض الذي صولح عليه سواء كان من جنس الدين بأن رضي بعشرة من مائة ، أم لم يكن من جنس الدين بأن رضي بكتاب يساوي عشرة دنانير عن مائة دينار التي هي الدين ، هذا لو فرض انصراف (صالح عليه) في الموثق الأوّل إلى خصوص التنازل ، وهو أوّل الكلام ، فإن صالح عليه أيضاً مطلق ، صالح عليه بشيء من غير جنس الدين ككتاب هو أقل قيمة من الدين ، أو صالح عليه بما كان من جنس الدين ، بأن رضي بخمسين ديناراً من مائة دينار ، فهو أيضاً مطلق وشامل للاثنين . فأوّلاً : أن الدليل على الشمول للصلح الذي يكون في مقابل شيء وعدم اختصاصه بما ليس فيه ، إلّا التنازل قائم وموجود . **وثانياً** : أنه لا خصوصية للصلح وإن كان المذكور هو ، إذ لا شك أن ذكره من باب المثال ، والمقصود بيان أن الضامن لم يخسر إلّا القليل مما ضمنه ، ولذا تعدي هو إلى الإبراء ، فلا خصوصية للصلح أصلاً ، فيشمل البيع والإجارة ونحوهما ، وعليه فلا شك لنا في الشمول للصلح الذي فيه عوض - أي غير التنازلي - والبيع ونحوهما حتى يقال إن الإجماع دليل لبيّ فيقتصر فيه على المتيقن وليس هو إلّا الصلح التنازلي .

وأمّا لو باعه أو صالحه أو وفّاه الضامن بما يساوي أزيد ، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة[1] .

يكون الشيء من جنس الدين أو لا .

نعم ، النص وهو المعتبرتان[1] **مختصتان بالصلح** ، وغير شاملتين للبيع ، إلّا أنّه لا شك في أن ذكر الصلح فيهما من باب المثال ، وأن المقصود أن الضامن لم يخسر إلّا مقداراً قليلاً مما ضمنه ، بلا أي خصوصية للصلح . **فالصحيح ما ذكره المشهور** من رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه **بخصوص ما يساوي الأقل** ، لمصالحته علىٰ الأقل أو البيع به أو أدائه وفاءً ، **لا بما يساوي الدَّين** ، ولا إشكال في ذلك .

(١) **نعم ، لو باع الضامن الدين أو صالحه أو وفّاه بما يساوي الأكثر قيمة** ، كما لو صالح الضامن المضمون له عن الدين الذي هو مائة دينار بمائة وخمسين ديناراً ، أو صالح الضامن **المضمون له بكتب أو فرشٍ** تسوىٰ مائة وخمسين ديناراً ، أو باع المضمون له الدين للضامن بفرش يسوىٰ مائة وخمسين ديناراً[2] ، **ليس للضامن أن يرجع علىٰ المضمون عنه بمائة وخمسين ديناراً** .

والوجه فيه ظاهر ، لأن أمر المضمون عنه لا يوجب إلّا الضمان عند أداء المأمور بالمقدار الذي أمر به لا بأكثر منه[3] .

---

(١) أي موثقة عمر بن يزيد وموثقة ابن بكير .

(٢) أو وفّاه كذلك بأن وفاه بمائة وخمسين بدل المائة بعنوان الوفاء ، لا بعنوان الصلح .

(٣) لأن الأكثر منه ليس بمأمور بأدائه ، فهو متبرع به وباعطاء الزيادة ، ولا إذن له في ذلك فلا مقتضي لضمانه علىٰ المضمون عنه ، ولذا أرسل ذلك الأصحاب إرسال المسلمات ، **كما ذكره السيد الحكيم** قدس سره وقال أيضاً : «معللين له بإنّه متبرع بالزيادة غير مأذون فيها ، فلا استيفاء لها من المضمون عنه . . .» **المستمسك ١٣ : ١٧٥ طبعة بيروت** .

ومن هذا أيضاً يستفاد أنّ الذي يقتضي اشغال ذمّة المضمون عنه إنما هو الآمر وبمقدار ما أمر ، وإن كان ذلك بشرط الأداء ، لا أنّ الأداء هو المقتضي لشغل الذمّة ، بل هو كاشف عن شغلها .

[٣٥٨٣] «مسألة ١٦» : إذا دفع المضمون عنه إلىٰ الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه ، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال ، ويكون في يده أمانة[1] ، لا يضمن لو تلف إلّا بالتعدي والتفريط .

---

(١) إذا دفع المضمون عنه إلىٰ الضامن مالاً ليكون أمانة عنده ويستوفيه منه حين أدائه مال الضمان فلا إشكال في ذلك فيبقىٰ المال عند الضامن أمانة ، وإذا تلف بلا تعدٍ أو تفريط لا يكون ضامناً ، وإذا أدىٰ الضامن الدين طالب المضمون عنه ببدله ، فيوفيه من ماله الذي عنده أمانة ، وهذا مما لا إشكال فيه .

إنما الكلام فيما إذا أدّاه وفاءً عما في ذمّته ، لا أمانة باعتبار أنّ المضمون عنه قد اشتغلت ذمّته بالدين ، فيؤدي المضمون عنه الدين وفاء عما اشتغلت به ذمّته بنفس الضمان .

وهذا أيضاً لا إشكال فيه بناء علىٰ أن ذمّة المضمون عنه تشتغل بالضمان ابتداءً ، إما مطلقاً أو مشروطاً بشرط متأخر هو الأداء الخارجي الكاشف عن اشتغال ذمّة المضمون عنه من الأوّل[1] .

وأما بناءً علىٰ أن ذمّة المضمون عنه لا تشتغل بشيء بنفس الضمان لا مطلقاً ولا مشروطاً بالأداء بالشرط المتأخر ، **بل إنّما تشتغل بالدين بنفس الأداء** ، كما هو المشهور ، **وهو الصحيح** كما عرفت فيما تقدم ، **فلا يكون ما أداه بعنوان الوفاء وفاءً عما في ذمّته** ، لأن ذمّته لم تشتغل بشيء **نظير ما لو أعطىٰ** مالاً لشخص باعتقاد أنه مدين له وأداه وفاءً ولم يكن مديناً له واقعاً ، وإنما

---

(١) ولأجل ما علقناه علىٰ عبارة الماتن قدس سره من قولنا (بل حتىٰ علىٰ التقدير الأوّل . . . إلخ) يظهر الوجه في عدم تقييد السيد الأُستاذ دام ظله بكون ما أعطاه وفاء بأنّه إنّما يكون وفاءً إذا تحقق أداء الضامن للمضمون له علىٰ تقدير القول باشتغال ذمّة الضامن بنفس الضمان مشروطاً بشرط متأخر وهو الأداء الخارجي ، دون ما لو كان اشتغال ذمّة المضمون عنه بنفس الضمان مطلقاً أدىٰ أو لم يؤدِ . **وذلك** لأن الأداء مطلقاً إنما يكون أداء فيما إذا لم يبرئ المضمون له الضامن أو لم يتبرع عن الضامن ضامن بالضمان أو بالأداء أو نحو ذلك ، وإلّا لا يكون الأداء أداءً ، سواء كانت ذمّة المضمون عنه مشتغلة (بنفس الضمان) مشروطاً بأداء الضامن خارجاً ، أو لم يكن مشروطاً بأداء الضامن خارجاً .

وإن كان بعنوان وفاء ما عليه ، فإن قلنا باشتغال ذمّته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلّا بعد أداء الضامن ، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك علىٰ وجه الكشف ، فهو صحيح ويحتسب وفاءً ، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن علىٰ التقدير الثاني(*) .

هو تخيل محض ، فلا يكون هنا وفاءً ، بل هو باق علىٰ ملك مالكه الأوّل ويكون مثل المقبوض بالعقد الفاسد(١) ، **فتصرف الضامن بالمال تصرف بغير حق ، فتكون يده يده ضمان لا محالة كما في سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد .**

(*) **أقول : بل حتىٰ علىٰ التقدير الأوّل** ، إذ لا شك في أنّه لو اسقط المضمون له المال المضمون عن ذمة الضامن لا يملك الضامن علىٰ المضمون عنه شيء ، فالوفاء لا شك يكون مراعىٰ بعدم ابراء المضمون له أو نحو ذلك مما لو تحقق لا يستحق الضامن علىٰ المضمون عنه شيء ، كما لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً ، أو ادّعىٰ عنه تبرعاً ونحو ذلك ، ولذا قال العلّامة في التذكرة : «فإذا ثبت هذا فإن أخذ الضامن من المضمون عنه عوضاً عمّا يقضي به دين الأصيل قبل أن يغرم ، الأقرب : أنّه لا يملكه لجواز السقوط بالإبراء ، فيكون للأصيل» التذكرة ١٤ : ٣٥٠ .

وما قد يقال : من أنّه لا يكون الاسقاط بعد الوفاء اسقاطاً ولا أداء المتبرع عن الضامن أداءً ، ولا لضمان المتبرع عن الضامن معنىٰ ، **غير صحيح** ، لأنّ متعلق الاسقاط هو دين الضامن لا دين المضمون عنه ، وكذا متعلق الوفاء أو الضمان الصادر من غير الضامن إنّما هو دين الضامن لا دين المضمون عنه . **فالتقييد بعلىٰ التقدير الثاني علىٰ كل حال غير صحيح .**

فالقول بأنّه يرجع عليه بما أدّىٰ غير متحقق ، فهو غير مشغول الذمّة له حتّىٰ يكون ما أخذه وفاءً . فالأخذ وفاء مراعىٰ بعدم إبراء المضمون له ونحو ذلك هو الصحيح حتّىٰ علىٰ التقدير الأوّل .

(١) **قال السيد السبزواري**ﷺ : «إلّا أن تعد المعرضية القريبة للاشتغال بمنزلة الاشتغال في الآثار بنظر أهل العرف ، وفيه تأمل» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٤** .

أقول : بل فيه منع واضح جزماً لا تأمل فيه ، وعليه فلا وجه يقتضي الصحة حتىٰ يكون مع الوجه الذي يقتضي عدم صحته وفاء موجباً لإشكال وعدم الجزم بعدم كونه وفاءً ، فالصحيح أنّه لا يصح وفاءً ، لا أنّه يشكل صحته وفاءً .

وإن قلنا إنّه لا تشتغل ذمّته إلّا بالأداء وحينه ـ كما هو ظاهر المشهور[١] ـ فيشكل صحّته وفاءً[٢] لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد ، فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد ، وبعد الأداء[٣] ليس له الاحتساب إلّا بإذن جديد ، أو العلم ببقاء الرضا به[٤] .

نعم ، لو فرضنا أن الضامن أدّىٰ ما عليه من الدين إلىٰ المضمون له وبعد ذلك أ ـ أذن المضمون عنه في احتساب هذا المال وفاءً عما اشتغلت به ذمّته ، أو ب ـ علم الضامن ببقاء رضا المضمون عنه باحتساب هذا المال وفاءً عن الدين في هذين الفرضين «أ(و) ب» لا إشكال في جواز تصرف الضامن في هذا المال باحتسابه وفاءً عما اشتغلت به ذمّة المضمون عنه .

(١) **وهو الصحيح كما تقدم** .

(٢) **لا وجه للاشكال في صحته وفاءً** ، بل لابدّ وأن لا يكون وفاءً جزماً ، لعدم اشتغال ذمّة المضمون عنه بشيء ، وتقدم أن هذا نظير ما لو أعطىٰ شخص لشخص مالاً باعتقاد أنّه مدين له .

(٣) أي لو أدىٰ الضامن ما عليه إلىٰ المضمون له ، ثمّ أذن له المضمون عنه باحتساب ذلك المال وفاءً ، أو علم الضامن ببقاء الإذن السابق باحتساب المال وفاء ، صحّ وفاءً .

(٤) **وأمّا إذا لم يعلم الضامن** ببقاء رضا صاحب المال وشك في رضا المضمون عنه باحتسابه وفاءً بعد الأداء ، **فهل يكفي استصحاب الاذن السابق** ويحكم ببقاء إذنه في الاحتساب أو لا يكفي ذلك ؟

ظاهر **عبارة الماتن**ﷺ عدم الجواز مع الشك وعدم جريان الاستصحاب ، **لأنه اعتبر العلم ببقاء الرضا ؟**

وما ذكرهﷺ **هو الصحيح**[١] ، لأن إذنه السابق إذن في الاحتساب في ذلك الوقت وقبل الأداء ، **والاحتساب في ذلك الوقت لم يكن صحيحاً** ولم يتحقق ، **والاحتساب بعد الوفاء لم يكن مأذوناً فيه من الأوّل** ، فما تعلق به الاذن لا أثر له ، وماله الأثر وهو الأذن في الاحتساب بعد الأداء لم يكن ثابتاً في زمان كي يستصحب[٢] .

---

(١) خلافاً لما ذكره **السيد الحكيم**ﷺ كما سيأتي وكذا السيد السبزواريﷺ .

(٢) **هذا ردّ لما في المستمسك** ولما في مهذب الأحكام حيث قال السيد الحكيمﷺ «ويكفي الشك في بقاء الاذن لجريان الاستصحاب ، ولا حاجة إلىٰ العلم بالبقاء» ، **المستمسك ١٣ : ٣٠١**

وبعبارة أوضح : ذكرنا سابقاً أن الأفعال بحسب الزمان تتحصص ، بخلاف الجوامد فإن زيداً (أو المضمون عنه في المقام) أمس واليوم وغداً وجود واحد ، لا يتعدد بتعدد الزمان ، وأما الأفعال كالقيام في هذا اليوم والقيام أمس (أو إذن المضمون عنه أمس الذي كان قبل الاشتغال وإذنه بعد الاشتغال وهو اليوم لا أمس فهما فردان من القيام والإذن ، والاذن في المقام فعل من الأفعال لا شك يتعدد بتعدد الزمان ، **والوفاء الذي كان مأذوناً فيه** هو الوفاء قبل الأداء ، **وهو غير قابل للتحقق** ، لعدم اشتغال الذمّة ، **والوفاء بعد الأداء قابل للتحقق** ، إلّا أنّه **لم يتعلق به الإذن** ، أي لم يكن الاذن ثابتاً في زمان حتّىٰ يكون للاستصحاب موضوع ، فلا معنىٰ للاستصحاب في المقام ، **بل الظاهر** عدم جواز التصرف إلّا بإذن جديد ، أو العلم ببقاء الإذن السابق إلىٰ ما بعد الاشتغال ، **وهذا نظير ما إذا فرضنا** أن زيداً أباح لعمرو سكنىٰ دار ، وهذه الدار حين الإذن والإباحة لم تكن داره ، فلم يكن إذنه في محله ، فإذا اشترىٰ هذه الدار وشككنا في وجود الإذن السابق وبقائه أو لا ، لا يمكن استصحاب الإذن في المقام ، لأن الإذن كان متعلقاً بالسكنىٰ في زمان لم تكن الدار ملكاً لزيد ، وحينما أصبحت الدار ملكاً لزيد لم يكن إذن من زيد بالسكنىٰ لعمرو ، **فإن الأفعال بالنسبة إلىٰ الزمان تتحصص كما عرفت ، فالإذن السابق غير الإذن اللاحق** ، وإن كان المأذون السابق هو نفس اللاحق ، لأن زيداً ليس من الأفعال والإذن من الأفعال ، والأفعال تتحصص بالزمان دون الأعيان ، وزيد نفس زيد ، إلّا أنّ حجه العام غير حجه هذه السنة مثلاً ، وغير الحج الذي كان قبل ثلاثة سنين وهكذا ، فالإذن الذي كان غير الإذن الذي لم يكن[1] ، **فأي استصحاب**

﴿ **أو (١٧٥ طبعة بيروت)** فإن الاستصحاب لا يجري مع عدم بقاء الموضوع وتعدده بنظر العرف ، فان شرط جريانه وحدة الموضوع عرفاً .

ومن ذلك أيضاً يظهر ضعف ما علقه السيد السبزواري في المقام ، فإنه علق علىٰ قول الماتن ٠ (وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلّا بإذن جديد) بما نصه : «مقتضىٰ الأصل بقاء الإذن الأوّل ولا يحتاج إلىٰ إذن جديد» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٥** فإن الأصل لا يجري مع اختلاف الموضوع .

(١) **في موسوعة السيّد الأُستاذ** ﷺ **مانصه** : «وحيث إن الاحتساب من الأفعال يكون متعدداً

[٣٥٨٤] «مسألة ١٧» : لو قال الضامن للمضمون عنه : «ادفع عني إلىٰ المضمون له ما عليّ من مال الضمان» فدفع ، برئت ذمّتهما معاً . أمّا الضامن فلأنه قد أدّىٰ دينه ، وأمّا المضمون عنه فلأنّ المفروض أنّ الضامن لم يخسر[1] ، كذا قد يقال .

يجري ؟ ! بعد عدم بقاء الموضوع وتعدده بنظر العرف .

(١) فذمّة المضمون عنه أيضاً بريئة لأنّها إنّما تشتغل حينما يخسر الضامن بالأداء ويغرم وهنا لم يخسر ولم يغرم ، فليس للضامن أن يرجع علىٰ المضمون عنه بشيء ، هكذا ذكر في كلمات غير واحد[1] .

بحسب الزمان لا محالة ، فالاحتساب في هذا الزمان غير الاحتساب في الزمان السابق ومغاير له ، فلا يمكن إحرازه في الزمان المشكوك بالاستصحاب» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٠** .

ولعله كلمة «الإذن» ساقطة ، والجملة التي كانت «وحيث إن الإذن في الاحتساب من الأفعال فتكون متعددة بحسب الزمان» حيث إن موضوع البحث ونظر السيّد الأُستاذ إنما هو الإذن ، وهو الذي في كلام السيد الحكيم والذي نظر السيد الأُستاذ إليه ، **وكلامه إنما هو منصب علىٰ الإذن** ، فإنه قال «يكفي الشك في بقاء الإذن لجريان الاستصحاب ولا حاجة إلىٰ العلم بالبقاء» .

(١) منهم المحقق في الشرائع قال : «ولو قال : [أي الضامن مخاطباً المضمون عنه] ادفعه إلىٰ المضمون له فدفعه [أي فدفع المضمون عنه المال المضمون من قبل الضامن إلىٰ المضمون له] فقد برئا» **الشرائع ٢ : ١٣٠** .

وقال في المسالك في وجه قوله : (فقد برئا) ما نصه : أما الضامن فلوفاء دينه ، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه . ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمّة الضامن لأنه مديون وقد أذن له في وفائه ، وثبوت مثله في ذمّة المضمون عنه لأدائه فيتقاصا» **المسالك ٤ : ٢٠٩** .

وأشكل علىٰ قول الشهيد (ويمكن اعتبار التقاص القهري) **صاحب الجواهر بقوله : «أن أداء دين الضامن** المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن **لا يقتضي اشتغال ذمّة الضامن بمثله** ، إذ

﴿ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين علىٰ كونه مملوكاً للمديون ، **كما أنّه لا يستحق رجوعاً علىٰ المضمون عنه** لعدم حصول الأداء منه ، **فلا تقاص حينئذٍ** لعدم ثبوت المالين في ذمّة كل منهما ، فتأمل» **الجواهر ٢٦ : ١٥٥ .**

وأجابه الماتنﷺ **كما سيأتي في المتن ، وشرحه** : بأن الأوجه هو الاشتغال وحصول التهاتر القهري ، وذلك **لأن الضامن حينما** أمر المضمون عنه بالأداء أمره بذلك بعنوان أن الدين دين الضامن ، فإذا أدىٰ المضمون عنه دين الضامن فهو بأمر الضامن ، فيستحق المضمون عنه المأمور بالأداء ـ والذي أدّىٰ ـ الرجوع علىٰ الآمر ، لأن أمر الضامن موجب للضمان **وعليه سيرة العقلاء** . فكل منهما يطلب الآخر مالاً فيقع التهاتر القهري ، لا أنهما يتقاصان كما صدّر وذيّل الشهيد عبارته به ، وأخذه الماتن في كلامه أيضاً ، إذ إن التقاص مختص بما إذا كان المطلوب ومن عليه الحق ضالماً ، وليس المقام كذلك ، فإن الزوجة لو لم تطالب بالنفقة ويمتنع الزوج من اعطائها مع تمكّنه ليس لها أن تقاصه ، وكذا الدائن إذا طالب بدينه ولم يعطه المدين مع تمكنه منه جازت مقاصته ، وليس المقام كذلك ، فإنه لم يطالب كل منهما الآخر بدينه ، ولم يمتنع كل منهما من الأداء ، وليس المفروض في مسألتنا ذلك ، إذ إن الدينين يسقطان بالتهاتر .

والجواب الذي أجاب به الماتن صاحب الجواهرﷺ **صحيح** ، لأن أمر الضامن المضمون عنه وامتثاله هو بنفسه موجب للضمان بالسيرة العقلائية ، ولا يتوقف اشتغال ذمّة الضامن للمضمون عنه علىٰ عنوان القرض كي يقال إن الضامن لم يكن قاصداً له ، وبأداء الضامن للمال المضمون تسبيباً اشتغلت ذمّة المضمون عنه ببدله للضامن ، فكل منهما بالأداء أصبح مشغول الذمة للآخر .

إلّا أنّه يرد عليه ما ذكره السيد الأُستاذ السيد الخوئيﷺ بأن التهاتر القهري مختص بما إذا كان الدينان متماثلين إما حالين أو مؤجلين بأجل واحد ، لا ما إذا اختلفا في الحلول والتأجيل ، ولا ما إذا اختلف الأجل .

ثمّ إنّه احتمل صاحب الجواهرﷺ إرجاع ضمير قال (في قول المحقق في الشرائع الذي هو :

﴾

ولكن ذكر الماتنقدس سره[1] **أن الأوجه** إن يقال في وجه ذلك : إن الضامن حينما أمر المضمون عنه بالأداء أمره بذلك بعنوان دينه ، أي دين الضامن ، **فالمضمون عنه** إذا أدىٰ ذلك باعتبار **أنه كان**

﴿ولو قال ادفعه إلىٰ المضمون له فدفعه فقد برئا) إلىٰ المضمون عنه ، أي قال المضمون عنه للضامن ادفعه إلىٰ المضمون له فقد برئا معاً كان ممكناً ، والوجه فيه حينئذٍ ظاهر وواضح لما عرفت .

وفيه : إن قول المضمون عنه للضامن ادفعه إلىٰ المضمون له ، ليس إلّا أمراً بما هو واجب علىٰ الضامن ، فبأداء الضامن تبرأ ذمّته ، قال له المضمون عنه ذلك أم لا . وبادائه تشتغل ذمّة المضمون عنه ، إذ المفروض أن الضمان اذني ، فكيف يصح قول صاحب الجواهر قدس سره (فقد برئا معاً . . . والوجه فيه حينئذٍ ظاهر وواضح) ؟

نعم ، لو صرح المضمون عنه بأنه أيّها الضامن اعطِ ما عليك من دين الضمان إلىٰ المضمون له وأنا متبرع لك بذلك علىٰ ما تقدم منّا في المسألة ١٢ **[٣٥٧٩]** خلافاً للماتن هناك ، **صح كلام صاحب الجواهر** قدس سره . إلّا أن هذا خلاف ظاهر المسألة التي عنونها المحقق في الشرائع من ثلاث جهات :

الأُولىٰ : أنها ظاهرة في أمر الضامن المضمون عنه بالأداء .

الثانية : لو احتمل أنها ظاهرة في أمر المضمون عنه الضامن بالأداء فإنما هو احتمال ، ولا أثر له في مقابل الظهور .

الثالثة : أنه لو كان المراد تبرع المضمون عنه عن الضامن فهو احتمال موهوم في العبارة ، لا يعتنىٰ به لو كان غير موهوم ، فكيف بما إذا كان موهوماً .

والذي يقوله صاحب الجواهر قدس سره هو كون المسألة التي ذكرها المحقق في الشرائع مجملة لا ظاهرة في أمر الضامن المضمون عنه بأداء ما علىٰ الضامن ، ولا ظاهرة في أمر المضمون عنه الضامن بالأداء . وهو غير صحيح .

(١) ما ذكره الماتن قدس سره تبع فيه قول الشهيد قدس سره في عبارته المتقدم في الهامش المتقدم ، إلّا أنّ الشهيد قدس سره ذكر هذا الوجه علىٰ أنّه ممكن أيضاً ، ولكن ذكره الماتن قدس سره علىٰ أنّه الأوجه .

والأوجه أن يقال : إنّ الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه ، فقد اشتغلت ذمّته بالأداء ، والمفروض أنّ ذمّة المضمون عنه أيضاً مشغولة له ، حيث إنّه أذن له في الضمان . فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بأمره ، ولاشتغال ذمّة المضمون عنه حيث إنّ الضمان بإذنه ، وقد وفّىٰ الضامن ، فيتهاتران أو[1] يتقاصّان .

بأمر الضامن يكون الضامن ضامناً لذلك ، لما تقدم غير مرة من أن الأمر باعطاء مال لا مجاناً موجب للضمان ، ويكون الضامن قد أدىٰ الدين تسبيباً لا مباشرة . **ومن جهة أُخرىٰ** ، المضمون عنه مشغول الذمّة للضامن حيث أذن للضامن أو أمره بالضمان قبل ذلك ، والمفروض أن الضامن أدىٰ ـ مباشرة كان أو تسبيباً ـ فكل منهما ضامن للآخر ، وكل منهما يطلب الآخر ، فيقع التهاتر القهري بينهما ، **لا أنهما يتقاصان** كما يقوله الماتن أيضاً ، لأن التقاص مختص بما إذا كان المطلوب ومن عليه الحق ظالماً ، وليس كذلك في المقام .

ومخلص القول : أن الضامن بادائه ولو تسبيباً يشغل ذمّة المضمون عنه له ، كما أن الضامن بأمره المضمون عنه بالأداء تشتغل ذمّة الضامن للمضمون عنه بذلك ، فيتهاتران .

ولكن لابدّ في التهاتر من أن يكون الدينان متماثلين ، إمّا حالين معاً أو مؤجلين بأجل معين . **وأمّا لو اختلفا** فكان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو كلاهما مؤجل ولكن الأجل مختلف ، **فلا موضوع للتهاتر** ، بل يجب أداء الدين الحال بالفعل ، أو المؤجل بأقرب الأجلين حين حلول أجله ، ويطالب الآخر به حين وقته لا بالفعل .

(١) **إن كانت العبارة** «ويتقاصان» أمكن حمل التقاص علىٰ التهاتر المعبر عنه بالتقاص القهري[1] .

---

(١) **في موسوعة السيد الأُستاذ** بعد العبارة المتقدمة قول المقرر ناسباً ذلك إلىٰ السيد الأُستاذ : «بأن يقال إن المراد به [أي التقاص] التهاتر القهري وقد جيئ به تأكيداً ، إنما يتمّ فيما إذا كان العطف بالواو كما هو الحال في عبارة المسالك» ، **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٠** ، وأشار المحقق للموسوعة إلىٰ المسالك ٤ : ٢٢٤ . وهذه العبارة لابدّ وأن تكون هكذا : «فيتهاتران ويتقاصان» **فأقول أوّلاً** : أن هذه العبارة لم يقلها السيد الأُستاذ أصلاً . **وثانياً** :

وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمّة الضامن بالقول المزبور[١] في غير محلّه[٢].

[٣٥٨٥] «مسألة ١٨»: إذا دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له من غير إذن الضامن برئا معا[٣] كما لو دفعه أجنبي عنه.

وإن كانت العبارة «أو يتقاصان»، فهي ظاهرة في المقابلة، وأن التهاتر والتقاص أمران، ولا معنىٰ للتقاص في المقام، لأنه إنّما يكون فيما إذا كان مَن عليه الحق ظالماً، أو أنّه يمتنع أحدهما من أداء الدين، وهذا لا معنىٰ له في المقام، لأن المفروض أن الدينين يسقطان بالتهاتر، فكلمة «أو» إمّا من غلط النساخ أو من سهو القلم[١].

(١) **قال في الجواهر** ردّاً علىٰ ما في المسالك من القول بالتهاتر ما هذا نصه: «وفيه: أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمّة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين علىٰ كونه مملوكاً للمديون، كما أنّه لا يستحق رجوعاً علىٰ المضمون عنه لعدم حصول الأداء منه، فلا تقاص حينئذٍ لعدم ثبوت المالين في ذمّة كل منهما، فتأمل»[٢].

(٢) **الأمر كما ذكره الماتن**ﷺ لأن الأمر موجب للضمان بالسيرة العقلائية في المقام وغيره، ولا يتوقف ذلك علىٰ عنوان القرض ليقال إنّه غير مقصود، فكل من الضامن والمضمون عنه تشتغل ذمّته للآخر فيتهاتران.

(٣) **ثمّ ذكر الماتن**ﷺ أن المضمون عنه إذا تبرع عن الضامن فأدىٰ دينه تبرعاً بلا أمر من

﴿ليست موجودة في كتاب المسالك أصلاً من أوّل كتاب الضمان إلىٰ آخره، والموجود منها ما نقلناه في الهامش المتقدم، وهو موجود في المسالك ٤: ٢٠٩ لا في ص ٢٢٤.

(١) **هذا ردّ علىٰ ما في المستمسك** ١٣: ٣٠٢ أو (١٧٦ طبعة بيروت) حيث قال «وقع التعبير بالتقاص القهري في المسالك، وكأن المراد منه التهاتر بقرينة وصفه بالقهري، والتقاص المشروع اختياري من أفعال المكلف القصدية، بخلاف التهاتر فإنّه من الأحكام الشرعية. وكأن عطفه [أي التقاص] في المتن علىٰ التهاتر، بقصد التوضيح لا التقاص الاصطلاحي» فإن حمله علىٰ التهاتر لو كان العطف بـ(الواو) لا بـ(أو).

(٢) الجواهر ٢٦: ١٥٥.

الضامن ، فلا إشكال في أن ذمّة الضامن تبرأ بذلك ، لأنه يجوز التبرع بالأداء من أي أحد سواء كان هو المضمون عنه أم غيره ، كما تبرأ بذلك ذمّة المضمون عنه ، بمعنىٰ أنه ليس للضامن أن يرجع إلىٰ المضمون عنه فيطالبه ـ وإلّا فذمّة المضمون عنه بريئة بمجرد الضمان ـ لأن المطالبة كما ذكرنا إنما تكون مع الخسارة من الضامن ، فإذا فرض أن الضامن لم يخسر شيئاً فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه ، فكل منهما تبرأ ذمّته ولا تشتغل للآخر بشيء .

أمّا ذمّة الضامن فلجواز أن يتبرع أحد بالدين ، سواء كان هو المضمون عنه أم غيره[1] .

وأمّا ذمّة المضمون عنه فمعنىٰ براءتها أنّه ليس للضامن الرجوع عليه ، لأن المطالبة إنّما تكون مع الخسارة ، وهي مفقودة في المقام ، وإلّا فذمّة المضمون عنه كانت بريئة عند الضمان[2] .

---

(١) **قال في الشرائع** : «ولو دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له بغير إذن الضامن ، برئ الضامن والمضمون عنه» **الشرائع ٢ : ١٣٠** .

وقال في القواعد : «ولو دفع الأصيل [وهو المضمون عنه] إلىٰ الضامن أو المستحق [وهو المضمون له] فقد برئ وإن لم يأذن الضامن بالدفع» **القواعد ٢ : ١٦١** .

وفي المسالك : «وأمّا لو دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له بغير سؤال الضامن فإنّه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه ، فيبرأ الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه ، فلا يرجع هو لعدم غرامته ، فيبرءان معاً» **المسالك ٤ : ٢٠٨** .

وفي الجواهر ما مضمونه : لا إشكال ولا خلاف في ذلك بلا رجوع من الضامن علىٰ المضمون عنه ، لعدم الأداء منه كما هو واضح . **الجواهر ٢٦ : ١٥٥** .

وفي المستمسك : «وهو واضح مما عرفت في صدر المسألة السابقة» **المستمسك ١٣ : ١٧٦ (طبعة بيروت)** .

(٢) **الاولىٰ أن يقال** : إنّ ذمّة المضمون عنه لم تشتغل للضامن بالأداء إلىٰ المضمون له في المقام ، لأنها كما تقدم أنما تشتغل فيما إذا خسر الضامن بالأداء إلىٰ المضمون له شيئاً ، وفي المقام لم يخسر وقبل ذلك كانت ذمّة المضمون عنه بريئة بنفس ضمان الضامن ، وتبقىٰ كذلك

[٣٥٨٦] «مسألة ١٩» : إذا ضمن تبرّعاً[1] فضمن عنه ضامن بإذنه وأدّىٰ ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه بل علىٰ الضامن . بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه ، فإنه بالأداء يرجع علىٰ الضامن ويرجع هو علىٰ المضمون عنه الأوّل .

---

(١) **إذا تبرع زيد بضمان دين عمرو مثلاً** فبرئت ذمّة المضمون عنه «وهو عمرو» واشتغلت ذمّة الضامن «وهو زيد» به ، ثمّ ضمن خالد ما في ذمّة زيد من الضمان هذا بأمره ، فأدىٰ خالد ما في ذمّته بالضمان (وهو دين زيد) ، ليس لخالد أن يرجع إلىٰ **المضمون عنه الأوّل «وهو عمرو» ، والوجه فيه ظاهر** ، وهو أن ضمان خالد لم يكن بأمر عمرو فلا موجب لرجوعه عليه ، وإنما يرجع خالد إلىٰ زيد ، لأن ضمان خالد كان بأمر زيد ، كما أن زيد لا يرجع علىٰ عمرو ، لأن الضمان لم يكن بأمر عمرو ، وإنما كان ضماناً تبرعياً من زيد ، فذمّة عمرو برئت من الأوّل بالضمان التبرعي من زيد ، والضمان الثاني حينما حدث بأمر زيد برئت ذمّة زيد واشتغلت ذمّة خالد به ، فإذا أدّىٰ خالد الدين رجع إلىٰ زيد لأن ضمانه كان بأمره ، وزيد لا يرجع علىٰ عمرو لأن ضمانه لم يكن بأمره ، وإنما كان تبرعياً من زيد .

نعم ، لو فرض أن ضمان زيد لدين عمرو كان بأمر المضمون عنه «وهو عمرو» ، ورجع خالد بعد أن أدىٰ دين زيد ، علىٰ زيد يرجع زيد علىٰ عمرو ، لأن ضمان زيد كان بأمر عمرو ـ لا تبرعياً ـ وخسر زيد بالأداء لخالد ، فبرجوع الضامن الثاني «وهو خالد» علىٰ الضامن الأوّل «وهو زيد» يرجع الضامن الأول «وهو زيد» علىٰ المضمون عنه الأوّل «وهو عمرو» . وليس للضامن الثاني

إلىٰ أن يخسر الضامن بالأداء فتشتغل له مجدداً بذلك ، والمفروض في المقام أنّه لم يخسر الضامن ، فلم تشتغل ذمّة المضمون عنه للضامن بالأداء إلىٰ المضمون له . **والتعبير** ببراءة ذمّتهما معاً بدفع المضمون عنه مال الضمان إلىٰ المضمون له تعبير مجازي من السيد الأستاذ قدس سره كما هو واضح ومن الماتن قدس سره أيضاً ، **وإن كان الماتن** قدس سره يرىٰ اشتغال ذمّة المضمون عنه بمجرد الضمان إلّا أن الإجماع والنص أخرجاه عن مقتضىٰ القاعدة إلىٰ القول باشتغال الذمّة حين الأداء . فهما (أي الإجماع والنص) دالان علىٰ براءة ذمّته قبل الأداء وبالأداء تشتغل ، أعني الأداء الذي فيه خسارة وغرم ، وليس المقام فيه خسارة وغرم ونقص في مالية الضامن ، فلا تشتغل بذلك ذمّة المضمون عنه أيضاً ، لا أنها تبرأ بالأداء .

[٣٥٨٧] «مسألة ٢٠» : يجوز أن يضمن الدَّين بأقلّ منه برضا المضمون له[1] ، وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه . وفي الصورة الأُولىٰ لا يرجع علىٰ المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلّا بذلك الأقل ، كما أنّ في الثانية لا يرجع عليه إلّا بمقدار الدَّين إلّا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة .

«وهو خالد» أن يرجع إلىٰ المضمون عنه الأوّل «وهو عمرو» لأن ضمانه لم يكن بأمره ، فهو غير مشغول الذمّة له فلا وجه لرجوعه عليه ، وإنما كان ضمانه بأمر زيد ، فزيد مشغول الذمّة لخالد بادائه فيختص رجوع خالد علىٰ زيد ليس إلّا .

(١) **تعرض الماتن**ﷺ إلىٰ الضمان بأقل من الدين أو أكثر منه ، **فإنه ١ ـ تارة يفرض** أن الضامن يضمن ما في ذمّة المضمون عنه بأقل من الدين ، كما إذا كان المضمون عنه مديناً بمائة دينار والضامن يضمن هذا الدين الذي هو مائة بثمانين ديناراً بإذن المضمون له ، **ولا شك في صحّة ذلك لأنه يرجع إلىٰ اسقاط الزائد علىٰ الأقلّ** ، ورضا المضمون له بالأقلّ ، أي المضمون له يرضىٰ بأن يسقط من دينه عشرين ويبرئ ذمّة المدين (أي المضمون عنه) عن عشرين ، وينقل ثمانين من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، فإن الضمان بالأقل لا يتصور إلّا بالاسقاط وابراء ذمّة المضمون عنه بالنسبة إلىٰ الزائد علىٰ الثمانين .

كما أن الضامن إذا أدىٰ ثمانين ليس له الرجوع إلىٰ المضمون عنه بالزائد علىٰ الثمانين إذا كان الضمان بإذن وأمر المضمون عنه ، لأن الزائد قد اسقطه المضمون له عن ذمّة المضمون عنه ، وليس للضامن دخل في ذلك أصلاً .

وأما إذا انعكس الأمر أي ٢ ـ تارة أُخرىٰ يفرض أن الضامن يضمن بأكثر من الدين ، كما لو ضمن الضامن هذا الدين الذي هو مائة دينار ضمنها بمائة وعشرين ديناراً فأداها ، ذكر الماتنﷺ أنّه لا شك في صحة الضمان ، ولكن هل يرجع إلىٰ المضمون عنه بعد الأداء بمائة دينار أو بمائة وعشرين ديناراً .

فصل الماتنﷺ هنا وقال :

إنّه **أ** ـ إن كان الضمان بأذن أو أمر المضمون عنه بأن قال له : اضمن ديني الذي هو مائة بمائة وعشرين ، فضمنه وأدّىٰ ، **فيصح حينئذٍ الرجوع عليه** بمائة وعشرين ديناراً ، لأن الأمر بذلك

مقتضى الضمان بالسيرة العقلائية القائمة على ذلك على ما تقدم بيانه.

ب ـ **وأما إذا لم يكن الضمان المذكور بإذن أو أمر المضمون عنه**، وأمر المضمون عنه إنما كان بضمان نفس الدين وهو مائة دينار، وإنما الضامن نفسه ضمنه بمائة وعشرين ديناراً، **فبأدائه مائة وعشرين ديناراً لا يتمكن من الرجوع إلى المضمون عنه بالعشرين الزائدة، وإنما يرجع عليه بالمائة فقط**. لأن ضمان العشرين لم يكن بأمر المضمون عنه، وإنما كان أمر المضمون عنه بضمان المائة فقط. والضامن هو تبرع بضمان الزيادة على المائة وهي العشرين.

هذا ما ذكره الماتنقدس سره **من التفصيل**.

وهذا التفصيل من الماتنقدس سره مبتنٍ على صحة أصل هذا الضمان الذي هو ضمان للدين بالأزيد.

والحال إنّ للمناقشة في صحة هذا الضمان مجالاً واسعاً.

بل الظاهر عدم صحته. والوجه في ذلك هو: أن الضمان كما تقدم[1] نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة. **وأمّا اشغال الذمّة الأُخرى بأكثر من الدين** وبالزيادة التي هي في المثال عشرون، **فلا موجب له** ولا سبب. فهذا الضمان غير صحيح في نفسه لعدم الدليل عليه.

واحتمال ثبوت الزيادة **باشتراط المضمون له هذه الزيادة** كما احتمله بعضهم[2].

لا يخلو إمّا **أن يكون** بنحو شرط النتيجة، **أو بنحو شرط الفعل**، وكل منهما غير صحيح.

أما إذا كان بنحو شرط النتيجة، أي أن تكون ذمّة الضامن مشغولة بأكثر مما اشتغلت به ذمّة

---

(١) **في أوّل الضمان، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٣٨٩. وأوضح من ذلك ما ذكرناه في الواضح في أوّل الضمان، الواضح ١٦: ٢٤٥.**

(٢) **المحتمل السيد الحكيم**قدس سره **في المستمسك** حيث قال: «فإنه ممتنع إلّا أن يرجع إلى اشتراط الزيادة للمضمون له»، **المستمسك ١٣: ٣٠٤ أو (١٧٧ طبعة بيروت).**

المضمون عنه بنفس الضمان المشترط فيه ذلك ، لأجل الشرط وإلّا فالضمان إنما هو لما دون الزيادة .

فهو بلا موجب ، وبالاشتراط لا تشتغل الذمّة بشيء[1] .

---

(١) **توضيحاً لقول السيد الأُستاذ**دام ظله : (فإنه بلا موجب وبالاشتراط لا تشتغل الذمّة بشيء) **نقول** : إنّ المقام نظير اشتراط المؤجر علىٰ المستأجر أن تكون ذمّته مشغولة بقيمة العين المستأجرة إذا تلفت كلاً أو بعضاً ولو مع عدم التعدي والتفريط ، **فإنه تقدم في كتاب الإجارة من الواضح ١٠ : ٨٩، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٢٥ ـ ٢٢٨** ، وكذا في غير ذلك في عدة مواضع عدم صحة ذلك ، لأن المعتبر في الشرط أن يكون تحت قدرة المشروط عليه كأن يشترط عليه أن يبني له داره ، أو يشترط عليه أن يصلي سنة عن أبيه ونحو ذلك ، وأمّا اشغال ذمّته بشيء الذي هو من الأحكام الشرعية التي ليس اختيارها جعلاً ورفعاً إلّا بيد الشارع وليس بيد المكلف ، فهي خارجة عن اختيار المتعاقدين ، فلا معنىٰ لأن تشترط في العقد ، فإنّه ليس إلّا كاشتراط أن يكون وارثاً له عند موته في بيعه لداره منه ، غير ممكن ـ إلّا إذا جعل الشارع حق جعلها بيد المكلف كما جعله في النكاح المنقطع عند بعض كالسيد الأُستاذ السيد الخوئي دام ظله علىٰ ما سيأتي في كتاب النكاح ـ نعم لو كان الشرط تحت قدرة المكلف صح شرطه ، كأن يشترط المشتري علىٰ البائع أن يكون مالكاً لأثاث البيت المباع ـ مثلاً ـ أو كون ذمّته بريئة من الدين الفلاني الذي للبائع عليه ، أو أن تكون المرأة وكيلة عنه في طلاقها نفسها متىٰ ما شاءت ، فإن كل ذلك لا مانع منه ، لأن أمر التمليك والإبراء والوكالة كلها بيد المكلف ، ولم يجعل الشارع لها أسباباً خاصة ، فلذا تتحقق بالشرط في ضمن العقد ، بخلاف الضمان والنكاح والطلاق واشغال الذمّة بالزائد في المقام ، فإن الشارع جعل لها أسباباً خاصة ، ومع كونها كذلك لا تتحقق بالشرط في ضمن العقد ، فلا يصح نكاح بنت البائع باشتراط ذلك عليه في عقد البيع ، ولا طلاق زوجته بذلك ، ولا اشغال ذمّته بالزائد كما في المقام بالشرط في ضمن عقد الضمان ، حيث إن الشرط ليس من أسباب هذه الأحكام حتىٰ تتحقق به ، والتحقق من غير سبب غير ممكن .

وإمّا أن يكون بنحو شرط الفعل، أي أن يؤدي الضامن الزيادة وإن لم تشتغل ذمّته إلّا بمقدار الدين.

وهذا إن صحّ فأوّلاً لا يوجب اشتغال ذمّة الضامن بأكثر من الدين، بل يحدث حكماً تكليفياً وهو الوفاء بهذا الشرط. **وثانياً**: أن شرط الفعل هذا غير صحيح في نفسه، لأنّه يرجع إلىٰ اشتراط الزيادة في الدين وهو ربا[1].

❖ **ثمّ إنّه قيل**: تقدم أن الضمان في المقام بمعنىٰ نقل ما في الذمّة إلىٰ ذمّة الضامن، وعليه يمتنع ما فرضه في المتن [أي متن العروة] في الصورتين، إلّا أن يرجع إلىٰ ضمان البعض والابراء من الباقي. وكذلك في الفرض الثاني يرجع إلىٰ الاشتراط والالتزام باعطاء الزيادة مجاناً [ثمّ قال] **أقول**: إذا كان الضمان مع الزيادة بإذن المضمون عنه ورجوع الضامن عليه، يجري بحث الربا. ولم أجد عاجلاً من ذكره، فتأمل فإن الزيادة جاءت من قبل الشرط في العقد لا من القرض» الضمانات الفقهية وأسبابها: ٧٥.

وفيه: أنّه ذكره السيد الأُستاذ السيد الخوئيﷺ كما سيأتي في الشرح أعلاه، وقد ذكر في موسوعته ٣١: ٤٣٣: «علىٰ أنّه غير صحيح في نفسه باعتبار أن مرجعه إلىٰ اشتراط الزيادة في الدين، وهو ربا محرم، إذ لا فرق في اشتراط الزيادة بين كونه بإزاء بقاء الدَّين في ذمّة المدين وبين كونه بإزاء نقله إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، فإن الكل ربا محرم».

(١) **وبهذا يتبين أنّ ما ذكره السيد الحكيمﷺ من قوله**: «وكذا الفرض الثاني، فإنه ممتنع إلّا أن يرجع إلىٰ اشتراط الزيارة للمضمون له» **ممتنع** حتىٰ مع رجوعه إلىٰ اشتراط الزيادة للمضمون له، **لأن المعتبر في صحة الشرط** أن يكون ممكناً، والشرط بنحو شرط النتيجة غير ممكن، وأن لا يكون محللاً لحرام أو محرماً لحلال، وشرط الفعل في المقام محلل للحرام، أي القول بصحته ووجوب الوفاء به موجب للقول بحلية الربا، وهو معنىٰ تحليل الحرام.

فهذا الشرط باطل بنحويه: بنحو شرط النتيجة وبنحو شرط الفعل.

ثمّ إن السيد الحكيمﷺ قال بعد عبارته المتقدمة ما نصه: «اللهم إلّا أن يكون المراد من ❖

﴿ الضمان في المقام مفهوماً آخر ، وهو اثبات بدل ما في الذمّة في ذمّة أُخرىٰ أقل منه أو أكثر ، ولا بأس بالبناء علىٰ صحته عملاً بعمومات الصحة ، ولا يكون من الضمان الاصطلاحي ، ولا تجري عليه أحكامه إلّا ما تقتضيه العمومات» **المستمسك ١٣ : ١٧٧ (طبعة بيروت)**.

وهذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، لأنّه لا مانع من أن يرجع الضمان بالأقل إلىٰ اسقاط المضمون له مقداراً من الدين ـ كما له اسقاط كل الدين ـ ويترتب عليه أنّه لا مقتضي للقول بانتقال بدل الباقي إلىٰ ذمّة الضامن ، بل نفس الباقي هو الذي ينتقل إلىٰ ذمّة الضامن ، وهو **الضمان الاصطلاحي الذي دلت عليه أدّلة الضمان ، والقول بصحته بخصوصه للعمومات أيضاً لا مانع** ولو كان بمعنىٰ البدل ، وليس من الضمان الاصطلاحي لعدم المحذور فيه .

وأما أن يكون المراد من الضمان بالأكثر مفهوماً آخر وهو اثبات بدل ما في الذمّة في ذمّة أُخرىٰ ، فالقول بأن ذلك يصح للعمومات ، **إنما هو إذا لم يكن ذلك من الربا** ، فإن حرمة الربا لا تختص بالبيع علىٰ ما تقدم مراراً ، بل تجري في كل المعاملات المعاوضية . والمعاملة في المقام إنما هي بين ما في الذمّة وبدل ما في الذمّة الذي فيه الزيادة ، وهو من الربا حتىٰ لو لم يكن فيه زيادة في الأجل ، فضلاً كما لو كان مع الزيادة في الأجل كما هو واضح ، فكيف تشمل هذه المعاملة الربوية عمومات الصحة كقوله تعالىٰ : ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾ ويحكم بصحتها ، ولا تكون من الضمان الاصطلاحي ، فإن المعاملات وإن لم تكن محصورة بالمعهودات ، وكل معاملة عقلائية هي معاملة يصح التمسك لها بعمومات الصحة ، ولكن ذلك مختص بما إذا لم ينه عنها الشارع ويردع ، وهذه بما أنها من الربا قد نهىٰ عنها الشارع وردع ، فكيف يمكن الاستدلال عليها بالعمومات» ؟ ! !

ثمّ إنّ اشتراط الزيادة هنا إنّما هي في القرض ، وهي غير اشتراط المضمون له علىٰ الضامن أن يعطي كل يوم درهماً لا يكون من المال المضمون الذي تقدم في المسألة ٥ [٣٥٧٢] الذي قال فيها السيد الحكيم قدس سره إن ذلك ليس من الربا لا الربا القرضي ولا الربا في البيع .

وأما قول الماتن قدس سره حينما يقول للضمان : اضمن ديني الذي هو مائة بمائة وعشرين ، فهو إنما يقتضي اشتغال ذمّة المضمون عنه بالمائة والعشرين بشرط أن يؤدي الضامن مائة وعشرين ،

﴾

[٣٥٨٨] «مسألة ٢١» : يجوز الضمان بغير جنس الدَّين[١] ، كما يجوز الوفاء بغير الجنس . وليس له أن يرجع علىٰ المضمون عنه إلّا بالجنس الذي عليه إلّا برضاه .

---

(١) **ذكر الماتن**ﷺ **حكم الضمان بغير الجنس** أي يضمن الضامن ، ولكن لا بالدين الذي في ذمّة المضمون عنه ، **بل يضمنه بجنس آخر** ، كما لو كان المضمون عنه مديناً بمائة طنٍ من الحنطة ، فيضمنه الضامن بمائة طنٍ من التمر ، أو مائة طن من الرز أو العدس ، فيجوز الضمان بغير الجنس ، **كما يجوز الوفاء بغير الجنس أيضاً** ، فلو كان مديناً بمائة دينار يجوز في مقام الوفاء أن يوفيه ويؤديه بحنطة أو شعير أو فرش ، فإنه إذا كان ذلك برضا الدائن والمدين لا مانع منه ، لأنه مصداق للوفاء ، **فكما لا مانع من الأداء بغير الجنس كذلك** في الأوّل **لا مانع من الضمان بغير الجنس** مع رضا المضمون له .

أقول : ما ذكره الماتنﷺ غير صحيح ، فإنّه تقدم الكلام في الضمان بأكثر مما في ذمّة المضمون عنه ، **وقلنا إنه لا يصح هكذا ضمان**[١] ، لأن الضمان إنما هو عبارة عن نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، والزائد علىٰ هذا المقدر ثبوته في الذمّة يحتاج إلىٰ موجب ، ولا موجب لأن تشتغل ذمّة الضامن بأكثر مما في ذمّة المضمون عنه[٢] . **وبذلك** يظهر الحال **فيما ذكره الماتن**ﷺ في المقام من جواز الضمان بغير الجنس ، فإنّه لو فرضنا أن المضمون عنه مدين بمائة دينار ، فضمان الضامن له بمائة طَن من الحنطة لا يكون صحيحاً ، لأن ذمّة المضمون عنه كانت مشغولة بالدنانير ، ولا موجب لاشتغال ذمّة الضامن بغير ذلك حتىٰ برضا وقبول المضمون له ، **إذ إنّه ليس من الضمان** ، فلا دليل علىٰ صحته ، ولا دليل علىٰ صحة كونه من الشرط بنحويه ، فلا شك في بطلانه[٣] ، ففي اختلاف

لا أن ذلك يقتضي اشتغال ذمّة الضامن بالعشرين مضافاً إلىٰ المائة . والكلام في صحة اشتغال ذمّة الضامن بما يزيد علىٰ الدين . وهو لا موجب له ولا سبب ويستحيل تحقق مسبب بلا سبب .

(١) لا أنّه يشكل كما في الموسوعة ٣١ : ٤٣٤ .

(٢) تقدم ذلك في الواضح في هذا الجزء في المسألة ٢٠ [٣٥٨٧] . وتقدم في موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٣ .

(٣) **وأما ما قاله السيد السبزواري**ﷺ **في مهذب الأحكام مما نصه : «وتوهم أنّه** [أي الضمان

الجنس أيضاً لا يصح الضمان.

نعم، لا بأس بالوفاء بغير الجنس، فإن صحته علىٰ القاعدة مع رضا الدائن والمدين، وهو الذي تقتضيه الأدلة والقواعد[١]، **إلّا أن الوفاء غير الضمان**. فالضمان بغير الجنس غير صحيح أيضاً[٢].

بغير الجنس] مخالف لمعنىٰ الضمان فإنه متقوم بانتقال نفس ما في الذمّة. **مردود** بأن تقوم الضمان إنما هو بحفظ أصل المالية وانتقاله، وانتقال نفس ما في الذمّة من مقتضيات اطلاقه لا ذاته كما لعله واضح» **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٥٧**.

ففيه: أن تقوّم الضمان ليس إلّا بنقل ما في الذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، وليس بحفظ أصل المالية، ولذا لو كان مديناً بألف دينار وكانت قيمتها ألف مثقال ذهب فضمنها ضامن، بمعنىٰ أنّه نقلها من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن، ولكن كان أثناء النقل تنزل لمالية الألف تنزلاً قليلاً أو كثيراً، بأن صارت قيمتها تسعمائة مثقال ذهب، فإن الضمان صحيح، والحال إنه ليس في هذا الضمان تحفظ علىٰ أصل المالية، حيث إنها نقصت بمقدار العشر مثلاً.

(١) ولذا قال **السيد الحكيم**ﷺ: (والنصوص به شاهدة) **المستمسك ١٣: ٣٠٥ (مسألة ٢١)**.

(٢) **قال السيد الحكيم**ﷺ تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ: (يجوز الضمان بغير الجنس) **ما نصه**: «لم أقف علىٰ من تعرض له، ويشكل بما سبق من امتناع ذلك، لأن نقله من ذمّة إلىٰ ذمّة مع البناء علىٰ ثبوت غيره خلف. إلّا أن يكون المقصود اشتراط الأداء من غير الجنس، فلا بأس به لعموم الوفاء بالشروط، نظير الاشتراط من مال معين كما سيأتي، أو يكون المراد غير الضمان الاصطلاحي، بل معنىٰ آخر وهو اثبات بدل لما في الذمّة في ذمّة أُخرىٰ كما تقدم، وحينئذٍ لا تجري عليه أحكام الضمان، وتثبت له الأحكام العامة» **المستمسك ١٣: ١٧٧**.

وفيه: أن قوله: «إلّا أن يكون المقصود اشتراط الأداء من غير الجنس» **شرط خلاف مقتضىٰ عقد الضمان**، لأن معناه بشرط أن لا تنقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة، والشرط المنافي لمقتضىٰ العقد غير صحيح، فكيف يكون لا بأس به لعموم «المؤمنون عند شرطهم»، فإن «المؤمنون

ثمّ إن الكلام والإشكال في رجوع الضامن إلىٰ المضمون عنه **إذا وفىٰ الضامن بغير الجنس ، فإنه إن كان الوفاء المذكور بغير الجنس بإذن المضمون عنه** ، وهو الذي أذن له في الوفاء بغير الجنس ، وكان ذلك بأمر المضمون عنه بأن قال له : وفِّ بغير جنس الدين ، **فلا إشكال في صحته في ضمان المضمون عنه بنفس ما أداه الضامن ، وإن كان قيمة الجنس أكثر من المال المضمون** ، لأنه تقدم غير مرة أن مثل هذه الأوامر توجب الضمان بمقتضىٰ السيرة العقلائية ، فإن الوفاء بغير الجنس كان بأمر المضمون عنه حتىٰ لو كان قيمة الجنس أكثر من الدين[1] .

وإن لم يكن الوفاء بغير الجنس بأمر المضمون عنه ، وإنما كان ذلك تبرعاً من الضامن ، **فإن كانت قيمة الجنس الذي أداه الضامن أقل** من الدين مع رضا المضمون له ، لم يرجع الضامن علىٰ

﴿ عند شروطهم» لا يشمل الشرط الذي هو مناف لمقتضىٰ العقد ، أو لا أقل من أنّه خلاف ما ورد من أن الضمان هو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، أي خلاف السنّة ، نظير ما قاله السيد الحكيم‌ﷺ في عدم صحة جعل ضم ذمّة إلىٰ ذمّة من العقود الصحيحة ولو بالشرط ، لأن الشرط خلاف ما دل علىٰ براءة ذمّة المضمون عنه من الدين ، لأنه يبقيها علىٰ ما هي من الاشتغال ، تقدم ذلك منه في المسألة ٢ الرقم العام [٣٥٦٩] .

وأما قولهﷺ : «أو يكون المراد غير الضمان الاصطلاحي ، بل معنىٰ آخر وهو اثبات بدل لما في الذمّة في ذمّة أُخرىٰ إلخ» فهو لا بأس به فيما إذا كان قيمة الجنس أقل من الدين ، لأنه يرجع إلىٰ اسقاط الزائد من قبل المضمون له ، أو كانت قيمة الجنس مساوية له ، دون ما لو كانت أكثر ، لأنه وإن كان عقداً عقلائياً إلّا أنّه في صورة الزيادة منهي عنه ومردوع عنه ، فلا يمكن حينئذٍ أن يشمله عموم قوله تعالىٰ : ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾ .

(١) وأمّا إذا كانت قيمة الجنس أقل من المال المضمون ورضي المضمون له بذلك ، فليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه إلّا بمقدار ما أدىٰ وما خسر وما غرم ، وليس له الرجوع عليه بالزيادة لما تقدم من أن الرجوع علىٰ المضمون عنه إنّما هو بمقدار ما أدىٰ الضامن وما خسر وما غرم . فإنه تقدم ذلك في المسألة ١٣ [٣٥٨٠] والمسألة ١٥ [٣٥٨٢] حسب ما اختاره السيد الأُستاذ فيها واخترناه .

[٣٥٨٩] «مسألة ٢٢» : يجوز الضمان بشرط الرهانة[1] فيرهن بعد الضمان ، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان .

المضمون عنه إلّا بالأقل ، وأما الزائد عليه فلا ، **لأن الزائد قد سقط باسقاط المضمون له ، ولأن الضمان إنّما يكون بالنسبة إلىٰ الخسارة والزائد لم يخسره الضامن** .

وأما إذا كانت قيمة الجنس الآخر أكثر من الدين ، فلا شك لا يرجع الضامن علىٰ المضمون عنه بالزائد علىٰ الدين ، لأن أداءه للزائد علىٰ الدين كان تبرعاً منه ، ولم يكن بأذن المضمون عنه ولا أمره فلا يستتبع ضماناً .

(١) **يجوز أخذ الرهن في عقد الضمان ، فإنه قد يفرض أن الضامن** بعد الضمان والأداء **لا يمكنه تحصيل ذلك الدين** من المضمون عنه فيطالب **ويشترط في ضمانه لدين المضمون عنه ، بأن يعطيه المضمون عنه رهناً** حتّىٰ يتمكن الضامن إن لم يحصل علىٰ ماله ـ من المضمون عنه لما يؤديه من دينه إلىٰ المضمون له ـ أن يأخذ دينه «ماله» من المال المرهون ، فإن هذا الشرط أمر سائغ بلا إشكال .

وهذا الذي ذكرنا من أخذ الرهن للضامن من المضمون عنه ليس نظر الماتنﷺ له ، وإنما نظر الماتن المستفاد من قوله «فيرهن بعد الضمان» الذي هو عدم قبول ضمانه إلّا بالرهن ، **فهو اشتراط المضمون له علىٰ الضامن الرهن**[1] ، لأنه قد يفرض أن المضمون له قد يكون بعد الضمان

---

(١) هذه العبارة وهي (فيرهن بعد الضمان) لا تفيد اختصاص نظر الماتنﷺ إلىٰ خصوص اشتراط المضمون له علىٰ الضامن الرهن ، بل تعمه واشتراط الضامن علىٰ المضمون عنه الرهن ، فإنه إذا اشترط الضامن علىٰ المضمون عنه الرهن ، فأيضاً يرهن المضمون عنه عند الضامن هذا الشيء بعد الضمان بنحو شرط الفعل ، فيقول الضامن للمضمون له : ضمنت مالك من الدين علىٰ المضمون عنه بشرط أن يرهن المضمون عن ملكه من دار أو غيره عندي . والماتن يرىٰ صحة جعل الخيار في الرهن ، فيوقع المضمون عنه الرهن بعد الضمان ، فيصدق «فيرهن بعد الضمان» .

إذن فيمكن أن يقال : إن نظر الماتن إلىٰ الفرضين ، لا إلىٰ خصوص شرط المضمون له علىٰ الضامن الضمان ، وإن كان عقد الضمان إنما هو بين الضامن والمضمون عنه إلّا أن الضمان الإذني قد يشترط فيه الضامن علىٰ المضمون عنه الرهن للملاك نفسه .

لا يتمكن من أخذ دينه من الضامن فيطالب المضمون له الضامن برهن علىٰ ضمانه ، فإن لم يحصل المضمون له علىٰ دينه «ماله» من الضامن أخذه من المال المرهون .

فقد يفرض ذلك فيما لم يفرضه الماتنﷺ كشرط الضامن علىٰ المضمون عنه الرهان .

وقد يفرض ذلك فيما فرضه الماتنﷺ كشرط المضمون له علىٰ الضامن الرهان .

وعلىٰ كل حال ، لا يختص الحكم بما فرضه الماتنﷺ ، بل هو شامل للفرض الأوّل أيضاً .

ثمّ قد يفرض ذلك ـ أي شرط الرهان ـ بنحو شرط النتيجة ، أي أن يشترط الضامن عند عقد الضمان علىٰ المضمون عنه ـ أو المضمون له علىٰ الضامن ـ **أن يكون الملك الفلاني** رهناً ، فإن رضي المضمون عنه ـ أو الضامن في الفرض الثاني ـ صحّ ، وفي الحقيقة هنا عقدان : **الأوّل** : بين الضامن والمضمون عنه ، **الثاني** : بين الضامن والمضمون له ، **ولا اشكال في صحته بنحو شرط النتيجة في الفرضين عند الماتنﷺ وعندنا أيضاً ، لما ذكرنا مراراً من أن كل ما يمكن للمكلف انشاؤه من الأُمور الاعتبارية بالفعل مستقلاً من دون أن يعتبر فيه لفظ خاص يمكن ذلك بالشرط أيضاً** ، فكما أن للانسان أن يملّك غيره داره بالفعل بعنوان ملّكت ، يصحّ ذلك بالشرط أيضاً ، فيقول : بعتك بستاني بألف درهم علىٰ أن يكون داري لك ، فمع قبول الطرف الآخر يكون الدار لمن اشترط له ، **إذ لا يعتبر في تحقق الملكية إلّا الاعتبار النفسي وإبرازه بمبرز** ، سواء كان المبرز شرطاً أم إنشاءً مستقلاً ، **وأمّا ما يعتبر في إنشائه لفظ خاص كالنكاح والطلاق**[1] فلا يمكن ما أمكن فيما لا يعتبر فيه ذلك ، فلا يجوز للرجل أن يبيع شيئاً ويشترط في ضمنه أن تكون المرأة زوجة له بعنوان شرط النتيجة ، **والرهن**[2] **لم يعتبر فيه صيغة خاصة** ، بل لا يعتبر أصل الصيغة لكفاية

---

(١) والضمان كما تقدم في الضمان بالزائد علىٰ الدين علىٰ ما تقدم قريباً في المسألة قبل السابقة أي في المسألة ٢٠ [٣٥٨٧] وكذا في ضمان العين المستأجرة لو تلفت بلا تعدٍ أو تفريط من المستأجر إذا كان شرط الضمان بنحو شرط النتيجة ، كما تقدم في كتاب الإجارة من الواضح ١٠ : ٨٩ .

(٢) والوكالة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والبيع والإجارة والهبة ، **وكل ما لا يعتبر فيه لفظ خاص** وتصح فيه المعاطاة لا يعتبر فيه صيغة خاصة ، فيصح أن يقول : بعتك بستاني هذا بألف

المعاطاة فيه ، فلا مانع من أن يشترط في ضمن العقد ، فيضمن الضامن مع شرط الرهانة على المضمون عنه ، أو يقبل المضمون له الضمان بشرط الرهانة على الضامن[1] .

درهم على أن أكون وكيلاً عنك في بيع دارك ، أو على أن يكون المال الفلاني لك مضاربة عندي ، أو على أن أكون عاملاً في مزرعتك مزارعة أو في بستانك مساقاة ، أو أن يكون الملك الفلاني مبيعاً لي بدرهم ، أو مؤجراً لي بدرهم ، أو موهوباً لي هبة مجانية أو هبة معوضة بكذا ، أو مرهوناً عندي رهناً ، ونحو ذلك من الأُمور الاعتبارية . بخلاف النكاح والطلاق والضمان والوقف التي يعتبر فيها الفاظاً خاصة ، ولا يصح إنشاؤها بالشرط ، فلا يصح أن يقول : بعتك بستاني هذا بشرط أن تكون بنتك أو أُختك زوجة لي ، أو بشرط أن تكون زوجتك طالقاً ، أو بشرط أن تشتغل ذمّتك بما زاد على الدين في الضمان ، أو بشرط ضمان العين المستأجرة لو تلفت بلا تعدٍ أو تفريط ، أو بشرط أن يكون الملك الفلاني وقفاً لله سبحانه وهكذا .

(١) **هذا الإمكان** لكون الشرط على نحو شرط النتيجة **من السيد الأُستاذ**دام ظله كما هو بيان لنحو الإمكان الذي ذكره الماتن دام ظله هو تعريض بما ذكره السيد الحكيم دام ظله من الاشكال في صحة شرط الرهان بنحو شرط النتيجة في المقام ، **فإن السيد الحكيم** دام ظله قال معلقاً على قول الماتن (بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في عقد الضمان) **ما نصه** : «قد ذكرنا في كتاب الإجارة من هذا الشرح [المستمسك ١٢ : ٤٥ طبعة بيروت] الإشكال في صحة شرط النتيجة من وجهين :

الوجه الأوّل : أن النتائج لا تقبل أن تكون مضافة إلى مالك ، فلا يمكن أن تكون شرطاً ، لأن التحقيق أن الشرط مملوك للمشروط له ، ولذا كان له المطالبة به ، وإذا امتنع أن تكون مملوكة امتنع أن تشترط ملكيتها . نعم إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة ، لكنها تكون من شرط الفعل لا من شرط النتيجة . **الوجه الثاني** : أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والمشروط ، لا جعل نفس المشروط ، فإن صيغة الشرط لا تتكفل ذلك ، فإذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً فلا تترتب آثاره ، وحينئذٍ لا نتيجة ولا يجوز ترتب آثارها ، وهذا

﴿ معنىٰ بطلان شرط النتيجة» **المستمسك ١٣ : ١٧٨ (طبعة بيروت)**.

فإنه تقدم في عدة موارد منها في **الواضح ٩ : ٣٠١، والواضح ١٠ : ٨٩** أن الشرط ليس إلّا ربط التزام بالتزام.

إما أن يعلق التزامه ـ لا عقد البيع ـ علىٰ كون العبد كاتباً، فإذا لم يكن كاتباً، له أن لا يلتزم بالعقد المنجز أي له فسخ العقد.

وإما أن يعلق أصل العقد علىٰ التزام الطرف الآخر بالشرط، كما لو علقت الزوجة عقد الزواج علىٰ التزام الزوج بأن يسكنها في بلدتها، أو أن يعطيها كل يوم مائة دينار، **وهذا التعليق لا مانع منه**، لأنه علىٰ أمر متحقق فعلاً **وهو التزام** الزوج بالإسكان، أو باعطاء الزوجة كل يوم مائة دينار **حال العقد**.

وإما أن يكون الشرط كلاً منهما، ولا مانع منه، وهذا معناه ثبوت حق للشارط علىٰ المشروط له. **ففي الفرض الأوّل** يثبت له حق الفسخ لو تبين أن العبد غير كاتب، **وفي الثاني** يثبت للزوجة حق الزام الزوج بالشرط ولو بالرجوع إلىٰ القضاء، وليس لها حق فسخ النكاح، لأن النكاح ليس من العقود القابلة للخيار علىٰ ما هو المسلّم بينهم، وإن اسشكل فيه صاحب الجواهر. **وإذا كان الشرط كلاً منهما** فيثبتان معاً للشارط. **وليس الشرط مملوكاً للشارط، والمطالبة به ليس معناها أنه مملوك له**.

وقال السيد السبزواري في ردّ القول بعدم إمكان شرط النتيجة في المقام لدعوىٰ أن الشرط تمليك ولا يتصور التمليك في النتيجة **ما نصه** : «هو مجرد دعوىٰ، إذ الشرط نحو التزام وتعهد خاص قرره الشارع بأدلة الشروط، ولا ريب في تحققهما في شرط النتيجة أيضاً...» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٨**.

ولذا ذكر السيد الحكيمﷺ **تكملة لعبارته المتقدمة** : «ثم إن الاشكالين المذكورين إنما يتوجهان علىٰ شرط النتيجة بناءً علىٰ أن مفاد الشرط تمليك المشروط له للمشروط كما يقتضيه مناسبته مع شرط الفعل، أمّا إذا كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فيكون مفاده انشاء المشروط ـ وهو النتيجة ـ في ضمن العقد، فلا بأس به عملاً بعموم نفوذ الشرط إلّا إذا

﴿

وقد يفرض ذلك ـ أي شرط الرهان ـ بنحو شرط الفعل ، أي أن يقبل الضامن الضمان بشرط أن يرهن المضمون عنه المال الفلاني عنده بعد ذلك ، **وهو الفرض الذي لم يكن نظر الماتن له** ، بأن يقول الضامن للمضمون له ضمنت مالك من المال علىٰ زيد إن رهن ملكه عندي بعد الضمان .

﴿كانت النتيجة لا تنشأ إلّا بسبب خاص ، فإن عموم نفوذ الشرط لا يصلح لتشريع ما لم يشرع ، فيكون الشرط حينئذٍ مخالفاً للكتاب ، فيدخل في الشرط الباطل . وإذا لم يشترط في انشائها سبب خاص صح شرطها وترتب عليه الأثر ، وإن لم يكن مملوكاً للمشروط له» **المستسك ١٣ : ١٧٨ (طبعة بيروت)** .

وقد توضح لك أن مفاد الشرط ليس هو التمليك ، وليس مناسبته مع شرط الفعل مقتضية لذلك أيضاً ، بل هو ليس إلّا الالتزام في الالتزام . كما أنك قد عرفت أن الرهن من العقود التي لا يشترط في إنشائها لفظ خاص ، بل هو كالبيع والإجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والهبة والوكالة ونحوها ، وتصح فيها المعاطاة أيضاً . فلا مانع من أن يكون الرهن شرطاً في ضمن عقد الضمان علىٰ نحو شرط النتيجة .

وهذا هو السر في صحة شرط الرهن بنحو شرط النتيجة ، أي إن الرهن لا يعتبر فيه سبب خاص ، ولا صيغة مخصوصة ، ويصح فيه المعاطاة ، ولذا يصح شرط الرهن في عقد الضمان بنحو شرط النتيجة .

لا لأن الرهن تعتبر في سببيته صيغة خاصة ، والعرف يرىٰ أن الشرط من جملة أسباب الرهن بدعوىٰ أن اطلاق أدلة الشروط منزل علىٰ العرف كما ذكره السيد السبزواري في **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٨** .

فإن معنىٰ أن الرهن تعتبر في سببيته صيغة خاصة هو عدم صحة قيام الشرط في ضمن العقد مقامها كما هو الحال في النكاح والطلاق والضمان ، فإنه بما أنّه تعتبر في سببيتها صيغة خاصة لا تصح بالشرط في ضمن العقد ولا تنشأ به ، فلا يصح بلا كلام أن يشتري شيئاً من البائع ويشترط عليه أن تكون بنت البائع زوجة للمشتري ، أو أن تكون زوجة البائع طالقاً ، ولو مع اجماع جميع شرائط الطلاق من الشاهدين العادلين وغير ذلك .

أو يقبل المضمون له الضمان بشرط أن يرهن الضامن المال الفلاني عنده. **وهو الفرض الذي كان نظر الماتن إليه، وأخذ الماتن**ﷺ **ـ فيما فرضه ـ هذا النحو من الاشتراط مسلّم الصحّة**[1].

ولكن أقول: لا يمكن أخذ هذا النحو من الاشتراط الذي هو بنحو شرط الفعل مسلّم الصحة على كل تقدير، وذلك لأنّه إن رجع **هذا الشرط ـ أي شرط الفعل أي شرط أن يرهن ـ إلى التعليق**، وأن ضمانه (أي الضامن) معلق على الرهن المتأخر، فإن رهنه المضمون عنه فهو ضامن وإلّا فلا، **فهذا** باطل بلاإشكال، للتعليق المبطل لكل عقد[2] إلّا ما خرج بالدليل، كالوصية والتدبير.

وإن رجع هذا الشرط ـ أي شرط الفعل ـ إلى أن التزام الضامن بضمانه منوط بذلك الفعل الخارجي، كحال الأفعال الخارجية في بقية العقود المنتهية إلى جعل خيار الفسخ على تقدير عدم

---

(١) **وقال السيد الحكيم**ﷺ تعليقاً على قول الماتن (يجوز الضمان بشرط الرهانة) ما نصه: «يعني بنحو شرط الفعل، يعني: شرط أن يرهن فيجب على الضامن أن يرهن عند المضمون له عيناً لتكون مورد حقّ الاستيفاء» **المستمسك ١٣: ٣٠٥**.

(٢) ولكن الماتنﷺ لا يرى التعليق في الضمان مبطلاً له على ما تقدم منه في السابع مما يعتبر في الضمان، **حيث قال**: لا دليل على اعتبار التنجيز في الضمان بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة، إلّا دعوى الإجماع في كلي العقود على أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منافاة التعليق للانشاء، **وفي الثاني** ما لا يختص، **وفي الأوّل** منع تحققه في المقام» **العروة الوثقى، مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام ٥: ٤٠٤، موسوعة الإمام الخوئي ٣: ٤٠٠**، الواضح ١٦: ٢٧٨. والسيد الأُستاذﷺ يرى تحقق الإجماع على بطلان التعليق على أمر متأخر مشكوك الحصول، وعلى أمر متأخر وإن كان معلوم الحصول، دون التعليق على أمر مقارن مشكوك الحصول، لعدم العلم بتحقق الإجماع على بطلان التعليق فيه. والتعليق في المقام على أمر متأخر وإن كان معلوم الحصول، فهو باطل عنده.

ثمّ إن السيد الحكيمﷺ مع قبوله بأن التعليق مضر في المقام لم يشكل على الماتن بهذا الإشكال، بل قبل بذلك وأطلق فيرد عليه أنّه إن كان شرط الفعل هذا راجعاً إلى التعليق فهو باطل بنظر السيّد الحكيمﷺ، فكيف يحكم بصحة ويطلق.

تحققها ، علىٰ ما هو المتعارف في العقود الخارجية في موارد أخذ الأفعال شرطاً فيها ، **فهذا باطل في المقام** ، لأن عقد الضمان غير قابل لجعل الخيار فيه[١] ، لأن اشتغال ذمّة المضمون عنه بعد برئها بالضمان يحتاج إلىٰ دليل ، أي أنّ العقد فيه يعدوا المتعاقدين إلىٰ غيرهما فليس لهما ذلك حتىٰ مع توافقهما علىٰ الخيار أو علىٰ الفسخ[٢] .

وإن رجع هذا الشرط ـ أي شرط الفعل ـ إلىٰ مجرد الالتزام بالفعل الخارجي ، بمعنىٰ أن أصل العقد معلق علىٰ التزام الآخر بشيء ، كما في عقد النكاح ، فتزوج المرأة نفسها علىٰ أن

---

(١) علىٰ ما ذهب السيد الأُستاذ دام ظله في المسألة الرابعة والخامسة المتقدمتين الرقم العام [٣٥٧١] و[٣٥٧٢] **ولكن إن كان الاشكال علىٰ الماتن** دام ظله فالماتن فيما تقدّم ذهب إلىٰ جواز جعل الخيار في الضمان وقبوله له ، **وإن كان الإشكال علىٰ السيد الحكيم** دام ظله فالسيد الحكيم دام ظله يرىٰ جواز جعل خيار الفسخ في الضمان ، لأنّ اللزوم عنده من الحقوق لا من الأحكام .

(٢) هذا علىٰ مبنىٰ السيّد الأُستاذ دام ظله صحيح ، وأنّ عقد الضمان غير قابل للخيار ، ولكن مبنىٰ الماتن دام ظله قبول عقد الضمان للخيار فالإشكال مبنائي ، فإن الماتن دام ظله قال في المسألة ٤ [٣٥٧١] : الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون عنه ، فلا يجوز للضامن فسخه حتىٰ لو كان بإذن المضمون عنه وتبيّن اعساره ، كذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع علىٰ المضمون عنه ، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره . **بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً باعساره ، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ علىٰ المشهور ، بل الظاهر عدم الخلاف فيه** ، ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً» **العروة الوثقىٰ (مع تعلقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ٤١٢ ـ ٤١٣ طبعة جماعة الممدرسين ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٣ ـ ٤١٤ ، وكذا في المسألة ٥ [٣٥٧٢]** من الواضح في شرح العروة وهي أوّل مسألة في هذا الجزء صفحة ٥ . حيث قال : يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له لعموم أدلة الشروط» . العروة الوثقىٰ (مع تعليقات عدة في الفقهاء العظام) ٥ : ٤١٣ موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٨ .

نعم السيد الأُستاذ دام ظله يراه غير قابل للخيار والفسخ ، كعقد النكاح .

يسكنها زوجها في بلد خاص ، حيث قلنا هناك إن عقد النكاح بعد ما علم خارجاً أنه ليس فيه خيار ، فيرجع جعل الشرط فيه إلىٰ أن تعليق الزوجة العقد وقبولها له علىٰ التزام الزوج بالشرط ، **ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان ، لأنه تعليق علىٰ أمر حاصل** حين العقد ، **فمع تخلفه لا يثبت الخيار ، ولكن للمشروط له أن يلزم المشروط عليه بالفعل ، فلا يترتب علىٰ هذا الاشتراط إلّا الحكم التكليفي ، ولكن هذا النحو من الشرط في العقود خلاف المتعارف**[1] ، **فلو فرض** أن

---

(١) **ما هو المراد من** «كون هذا النحو من الشرط في العقود خلاف المتعارف» .

وما هو المراد من عبارته في الموسوعة : «**إلّا أنّه خلاف المتعارف والشايع في العقود جداً ، فلا يمكن حمل الاشتراط عليه إلّا بالاحراز ولو من جهة نصب قرينة عليه أو التصريح به**» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٥** .

فإن هذا الكلام مناف لما تقدّم منه من أن الشرط في العقود الغير قابلة للفسخ **إنما هو ظاهر في تعليق العقد علىٰ التزام الطرف الآخر بشيء** ، وهذا ملتزم به حين العقد ، **وبما أن العقد غير قابل للفسخ فلا يكون الشرط إلّا ظاهراً في نتيجته** ، وهي ليس إلّا الزام الشارط المشروط عليه بالشرط ولو بالرجوع إلىٰ القضاء ، وليس معناه إلّا ذلك ، **فلابدّ من الحمل عليه حتّىٰ وإن كانت العقود الغير قابلة للفسخ قليلة كالنكاح ونحوه كالضمان في المقام . فما معنىٰ «فلا يمكن حمل الاشتراط عليه إلّا بالاحراز ولو من جهة نصب قرينة علىٰ ذلك» فإن كون العقد من العقود الغير قابلة للفسخ هو بنفسه معيناً لكون معنىٰ الشرط** هنا هو الزام المشروط **عليه بالعمل بالشرط ، لا ثبوت حق الفسخ** ، فإنه قدس سره قال في موسوعته : «ثانيهما : تعليق نفس العقد أو الايقاع علىٰ التزام الطرف المقابل بشيء ، فإن التزم وإلّا فلا عقد ولا ايقاع ، وكأنما لم يصدر منه أيّ إنشاء؛ **وهذا ظاهر جدّاً في العقود الآبية عن الفسخ والتقايل ، كالنكاح** علىٰ المشهور المعروف بل المتسالم عليه ، وإن ناقش فيه صاحب الجواهر واحتمل قبوله للفسخ ولكنه غير واضح ، فإنّ الزوجية لا ترتفع إلّا بالطلاق أو بالفسخ بعيوب خاصة دلّ النصّ عليها . والأمر في الايقاع كالطلاق أظهر وأوضح ، لعدم قبوله للفسخ قولاً واحداً . **فلو زوجت نفسها شريطة الاستقلال**

الشرط في باب الضمان كان من هذا القبيل **ولو بالتصريح** ، فيجب بمقتضىٰ وجوب الوفاء بالشرط لزوم الرهن علىٰ المضمون عنه ، وللضامن الزام المضمون عنه به ولو بالرجوع إلىٰ القضاء ، لا ثبوت حق الفسخ[١] .

فالصحيح[٢] **هو التفصيل بين** ما لو رجع شرط الرهان الذي بنحو شرط الفعل إلىٰ الشروط

﴿ **في السكنىٰ** أو طلق زوجته بشرط أن تفعل كذا وقد قبلت الشرط والتزمت به ، **فإن معنىٰ الشرط هنا لا يتحد معه في القسم الأوّل ، لعدم تطرّق الفسخ فيه لكي يؤول إلىٰ جعل الخيار ، كما آل إليه هناك حسبما عرفت . فليس معنىٰ الشرط هنا : تعليق الالتزام بالنكاح أو الطلاق علىٰ تحقّق ذلك الشيء في الخارج ، ليكون من التعليق المبطل ، بل علىٰ نفس الالتزام به من الطرف المقابل** الذي لا ضير في مثل هذا التعليق جزماً ، فإنه إن لم يلتزم به فعلاً فلا موضوع ولم ينعقد إنشاء من أصله ، إذ قد كان منوطاً في تكوّنه بوجود هذا التقدير ، حيث إنّه قد أنشأ الحصة الخاصّة المقرونة بفعلية هذا التقدير حسب الفرض ، **وإن التزام به حالاً التزاماً هو بمثابة الموضوع لهذا الإنشاء ، فقد تحقّق المعلّق والمعلق عليه معاً في آن واحد** : فهذه الاناطة وإن كانت تعليقاً في المنشأ ، يكنه تعليق علىٰ أمر حالي موجود بالفعل ومثله لا يقدم في العقد والإيقاع . **ونتيجة هذا النوع من الاشتراط : أنّه بعدما التزم بالشرط** وتم الايقاع أو العقد **كان للشارط مطالبة المشروط عليه وإلزامه بالوفاء عملاً بعموم** «المؤمنون عند شروطهم» **فلا يتضمّن هذا الشرط إلّا التكليف المحض دون الوضع» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٨٨ ٨٩** . وهذا الكلام منه ظاهر في حمل الشرط في العقود الغير قابلة للفسخ علىٰ معناه الثاني وهو تعليق العقد علىٰ التزام الطرف الآخر حين العقد بما شرط عليه لا أنّه لا يمكن عليه إلّا بقرينة .

(١) هذا أيضاً متوقف علىٰ أن يكون عقد الضمان غير قابل للخيار ، والماتن﴿ لا يقبل بذلك ، بل يراه قابلاً للخيار علىٰ ما تقدم في التعليقة السابقة ، نعم السيد الأُستاذ﴿ يراه غير قابل للخيار ، فهذا أيضاً مبنائي .

(٢) بنظر السيد الأُستاذ﴿ ، لا بنظر الماتن﴿ ، فإنه بنظر الماتن الصحيح هو صحّة شرط الرهان ﴾

[٣٥٩٠] «مسألة ٢٣» : إذا كان علىٰ الدَّين الذي علىٰ المضمون عنه رهن ، فهل ينفكّ بالضمان أو لا ؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه[1] لأنه بمنزلة الوفاء . لكنه لا يخلو

الشايعة في العقود ، والذي مرجعه إلىٰ جعل الخيار علىٰ تقدير تخلف الشرط ، أو كان علىٰ نحو التعليق ، فهذا الشرط باطل ، **وبين** ما لو كان كالاشتراط في عقد النكاح أو الطلاق لا يترتب عليه إلّا مجرد الزام المضمون عنه بالرهان ، فهذا الشرط صحيح ولا مانع منه .

هذا كله في شرط الضمان من الضامن علىٰ المضمون عنه .

وكذا الكلام فيما فرضه الماتنﷺ أي أن يشترط المضمون له علىٰ الضامن الرهان ، فإنه قد يكون بنحو شرط النتيجة ، وقد يكون بنحو شرط الفعل ، وما كان بنحو شرط الفعل قد يكون كالشروط الشايعة التي مرجعها إلىٰ جعل الخيار ، أو قد يكون متضمناً لمعنىٰ التعليق فيكون باطلاً ، وقد يكون كالاشتراط فى عقد النكاح أو الطلاق فيكون صحيحاً[1] .

(١) لو كان علىٰ الدين الذي علىٰ المضمون عنه رهن من المضمون عنه عند الدائن ، فضمن شخص ثالث هذا الدين ، فانتقل الدين من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، فهل ينفك الرهن بهذا الضمان أو يبقىٰ علىٰ حاله ؟ .

قد يفرض أن المضمون له لا يرضىٰ بالضمان بغير الرهن السابق فيشترط بقاء الرهن السابق

في عقد الضمان بنحو شرط الفعل مطلقاً من دون أي تفصيل ، فإنه إن رجع شرط الرهان إلىٰ التعليق فالتعليق بنظره لا يضر بعقد الضمان ، وإن رجع الشرط إلىٰ أن التزامه بالضمان منوط بأن يرهن المضمون عنه ملكه عند الضامن فأيضاً لا مانع منه ، ولا يكون باطلاً لأنّ عقد الضمان يقبل الخيار بنظر الماتنﷺ علىٰ ما تقدم . وإن رجع الشرط أي شرط الرهن إلىٰ تعليق عقد الضمان علىٰ التزام المضمون عنه بالرهن ، والتعليق في المقام غير مضر لأنه علىٰ أمر محقق ـ لو كان في التعليق ضرر ـ فهو صحيح حتّىٰ عند السيد الأُستاذﷺ لا فقط عند الماتن ، فالشرط عند الماتن صحيح مطلقاً .

(١) وتكون نتيجة الزام الشارط المشروط له بالعمل بالشرط ليس إلّا ولو بالرجوع إلىٰ القضاء .

ثمّ إنّ هنا أيضاً يأتي الكلام المتقدم منّا في التعليقات الثلاث المتقدمة ، فإن الماتنﷺ لا يرىٰ بطلان التعليق في الضمان ولا يرىٰ أن عقد الضمان غير قابل للخيار بالشرط .

عن اشكال[١] .

علىٰ حاله ، ولا ينتقل بهذا الضمان إلّا الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن ، ويبقىٰ الرهن الذي كان علىٰ حاله ، ولا مانع من ذلك أصلاً لعموم ما دلّ علىٰ صحة الشرط .

وقد يفرض أنه يشترط الضامن بضمانه هذا فك الرهن السابق ، فلا شك يسقط الرهن بذلك ، ولا مانع منه أيضاً ، فيلزم المضمون له بفك الرهن عملاً أيضاً بعموم ما دلّ علىٰ صحة الشرط .

وقد يفرض لا هذا ولا ذاك ، ولم يذكر أياً منهما ، لا عدم رضا المضمون له بالضمان إلّا بشرط الرهن ، ولا اشتراط الضامن بضمانه فك الرهن السابق ، أي لم يذكر ذلك في ضمن عقد الضمان هذا ، **فهل ينفك الرهن أو لا ينفك ؟**

اختار جماعة منهم الشهيد الثاني وصاحب الجواهرقدس سرهما[١] أنه ينفك الرهن فيرجع المال إلىٰ صاحبه طلقاً باعتبار أن الضمان بمنزلة الأداء ، ومع الأداء ينفك الرهن لا محالة .

وهذا هو الصحيح لما سيأتي .

ولكن استشكل فيه الماتن**دام ظله** ، ووجه الإشكال يأتي في التعليقة الآتية .

(١) **وجه الاشكال** أنّه ليس في الضمان أي أداء ، بل هو انتقال للدين من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، ولا معقولية لانفكاك عقد الرهان من دون أداء ، والمذكور في عبارة الجواهر أنه أداء ، كيف يكون أداءً والحال إن ما يطلبه المضمون له باق علىٰ حاله ، وإنما تغير مكان الدين ، وتغير مكان الدين ليس أداءً للدين[٢] .

---

(١) في **المسالك ٤ : ٣٠٥ قال** : «وتظهر الفائدة في انفكاك الرهن الذي كان علىٰ الدينين أو علىٰ أحدهما ، لأن الضمان بمنزلة الأداء» .

وفي الجواهر ٢٦ : ١٥٠ قال : «وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو علىٰ أحدهما ، لأن الضمان أداء» .

(٢) **ووافق الماتن**دام ظله **علىٰ عدم الأداء والوفاء بالضمان السيد الحكيم**دام ظله إلّا أنّه اختار في نهاية الأمر ما اختاره الشيخ صاحب الجواهر**دام ظله** حيث قال تعليقاً علىٰ قول الماتن : (لكنه لا يخلو عن إشكال) **ما نصه** : «إذ لا أداء ولا وفاء ، وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمّة الضامن وفراغ ذمّة

.....

أقول : ما ذكره صاحب الجواهر والشهيد‌ين‌ قدس‌سرهما هو الصحيح ، فإن هنا دينين : دين على المضمون عنه ، ودين على الضامن ، **انعدم الفرد الأوّل ووجد الفرد الثاني** . وليست الذمّة مثل العين الخارجية قابلة للانتقال من مكان إلى آخر ، **وان عبر بالانتقال فمن باب المسامحة**[1] باعتبار الطبيعي ، **وإلّا فالفرد الأوّل قد انعدم ، والفرد الثاني قد وجد جديداً** ، فليس دين الضامن هو دين المضمون عنه ، والمفروض أن الرهن كان رهناً للدين الأوّل ـ لا الثاني ـ فإذا ارتفع موضوعه لا معنى لبقائه . **والظاهر**[2] **أن هذا هو مراد صاحب الجواهر** قدس‌سره[3] حيث عبر بأن الضمان أداء ،

المضمون عنه ، فالدين انتقل من ذمّة إلى أُخرى من دون أداء ، فإن كان الرهن على وفائه بقي على حاله لعدم الوفاء ، وإن كان على إفراغ ذمّة المديون بطل ، لفراغ ذمّته بالضمان» **ثمّ قال** قدس‌سره بعد ذلك : «**ولكن الأظهر الثاني** ، لأن الراهن إنما وضع الرهن لحسابه ، لا لحساب المرتهن» **المستمسك ١٣ : ١٧٩ طبعة بيروت وعليه** فينفك الرهن بالضمان ، لكن لا لكون الضمان أداءً ، بل لكون الرهن على فراغ ذمّة المضمون عنه وقد فرغت بالضمان ، فلا موضوع لبقاء الرهن حينئذٍ وسيأتي إن هذا هو مراد الشيخ صاحب الجواهر قدس‌سره من قوله «لأن الضمان أداء» .

(١) هذا تعريض بما ذكر في المستمسك حسبما عرفت من عبارته المتقدمة .

(٢) كذا هو الذي دوّناه في الدرس ، ولكن في موسوعة السيد الأُستاذ دام‌ظله (لعل) بدل (الظاهر) ، وهو الأنسب لما سيأتي .

(٣) **وهذا هو الذي لابدّ وأن يكون مراداً للسيد الحكيم** قدس‌سره أيضاً في كلامه الثاني ، وإن قال (فإن كان الرهن على وفائه بقي على حاله لعدم الوفاء ، وإن كان على افراغ ذمّة المديون بطل ، لفراغ ذمّته بالضمان) لأن الفعل الخارجي الذي هو تسليم المال إلى المضمون له لا موضوعية له ، وإنما هو طريق إلى افراغ ذمّة المدين **وهي المرادة من الوفاء** بمقتضى دلالة الاقتضاء ، **وإلّا فلا** شك أن الشيخ صاحب الجواهر قدس‌سره لا يرى وحدة مفهوم الأداء والضمان ، فكيف يكون الضمان عنده أداءً ، كما أنها هي المرادة من إبراء الدائن لدين المدين أي فراغ ذمّته ، فكما أن بالإبراء يرجع الرهن إلى صاحبه لارتفاع موضوعه ، كذلك بفراغ ذمّة المدين بالضمان يرجع الرهن إلى

هذا مع الإطلاق ، وأمّا مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع[1] .

لا بمنزلة الأداء[1] .

(١) لأن كلاًّ من البقاء وعدمه أمر سائغ يلزم بالاشتراط ـ كما تقدم أول البحث ـ لعموم ما دل

صاحبه لارتفاع موضوعه ، ولذا عبر **السيد الحكيم**قدس سره بقوله : الأظهر الثاني ، لأن الراهن إنما وضع الرهن لحسابه لا لحساب المرتهن» أي لفراغ ذمّته التي عرفت أنها هي المرادة من الوفاء ، إمّا حقيقة أو مجازاً فإما هو وفاء حقيقة أو بحكم الوفاء لا لفراغ ذمّة المضمون عنه ـ ثمّ إن الأظهر هو تعبير الشيخ صاحب الجواهرقدس سره من قوله (لأن الضمان أداء) لما عرفت من دلالة الاقتضاء ، وإن كان تعبير الشهيدقدس سره في المسالك (لأن الضمان بمنزلة الأداء) صحيحاً أيضاً ، لأن المراد منه أنه ككون الرضاع بمنزلة النسب يوجب ترتيب أحكام النسب عليه ، فهنا أيضاً يريد ترتيب آثار الوفاء عليه من جهة أنه موجب لرفع الرهن . إلّا أن تعبير صاحب الجواهرقدس سره ظاهر في أنّه هو هو لارتفاع موضوع الرهن بالضمان كارتفاعه بالأداء ، والرهن إنما هو له لا للمضمون عنه ، فالضمان أداء موضوعاً . ثمّ إن التعبير بارتفاع الرهن بارتفاع موضوعه أو بانفكاك الرهن بذلك أولىٰ من التعبير ببطلان الرهن بفراغ ذمّة المضمون عنه بالضمان كما في عبارة السيد الحكيمقدس سره .

(١) **الجواهر ٢٦ : ١٥٠** قال «لأن الضمان أداء» نعم الذي عبّر بأن الضمان بمنزلة الأداء الشهيدقدس سره في المسالك علىٰ ما عرفت من نقل عبارته المتقدمة .

ثمّ إن المحقق لموسوعة السيد الأُستاذقدس سره اخرج المصدر في الجواهر وقال : (الجواهر ٢٦ : ١٣٢) والموجود في هذه الصفحة عبارة التنقيح ، نقلها صاحب الجواهرقدس سره في بحث ضمان الحال والمؤجل ، وقال : «وفي محكي التنقيح الأوّل ، لأن الضمان في حكم الأداء» **الجواهر ٢٦ : ١٣٢** ، وأي ربط لها بالمقام **أوّلاً** ، **وثانياً** ليست هي لأن الضمان أداء . **وثالثاً** ليس هو القائل لها . **وعلىٰ كل حال** ، نص عبارة **صاحب الجواهر** الراجعة إلىٰ افتكاك الرهن هي «وكأن فائدة هذا الضمان [وهو ضمان كل من المدينين ما علىٰ صاحبه] صيرورة كلّ واحد منهما بضمانه فرعاً وبمضمونيّته أصلاً فيتعاكسان ، **وافتكاك** الرهن إن كان عليهما أو علىٰ أحدهما ، لأن الضمان أداء» **الجواهر ٢٦ : ١٥٠** .

[٣٥٩١] «مسألة ٢٤»: يجوز اشتراط الضمان في مال معين علىٰ وجه التقييد[1] أو علىٰ نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام، وحينئذٍ يجب علىٰ الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنىٰ صرفه فيه.

وعلىٰ الأوّل، إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان ويرجع المضمون له علىٰ المضمون عنه، كما أنّه إذا نقص يبقىٰ الناقص في عهدته.

وعلىٰ الثاني، لا يبطل بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب علىٰ الضامن الإتمام مع عدم الفسخ.

علىٰ صحة الشرط.

(١) **ذكر الماتن**ﷺ أنه يجوز في عقد الضمان أن يضمن الضامن ويشترط[1] أن يكون الأداء من مال خاص، أي يكون أداء الضمان في مال معين، وذكر أن هذا **قد يكون علىٰ وجه التقييد**

---

(١) علىٰ نحو المبني للمجهول، سواء كان المشترط هو الضامن أم المضمون له، وظاهر الأصحاب كما في الشرائع والجواهر والرياض ومجمع الفائدة والقواعد والتذكرة وغيرهم ذلك لعموم صحة الشرط وهو قوله ﷺ: «المؤمنون ـ المسلمون ـ عند شروطهم».

قال في الشرائع ٢: ١٢٤ «وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين».

وقال صاحب الجواهر ٢٦: ١١٨ «وأمّا الكلام في اشتراط الضمان في مال معين، فلا أجد خلافاً في صحته لعموم المؤمنون...».

وكذا في الرياض ٩: ٢٦٢ حيث قال: «بلا إشكال فيه وفي لزوم كلّ من الاحتمالات مع الاشتراط، مضافاً إلىٰ عدم الخلاف فيه كما صرّح به بعض الأصحاب».

وكذا في مجمع الفائدة ٩: ٢٨٦.

وكذا في القواعد ٢: ١٥٦.

والتذكرة ١٤: ٣٠٠ ـ ٣٠١.

والمستمسك: ١٣: ١٧٩، بل قال: ظاهر الأصحاب التسالم علىٰ ذلك، ولم ينقل فيه خلاف أو اشكال... وكفىٰ دليلاً عليه عموم «المؤمنون عند شروطهم».

وليعلم أن المراد من ذلك الشرط لا القيد.

بأن يكون الضمان في هذا المال بخصوصه لا في غيره[١]، **وقد يكون علىٰ وجه الاشتراط**، أي الالتزام في الالتزام، أي يضمن له علىٰ وجه الإطلاق، ولكن يلتزم في ضمن هذا الالتزام بأن يكون الأداء من مال خاص، فيكون من قبيل الشرط والالتزام في الالتزام.

ثمّ ذكر الماتنﷺ **حكم هذين القسمين**، فقال: **إن كان علىٰ وجه التقييد** وكان المال الخاص موجوداً وكافياً أي لم تنقص قيمته فهو، أي يجب الأداء منه، وإذا فرضنا أن ذلك المال الخاص بعينه قد تلف في الخارج فلا يمكن الأداء منه بطل الضمان لفوات المقيد بفوات قيده، وليس علىٰ الضامن شيء، لأنه إنما التزم بالأداء من ذلك المال الخاص بعينه لا من غيره، والمفروض تلفه فيبطل الضمان، فيرجع الدين إلىٰ ذمّة المضمون عنه فيكون المضمون عنه هو الملزم بالأداء[٢]، **وإذا فرضنا** أن هذا المال الذي قد قيد الأداء منه ـ وهو المال الخاص ـ قد نقصت قيمته السوقية ـ

---

(١) بمعنىٰ أن يكون الأداء منه بعد أن تشتغل ذمّة الضامن بالدين يقيد بأن يكون الأداء من هذا المال المعين قيداً للضمان أو قيداً للمضمون، أي الذي وفاؤه من هذا المال. لا أنّ القيد هو أن يكون الضمان متعلقاً بالمال المعين بلا اشتغال لذمّة الضامن، كما هو الاحتمال الذي ألحقه الماتن بكون الشرط علىٰ نحو القيد أو علىٰ نحو الالتزام بالالتزام، قال: «وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن بأن يكون الدَّين في عهدة ذلك المال فلا يصح».

(٢) **لذا قال العلّامة في التذكرة**: «لو شرط في الضمان الأداء من مال بعينه صح الضمان والشرط معاً، لتفاوت الاعراض في أعيان الأموال، فلو تلف المال قبل الأداء بغير تفريط الضامن، فالأقرب فساد الضمان لفوات شرطه، فيرجع صاحب المال علىٰ الأصيل» **تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٨٢**.

والماتنﷺ **فرّع البطلان علىٰ القيدية** لاقتضاء فوات القيد فوات المقيد، وتبعه في المسالك في توجيه البطلان الذي حكاه عن التذكرة، وكذا الشهيد في بعض فتاواه.

وأشكل السيد الحكيمﷺ **بقوله**: لكنه يشكل ذلك بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، وإنما يوجب الخيار المسمىٰ بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: «بعتك هذا العبد الكاتب فتبين أنّه غير كاتب، فلا فرق بين فوات القيد وفوات الوصف» **المستمسك ١٣: ١٨٠ (طبعة بيروت)**.

وسيأتي الكلام حول ثبوت الخيار بذلك.

لا أنه تلف ـ فأصبح لا يفي بالدين ، يجب علىٰ الضامن تتميم ذلك من مال آخر ، لأن المفروض أنه هو التزم بأداء تمام الدين ، وإن قيده بهذا المال ، فبالنسبة للزائد يجب علىٰ الضامن أن يؤديه .

وأما لو فرض أن الأداء من هذا المال الخاص كان علىٰ نحو الاشتراط ـ لا التقييد ـ أي علىٰ نحو الالتزام في الالتزام ، ففي مثل ذلك إن كان المال الخاص موجوداً وكافياً أي لم تنقص قيمته وجب الأداء منه ، وإذا تلف المال الخاص لا يبطل الضمان ، بل يثبت الخيار لمن اشترط له ، سواء كان هو المضمون له أم كان هو الضامن أم هما معاً ، فيكون لهما الخيار في فسخ عقد الضمان . **وإذا فرض أن المال** لم يتلف ، **ولكن نقصت قيمته عن مقدار الدين** ، أيضاً يجب الاتمام وأداء تمام المال ولو من مال آخر ، إذ المفروض أنه ضمن تمام الدين ، فإذا لم يكن هذا المال وافياً ولم يفسخ العقد لسبب فلازمه الاتمام .

ثمّ ذكر أنه إذا جعل الضمان في نفس العين ـ لا في الذمّة مقيداً بهذه العين مثلاً أو مشروطاً بها ـ بنحو لم يكن الضامن ولا المضمون عنه مطالباً بشيء ، **ففي صحة هذا الضمان إشكال بل منع ، وحكم بعدم صحته .**

هذا ما ذكره الماتنﷺ من القسمين وحكمهما ، وحكم ما الحق بهما .

أما القسم الأوّل من هذين القسمين الذي هو كون الضمان الذي تشتغل به ذمّة الضامن في مال معين **علىٰ وجه التقييد ، فغير صحيح أصلاً** ، إذ لا يتصور لهذا التقييد معنىٰ محصل أصلاً .

لأن التقييد إن رجع إلىٰ الضمان بمعنىٰ جعل ضمانه واشتغال ذمّته بهذا مقيداً بالأداء من هذا المال بخصوصه دون غيره من أموال الضامن ، **فهذا لا معنىٰ له** ، لأن الضمان عبارة عن اشتغال الذمّة ونقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وهو أجنبي عن الأداء الخارجي ، **لا معنىٰ لأن يكون الأداء الخارجي قيداً له ، إلّا أن يرجع إلىٰ تعليقه عليه** ، فيقول : أضمن المال ، ولكن لا علىٰ الإطلاق ، بل معلقاً علىٰ الأداء من هذا المال ـ أو أن يشترط المضمون له ذلك ، كما هو الغالب وسيأتي ـ وهذا ممكن ومعقول إلّا إنّه راجع إلىٰ التعليق في الضمان وهو موجب للبطلان لا محالة[1] .

---

(١) **تقدم أن التعليق في الضمان لا مانع منه عند الماتن**ﷺ لما تقدم في الأمر السابع مما يعتبر

وبعبارة أوضح أن التقييد إنّما يعقل في الكليات، فيكون كل فرد بالتقييد مغايراً للفرد الآخر، **ويعقل التقييد أيضاً في الحالات كتقييد فعل خارجي بزمان خاص أو حالة خاصة**، وأمّا تقييد شيئين بعضهما ببعض كل منهما أجنبي عن الآخر **فلا معنىٰ له**، والضمان والأداء الخارجي كذلك، فلا يعقل فيهما التقييد إلّا أن يرجع إلىٰ التعليق، وهو موجب للبطلان بلا كلام[1].

وإن رجع التقييد إلىٰ المضمون أي إلىٰ ما في الذمّة بأن يكون المال الذي ضمنه وانتقل إلىٰ ذمّته ليس هو طبيعي المال، **بل المال الذي** يوفيه خارجاً من هذه العين الخارجية، **فهذا أيضاً كسابقه لا** معنىٰ للتقييد فيه، فإنه لا ربط بين الأداء الخارجي الذي هو فعل من الأفعال وما في

في الضمان، فإن الماتن قال: «لكن لا دليل عليه [أي علىٰ التنجيز] بعد صدق الضمان [أي علىٰ الضمان المعلق] وشمول العمومات العامة إلّا دعوىٰ الإجماع في كلّي العقود، علىٰ أن اللازم ترتّب الأثر عند انشاء العقد من غير تأخير، أو دعوىٰ منافاة التعليق للانشاء، وفي الثاني ما لا يخفىٰ [لأنه مبني علىٰ ان الانشاء ايجاد فلا ينفك عن المنشأ فينافيه التعليق، والحال إن الانشاء ليس هو الايجاد، وإن ذهب إليه غير واحد من الأصحاب، وعلىٰ فرض أنه ايجاد فليس التعليق في الايجاد ونفس الانشاء، وإنما هو في الأمر الاعتباري أعني المعتبر، فإنه قد يفرض مطلقاً وقد يفرض معلقاً، فإن الانشاء الذي هو الاعتبار قد يتعلق بالأمر المطلق، وقد يتعلق بالأمر المقيد، وليس فيه انفكاك بين الانشاء والمنشأ] **وفي الأوّل منع تحققه في المقام**»، **السابع مما يعتبر في الضمان العروة الوثقىٰ مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام ٥: ٤٠٤، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ ـ ٤٠٠ ـ ٤٠١**. [أي منع تحقق الإجماع علىٰ البطلان في الضمان، فإنه لا اجماع علىٰ لزوم ترتب الأثر عند انشاء العقد من غير تأخير] **الواضح ١٦: ٢٧٨ وعليه**: فلا مانع من التقييد عند الماتن ولو برجوعه إلىٰ التعليق، إذ إن التعليق عنده غير مضر.

(١) **ولكن عند السيد الأُستاذ** هنا أي في الضمان لا عند الماتن علىٰ ما عرفت هنا وفي الهوامش المتقدمة، **فإن السيد الأُستاذ** قال في اعتبار التنجيز في الأمر السابع مما يشترط في الضمان: لا يبعد تحقق الإجماع علىٰ بطلان التعليق علىٰ الأمر المتأخر وإن علمنا بحصوله»، **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠١، الواضح ١٦: ٢٨٢**.

الذمّة من الدين ، ليكون هذا مقيداً له ، **فإن التقييد في قبال الإطلاق ، ولا معنىٰ للإطلاق هنا كي يصح التقييد**[١] .

---

(١) **هذا الكلام من السيد الأُستاذ**ﷺ ، **وهو «فإن التقييد في قبال الاطلاق ولا معنىٰ للاطلاق هنا كي يصح التقييد» يحتاج إلىٰ توضيح** ، وسيأتي في هذا الهامش توضيحه .

ولكن قبل ذلك أقول : إلىٰ هنا ما ذكره السيد الأُستاذﷺ **تعريض بما ذكره السيد الحكيم**ﷺ حيث قال «والذي يتحصل مما ذكرنا أُمور : **الأوّل** : أن اشتراط الضمان في مال معين يكون علىٰ صور ثلاث ذكرها المصنف ، كلها صحيحة» ، **المستمسك ١٣ : ٣١٣ أو (١٨٢ طبعة بيروت)** .

وكذا من قال نفس هذا الكلام كالسيد السبزواريﷺ **في مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٩** حيث قال : «أما صحة كونه علىٰ وجه التقييد فبأن يقيد الضمان بمال مخصوص ، أو يقيد المضمون بمال مخصوص ، أو يقيد الأداء أنّه أداء لما اشتغلت من حيث ذمّته بالضمان كذلك ، **والكل صحيح** مع وجود غرض صحيح في البين ، **لأصالة الصحة ، وإطلاق أدّلة الشروط الشاملة لهذا النحو من الجعل أيضاً** ، ولا يختص بخصوص الالتزام . . .» .

وأما توضيح ما ذكره السيد الأُستاذﷺ **من قوله** «لا يتصور للتقييد في المقام معنىٰ محصلاً أصلاً إلىٰ أن يقول : فإن التقييد في قبال الاطلاق ولا معنىٰ للاطلاق هنا كي يصح التقييد» ، فهو أنّا ذكرنا في بحث الإجارة في الواضح ٩ : ٣٠٤ أن التقييد ١ ـ تارة يكون هو أخذ شيء في الموجود الخارجي والعين الخارجية ٢ ـ وأُخرىٰ يكون أخذ شيء في الكلّي و٣ ـ ثالثة يكون أخذ شيء في الأعمال .

والثاني من هذه وهو أخذ شيء في الكلّي أ ـ تارة يكون الشيء المأخوذ في العنوان نفس المبيع ب ـ وأُخرىٰ يكون المأخوذ في العنوان ما يرجع ويعرض علىٰ المبيع .

فإن كان المأخوذ في العنوان نفس المبيع ، بأن أوقع العقد علىٰ أمر كلّي بأن باعه مناً من الحنطة ، **فالحنطة قيد** ، فلو أعطاه مناً من الشعير لم يكن المعطىٰ نفس المباع ، والمباع لم يسلم إلىٰ المشتري .

وإن كان المأخوذ في العنوان هي ما يرجع إلىٰ المبيع، فتارة يكون ما يرجع إلىٰ المبيع من أوصاف العين، وأُخرىٰ يكون المأخوذ فيه ليس من أوصاف العين، بل من الأُمور الخارجية.

والأوّل كما إذا قال: اشتريت منك منّاً من الحنطة الكردية، فالتقييد بالكردية الذي هو من أوصاف العين بحسب المتفاهم العرفي يكون قيداً، أي لو سلم له حنطة غير كردية فلم يسلم له المبيع، وإنّما سلّم شيئاً غير المبيع، والمبيع لم يسلمه إليه، لا أنّه سلمه له، وله حق الفسخ وخيار الفسخ، بل لم يسلّمه إليه، لأن المبيع الحنطة الكردية، والمسلّم الحنطة غير الكردية. **وكذا لو اشترىٰ منه كتاب الجواهر بشرط أن يكون من طبعة جماعة المدرسين**، فسلّم له كتاب الجواهر الذي هو طبع دار الكتب الإسلامية، طبعاً لم يسلّم له المبيع، وإنّما سلّم إليه شيئاً آخر ليس هو المبيع، لأن كون الذي وقع عليه العقد هو كتاب الجواهر من الطبعة الفلانية من صفات كتاب الجواهر المباع الذي هو الكلي، والصفة هنا مقسمة أي موجبة لتقسم كتاب الجواهر إلىٰ قسمين: قسم وقع عليه العقد، وقسم لم يقع عليه العقد.

والثاني: كما لو قال: اشتريت منك مناً من الحنطة، أو كتاب الجواهر بشرط أن تخيط لي ثوباً، فخياطة الثوب ليست من أوصاف الحنطة المباعة ولا من أوصاف كتاب الجواهر، فلا يقسمه إلىٰ قسمين، ولا ينوعه إلىٰ نوعين نوع وقع عليه العقد ونوع لم يقع عليه العقد، فلا يكون قيداً، بل يكون شرطاً، فلو سلم له الحنطة أو كتاب الجواهر ولم يخط له الثوب يثبت للمشتري خيار الفسخ، لا أنّه لم يسلم له المبيع.

ومقامنا ـ وهو اعتبار يكون الضمان في مال الخاص ـ ليس داخلاً في الكلي أصلاً حتىٰ يصح أن يكون العنوان المأخوذ فيه نفس عنوان الكلي أو أوصاف الكلي، فإن ما في الذمّة ليس كلياً، فلا يعقل فيه الاطلاق حتىٰ يقيد بهذا المال الخاص، والتقييد إنما يعقل في الكليات، وقد يقال إنّه ليس داخلاً في القسم الثالث الذي هو التقييد في الأعمال والأفعال، لأن ما في الذمّة ليس من الأعمال حتىٰ يقيد بالأداء من المال الخاص، **وإنما هو داخل في القسم الأوّل الذي هو أخذ شيء في الموجود الخارجي أو الذهني الذي هو جزئي، والجزئي لا يعقل فيه التقييد** لعدم معقولية الاطلاق فيه.

﴿ **وطبعاً إنما نقول الجزئي لا يعقل فيه التقييد** فلا يعقل أن يكون الشيء المأخوذ فيه قيداً **إنما هو فيما إذا لم يكن ذلك الشيء المأخوذ مقوّماً** .

ولأجل التفصيل بين هذين وبيان أن محل الكلام إنّما هو الجزئي الذي يؤخذ فيه شيء وليس الشيء المأخوذ مقوّماً له ، **وبين الجزئي** الذي يؤخذ فيه شيء والشيء المأخوذ فيه مقوّم له ، **لابدّ وأن نشرح القسم الأوّل من التقييد أيضاً فنقول : إنّه تقدم أيضاً في الواضح ٩ : ٣٠٤** بالنسبة إلىٰ القسم الأوّل من التقييد وهو ما لو أخذ شيء في الجزئي كما إذا قال : بعتك هذا الشيء (علىٰ أن يكون كذا) ، فقولنا (علىٰ أن يكون كذا) يكون علىٰ نحوين : **أ ـ تارةً يكون** ذلك الشيء المأخوذ في المبيع مثلاً مما يكون مقوماً للعين المباعة . **ب ـ وأُخرىٰ** يكون غير مقوّم ، سواء كان من الصفات غير المقومة كالكتابة بالنسبة إلىٰ هذا العبد المشترىٰ ، أو كان أمراً خارجياً ليس من الصفات كخياطة ثوب مثلاً .

والأوّل أي (أ): وهو ما كان مقوماً للعين وله دخل في مالية العين وقوامه وعنوانه لا شك يكون قيداً لا شرطاً ، كما إذا قال : بعتك هذا الشيء الأصفر علىٰ أن يكون ذهباً ـ بعد تعيين كميته طبعاً ـ فيقبل المشتري علىٰ أن يكون الشي الأصفر وهو المبيع ذهباً ، المعتبر هنا وهو علىٰ أن يكون ذهباً لا شك يكون قيداً ، لأن الشراء يكون معلقاً علىٰ كونه ذهباً ، ولا بأس بهذا التعليق ، لأن مالية الشيء إنما تكون بعنوانه ، فلو لم يكن الأصفر هذا ذهباً لم يقع البيع ، إذ لم يقع البيع إلّا علىٰ عنوان الذهب ، فهو كقولنا : بعتك هذا الذهب ، فإن لم يكن الذي في الخارج ذهباً فالبيع غير متحقق .

والثاني أي (ب): وهو ما لم يكن مقوّماً للمبيع سواء كان الشيء المعتبر من أوصاف المبيع كالكتابة في العبد المشترىٰ ، فإن الكتابة ليست مقوّمة للعبد أي ليست مقومة للعين الخارجية المبيعة ، لتحقق كونه عبداً ولو لم يكن كاتباً ، أم كان المعتبر أمراً خارجياً كخياطة الثوب المعتبرة في البيع عند قولنا : بعتك هذا الشيء علىٰ تخط لي ثوباً ، **فالمعتبر هنا لا يكون عند العرف إلّا شرطاً** ، ولا يرجع ولا يمكن أن يكون قيداً ، **ففي كلا المثالين ١ ـ بعتك** هذا العبد علىٰ أن يكون كاتباً أو بعتك هذا العبد الكاتب . ٢ ـ أو بعتك هذا الشيء ـ سواء كان العبد أو ﴾

﴿ غيره ـ على أن تخيط لي ثوباً ، **يرجع إلىٰ كونه شرطاً ، ولا يكون معنىٰ للتقيد بالكتابة فيه ، ولا يكون معنىٰ للتقيد بالخياطة فيه** ، إلّا أن يرجع التقيد إلىٰ التعليق ، ومعنىٰ ذلك أنه باعه إذا كان كاتباً وإلّا فلم يبعه ، أو باعه إن خاط له وإلّا فلم يبعه ، فيحكم في كل منهما بالبطلان للتعليق ، **فلا شك يرجع إلىٰ الاشتراط** بمقتضىٰ الفهم العرفي ودلالة الاقتضاء . **وفرقه عن التعليق علىٰ المقوّم المتقدم الحكم بالصحة فيه وأخذه قيداً** هو كون التعليق علىٰ المقوّم تعليقاً علىٰ موضوع العقد ، أي تعليقاً علىٰ ما تتوقف عليه صحة العقد ، كقولك : بعتك هذا إن كان ملكي ، أو طلقت هنداً إن كانت زوجتي ، **والتعليق علىٰ المقوم وعلىٰ ما تتوقف عليه صحة العقد أو الايقاع** لا مانع منه ، بينما التعليق علىٰ غير المقوّم فهو ليس تعليقاً علىٰ ما تتوقف عليه صحة العقد ، فهو تعليق مضر ، فينحصر أن يكون المراد بقوله : إن كان كاتباً ، أو أن تحيط لي ثوباً هو الشرط ، ولا يمكن أن يكون قيداً .

ومقامنا وهو اعتبار أن يكون الضمان ، أو المضمون أي ما في الذمّة من مال الضمان مما يؤدىٰ من هذا المال الخاص ، بمقتضىٰ قول السيد الأُستاذ﴿ «لا معنىٰ للاطلاق هنا كي يصح التقييد» **إنما هو من الثاني** أي من اعتبار شيء في العين الخارجية ، وليس ذلك الشيء مقوماً ، فالمال الخاص الذي يؤدى منه الضمان جزئي وليس مقوماً ، ولا اطلاق له حتىٰ يصح فيه التقييد ولذا يقول السيد الأُستاذ : «فإن التقييد في قبال الاطلاق ، ولا معنىٰ للاطلاق هنا حتىٰ يصح التقييد» ، فتعليق الضمان علىٰ أن يكون الأداء فيه من المال الخاص لا يمكن أن يكون قيداً أبداً ، **ولذا يقول السيد الأُستاذ﴿** لا معنىٰ محصل لأخذ الأداء قيداً في الضمان .

لكن أقول : ما ذكرناه توضيحاً لكلام السيد الأُستاذ﴿ هو مقتضىٰ ما ذكره من قوله «فإن التقييد في قبال الاطلاق ولا معنىٰ للاطلاق هنا كي يصح التقييد» .

ولكن : كلام السيد الأُستاذ﴿ غير صحيح من جهتين :

الأُولىٰ : أن اعتبار أن يكون الضمان في مال خاص **ليس داخلاً في اعتبار شيء في الجزئي الخارجي** ، وهذا الاعتبار ليس مقوماً ، فلا يمكن أن يكون قيداً للتعليق المبطل في العقود ، ولأن الجزئي الخارجي وهو المال الخاص ليس له اطلاق حتّىٰ يصح التقييد فيه . ، والتقييد

﴾

معقول في الكليات ليس إلّا .

وإنّما هو داخل في الأعمال ، وهو كون الأداء من المال الخاص ، فهو كالصلاة المستأجر عليها أن يكون أداؤها في المسجد ، وكونها في المسجد مقسمة للصلاة . فكونه من المال الخاص مقسم للضمان إلىٰ قسمين : قسم هو الواقع عليه الضمان وهو الذي يؤدىٰ من المال الخاص ، وقسم غير واقع الضمان عليه ، وهو الذي يؤدىٰ من غيره ، والثاني ليس هو الذي وقع عليه العقد ، والأوّل هو الذي وقع عليه العقد . فكما أنّ اعتبار أن تكون الصلاة المستأجر عليها في المسجد قيداً ، كذلك في اعتبار أن يكون الأداء من الملك الخاص فهو قيد ، فإنّه ذكرنا وذكر السيد الأُستاذ دام ظله في الإجارة في الجزء التاسع من الواضح صفحة ٣٠٧ أنّ أخذ شيء في الأعمال علىٰ قسمين تارة يكون هذا القيد من صفات العمل ، وأُخرىٰ يكون هذا الشيء لا من صفات العمل ، بل خارجاً عنه . والأوّل كما إذا قال : آجرتك أن تصلي عن أبي سنة علىٰ أن تكون الصلاة في المسجد ، فهنا يرجع قولك (في المسجد) إلىٰ القيد ، لأنّ كونها في المسجد من صفات الصلاة التي هي الفعل المستأجر عليه ، لأن الصلاة علىٰ أقسام : صلاة في المسجد ، وصلاة في المنزل ، وصلاة بين القبور ، فإذا كان في المسجد موجباً لتحصيص الصلاة وتقسيميها فالذي وقعت عليه الإجارة منها هي التي تكون في المسجد ، وأمّا التي تكون في المنزل فليست هي المستأجر عليها . فمع كون القيد موجباً للتقسيم يكون الحال كاعتبار شيء في الكلي ، ككون الحنطة المباعة من الكردية ، فتسليم غيرها ليس تسليماً المبيع ، وتسليم الصلاة في المنزل ليس تسليماً للمستأجر عليه ، وإن برئت ذمّة الميت ، **فكذا في المقام** اعتبار أن يكون الأداء من المال الخاص هو الذي وقع عليه الضمان ، فالأداء من غيره ليس هو الضمان الواقع في المقام فاعتبار كون الأداء من المال الخاص مقسم ومحصص ، والضمان إنما وقع علىٰ الذي يؤدىٰ من المال الخاص ، فغيره لم يقع الضمان عليه وهو معنىٰ القيد ، كما أن الصلاة في المسجد هي المستأجر عليها ، والتي في المنزل ليست المستأجر عليها ، فالصلاة في المسجد قيد .

الثانية : علىٰ فرض أن المقام داخل في اعتبار شيء في الجزئي والعين الخارجية ، فتعليق

الضمان على العين الخارجية لا يرى الماتن اعتبار عدمه، لصحة التعليق عنده في الضمان وعدم الدليل بطلان التعليق عنده فيه. نعم، السيد الأستاذ يرى عدم صحة التعليق في الضمان، ولكن ليس المقام داخلاً في الجزئي الخارجي، بل في التقييد بالأعمال بالمقسم، وهو محقق للقيدية قطعاً.

فما ذكره الماتن على كل تقدير هو الصحيح، وهو إمكان أن يكون الأداء من المال الخاص قيداً، وإمكان أن يكون شرطاً، لا أنّ أخذه قيداً من المستحيلات ومن غير المعقولات.

وأما ما ذكر السيد الحكيم من قوله: «بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: (بعتك هذا العبد الكاتب) فتبين أنه غير كاتب، فلا فرق بين فوات القيد وفوات الشرط. فإن قلت: فوات المقيد بفوات القيد من الضروريات، فالقصد إنّما تعلق بالمقيد لا بغيره، فكيف يصح مع فواته الموجب لانتفاء قصده؟! قلت: هذا الاشكال يتوجه نظيره في صورة فوات الشرط، لأن القصد إنما كان إلى المشروط لا إلى الخالي عن الشرط، فيكف يصح الخالي عن الشرط من دون قصد...» **المستمسك ١٣: ١٨٠ طبعة بيروت.**

أقول: توضح مما ذكرنا أنّ الكاتب في قول: بعتك هذا العبد الكاتب، شرط لا قيد، إذ إن الموجود الخارجي والأعيان الخارجية إذا اعتبر فيها شيء كان بلا كلام شرطاً لا قيداً، إذ إن الموجود الخارجي جزئي، والجزئي لا إطلاق له حتّى يقيد، والتقييد إنّما يعقل في الكليات، أو في الموجودات الخارجية فيما إذا كان المأخوذ فيها مقوّماً، كما إذا قلت لك: بعتك هذا الجسم الأصفر الذي وزنه عشرة كيلوات على أنّه ذهب بمائة ألف دولار، فإن معناه بعتك هذا الذهب المعلوم الوزن بمائة ألف دولار، فالذهبية مقوّمة للعين الخارجية والموجود الخارجي، ومعناه بعتك هذا بمائة ألف دولار إن كان ذهباً، ولم ابعك إيّاه إن لم يكن ذهباً. والتعليق هنا لا مانع منه لأنّه على موضوع العقد، فهو كقولك إن كان ملكي فقد بعته، أو إن كانت زوجتي فقد طلقتها، فإنه لا يصح البيع مع عدم كونه ملكي، ولا يصح الطلاق مع كونها ليست زوجتي. وهو معنى كون المقوّم قيداً. بينما الكتابة في العبد ليست مقوّمة فلا يكون قيداً، والتلعيق فيه أي

بعتك هذا العبد إن كان كاتباً ولم أبعك إن لم يكن كاتباً ، مضر فيه ، لأنّه ليس على موضوع العقد ، والتعليق بلا كلام مضر بالعقود عندهم .

وأما قولهﷺ «هذا الاشكال يتوجه نظيره في صورة فوات الشرط» فقد تقدم أيضاً أن الشرط إنّما هو الالتزام في الالتزام ، وهو يرجع : ١ ـ إمّا إلىٰ تعليق الالتزام بالعقد علىٰ وجود صفة الكتابة في العبد ، فإن لم توجد للشارط الحق في عدم الالتزام بالعقد أي فسخ العقد فنتيجة تخلف الشرط إنّما هي ثبوت خيار تخلف الشرط ٢ ـ أو يرجع إلىٰ تعليق العقد علىٰ التزام الطرف الآخر بشيء ، كما لو قالت الزوجة : زوجتك نفسي علىٰ أن تعطيني كل يوم مائة دينار ، وهو ملتزم بذلك حين العقد ، فهي قد علقت عقد الزواج علىٰ التزام الزوج باعطاء المائة فقبل الزوج . والتعليق في المقام غير مضر ، لأنّه علىٰ أمر حادث وموجود حين العقد ، لأنّ التزامه بذلك كان موجوداً فقبل ، فهو صورة تعليق لا واقع تعليق فلا يكون مضراً . ونتيجة هذا الشرط في العقود التي لا تقبل الخيار كعقد النكاح إنما هو الزام الزوجة الزوج بالعمل بالشرط ، ولو بالاستعانة بالغير كالقضاء . وبهذا يتبين أنّ نظير فوات القد لا يأتي في فوات الشرط . وقد بينا معنىٰ الشرط ومعنىٰ القيد بما لا مزيد عليه في الواضح ج ٩ : ٣٠٤ . فراجع .

ثمّ إنّ تخلف الوصف يختلف فتارة يكون الوصف وصفاً لعين خارجية كما مثل به السيد الحكيمﷺ به «بعتك هذا العبد الكاتب» وهذا الوصف بلا إشكال وصف لجزئي خارجي ، ولا يعقل أن يكون قيداً ، لأن التقييد إنما هو في الكليات ، أو في الوصف المقوّم في الموجودات الخارجية والأعيان ، وهذا العبد الخارجي الموصوف بالكاتب لا من الكليات ولا وصف الكتابة من المقوّمات ، فكيف يكون قيداً؟ **وأُخرىٰ** يكون الوصف وصفاً لكلي العبد كما إذا قال : اشتريت منك أمة رومية أو عبداً تركياً أو كاتباً ، فلا شك يكون وصف الرومية أو الكتابة أو كونه تركياً مقسماً للكلي إلىٰ أمة رومية ، وأمة غير رومية ، وإلىٰ عبد تركي وعبد غير تركي ، وإلىٰ عبد كاتب وعبد غير كاتب ، والمقسم والمحصص يكون قيداً ، لأن البيع إنّما وقع علىٰ الرومية ، وأمّا غيرها فلم يقع عليه العقد ، فلو اعطاه أمة هندية أو فارسية لم يعطه المبيع ، ولو اعطاه عبداً هندياً أو زنجياً لم يعطه المبيع ، ولو اعطاه عبداً غير كاتب لم يعطيه المبيع .

وحينما يقال يثبت خيار تخلف الوصف إنّما هو في النحو الأوّل من الوصف ، وهو الذي يكون في الجزئي الخارجي ، وأمّا النحو الثاني من الوصف وهو الذي يكون في الكلي فلا يثبت خيار تخلف الوصف ، بل لو لم يعطيه الأمة الرومية فلم يعطه المبيع ، سواء أعطاه أمة هندية أم لم يعطه أصلاً ، إذ إن الأمة الهندية ليست هي المبيعة . فالوصف في الأمة الرومية قيد ، وإذا فات القيد هنا يقال فات المبيع أي المقيد ، لا فيما إذا فات وصف الكتابة في قولك بعتك هذا العبد الكاتب أو علىٰ أن يكون كاتباً حتّىٰ يقال فلا فرق بين فوات القيد والشرط ، فإن للقيد معنىٰ غير معنىٰ الشرط ، فإن الشرط هو الالتزام في الالتزام ، فإما أن يعلق التزامه بالبيع الفعلي الصحيح المنجز علىٰ وجود صفة أو شيء كالكتابة في العبد الخارجي ، أو الخياطة في الأمة الخارجية ، أو يعلق نفس العقد علىٰ التزام الطرف الآخر بشيء ، والمفروض التزامه بـه حين العقد ، كقول الزوجة قبلت الزواج علىٰ أن تعطيني كل يوم مائة دينار . والتعليق هنا غير مضر ، لأنّه علىٰ أمر واقع ومحقق حال العقد ، لأن المفروض التزام الزوج بذلك حين العقد . وأمّا القيد فهو ١ ـ كل شيء أُخذ في المبيع وكان مقسماً للمبيع إلىٰ قسمين ومحصصاً له إلىٰ حصتين ٢ ـ أو أُخذ في العمل وكان مقسماً للعمل إلىٰ قسمين ومحصصاً له إلىٰ حصتين ٣ ـ وكل مبيع أُخذ في عنوان المعاملة كالحنطة عند قولك : بعتك مناً من الحنطة الكلية ٤ ـ وكل شيء أُخذ في الموجودات الخارجية والأعيان وكان مقوّماً لا كالكتابة أو الخياطة في العبد والأمة ، بل ككون هذا الجسم الخارجي الأصفر ذهباً حينما أقول : بعتك هذا الجسم الأصفر الذي وزنه كذا علىٰ أنه ذهب بكذا دولار ، فإذا لم يكن ذهباً لم يقع البيع إذ لم يكن المبيع علىٰ غير الذهب . والذي وقع البيع عليه هو الذهب ولا ذهب في البين فلا بيع ، فللشرط معنىٰ متمثل بفردين ، وللقيد معنىٰ متمثل فأربعة أفراد .

ومن كل ما ذكرنا يتوضح عدم صحة ما يقوله السيد الحكيم قدس سره من قوله : «ودعوىٰ أن الصحة في هذه الموارد لأن الانشاء فيها من باب تعدد المطلوب ، بحيث يكون القصدان قصد قائم بالمجموع وبالمشروط وبالموصوف ، وقصد قائم بالبعض وبالخالي عن الشرط أو الوصف ، فإذا فات القصد الأوّل كفىٰ القصد الثاني فيها مع أنّ ذلك ممنوع ، بل ليس إلّا قصد في أكثر

فغاية ذلك أن يرجع هذا الاشتراط ـ بعد عدم معقولية التقييد وبطلان التعليق ـ إلىٰ انشاء الضامن الضمان وقبول المضمون له لذلك، ولكن ذلك مشروط بأن يؤديه من المال المعين، **فيكون بمنزلة الالتزام في الالتزام** ـ لا التقييد المصطلح ـ بمعنىٰ الزام المشروط له المشروط عليه بالأداء من هذا المال، وبحسب الارتكاز العرفي يرجع الشرط في هذه الموارد إلىٰ التعليق في الالتزام، أي أن ينشئ الضامن عقد الضمان ويقبله المضمون له، ولكن مشروط بالتزامه بالأداء من المال المعين، والمفروض أن المشروط عليه وهو الضامن ملتزم به حين العقد ـ **فليس التعليق مضراً لأنه علىٰ أمر حاصل حين العقد** ـ فيجب الوفاء به بمقتضىٰ «المؤمنون ـ المسلمون ـ عند شروطهم»[1] فإن امتنع أُجبر، ولو من قبل الحاكم الشرعي أو غيره علىٰ العمل بالشرط[2].

﴿ الموارد ـ : أنه لو صح ذلك جاء فيما نحن فيه أيضاً، واقتضىٰ الصحة، فلا وجه للبطلان» **المستمسك ١٣ : ٣١٠**.

(١) الوسائل ج ٢١ : ٢٧٦ باب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤، ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢. الوسائل ١٨ : ١٦ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١، ٢.

(٢) ولكن كون الشرط كذلك في العقود خلاف الظاهر، لا يصار إليه إلّا بالتصريح بارادة ذلك من الشرط أو بقرينة دالة علىٰ ذلك، **فإن كان عدم دخول الخيار في الضمان** كالنكاح والطلاق واضحاً وجلياً، **كان ذلك بحكم القرينة**. ولكن ليس الأمر كذلك، فإن الماتن وجماعة (قدّس الله أسرارهم) قالوا بدخول الخيار في الضمان، إلّا أن يكون خلافهم لا يضر، كاشكال صاحب الجواهر في عدم قبول النكاح للخيار علىٰ ما تقدم، فتكون القرينة حينئذٍ صحيحة. وعلىٰ كل حال لو صرح بارادة القيدية، أو كانت القرينة واضحة علىٰ عدم قبول الضمان للخيار، أو كان الدليل قائماً عليه كما تقدم قيام الدليل عليه ـ أي علىٰ عدم قبول الضمان للخيار ـ فلا يكون الخيار ثابتاً بتلف المال المعين، بل يتعين البطلان **فما ذكره السيد الحكيم﵀ من الإشكال علىٰ الماتن والشهيد في المسالك والعلّامة في التذكرة**، بان ذلك لا يقتضي البطلان، وإنما يقتضي ثبوت الخيار علىٰ ما تقدم نقل ذلك عنه **غير صحيح**، وقلنا سابقاً وسيأتي الكلام في وجه عدم ثبوت الخيار بذلك.

وأمّا جعل الضمان في مال معين[1] من غير اشغال ذمّة الضامن ، بأن يكون الدَّين في عهدة ذلك المال ، فلا يصحّ .

وملخص الكلام : أنّه لا يتصور التقييد في المقام **حتّىٰ يقال** إنه بالتلف يبطل الضمان فيرجع المضمون له إلىٰ المضمون عنه ، ولا موضوع لذلك ، **بل حقيقة ذلك ليس إلّا الاشتراط** .

وعليه ، فلو تلف المال لابدّ من الأداء من مال آخر ، أياً كان الشرط ، **ولا يتصور الخيار في المقام كما ذكرنا** ، بل بحسب الارتكاز ليس المقام إلّا كالالتزام في عقد النكاح ، بأن لا يخرج الزوجة من بلدتها ، لا يترتب عليه لو أخرجها إلىٰ بلدة أُخرىٰ إلّا حق ، الزام المشروط له المشروط عليه بالوفاء بالشرط .

هذا كله بالنسبة إلىٰ ما يرجع إلىٰ القسمين وحكمهما .

وأما بالنسبة إلىٰ ما يرجع إلىٰ ما ألحق بهما فهو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) **وأما ما ألحقه الماتن بهذين القسمين** من جعل الضمان في نفس العين ، أي لا في الذمّة ومقيداً بهذه العين ، ولا في الذمّة ومشروطاً بهذه العين ، بل الضمان في عهدة نفس هذا المال المعين بنحو لم يكن الضامن ولا المضمون عنه مطالباً بشيء . والذي ذكره أن هذا الضمان لا يصح .

فالأمر كما ذكره ، أي لا يصح هكذا ضمان ، لأنه إذا فرض أنّ ذمّة الضامن لم تشتغل بشيء ، وذمّة المضمون عنه قد برئت بالضمان ، **وعين المال ما لم يؤد إلىٰ المضمون له وفاءً باق علىٰ ملك مالكه** ، فأين ما يطلبه المضمون له ومن أي شخص يطلب ، فلا يبقىٰ موضوع لما يطلبه المضمون له ، ولابدّ من اشغال ذمّة أحد به ، فقبل الضمان كانت ذمّة المضمون عنه مشغولة به ، وبعده لابدّ من اشغال ذمّة الضامن به ، فإنه بالضمان ينتقل الاشتغال من ذمّة الضامن إلىٰ ذمّة المضمون عنه ، لا أنه يرتفع به اشتغال ذمّة ولا تشتغل به ذمّة أُخرىٰ . ففرض عدم اشتغال ذمّة الضامن به لا يكاد يحصل له معنىٰ محصلاً أصلاً ، إذ لازمه براءة الذمّتين معاً وانتفاء دين المضمون عنه[1] .

---

(١) **ما ذكره السيد الأُستاذ وهو ردّ علىٰ ما ذكره السيد الحكيم فان السيد الحكيم قال** معلقاً علىٰ قوله الماتن : (وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن ، بأن يكون

﴿الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح) **ما نصه** : (قال في المسالك [٤ : ١٧٧] فيما لو اشترط أن يكون الضمان من مال معين : «وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن ، أو كتعلق الأرش بالجاني؟ وجهان ، مأخذهما : **أنّ الضمان ناقل للدين إلىٰ ذمّة الضامن** ، لأنّ موضعه إنّما هو الذمّة ، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه ، ولم يخرج الذمّة عن العهدة ، لأن مقتضىٰ الضمان ابتداء التعلق بها ، وهذا وجه تعلّق الرهن . **ومن أنّ الضامن لم يدخل ذمّته مطلقاً** ، وإنّما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلّق حقّ المضمون له ، فينحصر حقّه فيه ابتداءً من غير تعلّق بالذمّة . **أقواهما الأوّل**» [انتهىٰ نقلاً عن المسالك ٤ : ١٧٧] ولا يخفىٰ أنّ مفاد الوجه الثاني إلىٰ ارجاع اشتراط الضمان من مال معين إلىٰ تخصيص حق المضمون له بالمال المعين ، **فالبناء علىٰ صحته** حينئذٍ يقتضي البناء علىٰ صحة هذه الصورة ، بل ظاهر بعض عبارات المسالك الأُخرىٰ ذلك ، **وهو كذلك ، عملاً بعمومات الصحة** ، وإن لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمّة فلا تجري عليها أحكامه . والذي يتحصل مما ذكرنا أُمور : **الأوّل** : أن اشتراط الضمان في مال معين يكون علىٰ صور ثلاث ذكرها المصنف **كلها صحيحة . الثاني . . .**» **المستمسك ١٣ : ١٨٢ طبعة بيروت . وفي المستمسك طبعة بيروت وطبعة الآداب النجف طبعة عام ١٣٩٢ هـ الموجود فيما نقله عن المسالك** : أو كتعلق الدين بالجاني ؟ وجهان) والصحيح ما اثبتناه من المسالك ٤ : ١٧٧ ـ وهو (أو كتعلّق الأرش بالجاني ؟ وجهان) .

والمقصود بيان أن تخصيص حق المضمون له بالمال المعين لا يقتضي صحته ، لما عرفت من أن لازم ذلك براءة الذمتين معاً وانتفاء دين المضمون عنه . **ولذا قال صاحب الجواهر﴿ أيضاً** :«لكن لا يخفىٰ عليك ما في أصل الاحتمال الثاني ، ضرورة عدم صلاحيّة الضمان لاثبات مثل هذا التعلّق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمّة إلىٰ أُخرىٰ ، وكذا الشرط الذي هو بمعنىٰ الإلزام» **الجواهر ٢٦ : ١١٩** . فلا الصحة في الفرض الثالث صحيح ولا الصحة في الفرض الأوّل صحيح لعدم معقولية التقييد ، وبطلان التعليق الذي يقبله السيد الحكيم﴿ ، ولا الصحة في الفرض الثاني بنحو يثبت للمشروط له الخيار في فسخ العقد صحيح ، نعم الصحة في الفرض الثاني بنحو يجوز للمشروط له الزام الضامن بالأداء من العين ليس إلّا هو الصحيح ، لا جواز

الفسخ لعدم قبول الضمان للفسخ وإن ذهب إلىٰ قبوله له السيد الحكيم.

وأما ما ذكره الشهيد من كون التعلق كتعلق الرهن بالدين ، **فقد عرفت أن موضع الكلام في هذا الفرض إنما هو جعل الضمان في نفس العين ، لا في الذمّة** مقيداً بهذه العين ولا في الذمّة مشروطاً بهذه العين ، فجعله في الذمّة في فرضه الأوّل الذي قواه خروج عن محل البحث .

والشهيد في المسالك إنّما يشرح قول المحقق في الشرائع (وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معيّن) وقول المحقق لم يكن مسبوقاً بضمان مال معين علىٰ وجه التقييد أو علىٰ نحو الاشتراط في العقود ، **فلذا حمله الشهيد** في المسالك علىٰ شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من أمواله ، فقال إنّه يصح الضمان وينحصر وجوب الأداء فيه ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله : «المؤمنون عند شروطهم» وحينئذٍ فيتعلّق به حقّ المضمون له . ثمّ ردد كون التعلق وأنه علىٰ نحو تعلق الدين بالرهن أو تعلق الأرش بالجاني ، وقال إن الأقوىٰ هو الأوّل . وأما لو ذكرت للشهيد عبارة العروة فرضاً ، فلا شك يقول إن التعلق إنما هو كتعلق الأرش بالجاني ، لوجود القرينة علىٰ أن المراد أن الضامن لم يدخل ذمّة مطلقاً ، وإنما حصر الحق بالعين ابتداءً من غير تعلق بالدمّة .

ثمّ إنّه مما ذكرنا يتوضح ما في الذي ذكره السيد السبزواري فإنه قال تعليقاً علىٰ قول الماتن (وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح) **ما نصه** : «غاية ما يقال في وجه عدم الصحة أن المال لا عهدة له حتىٰ يتعلق به الضمان وليس لهم دليل علىٰ ذلك :

وفيه : أن الاعتبارات خفيفة المؤنة ، والعهدة من الأُمور الاعتبارية العقلائية ، فلا يعتبرون العهدة لمن لا يتمكن من المال أصلاً بخلاف من يتمكن منه ، ومرجع التمكن إلىٰ المال ، فالعهدة الاعتبارية ترجع بالاخرة إليه ، والضامن واسطة في الإيصال ، لا أن يكون له موضوعية خاصة ، ومرجع تعيين الضمان والعهدة في مال العين أن المضمون له يصح له أن يأخذ المال بدون اطلاع الضامن لفرض تعلق حقه به ، وقد تقدم في المسألة الخامسة عشر من مسائل ختام الزكاة [مهذب الأحكام ١١ : ٢٩٧] : أن الحاكم الشرعي يجوز له أن يقترض علىٰ عهدة الزكاة

[٣٥٩٢] «مسألة ٢٥» : إذا أذن المولىٰ لمملوكه في الضمان في كسبه[١] ، فإن قلنا إنّ الضامن هو المولىٰ ، للانفهام العرفي أو لقرائن خارجية ، يكون من اشتراط الضمان في مال معين ، وهو الكسب الذي للمولىٰ ، وحينئذٍ فإذا مات العبد تبقىٰ ذمّة المولىٰ مشغولة إن كان علىٰ نحو الشرط في ضمن العقود ، ويبطل إن كان علىٰ وجه التقييد ، وإن انعتق يبقىٰ وجوب الكسب عليه .

---

(١) **تعرض الماتن**ﷺ إلىٰ ما لو أذن المالك لعبده في الضمان ، وجعل الضمان في مال معين وهو كسب العبد ، فأذن له أن يضمن ويؤدي ذلك من كسبه .

وهذا **١ ـ قد يفرض** كون الضمان من المالك ، بمعنىٰ أن المولىٰ هو الذي يضمن وينقل الدين إلىٰ ذمّته ، فيكون هو المدين والضامن ، ولكن يشترط أن يكون الأداء من ماله الخاص وهو كسب العبد .

٢ ـ وقد يفرض كون الضمان علىٰ نفس العبد من حيث إنه محجور عليه من التصرف ، فليس له أن يضمن ويجعل في ذمّته شيئاً إلّا بأذن المولىٰ[١] فيأذن له المولىٰ أن يضمن وأن يكون المال في ذمّته ، ولكن أذن له أن يؤديه من كسبه الذي هو مال المولىٰ أيضاً .

أما الفرض الأوّل : والذي هو الظاهر من الضمان ـ إذا لم تكن قرينة علىٰ أن يكون الضمان

﴿ فراجع ، فكل من له السلطة والولاية علىٰ شيء يجوز له اعتبار أي جعل بالنسبة إليه ما لم ينه عنه الشارع» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٦٢** .

أقول : توضح لك ما في هذا الكلام من استلزام ذلك براءة الذمّتين ، مضافاً إلىٰ أنّه إذا تلف المال الخاص ليس هناك أحد يطالبه المضمون له ، إذ المفروض أن الضامن واسطة في الايصال فقط ، فيذهب مال المضمون له بلا عوض . **وأما ما ذكره**ﷺ من صحة أن يقترض الحاكم الشرعي علىٰ الزكاة فقد تقدم عدم جوازه عندنا في كتاب الزكاة **الواضح ٨ : ٣٢٧ ـ ٣٢٨** .

(١) **علىٰ المشهور** خلافاً للماتن والسيد الأُستاذ وجمع آخر (قدّس الله أسرارهم) حيث ذهبوا إلىٰ صحة ضمانه وإن لم يأذن له المولىٰ فيما إذا كان ضامناً بما أنّه إنسان لا بما أنّه عبد . **وعلىٰ كل حال** ، محل الكلام هنا ما إذا أذن له مولاه ـ سواء كان مع عدم إذنه يصح ضمانه أم لم يصح ضمانه ـ بالضمان علىٰ أن يكون المال في ذمّة العبد ، ولكن أذن له مولاه في أن يؤدي من كسبه الذي هو مال المولىٰ .

علىٰ نحو الفرض الثاني ـ باعتبار أن المولىٰ إذا أمر عبده بشيء فكأنه هو المباشر للعمل كما في أمره بالاستدانة ، فإنه **يكون الدين علىٰ المولىٰ لا علىٰ العبد** إلّا مع نصب قرينة علىٰ أن يستدين العبد علىٰ ذمّته هو لا علىٰ ذمّة مولاه ، **وإلّا فمع عدم القرينة ينصرف ذلك إلىٰ نفس المولىٰ ، فيكون الضامن في المقام هو المولىٰ** ، ولكن بشرط أن يكون الأداء في ماله المعين وهو كسب العبد ، **وهذا أيضاً ذكر الماتن**ﷺ أنه قد يكون **علىٰ نحو التقييد** ، أي كون الأداء من مال معين ، وهو كسب العبد قد أخذ علىٰ نحو القيدية ، وقد يكون الأداء من كسب العبد مأخوذاً **علىٰ نحو الشرطية** .

فإن كان الأداء من كسب العبد مأخوذاً علىٰ نحو القيدية ومات العبد **يبطل هذا الضمان** كما في تلف المال الخارجي الذي قاله الماتنﷺ في المسألة السابقة ، حيث قال بتلف المال الخارجي يبطل الضمان ، فكذا لو جعل أداء الضمان في كسب العبد فمات العبد ، فإنه ينتفي موضوع الضمان المقيد فيبطل . **وإن كان مأخوذاً علىٰ نحو الشرطية فتبقىٰ ذمّة المولىٰ مشغولة** بذلك الدين ، وعليه أن يؤديه من مال آخر ، حيث لا يمكن الأداء من كسب العبد بعد موته .

وأما لو انعتق العبد ، فلم يفصل الماتنﷺ **بين القيد والشرط** ، وحكم بأنه يجب علىٰ العبد أن يكسب ويؤدي ذلك المال ، فيبقىٰ المال في عهدة العبد ، ويجب عليه الخروج عن عهدة ما هو بكسبه ، حيث إن الضمان كان مشروطاً أو مقيداً علىٰ ما ذكره بالأداء من نفس هذا المال الذي هو كسب العبد . هذا لو كانت ذمّة المولىٰ هي المشغولة بالدين وهو الفرض الأوّل .

وأما الفرض الثاني وهو فرض ما إذا كانت ذمّة العبد هي المشغولة بالضمان باجازة المولىٰ للعبد المحجور عليه من الضمان أن يضمن ، فبضمانه تشتغل به ذمّته لا ذمّة المولىٰ ، غاية ما في الأمر أن المولىٰ أذن له أن يؤديه من كسبه الذي هو ملك المولىٰ ، فإذا فرضنا أن العبد مات يبقىٰ العبد مشغول الذمّة بالمال ، وهو ميت ، فإن لم يكن له مال يوفي به دينه لابدّ وأن يؤدىٰ دينه من مورد آخر من زكاة أو غيرها ، وليس علىٰ المولىٰ شيء ، فإن المولىٰ أجنبي عن هذا الضمان ، إذ المفروض أن العبد هو المشغول الذمّة بالدين لا المولىٰ ، فليس علىٰ المولىٰ أي شيء كما في سائر ديون العبد من اتلافاته ، فإنه لو مات العبد ليس علىٰ المولىٰ أداء ذلك ، بل الذي يبقىٰ

مشغول الذمّة بها هو العبد إلىٰ أن يؤدي عنه من موارد أُخرىٰ .

وأما لو انعتق العبد فيجب عليه الكسب وأداء دينه .

هذا ما ذكره الماتنﷺ .

أقول : أما ما ذكره في الفرض الثاني فواضح ، والأمر كما ذكرهﷺ إذا مات العبد ليس علىٰ المولىٰ أي شيء ، بل يبقىٰ العبد مشغول الذمّة بذلك يؤدىٰ عنه من مورد آخر ، ولو انعتق فبما أنه هو المدين ، فلابدّ له من الخروج عن عهدة الدين الذي في ذمّته[1] ، حيث جعل الضمان في ماله باختياره ، وأذن له المولىٰ في ذلك فيجب عليه الكسب والأداء .

وأما ما ذكره في الفرض الأوّل وهو فرض ما لو كان المدين هو المولىٰ ، والضمان إنما هو من المولىٰ والمال المضمون في ذمّته ، غاية الأمر جعل ذلك في مال معين وخصصه بمال مخصوص ومعين وهو كسب العبد ، **فتقدم الكلام قريباً وقلنا**[2] : **إن التقييد بكون ما في ذمّته بمال معين مخصوص لا محصل له حتّىٰ يحكم ببطلان الضمان بموت العبد كما حكم به الماتن في المقام ،**

---

(١) **فإن كان المراد للسيد الحكيم**ﷺ من تعليقه علىٰ قول الماتنﷺ (وإن انعتق يبقىٰ الوجوب عليه) **مما نصه** : «عملاً بمقتضىٰ اطلاق عقد الضمان لما لم يقيد بحال الرقّية» **المستمسك ١٣ : ١٨٣ ، هو ما ذكره السيد الأُستاذ**ﷺ من كون ذمّته هي المشغولة بالدين الذي يجب عليه الخروج عنه فهو ، **وإلّا فاطلاق عقد الضمان** إذا لم تكن ذمّته هي المشغولة وكانت ذمّة المولىٰ مشغولة ، فلا يقتضي ذلك الأخذ من العبد بعد حريته ، لما عرفت أو ستعرف من أن ماله بعد العتق ليس مال المولىٰ ، فلا يصح اشتراط أن يكون الأداء منه حتىٰ بعد العتق ، لأن الشرط كما عرفت سابقاً وستعرف ليس بمشرع ، وإنما يمضي فيما هو المشروع ليس إلّا .

(٢) في المسألة السابقة الرقم العام [٣٥٩١] وتقدم أيضاً امكان كونه علىٰ نحو القيد عند الماتن ، بل حتىٰ علىٰ مبنىٰ السيد الأُستاذﷺ لأنه ن اعتبار شيء في الأعمال والأفعال ، وهو اعتبار أن يكون الأداء من هذا المال الخاص ، فهو كاعتبار كون الصلاة المستأجر عليها في المسجد مقسمة ومحصصة ، والتي دفعت عليها الإجارة هي التي في المسجد ، فغيرها ليس هو المستأجر عليه .

بل ليس هذا إلّا من قبيل الاشتراط ، ولا موضوع للتقييد ، فإذا كان من قبيل الاشتراط ، فلو مات العبد يجب علىٰ المولىٰ الأداء من مال آخر ، لأنه هو المشغول الذمّة بالدين **وإن انعتق العبد** ، فليس علىٰ العبد شيء ، وما ذكره الماتن قدس سره من أنه يجب علىٰ العبد الخروج عن عهدة هذا الدين [1] وأنه يبقىٰ وجوب الكسب والأداء عليه [2] **لا وجه له ، لأن العبد يكون بالانعتاق أجنبياً**

---

(١) **عملاً بمقتضىٰ الشرط . كذا قال السيد الحكيم** قدس سره في وجه الكسب علىٰ العبد وأداء مال الضمان . **المستمسك ١٣ : ١٨٣ طبعة بيروت** . قيداً كان الأداء من مال العبد أو شرطاً ، لأن فوات القيد عنده لا يوجب البطلان ، وإنما يوجب الخيار المسمىٰ بخيار تخلف الوصف ، فلا فرق بين فوات القيد أو فوات الشرط . **المستمسك ١٣ : ١٨٠** .

(٢) بلا فرق من الماتن قدس سره ـ ومن السيد الحكيم أيضاً كما عرفت في الهامش المتقدم ـ بين ما لو أخذ الأداء من كسب العبد علىٰ نحو القيد أو علىٰ نحو الشرط ، حيث اطلق الماتن قدس سره وجوب الخروج علىٰ العبد عن عهدة هذا الدين ، فإنه قال ما نصه : «وإذا انعتق يبقىٰ وجوب الكسب عليه» ولم يفرق بين كون أخذه علىٰ مبناه علىٰ نحو القيدية أو علىٰ نحو الشرطية . **وهو عجيب من الماتن** قدس سره حيث إن العبد ليس هو المشغول الذمّة بهذا المال كما هو الحال في الفرض الثاني حيث كان العبد هو المشغول الذمّة ، بل هنا المولىٰ هو المشغول الذمّة ، **فلماذا** يجب علىٰ العبد الذي يصبح بالانعتاق حراً لا عبداً وكسبه كسب حرّ لا كسب عبد اعطاء الدين ؟ ! والأداء الثابت علىٰ العبد في كسبه بالاشتراط إنما هو باعتبار كونه عبداً ، وكسبه مال المولىٰ ، وهو غير العبد بعد الانعتاق الذي كسبه كسب حرّ لا كسب عبد ، فكيف يمكن الحكم ببقاء الأداء الذي كان بمال المولىٰ وهو كسب العبد ، والحال إنه بعد العتق يكون الأداء من ماله أداء من مال الغير لا من مال المولىٰ ، فكيف يصح مع عدم رضا الحرّ ، وهل هو إلّا الاشتراط بالأداء من المال المغصوب.

ومع التنزل فلابدّ وأن يفصّل بين القيد والشرط ويقول فرض أن يكون الأداء من كسب العبد قيداً ، فيبطل الضمان كما لو مات علىٰ ما قلناه خلافاً لما اختاره الماتن ـ لأن المقيد عدم عند عدم قيده ، وبين كون أخذه علىٰ نحو الشرط فتخلف الشرط لا يقتضي بطلان الضمان ، فيجب

عن المولىٰ، ويكون هو المالك لمنافعه ولما يكسبه، وليس مال العبد بعد الانعتاق مال المولىٰ، فلا معنىٰ لأن يؤدىٰ الدين من ماله، **فإن حال العتق حال الموت**، فكما أن سلطان المولىٰ ينقطع عن العبد ومنافعه في فرض الموت، كذلك في فرض الانعتاق، فيجب علىٰ المولىٰ الأداء من مال آخر، لأنه هو المطالب بالدين، وهو مشغول الذمّة بذلك، وأما الأداء الذي كان ثابتاً في كسب العبد بالاشتراط فإنما هو ثابت له باعتبار ملكيته له ولمنافعة مع انتفاء الملكية بالعتق لا يمكن الحكم ببقاء الأداء الذي كان، لأن الأداء الذي كان بمال المولىٰ الذي هو كسب العبد، وأما الأداء في كسب العبد بعد العتق فهو أداء للدين بمال الغير وهو غير ممكن[1] مع عدم رضاه.

علىٰ المولىٰ أداؤه من مال آخر علىٰ المبنىٰ الصحيح، وهو مبنىٰ السيد الأُستاذ من عدم قبول عقد الضمان للخيار، ويجب علىٰ المولىٰ أداؤه من مال آخر إن لم يفسخ المشروط له علىٰ مبنىٰ الماتن وغيره القائل بقبول عقد الضمان للخيار والفسخ.

(١) هذا كما هو جواب للماتن جواب للسيد الحكيم أيضاً، فإن السيد الحكيم قال في الفرض الأوّل معلقاً علىٰ قول الماتن (وإن انعتق يبقىٰ وجوب الكسب عليه) ما نصه «عملاً بمقتضىٰ الشرط وإن لم نقل بأن المدين يجب عليه الكسب» **المستمسك ١٣: ١٨٣ طبعة بيروت**. فإن الأداء الذي كان ثابتاً في كسب العبد بالشرط إنما كان ثابتاً باعتبار ملكية المولىٰ له ولمنافعه، وبعد العتق لا ملكية للمولىٰ له علىٰ العبد لا له ولا لمنافعه، فلا يمكن الحكم ببقاء الأداء من مال العبد الذي كان شرطاً، لأنه إنما كان شرطاً لكون الأداء من مال المولىٰ وبمال المولىٰ الذي هو كسب العبد، **والأداء من كسب العبد بعد العتق أداء للدين بمال غير المولىٰ، وهو غير ممكن حتىٰ بالشرط**، فإن الشرط لا يكون مشرعاً، فلذا ليس لنا اشتراط أن يكون مال الضمان يؤدىٰ من مال يسرقه من غيره، فإن هذا الشرط غير مشمول لأدلة وجوب الوفاء بالشرط إذ يعتبر في الشرط أن لا يكون محللاً لحرام، وهو في المقام إذا قيل بأنه يجب لعموم وجوب أدلة الشروط فمعناه جواز السرقة والأداء من مال الغير. والشرط لا يمكن أن يكون محللاً لحرام. ولا محرماً لحلال علىٰ ما تدل عليه الأدلة الدالة علىٰ ما يعتبر في الشروط.

وإن قلنا إنّ الضامن هو المملوك ، وأنّ مرجعه إلىٰ رفع الحجر عنه بالنسبة إلىٰ الضمان ، فإذا مات لا يجب علىٰ المولىٰ شيء[١] وتبقىٰ ذمّة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها . وإن انعتق يبقىٰ الوجوب عليه[٢] .

[٣٥٩٣] «مسألة ٢٦» : إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد[٣] فإما أن يكون علىٰ التعاقب ، أو دفعة .

فعلىٰ الأوّل ، الضامن من رضي المضمون له بضمانه . ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ، ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة ، خصوصاً بناءً علىٰ اعتبار القبول من المضمون له ، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً .

---

(١) توضح مما تقدم أن الأمر كما ذكره ﷺ ، لأن ذمّة العبد هي المشغولة ، فيؤدىٰ من مورد آخر .

(٢) توضح مما تقدم أنّ ما ذكره الماتن ﷺ في الفرض الثاني وهو هذا الفرض هو الصحيح لأن العبد هو المدين ، فلابدّ له من الخروج عن عهدة الدين .

(٣) **تعرض الماتن ﷺ إلىٰ حكم ضمان شخصين لدين واحد** ، وقال : قد يفرض أن الضمانين متعاقبان ، وقد يفرض أنهما متقارنان .

وعلىٰ الأوّل : فإما أن يقبل المضمون له ضمان الضامن الأوّل ، أو ضمان الضامن الثاني ، أو هما معاً ، أو لا يقبل أياً منهما .

نعم إذا رضي العبد لضمان مولاه في كسبه بنحو يشمل كسب العبد حتىٰ بعد الانعتاق ، فلا مانع منه بالشرط . ولذا قال السيد السبزواري ﷺ معلقاً علىٰ قول الماتن وإن انعتق يبقىٰ وجوب الكسب عليه) **بما نصه** : «لا وجه له مع كون الضامن هو المولىٰ كما هو المفروض [وهو الصحيح كما عرفت ، لأن العبد بعد الانعتاق كسبه ليس هو كسب عبد ، بل كسب حرّ وكان الأداء مشروطاً بكسب العبد فبانتفاء العبودية ينتفي اشتراط كون الأداء في كسب العبد . إذا لا كسب للعبد ، بل هو كسب الحر ، نعم استثنىٰ السيد السبزواري ﷺ صورة واحدة فقال] إلّا إذا كان قبول العبد للضمان [الذي ضمنه مولاه وشرط كون الأداء من كسب العبد] في كسبه بنحو يشمل [كسبه] بعد العتق فتصير هذه الصورة مثل الصورة الأخيرة من هذه الجهة» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٦٢ ـ ٢٦٣ .**

وعلىٰ الثاني ، إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن . وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر ، أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا ، أو ضمان كلّ منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي .

فإن لم يقبل أيا منهما ـ أو لم يرض بأي منهما ـ فلا شك في بطلان كلا الضمانين ، لأن الضمان محتاج إلىٰ القبول كما هو الصحيح علىٰ ما تقدم مفصّلاً في أوّل كتاب الضمان ، أو محتاج إلىٰ الرضا منه تقدم أو تأخر الذي هو ـ أي كفاية الرضا منه تقدم أو تأخر ـ مختار الماتن قدس سره المفروض أيضاً عدم تحققه .

وإن قبل أحدهما أو رضي بأحدهما دون الآخر ، صحّ ما قبله أو رضىٰ به علىٰ الخلاف دون الآخر ، **وهو واضح** .

وإن اطلق القبول أو الرضا بهما ـ علىٰ الخلاف ـ قيل بصحّة ضمان السابق دون ضمان اللاحق[1] ، لسبق إيجابه[2] .

وقيل ـ كما احتمله المصنف قويًا ـ: أن يكون حكم ذلك حكم التقارن ، **وهو الصحيح** علىٰ مبناه من كفاية اعتبار الرضا في القبول ، وعلىٰ مبنىٰ اعتبار القبول العقدي كما هو الصحيح عندنا ، **وذلك لما أشار إليه في المتن من عدم الأثر لسبق الإيجاب في الحكم بالصحّة** ، بعد وضوح أن تمامية العقد إنّما هي بالرضا علىٰ رأيه أو بالقبول علىٰ رأينا ، فما لم يتحقق لا أثر للايجاب المتقدم ، وفي زمان تحققه يتصف كل من الايجابين بأنه جزء العقد ومقوّم له ، ولا يمكن الحكم

---

(١) **كما في الجواهر ٢٦ : ١٥٢** ، وغيره . **قال قدس سره في الجواهر :** «بل لو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق» .

(٢) **قال السيد الحكيم قدس سره في المستمسك** «وعلله في مفتاح الكرامة بأنه إذا رضي بضمان كل منهما فقد رضي بضمان الأوّل ، فينتقل المال إليه ، فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً علىٰ المضمون عنه ، فيبطل» ، **المستمسك ١٣ : ٣١٥ أو (١٨٣ طبعة بيروت)** .

وقال السيد السبزواري قدس سره معلقاً علىٰ قول الماتن (كان الضامن هو السابق) ما نصه : «لأنّه مع صحة انطباق رضاه علىٰ الأول كما هو المفروض لا يبقىٰ موضوع للثاني» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٦٣** .

بصحّتهما معاً. فحال المقام حال التقارن ـ لابدّ فيه من الحكم بالبطلان على رأينا والحكم فيه بالصحة على رأي الماتن كما سيأتي ـ ولا أثر لتقدم الايجاب.

والحاصل: أن حال هذا القبول عندنا حال إجازة المالك للعقدين الفضوليين الواقعين على ماله على التعاقب حيث يحكم ببطلانهما معاً، إذ لا يمكن أن ينتقل المال الواحد إلى شخصين، وإن كان أحد الايجابين سابقاً على الآخر، لأن الأثر إنّما يترتب على العقد[1]، فإن تم العقد في زمان واحد لهما لا أثر لتقدم الايجاب، ولا فرق بين القول بالنقل ـ كما هو في المقام[2] ـ وبين القول بالكشف الحكمي في الإجازة، فإن في الكشف الحكمي من الآن يحكم بالصحّة وإن كان متعلق الصحّة أمراً واحداً، لأن الانشاء والعقد إنّما يكون في هذا الوقت، وفي هذا الوقت لا يمكن الحكم بصحتهما معاً[3]. نعم، **بناءً على القول بالكشف الحقيقي في الإجازة لا يكون حال القبول**

---

(١) أي على العقد الصحيح، وإلّا فالعقد كان متحققاً من الفضولي ولكن لم يكن منتسباً إلى المالك، كما لو كان البائع هو الفضولي والمشتري الأصيل ثمّ رضي المالك وأجاز فصار حينئذٍ العقد عقده، وكما لو كان الفضولي هو المشتري للمالك، فالعقد موجود والقبول متحقق إلّا أنّه لم يكن العقد منتسباً إلى المالك، فإذا أجاز المالك كان العقد عقده والقبول قبوله، فالذي لم يكن موجوداً قبل الإجازة العقد الصحيح لا أصل العقد الذي هو ربط التزام بالتزام الصادر من الأصيل والفضولي، فالقول بأنه لا أثر لتقدم الايجاب فيه نحو من المسامحة، والصحيح فلا أثر لتقدم الإيجاب على القبول الصحيح المحقّق للعقدية الصحيحة الممضاة بقوله ﴿**اوفوا بالعقود**﴾.

(٢) لأن العقد في المقام وهو عقد الضمان ليس من العقد الفضولي، فبالقبول أو الرضا ينتقل الدين إلى كل من الضامنين، وهو غير ممكن لأن المال الواحد لا يمكن أن ينتقل كاملاً إلى ذمّتين بنحو الاستقلال، وترجيح أحدهما على الآخر بدون مرجح حتّى وإن كان ايجابه متقدماً لأن حكم تقارن الايجابين، والتقسيط بلا موجب أوّلاً، وهو فرع صحة الضمانين، ولا صحة لهما.

(٣) **وقال السيد الحكيم** ﷺ **أيضاً**: «فتكون نسبته [أي القبول أو الرضا على الخلاف] إلى

في المقام حال إجازة المالك للعقدين الفضوليين الواقعين علىٰ ماله علىٰ التعاقب، لأن الإجازة والرضا علىٰ هذا معرّف محض، فيمكن القول بصحّة السابق خاصة، إلّا أنّ القول بالكشف الحقيقي غير صحيح علىٰ ما عرفت في محله.

هذا كله إذا كان الضمانان متعاقبين.

وعلىٰ الثاني: وهو ما إذا كان الضمانان متقارنين فإما أن يقبل المضمون له ـ علىٰ الخلاف في معنىٰ القبول المراد ـ أحد المتقارنين دون الآخر، وإمّا أن يقبلهما معاً، وإمّا أن لا يقبل كلاً منهما.

فإن لم يقبل كلاً منهما فلا شك في بطلانهما أيضاً، لما تقدم من احتياج الضمان إلىٰ القبول (أي شيء كان معناه).

وإن قبل أحدهما دون الآخر، لا إشكال في صحته دون الآخر، لاعتبار القبول في صحّة الضمان، ولا أقل من اعتبار الرضا إن لم نعتبر القبول[1].

وإن قبلهما معاً ـ علىٰ الخلاف في معنىٰ القبول المراد ـ فهل ١ ـ يحكم ببطلان الضمانين، كما اختاره الشيخ صاحب الجواهر[2]، ٢ ـ أو يحكم بصحتهما علىٰ نحو التقسيط، فيقسط

الايجابين نسبة واحدة، فترجيح أحدهما علىٰ الآخر من دون مرجح، فيكون الحكم كما إذا اقترن الايجابان...» **المستمسك ١٣: ١٨٣ طبعة بيروت**.

(١) **تقدم الكلام في اعتبار القبول أو الرضا** أو عدم اعتبار حتىٰ الرضا، **في الأمر الثاني** مما يعتبر في الضمان الواضح ١٦: ٢٥٢ ـ ٢٥٨، **وذهب السيد الأُستاذ هناك إلىٰ اعتبار القبول** العقدي الذي يعتبر في سائر العقود، وعدم كفاية اعتبار الرضا، فضلاً عن عدم اعتباره. **وذهب الماتن** إلىٰ كفاية الرضا في القبول، وعدم الاحتياج إلىٰ اعتبار القبول العقدي الذي يعتبر في سائر العقود.

(٢) وفاقاً للعلّامة في المختلف والتذكرة، والمحقق الكركي في جامع المقاصد، قال: وإن كان ضمانهما دفعة فالضامن من رضي به منهما، وإن رضي بهما كذلك ففي الصحة مع التقسيط

بالنصف في الفرض ، والثلث إن كانوا ثلاثة ... وهكذا ، أو الصحة مع التخيير ومطالبة من شاء منهما ومطالبتهما معاً كما عن ابن حمزة في الوسيلة وسمّاه بضمان الانفراد [الوسيلة : ٢٨١] وعكسه ـ وهو ضمان الواحد عن جماعة ـ ضمان الاشتراك ، **بل قيل** : إنّهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال : ألق متاعك وعلىٰ كل واحد منّا ضمانه) [مفتاح الكرامة ١٦ : ٤٦٩] **بل عن الفاضل** في درسه توجيهه : بوقوع مثله في العبادات كالواجب علىٰ الكفاية ، وفي الأموال كالأيادي المتعاقبة علىٰ المغصوب ، [ايضاح الفوائد ٢ : ٤٦٧] ، أو بطلان الضمان من أصله كما عن المختلف [٥ : ٤٦٦ ـ ٤٦٧] وجامع المقاصد [٥ : ٣٤١ ـ ٣٤٢] **أقوال** ، ومن هنا قال في القواعد : إشكال [٢ : ١٦٠] ولكن لا يخفىٰ علىٰ من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوّة الأخير منها ...» . **الجواهر ٢٦ : ١٥٢** ، وسيأتي وجه البطلان وأنه لا دليل علىٰ صحة كلا الضمانين ولا أحدهما لعدم الترجيح ، مضافاً إلىٰ أن العقدين متعارضان ، لأنّ انتقال المال إلىٰ ذمّة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل إلىٰ ذمّة الآخر شيء ، فلا شك يكون ضمان الآخر باطلاً ، لأنّه لا يترتب عليه أثر الضمان ، وبذلك أيضاً يتضح بطلان التقسيط ، إذ مع صحة ضمان أحدهما للمال كله كيف يسقط منه نصف أو ثلثان ، وكيف يثبت علىٰ الآخر الذي لا أثر لضمانه نصف المال أو ثلثه ؟ !

وعبارة المختلف المشار إليها هي : «وإن وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان ، لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة إلىٰ ذمم متعددة ، والصحة ، فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع . والأقوىٰ الأوّل» .

وعبارة جامع المقاصد هي : «ولو ضمن اثنان طولب السابق ، ومع الاقتران إشكال ينشأ من احتمال ثلاثة أُمور متكافئة ، وهي أقوال للأصحاب : الأوّل .. (إلىٰ أن قال) الثالث : البطلان للحصر في الأُمور الثلاثة ، وقد بطل اثنان فتعين الثالث . **وهو الأصح**» .

وفي التذكرة «بطل الضمانان معاً ، لعدم أولوية أحدهما بالصحة والآخر بالبطلان» **التذكرة ١٤ : ٣٨٣** .

ثمّ إنّه لم ينسب في أكثر الكتب ـ ومنها الجواهر ـ التقسيط إلىٰ قائل معروف ، إلّا أنّه نسب

الدين عليهما[١]، ٣ ـ أو يحكم بصحتهما على نحو يكون كل منهما ضامناً مستقلاً، للمضمون له أن يرجع إلى أي منهما شاء[٢] ـ كما في ضمان الأيادي المتعاقبة ـ وهذا هو الذي اختاره الماتن قدس سره. **أقوال**.

أقول: لابدّ وأن يكون محل الكلام في المقام **فيما إذا لم يرجع الضمان إلى ضمان المجموع من حيث المجموع**، أي أن يضمن الضامنان أو مجموعهم مجموع المال، **إذ لا اشكال**

القول بالتقسيط في مفتاح الكرامة إلى ابن الجنيد. ولكن عن جمع أن عبارته غير ظاهرة فيه كما قال ذلك **السيد السبزواري قدس سره في مهذب الأحكام ٢٠: ٢٦٣ والسيد الحكيم في المستمسك ١٣: ١٨٤ طبعة بيروت**.

(١) قد عرفت في عبارة الجواهر المتقدم نقلها في الهامش السابق نقل هذا القول ولم ينسب إلى قائل، ونسبته في مفتاح الكرامة إلى ابن الجنيد غير صحيحة لعدم ظهور عبارته فيه.

(٢) قد عرفت أيضاً في عبارة الجواهر المتقدم نقلها أنه نقل هذا القول عن ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨١ وسماه بضمان الانفراد، وعكسه ـ وهو ضمان الواحد عن جماعة ـ ضمان الاشتراك. **وفي جامع المقاصد ٥: ٣٤١** عن الفخر عن والده في درسه توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية، وفي الأموال كالغاصب من الغاصب، وحكي ذلك عنه الشهيد أيضاً على ما حكاه في مفتاح الكرامة، ثمّ ذكر أن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا به. **لكن اشكل على مقايسته بباب الغاصب من الغاصب بأنه لم يثبت المال في ذمّ متعددة**، وإنما وجب على من جرت يده على المغصوب رده على مالكه عملاً بعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

أقول: ومعنى هذا الكلام أن الثابت في الأيادي المتعاقبة وجوب رده لا اشتغال الذمّة، وفيه بحث سيأتي منّا في الهامش في آخر المسألة تقريباً.

ثمّ إن السيد الإمام (السيد الخميني) قدس سره قال: إن هذا القول أضعف القولين [الأخيرين] لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذي هو معنى الضمان على المذهب الحق، ولا يبعد كون الأوّل أقرب الوجوه» العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام) ٥: ٤٧٢.

في التقسيط في هذه الصورة ، كما أنّه لا وجه للبطلان فيها ، أو لمطالبة كل منهما ـ أو منهم ـ بتمام المال ، بل لا يحتمل أن تكون هذه الصورة هي محل الكلام بينهم ، إذ كما يجوز ضمان تمام المال يجوز ضمان بعضه .

فالكلام إنّما هو فيما إذا ضمن كلُ منهما تمام المال . فهل ١ ـ يحكم بالبطلان أو ٢ ـ يحكم بصحتهما مع التقسيط أو ٣ ـ يكون كل واحد منهما ضامناً مستقلاً على نحو تعاقب الأيدي للمضمون له الرجوع على أي منهما شاء .

أمّا الحكم بالصحة مع التقسيط ـ وهو الاحتمال الثاني ـ ففي نهاية الضعف ، إذ مع فرض أن الضمان من كل منهما أو منهم إنّما هو بالنسبة إلى جميع المال **فلا وجه له ، إذ لا وجه للحكم بصحّة الضمان في مقدار والحكم ببطلانه في مقدار آخر**[1] .

فيدور الأمر بين ما اختاره الماتن من الحكم بصحّة كلا الضمانين بالنسبة إلى كل منهما **أو الحكم بالبطلان لكل منهما لعدم الترجيح ، كما نقوله نحن واختاره صاحب الجواهر**[2] .

وأمّا الحكم بصحّة كلا الضمانين فهو وإن كان ممكناً في نفسه ، إذ يتصور في التكاليف أن يكون التكليف كالوجوب الكفائي المطلوب هو الواحد في الجميع على نحو البدل ، فإن هذا أمر ممكن قابل للوقوع في الواقعيات ، **إلّا أنّ الكلام في اثبات ذلك بدليل ، وقياس المقام على باب تعاقب الأيدي باطل ، إذ ليس الضمان في باب تعاقب الأيدي متعلقاً بالدين ، بل متعلق بالعين الخارجية** عيناً أو منفعة ، فبمقتضى عموم على اليد[3] تكون اليد ضامنة لهذه العين ، وتقدم أن الضمان بمعنى العهدة ، فإذا أمكن هذا بالنسبة إلى ردّ نفس العين مع وجودها ، يمكن في ردّ مثلها

---

(١) قال السيد الحكيم : «وقد يتوهم أن التقسيط مقتضى التزاحم . **وفيه** : أن التزاحم يتوقف على وجود المقتضي من الطرفين ، وهو أوّل الكلام . . .» **المستمسك ١٣ : ١٨٤ طبعة بيروت** .

(٢) **الجواهر ٢٦ : ١٢٥** .

(٣) أي قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، لأن حديث ، على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، رواية ضعيفة ، والصحيح في الدليل على ذلك سيرة العقلاء القائمة على الضمان في ذلك والمسماة بقاعدة اليد .

أو قيمتها في فرض عدمها. ونسبة هذا المعنىٰ إلىٰ كلا اليدين في تعاقب الأيدي علىٰ حد سواء، فكما أن اليّد الأُولىٰ مسؤولة عن ذلك الشيء كذلك اليد الثانية بمقتضىٰ (علىٰ اليد)، فإذا أدّىٰ واحد منهم ذلك كان بحسب الارتكاز العرفي[1] مالكاً لذلك الشيء، له الرجوع إلىٰ من بعده ـ لا إلىٰ من قبله ـ إلىٰ أن ينتهي إلىٰ من تلف المال عنده، فلا يرجع هو علىٰ أحد. **وأمّا بالنسبة إلىٰ ما في الذمّة فلا يمكن اثباتاً ـ لا ثبوتاً ـ أن ينتقل الدين إلىٰ ذمّتين، ويكون الدائن مطالباً كلاً منهما، مع العلم بأنه ليس له إلّا دين واحد**، فإن معنىٰ انتقال مال واحد إلىٰ ذمّتين هو أن يكون المضمون له في المقام مالكاً لضعف ما كان يطلبه، وهذا غير ممكن.

وأمّا الثبوت في ذمّتهما علىٰ نحو البدل، أي أن يكون كل منهما ضامناً علىٰ نحو البدل لا جمعاً **فهو وإن كان ممكناً**، كما وقع نظيره في الواجبات الكفائية، فهذا في الوضع أيضاً ممكن، **إلّا أنّه يحتاج إلىٰ دليل علىٰ صحة هذه الضمان، وليس لنا دليل علىٰ ذلك**[2]. فإن

---

(١) في محلّه **وهو الواضح ١٦: ٢٤٨** عبّر بهذا التعبير وهو «كان بمقتضىٰ المعاملة القهرية العقلائية الشرعية مالكاً»... إلخ.

(٢) **هذا الجواب من السيد الأُستاذ**ﷺ الذي فرق فيه بين باب تعاقب الأيدي وبين المقام وهو ضمان دين واحد دفعة وعدم صحة قياس مقامنا علىٰ باب تعاقب الأيدي، وأن في باب تعاقب الأيدي ليس الضمان فيها متعلقاً بالدين، بل هو متعلق بالعين الخارجية عيناً أو منفعة أو بدلها مثلاً أو قيمة عند تلفها، ونسبة هذا المعنىٰ إلىٰ كلتا اليدين أو الأيادي علىٰ حد سواء في تعاقب الأيدي، وإذا أدت واحدة كانت مالكة لما أدت علىٰ من بعدها لا علىٰ من قبلها إلىٰ أن ينتهي إلىٰ من تلفت العين عنده، فلا يرجع هو علىٰ أحد. وأما بالنسبة إلىٰ ما في الذمّة من مال الضمان الذي هو نقل الدين الواحد إلىٰ ذمتين فهو غير ممكن، لأنه إما يلزم ضمان مالين لمال واحد وهو غير ممكن، أو يلزم ضمان مال واحد لمال واحد ولكن علىٰ البدل، وهو ممكن ولكن لا دليل عليه في باب الضمان.

هذا الجواب من السيد الأُستاذ تعريض بما قاله السيد الحكيمﷺ من أن الذي منع قياس المقام بباب تعاقب الأيدي، **قال**: إن ذلك مبني علىٰ أن في تعاقب الأيدي لا ذمم متعددة

﴿مشغولة بمال واحد فيه ، وإنما يجب علىٰ كل من له يد التكليف بالرد علىٰ مالكه ، ثمّ نقل ما عن الجواهر [٢٦ : ١١٣] الذي تقدم نقله منّا في أوّل الضمان ، **فقال** : «وفي الجواهر في شرح مفهوم الضمان ذكر أن المشغول به في تعاقب الأيدي علىٰ المغصوب ذمّة واحد وهو من تلف في يده المال ـ مثلاً ـ وإن جاز للمالك الرجوع علىٰ كل واحد لعدم تصور اشتغال ذمّتين فصاعداً بمال واحد» **المستمسك ١٣ : ١٨٤ ـ ١٨٥ طبعة بيروت** .

ونضيف نحن : أن صاحب الجواهرقدس سره **قال في كتاب الغصب** في بحث الأيادي المتعاقبة : «لأنّ كلاً منهم غاصب مخاطب بردّ العين أو القيمة ، لقوله عليه السلام : (كل مغصوب مردود) و(علىٰ اليد ما أخذت) وقوله تعالىٰ : ﴿**فمن أعتدىٰ عليكم**﴾ و﴿**جزاء سيئة**﴾ وغيرها مما دل علىٰ العقاب بمثل ما عوقب ، وأنّ ﴿**الحرمات قصاص**﴾ ونحوه ، ولا فرق في تعاقب أيديهم بين كونه بصورة الضمان ببيع فاسد ونحوه وعدمه . نعم ، قرار الضمان علىٰ من تلف المغصوب في يده منهم ، بمعنىٰ : أنّه لو رجع المالك علىٰ غيره رجع هو عليه ، مع فرض عدم زيادة في العين يختص الأوّل بضمانها ، بخلاف ما لو رجع عليه نفسه ، فإنّه لا رجوع له علىٰ غيره ، لأنّ ذمّته المشغولة للمالك بالبدل ، وإن جاز له الزام غيره ـ باعتبار الغصب ـ بأداء ما اشتغلت ذمّته به ، فيملك حينئذٍ من أدّىٰ بادائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعية القهريّة ، وبذلك اتضح : الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمّي ، إذ لا دليل علىٰ شغل ذممّ متعدّدة بمال واحد ، فحينئذٍ يرجع عليه ، ولا يرجع هو . . .» **الجواهر ٣٧ : ٣٢ ـ ٣٣** .

ثمّ ردّ السيد الحكيمقدس سره ذلك وقال بلزوم اشتغال ذمّة كل من له يد في تعاقب الأيدي ولكن علىٰ البدل ، ونقول نحن في وجه ذلك : إنّ الدليل الدال علىٰ ذلك في تعاقب الأيدي دليل واحد وهو (علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي) ، فلا يمكن أن يكون بالنسبة إلىٰ بعض الأيادي تكليف محض وبالنسبة للباقي وضع ، فالتفريق الذي فرقة في الجواهر لا أساس له . **وقال السيد الحكيم**قدس سره في وجه ذلك ما مضمونه إن باب تعاقب الأيدي الذمم مشغولة علىٰ البدل ، فإذا أدت واحدة سقط عن الباقين ، لأن القول بعدم شغل ذمم متعددة بمال واحد في تعاقب الأيدي خلاف قوله صلى الله عليه وآله : «علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي **المستمسك ١٣ : ١٨٥ قال** : «وشيخنا

الضمان علىٰ البدل كالوجوب علىٰ البدل إنّما يتصور علىٰ أحد وجهين لا ثالث لهما كما تعرضنا

الأعظم ذكر أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة ، ولأجل ذلك يتعين الالتزام ، بأن اشتغال ذمّة كل واحد من الأيادي المتعاقبة علىٰ البدل» **المستمسك ١٣ : ١٨٥** .

ونتيجة ذلك صحة قياس المقام الذي هو القول باشتغال ذمّتين في الضمان بدين واحد علىٰ البدل كالاشتغال في الأيادي المتعاقبة .

فالسيد الأُستاذ في جوابه المتقدم المفرّق **بين باب** تعاقب الأيدي **وبين المقام** معرض بكلام السيد الحكيم هذا ، **وملخص التعريض** : أن باب الضمان وإن كان من اشتغال ذمتين بمال واحد علىٰ البدل ، إلّا أنّه ليس لنا دليل عليه ، بخلاف باب تعاقب الأيدي حيث إن دليل الضمان فيه باشتراك العين وبدلها عند تلفها إنما هو واحد ، وهو كما هو في التكليف والوضع ، لا بالنسبة إلىٰ بعضها تكليف وبالنسبة إلىٰ البعض الآخر وضع ، وهو دليل اليد ، وظهوره في الوضع علىٰ الجميع ينافي أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة ، ولأجل ذلك يلتزم **بالاشتغال بالذمّة علىٰ جميع الأيدي علىٰ البدل** . ولكن في مقامنا وهو الضمان المتعلق بالدين لا بالعين ، لا دليل عندنا علىٰ اشتغال ذمّتين بمال واحد علىٰ البدل .

ونقول : لا دليل لنا علىٰ ذلك ، لما سيأتي من السيد الأُستاذ في الشرح أعلاه حتىٰ علىٰ مبنىٰ الماتن الذي يرىٰ صحة ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة للعمومات كما تقدم عندنا أنّه هو الذي تساعد عليه الأدلة في المسألة [٣٥٦٩] وإن كان خلاف المشهور وخلاف ما يختاره السيد الأُستاذ السيد الخوئي أيضاً . **إلّا أن ذلك إنما هو** فيما إذا قصد كل منهما ذلك ، والمفروض في المقام أن كل من الضامنين قاصد الضمان لتمام المال مستقلاً لا علىٰ نحو البدل ، وصحتهما معاً غير ممكن لأن المال الواحد لا يضمن بمالين ، وصحتهما معاً ولكن علىٰ البدل لا دليل عليه ، وصحة أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، فيتعين البطلان لا محالة . وأما أنه لا دليل لنا في ذلك في المقام فسيأتي بيانه عند قول السيد الأُستاذ «إلّا أنّه لا دليل لنا في المقام علىٰ صحة هذا الضمان» أي ضمان الاثنين دفعة لمال واحد مستقلاً علىٰ نحو البدل ، أي كل منهما ضامن إن لم يؤدِ الآخر .

لذلك في بحث الواجب الكفائي[١]:

الوجه الأوّل: أن يكون الوجوب متعلقاً بالطبيعي والجامع كقول المولىٰ: فليأت أحدكم بالماء، فمتعلق الطلب ـ أي من توجه إليه ـ إنّما هو الجامع وهو أحد هؤلاء، ولا مانع من تعلق الوجوب الذي هو من الأُمور الاعتبارية بالجامع بين أمرين أو بين أُمور، كما هو الحال في الواجب التخييري في مثل كفارة الأفطار في شهر رمضان، فإن متعلق الوجوب هو الجامع بين الصوم والإطعام والعتق، فكما يصحّ تعلق الوجوب بالجامع يصحّ توجيهه إلىٰ الجامع، فيكون أحد هؤلاء هو المكلف بهذا التكليف.

الوجه الثاني: أن يكون مَن توجه إليه التكليف هو كل واحد منهم ـ لا الجامع ـ إلّا أنّه علىٰ نحو الوجوب المشروط ـ لا المطلق ـ بأن يكون كل واحد منهم مخاطباً بهذا الخطاب علىٰ تقدير عدم اتيان الآخر به، كقولك لزيد: يجب عليك أن تصلي علىٰ هذا الميت إن لم يصل عليه غيرك وكذا يقول لبكر، وكذا يقول لعمرو وهكذا.

وهذا الوجه كالأوّل كما يتصور في التكليف يتصور في الوضع أيضاً، بأن يكون الاعتبار الوضعي **وهو الضمان قائماً بالجامع أي بأحد الأشخاص، أو قائماً بكل واحد منهم** علىٰ تقدير عدم أداء الآخر، فيكون زيد ضامناً لهذا المال «الدين» علىٰ تقدير عدم أداء عمرو لهذا الدين، وكذا العكس، فيكون الاعتبار مشروطاً بعدم أداء الآخر.

إلّا أنّه لا دليل لنا في المقام علىٰ صحّة هذا الضمان[٢]، **أمّا بالنسبة إلىٰ الجامع وهو الوجه**

---

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٥: ٢٤٠ ـ ٢٤٢ و٢٢٢ ـ ٢٢٤.

(٢) **هذا ردّ علىٰ من اختار هذا القول كالفاضل** ﷺ **في درسه علىٰ ما عرفت عند نقل عبارة الجواهر، والسيد الحكيم** ﷺ **في المستمسك حيث قال** «فالتحقيق جواز اشتغال الذمّم المتعددة بمال واحد لمالك واحد...»، **المستمسك ١٣: ٣١٨ أو (١٨٥ طبعة بيروت)**.

والسيد السبزواري ﷺ **في مهذب الأحكام فإنه قال** تعليقاً علىٰ قول الماتن ﷺ (أقواها الأخير) وهو أن كل منهما (أو منهم) ضامن، فللمضمون له مطالبة من شاء منهما **ما نصه**: «لكونه غير

عادم النظير كما في الواجبات الكفائية في التكليفات وتعاقب الأيدي على المال المغصوب في الوضعيات ويشهد له مذاق العرف وسيرة المتشرعة في الرجوع في أموالهم إلى كل من جرت يده عليها من غير استنكار لذلك فيما بينهم، بل يستنكر قول من منعهم عن ذلك» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٦٤.**

فإن كل ما ذكر دال على الإمكان، ولا شك في امكانه كما عرفت، إلّا أنّه لا دليل لنا على صحته، إذ إن الضمان نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة، وأما أنه نقل للدين إلى الذمّة على البدل فلم يقصداه، كما هو المفروض. نعم يمكن أن يتقاسما نقل الدين، فينقل كل منهما نصف الدين إلى ذمّته، وقد تقدم صحته بلا كلام ووجود الدليل على الصحة، وهو خارج عن محل الكلام. وأما النقل إلى الذمّة على البدل فمحتاج إلى دليل، ولا دليل عليه.

وقد يقال: إن ما ذكره السيد الأستاذقدس سره من عدم الدليل عليه إنما هو على مبناه لا على **مبنى الماتن**قدس سره فإن مبنى الماتن هو صحة ضم ذمّة إلى ذمّة في الضمان أيضاً، واستدل عليه سابقاً في المسألة ٢ [٣٥٦٩] بعمومات الصحة كقوله تعالى: ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾، ولم يقبله السيد الأستاذقدس سره ولا المشهور، وذكر صحته السيد السبزواري، وقال في آخر كلامه: ولكن الأحوط ما هو ظاهر كلمات الأصحاب ـ أي من عدم الصحة ـ **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٣٤ ـ ٢٣٥**، فالاشكال مبنائي.

نعم إنما يرد الإشكال على السيد الحكيمقدس سره حيث لم يقبله ووافق المشهور على ذلك **المستمسك ١٣ : ١٦ طبعة بيروت**، فكيف يذهب إلى الصحة في المقام؟! فإن امكان اشتغال ذمم متعددة بمال واحد إنما يدل على الإمكان، ولكن لا دليل على صحة النقل إلى الذمّة على نحو البدل. إلّا إذا قيل بصحة ضم ذمّة إلى ذمّة للعمومات، وهوقدس سره لم يقبله.

وجوابه: هو أن ما ذكره الماتنقدس سره من الإمكان المذكور للعمومات إنما هو فيما إذا قصده الضامن، والمفروض في المقام وهو ضمان الضامنين دفعة كل واحد منهما لجميع المال مستقلاً إنما كان على نحو الاستقلال لا على نحو البدل، فكيف يمكن امضاء ما لم يقصده كل من الضامنين. وما يمكن امضاؤه لم ينشئه المنشئ، فلا دليل على صحة كلا الضمانين على نحو

الأوّل فواضح ، لأن الضمان قائم بالشخص ، أي كل من الفردين يضمن ، لا أن الجامع يضمن . وليس للجامع وجود غير الفردين ، فإن الضمان إنّما صدر من كل من الفردين **لا من الجامع** ، وليس للجامع وجود غير وجودهما ، وما فرض ضامناً وهو الجامع لم يضمن . **وأمّا بالنسبة إلىٰ ضمان كل شخص بشرط عدم أداء الآخر ـ وهو الوجه الثاني ـ فكذلك** ، لأن الذي أنشأه كل من الضامنين **إنّما هو الضمان المطلق لا المشروط** بعدم أداء الآخر ، فما أنشأه المنشئ وهو الضمان المطلق لم يمضه الشارع ، وما يمكن إمضاؤه لم ينشئه المنشئ[1] ، **نظير ما ذكرنا في بحث الإجارة**[2] في من كان مستطيعاً ويجب عليه الحج إذا آجر نفسه للغير حجاً نيابياً ، حيث قلنا ببطلان الإجارة ، فإنها وإن كان يمكن الحكم بصحتها علىٰ نحو الترتب ، بأن يقال : حج عن نفسك فإن لم تفعل فحج عن

البدل ، وترجيح أحدهما علىٰ الآخر بلا مرجح فيبطلان معاً . **ومن هنا نعرف أن السيد الحكيم**قدس سره حينما ذهب إلىٰ الصحة في المقام ليس من هذه الجهة ، بل ذهب إلىٰ الصحة في المقام من جهة إمكان اشتغال ذمم متعددة بمال واحد علىٰ البدل ، وهذا إنما يدل علىٰ الإمكان ، إلّا أنّه لا دليل علىٰ الصحة فيه اثباتاً ـ لا ثبوتاً ـ في المقام كما يقوله السيد الأُستاذ السيد الخوئيقدس سره .

(١) **ولكن أقول : ما يمكن امضاؤه لم ينشئه المنشئ ما هو** : هل هو الضمان علىٰ البدل أي ضمّ ذمّة الضامن الأوّل إلىٰ ذمّة الضامن الثاني ، الذي هو الضمان بمعنىٰ الضم ، **فإن كان المراد ذلك** فهذا عند السيد الأُستاذقدس سره لا يمكن امضاؤه علىٰ ما تقدم في المسألة ٢ [٣٥٦٩] لعدم دليل يدل عليه . وقد يكون السيد الأُستاذقدس سره يتكلم علىٰ مبنىٰ الماتنقدس سره الذي يرىٰ صحة الضمان بمعنىٰ ضم ذمّة إلىٰ ذمّة إذا قصده كل من الضامنين **والظاهر ذلك فإن ، هذا ـ أي ضمان الاثنين لدين واحد دفعة ـ غير صحيح** حتىٰ علىٰ مبنىٰ الماتنقدس سره ، لأن الضمان بمعنىٰ الضم صحيح عنده حسبما تقدم في المسألة الثانية إذا كان قد قصده ، المفروض عدم قصده ، وإنما قصد الضمان لتمام الدين مستقلاً لا علىٰ البدل . ولذا نحن نبهنا إلىٰ أن ضمان الاثنين في المقام لدين واحد لا يصح علىٰ نحو البدل حتىٰ علىٰ رأي الماتنقدس سره .

(٢) الواضح ١٠ : ٢٩٨ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٣٦٤ .

الغير، إلّا أنّه لا دليل عليه، لأن ما أنشأه المؤجر الإجارة على نحو الإطلاق لا مقيداً بعدم حجّه عن نفسه، وما كان مقيداً بعدم حجه عن نفسه غير قابل للإمضاء لعدم إنشائه[١].

ولو أنشأه معلقاً وقال: آجرتك نفسي على تقدير أن لا أحج عنها، وفي المقام يقول: ضمنت مالك من الدين على زيد على تقدير عدم أداء الآخر، **بطل** من جهة التعليق[٢].

إذن: فالأظهر هو الاحتمال الأوّل وهو بطلان هذا الضمان، **كما اختاره صاحب الجواهر**ﷺ وغيره[٣].

---

(١) الواضح ١: ٣٣٠، موسوعة الإمام الخوئي ٢٦: ٢٨٨ ـ ٢٨٩، والواضح ٢: ٣٧، موسوعة الإمام الخوئي ٢٧: ١١. والوجه عدم إمكان الشارع من أن يمضيه هو أنّ إمضاء الشارع له مستلزم للأمر بالضدين، لأنّه مأمور بحجة الإسلام عن نفسه، فأمره باتيان الحج عن الغير الناتج من الإجارة معناه أنّه مأمور بأمرين: أمر بالحج عن نفسه، وأمر بالحج عن غيره بمقتضى امضاء عقد الإجارة، وهو غير ممكن لأنهما ضدان، فهو أمر بالضدين وإمضاء الإجارة على تقدير عصيان الأمر بالحج عن نفسه، فهو ليس بمنشأ للأجير، ولو أنشأه معلقاً بطل من جهة التعليق، عند السيد الأُستاذﷺ هنا في الضمان، ولم يبطل من جهة التعليق هنا في الضمان عند الماتن، لأن الماتن يرى جواز التعليق في الضمان، فيقول الضامن: ضمنت على تقدير عدم أداء الآخر، فيسقط الجواب الآخر هنا في الضمان عند الماتن.

(٢) **أقول**: بطل من جهة التعليق عند السيد الأُستاذﷺ، وأمّا عند الماتنﷺ فلا يرى البطلان من جهة التعليق كما تقدم منه التصريح بذلك في السابع مما يشترط في الضمان، العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام ٥: ٤٠٤، الواضح ١٦: ٢٧٨، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٠ ـ ٤٠١.

فالصحيح في الجواب هو أن يقال: ولو انشأه على رأي الماتن معلقاً صح ولكن المفروض أنه لم ينشئه معلقاً، وأما عندنا ـ أي عند السيد الأُستاذﷺ ـ فحتى لو انشأوه معلقاً بطل من جهة التعليق.

(٣) وهو العلّامة في المختلف ٥: ٤٦٦ ـ ٤٦٧، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣٤١ ـ ٣٤٢. لأنّ صحتهما معاً كما عرفت غير ممكن، إذ إن المال الواحد لا يكون مضموناً بمالين، وصحته على البدل لا دليل عليها، وصحة أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح، فيتعين البطلان.

وجوه أقواها الأخير[١] .

وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر[٢] **إلّا إذا علم ارادته إبراء أصل الدَّين لا خصوص ذمّة ذلك الواحد .**

---

(١) توضح أن الأقوىٰ هو الأوّل مما ذكره الماتن ﷾ ، في المتن ، لا الأخير ولا الوسط .

(٢) **ثمّ ذكر الماتن** ﷾ بناءً علىٰ صحة الضمانين فيما إذا كانا متقارنين[١] الذي كان هو الوجه الثالث كما اختاره الماتن ﷾ ، فإذا فرض أن المضمون له أبرأ واحداً منهما دون الآخر ، فهل تبرأ ذمّة الضامن الآخر أو لا ؟ .

اختار الماتن ﷾ عدم براءة ذمّة الضامن الآخر باعتبار أن الذي اسقطه المضمون له إنّما هو ما في ذمّة الضامن الأوّل ، وأما ما في ذمّة الضامن الثاني فلم يسقطه ، فله أن يطالبه به .

أقول : ما ذكره هنا ينافي ما ذكره في المسألة الثالثة من هذا الكتاب[٢] ، فإنه ذكر هناك أن الضمان عندنا إنما هو بمعنىٰ نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، **وأما عند العامة فهو من ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة** ، فعلىٰ تقدير القول بأن الضمان هو ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة ، فلو اسقط ذمّة المضمون عنه أو ذمّة الضامن سقطا معاً ، **وذلك لأن الدين دين واحد** ـ وإن لم يعلّله في المتن بذلك ـ **والإبراء بمنزلة الاستيفاء ، فالدين الواحد غير قابل للبقاء والإبراء ، فالابراء رفع اليد عن الدين فليس له أن يرجع إلىٰ الآخر**[٣] .

---

(١) أو بحكمهما كالمتعاقبين لوضوح عدم الأثر لتقدم الايجاب .

(٢) أي كتاب الضمان الرقم العام [٣٥٧٠] للمسألة الثالثة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤١٢ ـ ٣١٣ حيث قال : «ويمكن أن يقال ببراءة ذمّتهما علىٰ التقديرين» أي تقدير أن الضمان نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة وتقدير أن الضمان ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ **الواضح ١٦ : ٣٣٦ ـ ٣٤٠** حيث ذكرنا وجهه وقلنا إن المراد من الابراء الاسقاط : «فإذا كان المراد من الابراء اسقاط ما في الذمّة من الدين ، فلم يكن للدائن إلّا دين واحد في ذمّة شخصين لا دينان ، وابراء الدائن ذمّة الضامن بمنزلة استيفاء الدين ، وحينئذٍ لا تبقىٰ للمضمون عنه ذمّة مشغولة للدائن ، فإن الدين الواحد غير قابل للابقاء والاسقاط معاً» .

(٣) **وما ذكره الماتن** ﷾ **في المسألة الثالثة** الرقم العام [٣٥٧٠] المتقدمة **من أن المضمون له** إذا

[٣٥٩٤] «مسألة ٢٧» : إذا كان له علىٰ رجلين مال ، فضمن كلّ منهما ما علىٰ الآخر بإذنه ، فإن رضي المضمون له بهما صحّ[1] وحينئذٍ فإن كان الدَّينان متماثلين جنساً وقدراً ، تحوّل ما علىٰ كلّ منهما إلىٰ ذمّة الآخر . ويظهر الثمر في الاعسار واليسار .

---

(١) **ذكر الماتن**ﷺ ، أنه إذا كان لأحد علىٰ آخرين دين فضمن كل من الآخرين دين الآخر بإذنه ، فإن رضي المضمون له بذلك صح ضمانهما لتمامية أركانه في كل منهما[1] .

﴿اسقط أو أبرأ ذمّة الضامن أو ذمّة المضمون عنه **برئت الذمّتان معاً هو الصحيح** ، لأنّ معنىٰ الإبراء رفع يدّ المضمون له عن دينه من أصله ، والدين ليس إلّا ديناً واحداً ، نعم الذمّتان اثنان انضمت ذمّة الضامن إلىٰ ذمّة المدين ، لكن الدين ليس إلّا ديناً واحداً ، فإذا رفع صاحب الدين يده عن دينه ، فلا يمكن أن يكون ساقطاً وباقياً في آن واحد ، والقول بسقوطه عن ذمّة أحدهما دون الآخر قول بكون الدين ساقطاً وباقياً وهو غير ممكن ، فإن الإبراء أو الاسقاط بمنزلة الاستيفاء ، ومع الاستيفاء لا شك لا تبقىٰ ذمّة الآخر مشغولة مع براءة ذمّة المؤدي . **وكان ذيل تلك المسألة** وهي المسألة ٣ **رداً علىٰ بعض أبناء العامة القائلين** بأنه إذا أبرأ المضمون له ذمّة المضمون عنه برئت ذمّة الضامن أيضاً ، ولكن إذا أبرأ المضمون له ذمّة الضامن فلا تبرأ ذمّة المضمون عنه ، **ومخلص الردّ** : أن إبراء ذمّة الضامن ليس هو رفع يده ـ أي يد المضمون له ـ عن الضمّ الذي قبله ، أي ليس رفع يده عن البدلية له حتىٰ يقال مع رفع اليد عن البدلية والضم يبقىٰ الدين الذي كان علىٰ المضمون عنه علىٰ ما هو عليه قبل الضم ، بل رفع لليد عن الدين من أصله ، ومعه لا يمكن أن يقال ببقاء ذمّة المضمون عنه .

ثمّ إن معنىٰ رفع المضمون له اليد عن دينه من أصله الذي هو معنىٰ الإبراء ـ كما ذكره السيد الأُستاذﷺ هنا وفي المسألة الثالثة المتقدمة ـ أنّه ليس معنىٰ إبراء الذمّة هو مجرد إخلائها من ماله حتىٰ يقال إنّه إذا كان لماله مستقر آخر فهو باق علىٰ حاله ، فإن كلام السيد الأُستاذﷺ كما هو ردّ للماتنﷺ ردّ للسيد الحكيمﷺ أيضاً ، فإن السيد الحكيم قال : لكن التحقيق أنّ إبراء الذمّة بحسب الارتكاز العرفي مجرد اخلائها من ماله ، فإذا كان له مستقر آخر فهو علىٰ حاله ، لا أنّه قطع للعلقة بينه وبين المال كي يسقط عن جميع الذممّ» **المستمسك ١٣ : ١٨٦** .

(١) **قال المحقق في الشرائع** : «الرابعة : إذا كان له علىٰ رجلين مال ، فضمن كل واحدٍ منهما ما ﴾

.....

فهنا قد يفرض أن الدينين متساويان من حيث الجنس والقدر والأجل ، أو أنهما حالان معاً ، أو مؤجلان معاً ، فلا أثر لهذا الضمان ، وإن كان صحيحاً ، لأنه يتحول ما على ذمّة كل منهما على الآخر[1] .

﴿على الآخر ، تحوّل من كان على كلّ واحدٍ منهما إلى صاحبه» **الشرائع ٢ : ١٢٩** .

وقال في الجواهر تعقيباً على ذلك : بلا خلاف ولا إشكال ، لاجتماع شرائط صحة الضمان في كلّ منهما» **الجواهر ٢٦ : ١٥٠** .

ويشهد لما ذكره **صاحب الجواهر**ﷺ **ما قاله الشيخ في المبسوط مما نصه** : «فمتى ضمن كلّ واحد منها صاحبه تحوّل الحق الذي على كلّ واحد منهما إلى صاحبه وهو خمسمائة ، إلّا أنّ قبل الضمان كان دين الأصل وبعد الضمان دين الضمان» **المبسوط ٢ : ٣١٢** طبعة مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

وما قاله العلّامة في القواعد ٢ : ١٦١ حيث قال : «ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيهما إن أجازهما» .

وما قاله المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٤٢ حيث قال : «لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه انتقل ما في ذمّة كلّ منهما إلى ذمّة الآخر ، فيصير كل واحد بضمانه فرعاً وبمضمونيته أصلاً ، فتتعاكس الأصالة والفرعية ، فيكون كل واحد منهما فرعاً بالجهة التي يكون بها الآخر أصيلاً» .

وما قاله الشهيد في المسالك ٤ : ٢٠٥ حيث قال : «لا إشكال في صحة هذا الضمان ، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحة» .

(١) وما قيل تعليقاً على قول الماتن «فإن رضي المضمون له بهما صح» **مما نصه** : إذا كان للضمانين أثر حتّى مثل مجرد الإحسان في الضمان الأوّل ، وجزاء الإحسان بالإحسان في الضمان الثاني ، وإذا فرضناهما عملاً لغواً عند العقلاء فهما محكومان بالبطلان ، لعدم شمول الامضاء الشرعي لمثله» .

وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناءً علىٰ افتكاك الرهن بالضمان، وإن كانا مختلفين قدراً[١] أو جنساً، أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو في مقدار الأجل، فالثمر ظاهر.

وإنما تظهر الثمرة لهذا الضمان أوّلاً: لو كان لأحدهما رهن ولا رهن للآخر، بناءً علىٰ أن الضمان يسقط الرهن، كما هو الصحيح علىٰ ما تقدم[١] لأنه بمنزلة الاستيفاء، فالدين الذي كان عليه رهن، ينفك رهنه بالضمان فيبقىٰ الدين بلا رهن.

وتظهر الثمرة لهذا الضمان أيضاً ثانياً بناء علىٰ ما تقدم منه[٢] ومن غيره من ثبوت الخيار للمضمون له لو تبين اعسار الضامن، وكان المضمون له جاهلاً باعساره، فمع الفسخ يكون كلا الدينين علىٰ الآخر، **لكن** تقدم في محلّه[٣] عدم ثبوت الخيار بذلك، لعدم دلالة النص علىٰ ذلك، وعدم صحّة قياس المقام بباب الحوالة[٤].

(١) **وأما لو كان الدينان مختلفين من حيث الجنس** كما لو كان أحدهما درهماً والآخر ديناراً أو أحدهما نقداً والآخر عروضاً، أو كان الاختلاف في المقدار كما لو كان أحدهما مائة

﴿ **فيه ما لا يخفىٰ**، إذ بعد توفر شرائط الصحة لابدّ من القول بها وإن لم يكن لهذا الضمان أي فائدة، بل العقود إذا كانت واجدة لشرائط الصحة صحت حتّىٰ لو كان فيها ضرر علىٰ العاقد، كما لو باع ما يسوىٰ عشرة بواحد، فإنه وإن كان بيعاً سفيهاً إلّا أنّه لا دليل علىٰ بطلان البيع السفهي، وإنما الدليل دل علىٰ بطلان عقد السفيه، فافرض أنه باع بيعاً سفيهاً أو بيعاً لا فائدة فيه ولا أثر، وإن لم يكن فيه ضرر علىٰ البائع، كما إذا باع عشرة دنانير بعشرة نقداً، أو ضمنا في المقام هذين الضمانين بلا أي أثر لهما فإن الضمان في المقام ليس ضمان سفيه كما هو المفروض، فلماذا يكون باطلاً.

(١) في الواضح: في الجزء الذي بأيدينا صفحة ٨١ المسألة ٢٣ [٣٥٩٠]. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٣٦.

(٢) في الواضح ١٦: ٣٤٢ المسألة ٢٣ [٣٥٧١]. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤١٤ ـ ٤١٦.

(٣) في الواضح ١٦: ٣٤٢ ـ ٣٤٩ المسألة ٢٣ [٣٥٧١]. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤١٤ ـ ٤١٦.

(٤) وتظهر الثمرة ثالثاً فيما إذا كان أحد المدينين معسراً، والذي لابدّ للدائن من نظرته إلىٰ ميسرة، فلو ضمنه المدين الآخر وكان موسراً وغير معسر ارتفعت النظرة إلىٰ ميسرة، وكان للمضمون له إذا كان الضمان حالاً مطالبة فعلاً.

وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه[١] .

وحينئذٍ[٢] فإن أدّىٰ الجميع رجع علىٰ الآخر بما أدّىٰ ، حيث إنّ المفروض كونه مأذوناً منه . وإن أدّىٰ البعض[٣] ، فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع ، ويقبل قوله إن ادّعىٰ ذلك .

دينار ، والآخر مائتي دينار ، أو كان أحد الدينين مؤجلاً والآخر معجلاً ، أو الأوّل مؤجلاً بأجل هو شهر والآخر مؤجلاً بأجل هو سنة ، فالثمرة في هذا الضمان ظاهرة ، **فإنه في الأوّل** يكون ما في ذمّة المدين درهماً بعد الضمان يكون في ذمّته ديناراً وبالعكس ، أو الذي في ذمّته نقداً يكون في ذمّته عروضاً وبالعكس . **وفي الثاني** يكون ما في ذمّة المدين مائة يكون في ذمّته بعد الضمان مائتان ، ومن كان في ذمّته مائتان يكون في ذمّته بعد الضمان مائة . **وفي الثالث** يكون المدين مؤجلاً بعد الضمان مديناً معجلاً ، والعكس بالعكس ، أو الذي أجله شهراً يكون بعد الضمان أجله سنة ، والذي أجله سنة يكون بعد الضمان أجله شهراً . فمع الاختلاف لا إشكال في صحة الضمان وثبوت الأثر له ، والأثر الذي ذكرناه في الأوّل أيضاً لا مثل الأوّل الذي لا شك في صحة الضمان ولكن لا أثر له إلّا ما ذكرنا .

(١) **ثمّ إن المضمون له إذا لم يرضَ إلّا بأحد الضمانين دون الآخر** ، فقبل ضمان الأوّل مثلاً دون الثاني ، فبطبيعة الحال يكون المدين الأوّل مديناً بكلا الدينين ، أمّا دين نفسه فلعدم صحة ضمان الآخر ، وأمّا دين الآخر فلصحة ضمان نفسه . فلو كان الأوّل مديناً للدائن بعشرة دنانير ، وكان الثاني مديناً بخمسة دنانير ، صار الدينان بعد الضمانين الذي قبل المضمون له ضمان الأوّل منهما فقط دون الثاني علىٰ المدين الأوّل العشرة دين نفسه ، والخمسة دين الآخر الذي ضمنه وقبل ضمانه ، فتبرأ ذمّة الضامن الثاني وتشتغل ذمّة الضامن الأوّل بكلا الدينين ، **وهذا لا إشكال فيه** كما إذا ضمن الأوّل دين الثاني ولم يضمن الثاني دين الأوّل ، في كون كلا الدينين علىٰ الأوّل .

(٢) **ثمّ إن الضامن الأوّل إذا أدّىٰ جميع دينه** ، أي ما كان عليه أصلاً وتبعاً أي العشرة التي هي دين نفسه والخمسة التي هي دين الثاني الذي ضمنه ، فتبرأ ذمّته من جميع الدين الذي عليه ، وله أن يرجع علىٰ المضمون عنه بمقدار دين المضمون عنه الذي ضمنه هو وأدّاه وهو خمسة دنانير ، لأن المفروض أن الضمان كان بأمر الثاني ، ولم يكن الضمان من الأوّل تبرعياً .

(٣) **وأما إذا فرضنا أن الضامن الأوّل الذي قبل المضمون له ضمانه دون ضمان الآخر لم**

يؤد جميع ما عليه ، بل أدنىٰ مقداراً منه ، كما لو فرضنا أنه كان مديناً بمائة دينار ، وضمن دين الثاني وكان دين الثاني مائتي دينار ، فمجموع الدين الذي علىٰ الأوّل بعد الضمان ثلاثمائة دينار ، فلو أدىٰ الأوّل من دينه هذا مائة دينار **فهنا تارة يقصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً ، وأُخرىٰ يطلق ولم يقصد أحدهما بالخصوص** .

فإن كان قد عيّن أحد الدينين وقصده لا شك تعيّن ، لأن الولاية له والمال ماله ، فله أن يعين أحد الدينين .

ولو فرض أنه شُك في تعيينه وهو يدعي التعيين في مقام الأداء ، وأنه مثلاً قصد دين نفسه أو قصد دين المضمون عنه ، لا شك أنه يصدّق في قوله باعتبار أن الولاية له في ذلك ، وهو المالك لهذا الأمر ، وما كان له الولاية في ذلك يسمع قوله بمقتضىٰ السيرة القطعية العقلائية[1] .

---

(١) **علل في الشرائع تصديقه في قوله** : بأنه أبصر بنيته . **الشرائع ٢ : ١٠٤ كتاب الرهن .**
وفي جامع المقاصد : لأنه أعرف بقصده . جامع المقاصد ٥ : ٣٤٤ .
وفي الجواهر : بلا خلاف ولا إشكال ، لاجتماع شرائط صحة الضمان في كلّ منهما . **الجواهر ٢٦ : ١٥٠ .**
وفي المستمسك تفريعاً علىٰ قول الشيخ صاحب الجواهر «بلا خلاف ولا إشكال» **ما نصه :** «وكأنه لبناء العقلاء والمتشرعة ، نظير إخبار ذي اليد عما في يده ، بل هو أولىٰ منه ، لأنه اخبار عن النفس وبناء العقلاء والمتشرعة علىٰ الأخذ به . نعم إذا كان في مقام النزاع ثمّ الرجوع إلىٰ الحاكم الشرعي يتعين اليمين عليه [إذا لم يكن لمدعي أنه عن دين نفسه بيّنة ، فيتوجه اليمين علىٰ الضامن المنكر لكون الأداء عن نفسه] لأنّه منكر . فاليمين يحتاج إليه الحاكم الشرعي لفصل الخصوصة ، ولا يحتاج إليه غيره لترتيب آثار الصدق . وهكذا جميع موارد الحجج ، فإن الحجة تكون مع المنكر ، ولا يكتفي بها الحاكم ، بل يحتاج إلىٰ يمين إذا لم يقم المدعي البيّنة علىٰ صدقه ، لقوله ﷺ : «إنما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان» وإن كان غير الحاكم يرتب آثار الواقع علىٰ الحجة التي تكون مع المنكر ، فإن المنكر من يوافق قوله الحجة ، ولا يكتفي بها

وإن اطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط[1] . ويحتمل القرعة . ويحتمل كونه مخيَّراً في التعيين بعد ذلك . والأظهر الأوّل .

نعم ، لو فرض أن المضمون عنه يدعي جزماً كذبه في ذلك ، فينتهي الأمر بينهما إلىٰ النزاع والترافع ، وهذا شيء آخر . وأما لو لم يكن هناك مدع لخلاف ما يقوله ، **فالقول قوله في ذلك جزماً لما عرفت** .

وإن اطلق ولم يقصد أحد الدينيين بالخصوص فهو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) **ولو اطلق في مقام الأداء ، ولم يقصد أياً من الدينين** ـ دين نفسه أو دين المضمون عنه ـ فماذا يكون حكم هذه المائة دينار التي أداها ، وهل له أن يرجع إلىٰ المضمون عنه بمقدارها ، أو لا يرجع إليه أصلاً ، وإنما يحسبها من دين نفسه .

ذكر الماتنﷺ وجوهاً ثلاثة :

أحدها : التقسيط[1] باعتبار عدم الترجيح في البين ، ولابدّ من ملاحظة النسبة بين المدفوع

﴿ الحاكم في فصل الخصومة لانحصار فصل الخصومة بالبيّنة واليمين» **المستمسك ١٣ : ٢٨٦ طبعة بيروت . وهو الصحيح** ، وإليه يرجع القول : لأنه أبصر بنيته أو أعرف بقصده ولكن تقدم أن المنكر هو من لم يطالبه العرف بالاثبات ، ومعنىٰ أن العرف لا يطالبه بالاثبات هو أنه يرتب آثار الواقع عليه ـ ولعله إليه يرجع القول بأن المنكر من يوافق قوله الحجة ـ وإن كان الحاكم في مقام فصل الخصومة لا يكتفي بذلك ، بل يوجه له اليمين إن لم يكن للمدعي ـ الذي يدعي أن الأداء عن نفس الضامن ـ البينة ، لقوله ﷺ «إنما اقضي بينكم بالبينات والأيمان . . .» .

(١) **قال في الجواهر** : «فإن اطلق قسّط في وجه قوّي تقدم نظيره في الرهن [٢٥ : ٢٧٤]» **الجواهر ٢٦ : ١٥١** . والوجه الذي تقدم في الرهن هو ما ذكروه هنا ـ ومنهم العلّامةﷺ ـ من صحة القبض والدفع وليس أحد الدينين أولىٰ من الآخر .

ولكن : أشكل عليه السيد الحكيمﷺ بقوله : «أنّه لا دليل علىٰ حصول الملك بالقبض كي يتعين التوزيع لعدم الأولوية ، كيف وإن كلّ واحد من الدينين متعين في نفسه ، ولذا لو عينه في الوفاء تعيّن ، فإذا كان متعيناً في نفسه كان محتاجاً إلىٰ التعيين ، لأن الوفاء قصدي ، وقصد الشيء يتوقف علىٰ ملاحظته بخصوصياته ، وإلّا فالتقسيط محتاج إلىٰ مرجح كالتعيين لأحدهما ،

﴿

والدين ، فله أن يرجع بالمقدار الذي يقع في قبال ضمانه علىٰ المضمون عنه ، فيرجع علىٰ المضمون عنه بثلثي المائة دينار .

وهذا هو الوجه الذي اختاره الماتنقدس سره[1] **وهو الصحيح**[2] إن لم يثبت المرجح لأحد الوجوه

فالبناء علىٰ التقسيط لعدم المرجح ليس أولىٰ من البناء علىٰ عدم التقسيط لعدم المرجح» **المستمسك ١٣ : ٣٢١ وفي طبعة بيروت ١٣ : ١٨٧ .**

وعليه بنظر السيد الحكيمقدس سره فيبقىٰ المال علىٰ ملك المالك ، وبعد ذلك يكون مخيراً في احتسابه عن أي منهما وسيأتي أنه لا وجه لذلك ، لأن دين نفسه متعين في نفسه حتّىٰ لو لم يقصده بخصوصه . نعم لو قصد عدمه لم يتحقق ، وأمّا دين غيره فما لم يقصده لا يتعين لأن له خصوصية ، ومالم تعقد الخصوصية لا يكون معيناً . فلاحد الدينين مرجح للوقوع عنه ، فلذا لا يمكن أن يقال بالتقسيط لعدم المرجح ، ولا بعدم التقسيط لعدم المرجح لعدم التقسيط . فلابدّ من القول بالوقوع عن دين نفسه وعدم الوقوع عن دين الضمان بعد وضوح صحّة الدفع والقبض ، فلا يمكن أن لا يحصل الملك بالقبض ، ومعه المرجح لكونه عن دين نفسه موجود فيقع عنه لا عن دين الضمان . وقول السيد الحكيم قدس سره : فالبناء علىٰ التقسيط لعدم المرجح ليس أولىٰ من البناء علىٰ عدم التقسيط لعدم المرجح ، يتنافىٰ مع صحّة الأداء والقبض .

ومنه يظهر ضعف ما قيل : من أن للسيد الحكيم قدس سره علىٰ ما فرّعه الماتن إشكالاً وجواباً دقيقين .

(١) وتبعاً للعلّامة في القواعد ٢ : ــ والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٤٤ حيث قال الثاني «أن وجه التقسيط هو امتناع صرفه إلىٰ أحدهما نظراً إلىٰ عدم الأولوية ، فيتعين الأوّل لانحصار الحال فيهما . **ويحتمل صرفه الآن إلىٰ ما شاء** ، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه . **ويضعّف** بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض ، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله ، لأن قبضه إنما كان من جهته ، فيتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولوية ، وهو الأصح» .

وفيه : أنه يصرف إلىٰ أحدهما لوجود الأولوية كما سيأتي في الوجه الرابع ، فلا موضوع للتقسيط .

(٢) في هذا تعريض بكلام **السيد الحكيم** قدس سره المتقدم الذي يشكل فيه علىٰ القول بالتقسيط ،

الآتية ، **ولكن** سيأتي أن المرجح لغيره موجود ، فليس هذا الوجه هو الصحيح .

الثاني : القرعة[١] لأنها لكل أمر مشكل ، وهذا من الأمر المشكل .

الثالث : لا يقع لا عن نفسه ولا عن غيره ، بل يبقىٰ في ملكه ، وبعد ذلك يكون مخيراً في التعيين ، فله اختيار ما شاء منهما[٢] .

وهنا وجه رابع لم يذكره الماتنﷺ **هو أظهر من الكل ، وهو أن يحسب المائة هذه عن نفسه فقط لثبوت المرجح له** ، وهو أن احتسابه عن الغير تماماً أو بعضاً يحتاج إلىٰ ثبوت أن الوفاء كان وفاءً لدين الغير الذي ضمنه ، وحيث إنّه كان بأمره فله الرجوع عليه ، فما لم يكن الأداء وفاءً عن الغير ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه ، **وهو إنّما يكون وفاءً مع قصد الأداء عن الغير** ، وإلّا فلا يصحّ الرجوع عليه لا في تمامه ولا في بعضه ، **فيتعين أن يكون محسوباً علىٰ نفسه** .

بيان ذلك : أن كل ما ثبت في ذمّة الإنسان من شيئين متماثلين ، كصلاتين أو صومين أو دينين

﴿ ويقول فالبناء علىٰ التقسيط لعدم المرجح ليس أولىٰ من البناء علىٰ عدم التقسيط لعدم المرجح .

(١) **احتملها في الجواهر ٢٦ : ١٥١** قال : «ويحتمل صرفه إلىٰ من شاء بعد ذلك أو القرعة» .

وفيه : أنّه ليس من الأمر المشكل حتىٰ تجري فيه القرعة ، لوجود الترجيح للوجه الرابع كما سيأتي ، فلا موضوع للقرعة بعد كون موضوعها هو الأمر المشكل .

(٢) **احتمله في الجواهر** علىٰ ما عرفت من الهامش المتقدم واختاره **السيد الحكيم**ﷺ كما تقدم ويأتي .

ولكن هذا أيضاً ليس صحيحاً ، إذ لا يبقىٰ المال المدفوع علىٰ ملك الدافع ، لأن المضمون له ملكه من حين القبض ، إذ المفروض دفعه له بعنوان الوفاء ، فهو مع القبض ملك المضمون له . فلا موضوع لهذا الوجه أيضاً ، لأن موضوعه بقاء المال علىٰ ملك الدافع . **وهو باطل أولاً** : لأن المال ليس بباقٍ علىٰ ملك الدافع لما عرفت . **وثانياً** : لصحة الوجه الرابع الآتي وهو وقوعه عن نفسه لوجود المرجح له ، وسيأتي مزيد توضيح لعدم صحة هذا الوجه في نهاية كلام السيد الأُستاذﷺ وعند نقل كلام السيد الحكيمﷺ .

أو غير ذلك من الواجبات التكليفية أو الوضعية :

١ ـ قد يفرض : أنّه لا خصوصية لكل منهما ، بل المطلوب هو الطبيعي ، كما إذا كان مطلوباً قضاء صلاتي صبح ، أو يومين من شهر رمضان هذه السنة ، أو عشرين ديناراً لزيد كل عشرة علىٰ حدة ، فإنه ليس لكل فرد من هذين الفردين خصوصية يمتاز بها عن الآخر وان تغاير السبب ، فلو صام يوماً قضاءً ولم يقصد أنّه الأوّل أو الثاني ، لا شك في سقوط أحدهما وبقاء الآخر ، إذ لا خصوصية له حتىٰ تقصد ، وكذا في الصلاة والدين[1] .

٢ ـ وقد يفرض : أن كلاً منهما له خصوصية مقيداً بها ، وبها يمتاز عن الآخر ، وهذا يختلف فيه الحال **بين** ما يكون قابلاً للتقسيط ، **وبين** ما لا يكون قابلاً له . **والأوّل** : ما لو كان عليه صوم يومين أحدهما صوم كفارة والآخر صوم إجارة ، ولم يقصد أياً منهما ، وإنّما صام من أجل فراغ ذمّته ، **لم ينطبق هذا الصوم علىٰ أي منهما** ، لأن لكل منهما خصوصية ولم تقصد ، **فيحكم**

---

(١) **قد يقال** : يفترق الدين عن مثل الصلاة والصوم من حيث إنّه قابل للتقسيط دونهما ، فإن هذا الفرض ـ وهو الفرض الأوّل ـ كالفرض الثاني يكون علىٰ قسمين : أ ـ ما هو غير قابل للتقسيط ، ب ـ ما هو قابل للتقسيط . والأوّل كصوم يوم واحد قضاءً ، فإنه لا شك يقع عن أحد اليومين ، لأنه عمل واحد غير قابل للتقسيط ، والثاني كالدين وهو قابل للتقسيط ، فوقوعه عن أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، إذ المفروض عدم قصده لذلك الذي يقع عنه ، فوقوعه عنه دون الآخر ترجيح بلا مرجح ، فلابدّ أن يقسط ، بل لا وجه لغير التقسيط بعد فرض إمكانه ، وإن كان لا أثر له في المقام لأن الدينين لشخص واحد ، إلّا أنّه له أثر في فروض أُخرىٰ ، كما لو كان الدينان المتماثلان المتساويان لشخصين وأدىٰ مقدار أحدهما لوكيلهما من دون تعيين ، فوقوعه عن أحدهما دون الآخر مع عدم الخصوصية لكل منهما وعدم قصده لأي منهما ترجيح بلا مرجح بعد كونه من القسم القابل للتقسيط ، فلا شك في أنّه يتقسط .

وفيه : أن السيد الأُستاذ قال : أو عشرين دينار لزيد كلّ عشرة علىٰ حدة ، ومعنىٰ ذلك أن الدينين كلاهما لشخص واحد ، ففرضه لشخصين وترتيب الأثر علىٰ ذلك في الفرق بين الدين والصوم خروج عن محل البحث ، فلا وجه لهذا القيل .

.....

ببطلانه لا محالة ، إذ إن العمل الواحد غير قابل للتقسيط . وكذا الحال لو كان أجيراً عن زيد في صلاة وعن عمرو في صلاة أيضاً ، وصلىٰ صلاة واحدة من دون قصد أي منهما ، لم تقع صحيحة عن أي منهما ، إذ إنه لم يأت بالعمل نيابة لا عن زيد ولا عن عمرو ، والصلاة غير قابلة للتقسيط ، فيحكم بالبطلان لا محالة . **والثاني** : ما لو كان كل من زيد وعمرو مديناً لبكر بعشرة دنانير فضمنهما ضامن ، فالضامن مدين بعشرين ، فلو أدىٰ عشرة بقصد ما في ذمّته من دون قصد لأي من الدينين **تقسط لا محالة** ، لأنه قصد للمجموع ، لأنه لم يؤدِ مجاناً ، **وفي الحقيقة ليس هذا من عدم قصد الخصوصية ، بل من قصد كلتا الخصوصيتين معاً** ، وهذا خارج عن محل كلامنا في المقام .

٣ ـ وقد يفرض هنا قسم ثالث وهو أن يكون لأحدهما خصوصية مقيد بها دون الآخر ، كما لو كان عليه قضاء يومين صوماً ، أحدهما من هذه السنة والآخر من السنة الماضية ، فإن صوم اليوم الذي من هذه السنة له خصوصية ، **وهي أنّ المبادرة إليه في هذه السنة يرفع وجوب الكفارة ، وأنّه لو لم يبادر إليه تثبت عليه الكفارة** ، كفارة تأخير القضاء إلىٰ السنة الثانية ، بخلاف اليوم الذي من السنة الماضية فإن الفدية ـ أي الكفارة ـ فيه ثابتة قضاه في هذه السنة أو في السنة الآتية . **فلو أتىٰ بصوم يوم قضاء من دون قصد أنه من هذه السنة أو من السنة الماضية** ، فينطبق علىٰ ذلك اليوم ما في ذمّته من الصوم المطلق ، ويجزي عمّا لا خصوصية له وهو صوم السنة الماضية ، لاحتياج ما له الخصوصية إلىٰ خصوصية في القصد والمفروض عدمها .

وعليه فيقال في المقام : إن أداء الضامن بعض المجموع من غير تعيين يقع عمّا لا خصوصية له **وهو دين نفسه** ، لأن وقوعه عن دين الغير الذي ضمنه يتوقف علىٰ قصد الخصوصية ، **لأن ثبوت الرجوع علىٰ المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه** ، فما لم يقصد لا يكون منه[1] .

---

(١) **ما ذكره السيد الأُستاذ**دام ظله في هذا البيان **كما هو توضيح للوجه الرابع** الذي ذكره ، **هو ردّ لما ذكره السيد الحكيم**دام ظله واختاره من الدليل علىٰ صحة الوجه الثالث : الذي هو لا يقع الاعطاء لا عن نفسه ولا عن غيره ، بل يبقىٰ علىٰ ملك مالكه ، وبعد ذلك يكون مخيراً في التعيين ، فإن السيد الحكيمدام ظله قال ما نصه : إنه ذكر الأصحاب أنّه إذا كان الواجب متعدداً بلا تعيين امتنع

التعيين في مقام الوفاء ، فإذا جاء المكلف ببعض الواجب سقط البعض وبقي البعض بلا تعيين ، فإذا كان عليه صوم أيام من شهر رمضان فصام يوماً سقط يوم من تلك الأيام بلا تعيين . **وإذا كان الواجب متعدداً مع تعيين بعضه في مقابل البعض الآخر** [الظاهر أنه يريد من (تعيين بعضه في مقابل الآخر ، كما إذا كان عليه صوم الكفارة وصوم القضاء) هو أن كلاً منهما له خصوصية مقيداً بها غير الخصوصية التي في الآخر ، لا ما إذا كان لأحدهما خصوصية دون الآخر ، **ويشهد له قوله** (ما دام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر) **وعليه فلابدّ وأن يقيد صوم القضاء الذي يمّثل به**ﷺ فيما بعد بالذي كان من هذه السنة أو كونه هو المراد وإن لم يقيده ، لأنه هو الذي له خصوصية ، وخصوصيته هي أنّه لو لم يبادر في هذه السنة إلىٰ قضائه ثبتت عليه الكفارة ، وهي كفارة تأخير القضاء إلىٰ السنة الثانية] ، كما إذا كان عليه صوم الكفارة وصوم القضاء فصام يوماً ولم يعين ، بطل ولم يصح لأحدهما . **وكذا في المقام** ما دام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر لم يحصل الوفاء القصدي ، إلّا بقصد أحد المتعينين وإلّا خرج عن كونه قصدياً . وأما قصد الجامع بين المتعينين فليس قصداً لما في الذمّة ، لعدم كون الجامع المذكور في الذمّة ، وإنما الذي في الذمّة كل واحد من المتعينين ، **هذا ما تقتضيه المرتكزات العرفية . ونظير المقام ما إذا كان عليه قضاء رمضان من هذه السنة وقضاء رمضان من السنين السابقة** ، فإن قضاء رمضان هذه السنة تجب المبادرة إليه قبل رمضان الثاني فإذا لم يبادر كان عليه الكفارة ، وليس كذلك قضاء رمضان السابق ، فإذا نوىٰ صوماً قضاءً ولم يعين لم يصح لأحدهما» **المستمسك ١٣ : ١٨٧ (طبعة بيروت)**.

فإن في هذا الكلام من السيد الحكيمﷺ وقبل بيان النقص نقول : في تعبير السيد الحكيمﷺ الذي هو «تجب المبادرة إليه قبل رمضان الثاني» تأمل بل منع ، نعم ، رأي السيد الحكيمﷺ هو الوجوب كما ذكرﷺ أنه هو المستفاد من مصحح الفضل **المستمسك ٨ : ٥٠٧ المسألة ١٨ الرقم العام بحسب الترقيم هو [٢٥٣٩]** ولكن الرواية ضعيفة لضعف طريق الصدوق إليه **وعليه** : فإن الوجوب أوّل الكلام . نعم لو لم يقض قبل رمضان الثاني وجبت الكفارة . وليس في ذلك أثم .

وأما النقص : فهو عدم ذكر العدل الثالث ، وهو ما لو كان لأحد الواجبين خصوصية دون

وبذلك يتضح أنه لا وجه للقول بالتقسيط ولا القول بالقرعة ولا بقاء المال على ملك وكذا الحال في نظائر المسألة ، كما إذا كان عليه دَين عليه رهن ودَين آخر لا رهن

الواجب الآخر ، كما لو كان عليه صوم يومين أحدهما من هذه السنة والآخر من السنة الماضية ، فإن لصوم هذه السنة خصوصية وهي أنّه لو لم يصمه لكان عليه كفارة تأخير القضاء إلى السنة الثانية ، وأما صوم يوم الذي من السنة الماضية فليست فيه هذه الخصوصية . فإذا صام يوماً قضاءً من دون تعيين انطبق ما في ذمّته من الصوم المطلق لا الذي فيه خصوصية ، فيجزي عما لا خصوصية له ، وهو صوم اليوم الذي من السنة الماضية ، ولا يقع عن صوم اليوم الذي فاته من هذه السنة ، **فإن السيد الحكيم**قدس سره **ذكر العدل الأوّل** وهو ما لو لم يكن في كل من الواجبين خصوصية ، **والعدل الثاني** وهو ما لو كان لكل من الواجبين خصوصية مقيد بها ، **ولم يذكر العدل الثالث** الذي قد عرفت ، بل جعل العدل الثالث في ذيل كلامه داخلاً في العدل الثاني ، وهو غير صحيح ، فإن صوم قضاء هذه السنة من الذي فيه خصوصية .

على أن هذا الكلام من السيد الحكيمقدس سره كان ذكره دليلاً على بقاء المال المدفوع على ملك الدافع ، فيعين بعد ذلك أنّه من الدين الأصلي أو من دين الضمان ، بدعوى أنه هو مقتضى الأدلة أي هو مقتضى كلامه السابق ، وهو عدم وقوع ما دفعه من المال إلى المضمون له لا عن الدين الأصلي ولا عن دين الضمان ، فيبقى على ملك دافعه (وإن قبضه المضمون له) فيعين الضامن بعد ذلك أنّه أيّ منهما . **وبذلك تعرف ضعف ما ذهب إليه في المستمسك** ، فإنه متوقف على بقاء المال على ملك الدافع وهو غير باق ، لأن بقاءه على ملك الدافع متوقف على وجود الخصوصية لدين نفسه كما أنها موجودة لدين الضمان ، وقد عرفت عدم وجود الخصوصية لدين نفسه ، **فيكون احتساب الدين من الدين الأصلي** في مقابل دين الضمان الذي فيه خصوصية (وهي أنه إذا أدّاه جاز له الرجوع على المضمون عنه) ولم تقصد ، **أو من الدين الذي** ليس عليه رهن في مقابل الدين الذي عليه رهن الذي فيه خصوصية ولم تقصد ، **أو من الدين الأصلي لا من الدين الذي هو ثمن مبيع** الذي فيه خصوصية ولم تقصد . فلا يقع عنه ويقع عما لا خصوصية له ، **وهو دين نفسه أو الدين الذي ليس عليه رهن أو الدين الذي ليس هو ثمن مبيع** .

عليه[١] فأدّىٰ مقدار أحدهما ، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع[٢] وهكذا ، فإن الظاهر في الجميع التقسيط .

الدافع له إلىٰ أن يعينه بعد ذلك ، لانتفاء موضوع هذه الثلاثة كلها بعد وجود المرجح لما لا خصوصية له[١] .

(١) **المثال من قبيل القسم الثالث** من أقسام ما يتعلق بالذمّة من الشيئين المتماثلين ، فما عليه رهن فيه خصوصيّة ، وما لا رهن عليه ليس فيه خصوصية ، فلو أدّىٰ أحد الدينين من دون قصد لأي من الدينين ، انطبق الجامع علىٰ ما لا خصوصية فيه ، وبقي ما عليه رهن .

(٢) الكلام هو الكلام فيما قبله[٢] .

---

(١) من الغريب القول : «الأمر دائر بين هذا القول [وهو القول الرابع] والقول الأوّل ، ولا يبعد اختياره [أي القول الأوّل الذي هو القول بالتقسيط] علىٰ قول السيد الأُستاذ [أي السيد الخوئي قدس سره] فإنه بعد تقسيط المدفوع بتقريب ذكره في جامع المقاصد يحق للدافع الرجوع من دون اعتبار قصد الوفاء عن المضمون عنه فيه فلاحظ ، نعمّ الأحوط القول الرابع» .

أقول : والتقريب الذي ذكره في جامع المقاصد هو : أراد بالطلاق دفعه من غير قصد شيء من الدينين ، ولا قصد المجموع ، فالوجه عند المصنّف [أي العلّامة في القواعد] التقسيط ـ أي توزيع المدفوع علىٰ الدينين بالنسبة ، لامتناع صرفه إلىٰ احدهما ـ نظراً إلىٰ عدم الأولوية ، فيتعين الأوّل لانحصار الحال فيهما .

ويحتمل صرفه الآن إلىٰ ما شاء لعدم القصد ، وامتناع وقوعه بدونه .

ويضعف بأن المدفوع إليه ملكه من حين القبض ، فيمتنع أن لا يسقط شيء من الدين في مقابله ، لأنّ قبضه إنّما كان من جهته ، فتعين التوزيع لما قلناه من انتفاء الأولوية ، وهو الأصح» **جامع المقاصد ٥ : ٣٤٤** وهو ظاهر بل صريح في انتفاء المرجح ، وما ذكره السيد الأُستاذ قدس سره مرجح ، فكيف يكون المختار لأجل ذلك هو القول بالتقسيط ؟ ! حتّىٰ يحقّ للدافع الرجوع علىٰ المضمون عنه من دون اعتبار قصد الوفاء عن المضمون عنه ؟ ! ثمّ لو كان المختار هو القول بالتقسيط فكيف يكون الأحوط هو القول الرابع ؟ ! فإن هذا أغرب من الأوّل .

(٢) أي إن المثال من القسم الثالث ، فإن كونه هو ثمن المبيع يحتاج إلىٰ قصد الخصوصية ، دون

وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدَّينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدَّين الأصلي(*) . ويقبل قوله إذا ادّعىٰ التعيين في القصد لأنه لا يعلم إلّا من قبله .

[٣٥٩٥] «مسألة ٢٨» : لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدَّين علىٰ المضمون عنه ، كما لا يشترط العلم بمقداره ، فلو ادّعىٰ رجل علىٰ آخر دَيناً فقال : عليّ ما عليه ، صحّ(١) . وحينئذٍ فإن ثبت بالبيّنة يجب عليه أداؤه ، سواء كانت سابقة أو لاحقة ، وكذا إن ثبت بالاقرار السابق علىٰ الضمان ، أو باليمين المردودة كذلك .

---

(١) **ذكر الماتن**ﷺ أنه لا يعتبر في صحة الضمان علم الضامن بوجود الدين علىٰ المضمون

﴿ما لو كان من باب القرض ، فيقع عما لا خصوصية له وهو القرض ، فيبقىٰ ماله خصوصية وهو ثمن البيع علىٰ حاله ، فيكون حقّ خيار عدم دفع الثمن باقياً .

ثم ذكر الماتنﷺ ما نصه «وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين ، مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي» .

(*) لم أرَ فيما كتبت كلاماً للسيد الأُستاذﷺ هنا ، والظاهر أنّه اعتمد علىٰ ما تقدم منه ، فإنّ الكلام هو الكلام المتقدم ، **أي الماتن**ﷺ **يقول** بأن الأوجه التقسيط ، إذ ليس وقوعه عن أحدهما أولىٰ من وقوعه عن الآخر . **والصحيح هو وقوعه عما لا خصوصية له** وهو دين نفسه ، فوقوعه عنه متعين ولا يقع عن دين الضمان ، لأن وقوعه عما له خصوصية يحتاج إلىٰ القصد إليه بخصوصه والمفروض عدمه ، ووقوعه عما لا خصوصية له لا يحتاج إلىٰ القصد إليه بخصوصه ، والمفروض أنّه لم يقصد ، فيقع عمّا لا خصوصة له وهو دينه الأصلي لا دين الضمان .

نعم ، لو قال المضمون له : إنّي قصدت أنّه من دين الضمان أو من الدين الأصلي ، تعين حتىٰ لو شككنا في ذلك ، لما عرفت من أنّه له الولاية في ذلك وهو المالك لهذا الأمر ، ومن له الولاية في ذلك يسمع قوله مع الشك ، بمقتضىٰ السيرة القطعية العقلائية ، لا لأجل أنّ ذلك لا يعلم إلّا من قبله .

نعم لو فرض أن المضمون عنه يدعي عليه الكذب ويجزم بذلك ، وأنّه قصد دين الضمان كي لا يرجع الضامن عليه به إذا أدىٰ الدين الآخر ، لأنّ الدين الآخر دينه الأصلي ، فينتهي الأمر إلىٰ التنازع والترافع وهو شيء آخر ، فيكلف حينئذٍ المضمون له باليمين إن لم يكن للمدعي وهو المضمون عنه بيّنة علىٰ دعواه الكذب إذا وجه اليمين إلىٰ المضمون له .

عنه أو مقداره إذا علم أصله ، فيصح ضمان الدين وإن كان مجهول المقدار ، بل وإن لم يعلم أصل ثبوت الدين ، كما لو ادعىٰ شخص علىٰ آخر ديناً فقال آخر (عليّ ما عليه) صح ، **وهذا هو المعروف والمشهور ظاهراً** .

أما بالنسبة إلىٰ صحة الضمان مع الشك في المقدار فلعمومات أدلة الضمان علىٰ ما تقدم[1] ، فإنه ليس في شيء منها اعتبار العلم بمقدار الدين ، **وأما بالنسبة** إلىٰ صحة الضمان مع الشك في أصل وجود الدين ، فلأن الشك في المقدار يرجع إلىٰ الشك في الوجود ، لأنّه إذا دار الأمر بين الأقل والأكثر فبالنسبة إلىٰ الزائد الشك شك في الوجود ، فإذا صحّ هذا الضمان مع الشك في المقدار كما تقدم منّا في المسألة الأُولىٰ مفصلاً ، صحّ مع الشك في الوجود ، لأنّ الشك في المقدار مساوق للشك في الوجود ، فبالنسبة إلىٰ الزائد ليسا هما اثنين ، بل واحد .

لكن نسب الخلاف في ذلك إلىٰ بعض[2] ، فاختار عدم صحّة الضمان ، لقاعدة نفي

---

(١) لعمومات أدلة الضمان كما تقدم الكلام في الاستدلال بها في المسألة ١ [٣٥٦٨] من الواضح ١٦ : ٣١٥ . وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٨ . حيث استدل الماتن ﷺ هناك بعمومات صحة العقود ، وهو غير صحيح مع وجود عمومات صحة الضمان فإن عمومات صحّة الضمان حاكمة بصحته ، ومع وجودها يرتفع موضوع عمومات صحّة العقود ، إلّا أن يكون استدلالاً تنزلياً ، أي لو لم تكن في البين عمومات صحة الضمان ، فيستدل حينئذٍ بعمومات صحّة العقود .

(٢) **ذلك يظهر من عبارة المحقق ﷺ في الشرائع** حيث قال : «لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان» **الشرائع ٢ : ١٢٨** ، وكذا في القواعد ٢ : ١٥٨ ، والتحرير ٢ : ٥٥٢ ، والإرشاد ١ : ٤٠١ ، والمختلف ٥ : ٤٦٢ ٤٦٣ حكماً وتعليلاً ، وكذا المبسوط ٢ : ٣٣٥ ، والسرائر ٢ : ٧٣ ، موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١٠٢ ـ ١٠٣ ، وحكىٰ في المختلف ذلك عن المفيد والتقي ، كل ذلك ذكره في الجواهر ٢٦ : ١٤٤ ، وكذا في الخلاف ٣ : ٣١٩ ، ومهذب القاضي [نقله عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٤٦٠] والفاضل الأبي في كشف الرموز ١ : ٥٥٨ . فإن قوله «وقت الضمان» يمكن رجوعه إلىٰ العلم ، ويمكن رجوعه إلىٰ الثبوت

الغرر[١].

أقول : تقدم الكلام في ذلك في المسألة الأُولىٰ من مسائل الضمان[٢] وقلنا هناك إنّه **لا أساس لقاعدة نفي الغرر** في غير البيع ، فإنّه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر ، وإنّما الثابت منه النهي عن البيع الغرري . **كما تقدم أنها** لا تنطبق علىٰ المقام علىٰ تقدير أن يكون لها أساس[٣].

ثمّ بعد الفراغ عن صحّة هذا الضمان فهنا ثلاثة فروض :

١ ـ فإمّا أن لا يثبت الدين أصلاً بأي شيء ، فبعد أن ضمن الضامن وقبل المضمون له ولكن لم يثبت الدين وكان مجرد دعوىٰ من المضمون له ، فلا شك في بطلان الضمان لعدم الموضوع له .

في الذمّة . **والأوّل** هو الذي ذكر في مفتاح الكرامة الظهور فيه ـ وكذا الماتن وكذا السيد الأُستاذ **وهو الصحيح** ، عكس ما احتمل علىٰ ما سيأتي في المسألة الآتية ـ وعلىٰ كل حال استدل لهم في مفتاح الكرامة بقاعدة نفي الغرر مؤيداً له بالعقل ، وهؤلاء يقولون باعتبار العلم في الضمان مطلقاً ، إذنياً كان أو تبرعياً . والماتن وغيره يقولون باعتبار العلم في خصوص الإذني منهما دون التبرعي ، كما تقدم منه في المسالة ١ [٣٥٦٨] فراجع ، ولذا هنا قال بعدم اعتبار العلم لأن الضمان تبرعي وعدم أمر المدعى عليه الدين بالضمان .

(١) كما استدل لهم بها في مفتاح الكرامة .

(٢) الرقم العام [٣٥٦٨] . الواضح ١٦ : ٣١٥ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٨ .

(٣) **لنا بحث مفصل في المسألة الأُولىٰ [٣٥٦٨] حول ضررية الغرر في عقد الضمان الإذني لا التبرعي** ، وقلنا إن الغرر متصور في المقام . والضمان لو لم يكن من المعاملات المعاوضية فلا شك في أنّه شبيه بها ، والملاك الذي يقتضي المنع عن الغرر في بقية المعاملات المعاوضية موجود في الضمان الإذني أيضاً باعتبار رجوعه علىٰ المضمون عنه عند الأداء وأخذ ما ضمنه وأدّاه من المضمون عنه ، فهو شبيه بالمعاوضة . **فالملاك المانع من الغرر ـ** في المعاملات المعاوضية وهو الشرط الضمني الارتكازي عند العقلاء القائم علىٰ التحفظ علىٰ أُصول الأموال والتبدل في أنواعها ، **موجود في الضمان أيضاً** . ذكرنا ذلك في **بحث مفصل في هامش المسألة ١ [٣٥٦٨] الواضح ١٦ : ٣٢١** ومفصله سنذكره في هامش آخر هذه المسألة إن شاء الله تعالىٰ .

٢ ـ وإمّا أن يثبت الدين ببيّنة فيجب أداؤه ، سابقة كانت البيّنة علىٰ الضمان أو لاحقة له ، فإنه لا فرق في ذلك ، إذ لا تختص حجية البيّنة بالذي تكون قبل الضمان ، بل تشمل حتّىٰ التي تكون بعد الضمان ولكن تشهد بالدين الذي كان حين الضمان ، لا بالذي كان بعده ولا مطلقاً[١] فيجب اداؤه أيضاً .

٣ ـ وأما إذا ثبت الدين بإقرار من المضمون عنه عند غير الضامن سابقاً علىٰ الضمان فيلزم حينئذٍ الضامن بالأداء ، لأنه انتقل الدين إلىٰ ذمّة الضامن (بعد ثبوته قبل الضمان بالاقرار في ذمّة المضمون عنه) ، ويرجع الضامن به بعد الأداء علىٰ المضمون عنه إن كان بإذنه ، وإلّا فلا .

أو ثبت الدين باليمين المردودة سابقاً علىٰ الضمان أيضاً[٢] فانه يلزم الضامن بالأداء لعين ما

---

(١) كما يأتي في ذيل هذه المسألة .

(٢) فإنه مقيد اعتبارها وحجتها علىٰ الضامن أيضاً بما إذا كانت قبل الضمان ، كما إذا كانت دعوىٰ موثقة عند القاضي لم يعلم بتوثيقها المضمون عنه ، وكانت هذه الدعوىٰ الموثقة قبل الضمان ، فأدعىٰ عليه الدائن الدين ولا بيّنة له ، فطلب الحلف من المدين فرد المدين الحلف علىٰ المدعي للدين ، فحلف المدعي للدين علىٰ دعواه ، وثبت الدين عليه قبل ضمان الضامن الذي ضمن عند نزاعهما الجديد مرة أُخرىٰ ، فقال الضامن عليّ ما عليه ، فأخرج القاضي الأوّل الدعوىٰ التي كانت قبل الضمان وفيها حلف المدعي وهو الدائن بعد أن ردّ المدين الحلف عليه ، فإن هذه اليمين المردودة هي الحجة ليس إلّا فيجب علىٰ الضامن حينئذٍ الأداء إلىٰ المضمون له ، ويرجع علىٰ المضمون عنه إن كان الضمان بأمره أو اذنه القائم مقام أمره ، وإلّا فلا يرجع عليه .

وأما اليمين المرددة التي تكون بعد الضمان فإنه لا أثر لها بالنسبة إلىٰ الضمان ، وإنما تختص حجيتها بمن ردّ اليمين وهو المضمون عنه ، لا أنّها تكون حجة علىٰ أشخاص آخرين كالضامن في المقام . فلو حلف الدائن الذي هو ـ علىٰ الفرض ـ المضمون له بعد أن رد المضمون عنه اليمين عليه ، فلا أثر لهذه اليمين المردودة في وجوب أداء الضامن ما ضمنه إذا كان منكراً للدين .

كما أن الماتن ﷺ ووافقه السيد الأُستاذ ﷺ أيضاً قال : للمضمون له أن يلزم المضمون عنه

وأمّا إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان ، أو ثبت باليمين المردودة ، فلا يكون حجّة على الضامن إذا أنكره[1] .

ثبت في الإقرار السابق على الضمان .

(١) **وإنما قيد الإقرار بالسابق على الضمان** لأن الإقرار اللاحق له ، أو ردّ المضمون عنه الحلف على المدعي ، الذي هو المضمون له فحلف ، اللذين لا أثر لهما بالنسبة إلى الدين ، **إذ لا يكون ذلك الإقرار حجة على الضامن لو أنكره** ، لاختصاص حجية الإقرار بالمقر دون غيره ، فإن ما يكون عليه بالإقرار يلزم به ، وأما بالنسبة إلى ما يكون على غيره كالضامن في المقام فلا أثر له ولا يلزم به الضامن .

وكذا اليمين المردودة لا أثر لها إلّا بالنسبة إلى من ردّ اليمين على الدائن ، والراد اليمين على الدائن هو المضمون عنه فهي حجة عليه ، لا بالنسبة إلى أشخاص آخرين كالضامن في المقام .

وبعبارة أوضح اليمين المردودة من المضمون عنه المنكر لدين يدعيه عليه المضمون له الذي لا بيّنة عنده لاثبات الدين فيتوجه اليمين على المنكر الذي هو المضمون عنه على نفي الدين ، فإذا لم يحلف وردّ اليمين على المضمون له فحلف المضمون له على دعواه ، فإن هذه اليمين لا أثر لها بالنسبة إلى الضامن ، وإنما أثرها مختص بالمضمون عنه ، كالإقرار اللاحق للضمان ، فإنه نافذ على المقر وهو المضمون عنه ، لا على غيره الذي هو الضامن .

نعم ، لو كان الاقرار قبل الضمان[1] ، فالضامن ضمن ذلك الدين الذي ثبت باقراره في ذمّة المضمون عنه فينتقل إلى الضامن بالضمان ، لأن الإقرار كان منه في ظرفه وهو قبل الضمان ، وقد ثبت الدين عليه ، فيضمنه الضامن فينتقل إلى ذمّته .

﴿بالدين لثبوت الدين عليه باليمين المردودة ، أو بالاقرار بالدين اللاحق للضمان ، فيلزمه بالأداء إليه ـ أي إلى المضمون له ـ عن الضامن . ولكن في الالزام تأمل وإشكال بل منع كما سيأتي منّا .

(١) وكذا اليمين المردودة لو كانت قبل الضمان ، فالضامن ضمن ذلك الدين الذي ثبت باليمين المردودة قبل الضمان . فينتقل إلى الدائن بالضمان ، لأن الدين كان ثابتاً على المضمون عنه قبل الضمان .

ويلزم عنه بأدائه في الظاهر[١] .

وأمّا إذا فرض أنّه في ظرف الضمان لم يثبت دين علىٰ المضمون عنه لعدم حجيته علىٰ الضامن فيما ضمنه ، فكيف بانتقاله **إلىٰ الضامن** حيث لم يعلم أن للضمان موضوعاً ، فلا يلزم **الضامن** بالأداء ، **فإذا ثبت الدين بعد الضمان** بالإقرار من المضمون عنه ، لا أثر لهذا الإقرار بالنسبة إلىٰ غير المقر الذي هو المضمون عنه ، أي لا أثر لهذا الإقرار **بالنسبة إلىٰ الضامن** ، فلا يلزم **الضامن** بالأداء ، ولا يكون إقرار المضمون عنه حجة في حق الضامن ، فلا أثر له بالنسبة إليه .

وكذا إذا ثبت الدين باليمين المردودة ، لأن أثره وحجيته مختص بمن ردّ اليمين علىٰ الحالف ، **وليس هو الضامن** ، بل هو المضمون عنه . **كما أنّ للمضمون له مطالبة المضمون عنه** ، لأنه اعترف بالدين ، أو ثبت الدين عليه باليمين المردودة ، فإنه يلزم ظاهراً بالأداء إلىٰ المضمون له (عن الضامن من كما سيأتي) ، وهذا لا إشكال فيه .

(١) أي يلزم المضمون عنه بأداء الدين ـ إلىٰ المضمون له ـ عن الضامن[١] ظاهراً ، فليس هو مطلق العنان ، بل يؤخذ باقراره وباليمين التي ردّها فحلف المردود عليه ويلزم بالأداء .

وأُشكل علىٰ ذلك[٢] **بأن اقرار المضمون عنه كالعدم** ، للقطع وجداناً بعدم اشتغال ذمّته بشيء ، لأنه إن كان كاذباً فالأمر واضح ، إذ لا أثر للاقرار الكاذب . وإن كان صادقاً فقد انتقل الدين من ذمّته إلىٰ ذمّة الضامن لا محالة[٣] ، فبأي شيء يطالبه المضمون له .

والصحيح ما ذكره الماتنﷺ من اللزوم المذكور ، ويمكن تقريب ذلك بوجهين :

الوجه الأوّل : أن يقال إن المضمون عنه عندما أقر بالدين إلىٰ المضمون له ، **فاقراره هذا حجة في ثبوت الدين** ، وبما أنّه ضمنه ضامن لا يعترف بالدين ، ولا يمكن اثباته بشيء ، فلا يمكن

---

(١) في التعبير بالضامن والمضمون عنه والمضمون له مع عدم ثبوت الضمان مسامحة ظاهرة .

(٢) **المشكل السيد الحكيم**ﷺ حيث قال : «هذا اللزوم غير ظاهر ، للعلم بفراغ ذمّة المضمون عنه ، لأنّه إن كان مشغول الذمّة قبل الضمان فقد برئت بالضمان ، وإن كان بريء الذمّة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها ، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه» **المستمسك ١٣ : ٣٢٤ أو (١٨٩ طبعة بيروت)** .

(٣) وباعتراف المضمون له .

الزام الضامن بالأداء ، فإذا لم يكن المضمون عنه ملزماً بالأداء أيضاً لزم ذهاب مال المسلم هدراً ، والحال إن حرمة ماله كحرمة دمه ، فلابدّ للمضمون عنه من الخروج عن العهدة[1] ، ولا يمكن ذلك

(١) **أقول** : حرمة مال المسلم كحرمة دمه لا يقتضي أن يكون المال في عهدة المضمون عنه حتّىٰ يجب عليه الخروج عن العهدة ، والمفروض اعتراف المضمون له بالضمان ، ومعنىٰ ذلك اعترافه ببراءة ذمّة المضمون عنه ، فكيف مع ذلك يلزم المضمون عنه بالأداء ولو عن الضامن ؟ وما حال المضمون عنه إلّا كحال الأجنبي بالنسبة إلىٰ هذا المال ، فهل حرمة المال تقتضي اشتغال ذمّة الأجنبي به وأن يعطي المال إلىٰ المضمون له عن الضامن؟! لئلا يذهب مال المسلم هدراً ، وليس ذهاب مال المسلم هدراً بأولىٰ من اشتغال ذمّة البريء به والزامه يدفع المال إلىٰ المضمون له ، فكيف يلزمه المقر بأداء المال إلىٰ المضمون له . ومن هنا يتوضح ما في قول السيد الأُستاذ دام ظله «إن المضمون عنه عندما أقرّ بالدين إلىٰ المضمون له فاقراره هذا حجّة في ثبوت الدين» فإن اقراره هذا حجّة في ثبوت الدين عليه لو لم يكن كاذباً ولو لم يكن هنا ضمان متحقق ، وهنا إن لم يكن كاذباً فالضمان متحقق ، ويعترف به المضمون عنه والمضمون له ، فكيف مع اعتراف المضمون له بأن لا حقّ له علىٰ المضمون عنه يكون اعتراف المضمون عنه حجة في ثبوت الدين عليه للمضمون له ، فإن اعترافه بثبوت الدين عليه لا يكون حجة عليه وخصوصاً بالنسبة إلىٰ المضمون له .

ولا أقل من دخول ذلك في تعارض الاقرارين والاعترافين ، فالمقر يعترف ـ فرضاً أي لو كان اعترافه حجة في ثبوت الدين عليه ـ بأن ذمّته مشغولة للمضمون له ، والمضمون له يعترف بعدم استحقاقه علىٰ المقر شيئاً وعدم اشتغال ذمّته له ، وفي محله ذكر السيد الأُستاذ دام ظله ليس لأي منها الأخذ بما يعرتف به الآخر لمنافاته لاعتراف نفسه ، كما ليس للحاكم الشرعي تنفيذ أي من الاعترافين بعد ابتلائه بالمعارض كما ذكر ذلك السيد الأُستاذ دام ظله ، فيما تقدم في عدّة موارد منها في كتاب الإجارة في موارد متعددة من هذه الموارد في المسألة ١ [٣٣٥٦] **موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٢٤ و٤٢٨ ، الواضح ١٠ : ٣٣٨ ٣٣٩ ، ٣٤٢ ٣٤٣ ، ٣٣١** فقال دام ظله في

إلّا بالأداء عن الضامن ، باعتبار أنّه بادعائه كان الدين ثابتاً في ذمّة الضامن ، وهذا الوجه هو الأوفق بالعبارة .

الوجه الثاني ـ ولعله أوضح من الوجه الأوّل ـ : أن يقال بفساد الضمان وعدم انتقال المال من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن ، لا لاشتراط صحّة الضمان بالعلم بأصل الدين أو مقداره ، لعدم اعتبار ذلك ، **بل إن صحّة الضمان كما هي مشروطة بثبوت الدين واقعاً** ، وإلّا فلا ضمان ـ

﴿ موسوعته فيما لو تنازعا في أصل تحقق عقد الإجارة فالقول قول منكر الإجارة ، فإن كان هو المالك استحق أُجرة المثل ، وهي قد تكون أكثر من الاجرة المدعاة من المتصرف وقد تكون أقل فإن كانت أقل بأن كانت أُجرة المثل ٥٠ ديناراً والأُجرة المدعاة من المتصرف ١٠٠ دينار ، فالمالك يعترف بعدم استحقاقه الخمسين الأُخرىٰ ، ويعارضه اعتراف المتصرف باستحقاق المالك عليه تماماً المائة **ما نصه** : «بل أنّ مرجع التنازع وقتئذٍ إلىٰ اعترافين متضادين ، فيعترف المالك بعدم استحقاقه علىٰ المتصرف أزيد من خمسين ، ويعارضه اعتراف المتصرف باستحقاق المالك عليه تمام المائة ، فكل منهما يعترف علىٰ نفسه شيئاً (إلىٰ أن يقول) فهذا خارج عن مورد الدعوىٰ وداخل في عنوان الاعتراف ، **وفي مثله** ليس لأي منهما الآخذ بما يعترف به الآخر ، لمنافاته للاعتراف نفسه ، كما ليس للحاكم الشرعي تنفيذ أي من الاعترافين بعد ابتلائه بالمعارض» فهنا الأمر كذلك لو كان اعتراف المقر بأن ذمّته مشغولة للمضون له حجة وقد ناقشنا في حجيّة بعد فرض تحقق الضمان فيعارضه اعتراف المضمون له المقر بالضمان ببراءة ذمّة المضمون عنه ، وعدم استحاقه عليه شيئاً فكيف يكون (المضمون عنه ملزماً بأدائه عن الضامن في الظاهر) .

نعم ، يجب علىٰ المضمون عنه فيما بينه وبين الله ـ إن كان عالماً بعدم الضمان وعدم الكذب في الاقرار ـ أن يعمل بمقتضىٰ علمه ، وأن يسلم المال المقر باستدانة له من الدائن . واعتراف الدائن له بأنه لا حق له عليه لا يوجب سقوط الدين ، فيجب عليه إيصاله له .

لا أنّه يلزمه أحد ، ولا أنّه يؤديه عن الضمان ، إلّا أن المفروض أن المقر يجزم بالضمان ، ومعه لا يكون اعترافه حجّة في ثبوت الدين عليه مع اعتراف المضمون له بعدم حقّ له عليه ؟ !

والتعليق علىٰ ذلك لا ضرر فيه ، لأن المعلق عليه مما هو قوام العقد ، والتعليق إنّما يضر فيما إذا لم يكن كذلك ـ **كذلك مشروطة بثبوت الدين عند الضامن بحكم الشارع عند الضمان** ، فلو لم يثبت عند الضامن أن المضمون عنه مدين ، فمجرد وجود الدين واقعاً لا يكفي في صحّة الضمان ، فالتزام الضامن من الأوّل في جعل المال في عهدته منوط بالثبوت ، ولم يثبت عنده علىٰ الفرض ، لأن اقرار المضمون عنه ليس بحجة في ظرفه ، فالمعلق عليه غير حاصل فالضمان غير حاصل ، فذمّة المضمون عنه مشغولة للدائن ، ولابدّ له من الخروج عن عهدته[1] .

---

(١) **أقول** : هذا معناه عدم كفاية ثبوت الدين في الذمّة واقعاً في صحّة الضمان ، **وقد تقدم في الأمر الثامن والعاشر** من الأُمور المعتبرة في الضمان **كفاية ثبوته في ذمّة المضمون عنه** ، ويكفي في ذلك التمييز الواقعي ، **وأما ثبوت الدين بحكم الشارع عند الضامن فهذا لم يشترط ، ولا دليل عليه** ، حتىٰ يكون التزام الضامن من الأوّل في جعل المال في عهدته منوطاً بثبوت الدين شرعاً عنده ، فما لم يثبت فهو غير ضامن . فذمّة المضمون عنه مشغولة للدائن ، فلابدّ له من الخروج عن العهدة . **ولم يشعر كلام السيد الأُستاذ** قدس سره **بدليل عليه ، بل مجرّد أن ذلك ممكن ، ومجرد الإمكان ما لم يكن عليه دليل لا أثر له . علىٰ أن مقتضىٰ** ذلك ـ أي ما ذكر السيد الأُستاذ قدس سره من الوجه الثاني الذي هو أوضح من الوجه الأوّل ـ **هو أن يؤدي المضمون عنه المال عن نفسه** ، لا عن الضامن الذي هو محل الكلام . والذي يقول المشكل فيه إن لزوم أداء المضمون عنه عن الضامن غير ظاهر . **فالصحيح ما يقوله السيد الحكيم** قدس سره **تبعاً للمحقق الشيخ آقا ضياء الدين العراقي في تعليقته الأنيقة علىٰ العروة الوثقىٰ ٥ : ٤٢٩ .**

وقيل في قول الشيخ ضياء الدين العراقي وقول السيد الحكيم بأن هذا اللزوم غير ظاهر **ما نصه** : «ويمكن المناقشة فيه بأنه بالإقرار يثبت اشتغال الذمّة ثبوتاً كما في جميع موارد ثبوت الدعاوي ، والانتقال إلىٰ ذمّة الضامن إنما هو في الرتبة المتأخرة ، ويمكن التفكيك بين الرتبتين عقلاً وعرفا ، فإذا وردت الخدشة علىٰ الرتبة الأخيرة من حيث كونه عن إقرار في حق الغير تبقىٰ الرتبة الأُولىٰ سالمة عن الإشكال ، ولعله لذلك قرر المسألة علىٰ ما في المتن بقية مشايخنا

ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدَّين أو مقداره فأقرّ الضامن أو ردّ اليمين علىٰ المضمون له فحلف ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه[1] إذا كان منكراً وإن كان أصل الضمان باذنه .

---

(١) **إذا اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو في مقداره .**

فإن كان الاختلاف في مقداره فإما أن[1] يقرّ الضامن به ، أو يرد اليمين علىٰ المضمون له ،

قدّس الله أسرارهم» **مهذّب الأحكام ٢٠ : ٢٦٩ .**

وفيه : أن الإقرار يثبت اشتغال الذمّة ثبوتاً ظاهرياً إنما هو عند المقرّ لا ثبوتاً ظاهرياً عند الكل في موارد الاختلاف والنزاع . وأما فيها فلا ، فليس الانتقال إلىٰ ذمّة الضامن الذي هو المخالف في المقام يكون في مرتبة متأخرة عن ذلك حتىٰ يقال إنّه يمكن التفريق بين المرتبتين عقلاً وعرفاً . وورود الخدشة علىٰ الرتبة الأخيرة لا ينافي بقاء الأُولىٰ سالمة . ولعلّ الذي قرر المسألة كما في المتن كالسيد الأُستاذ إنما قررها لوجه آخر ، وقد عرفت ما فيه ، وقد يكون الآخرون كذلك ، ولو كان استنادهم إلىٰ ما ذكره السيد السبزواري لكان في الاستناد ما عرفت .

والنتيجة : علىٰ ضوء ما تقدم أن أصل الضمان باطل إذا كان إذنياً للغرر ، وعلىٰ فرض صحة أصل الضمان فلا يلزم المضمون عنه بالأداء لا عنه ولا عن الضامن لو أقرّ المضمون عنه بالدين بعد الضمان ، أو ردّ اليمن علىٰ المضمون له فحلف . **ومن هنا علق كاشف الغطاء** علىٰ قول الماتن (ويلزم عنه بأدائه في الظاهر) بما نصه «في العبارة تحريف ظاهراً ، ولعلّ الصحيح (ولا يلزم بأدائه عنه في الظاهر) العروة الوثقىٰ (مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام) ٥ : ٤٢٩ .

(١) تشهد البيّنة به ، وإمّا أن يقرّ الضامن به ، وإمّا أن يرّد اليمين علىٰ المضمون له فيحلف .

فإن قامت البينة به : فإما أن يكون قيامها علىٰ الدين حين الضمان ، وإمّا أن يكون بعده ، وإمّا أن تشهد مطلقاً .

وعلىٰ الثاني والثالث فلا ينفع قيامها في ثبوت الدين علىٰ الضامن ، فلا يجب عليه أداؤه إلىٰ المضمون له حتّىٰ يحق له الرجوع علىٰ المضمون عنه أو لا .

وأمّا علىٰ الأوّل ، فلا شك في وجوب أداء الضامن المال المضمون إلىٰ المضمون له ، ولكن ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه لأنّه منكر للضمان كما هو المفروض ، ومع انكاره للضمان

فيحلف المضمون له فيثبت ذلك على الضامن ، فلابدّ للضامن من الأداء ،ولكن ليس له الرجوع على المضمون عنه في غير المقدار الذي يعترف به المضمون عنه ، لأن اقرار الضامن ليس بحجة على المضمون عنه ، واليمين المردودة إنما يكون أثرها على الراد فقط وهو الضامن لا المضمون عنه ، فلا حجة شرعية لجواز رجوع الضامن على المضمون عنه في الزيارة مع عدم اعتراف المضمون عنه بها ، فلا يجوز للضامن الرجوع على المضمون عنه إلّا بما يعترف المضمون به حال الضمان وهو أصل الدين لا الزيادة ، فلا حجة على الزيادة حال الضمان حتى يكون الضمان الاذني شاملاً لها ليصح له الرجوع عليه بها .

وأمّا إذا كان الاختلاف في أصل الدين ، فإن كان اذن المدين في الضمان شخصياً بأن قال له : اضمن عني هذا الدين المعين ، فلا يمكن أن يتصور أن يعترف الضامن بأصل الدين وينكر المضمون عنه ذلك ، لأن الإذن في الضمان اعتراف بالدين لا محالة . **ولكن ذلك قابل للتصور فيما إذا كان الضمان بعنوان الكلي** ، بأن يقول لزيد اضمن عني جميع ديوني فضمنها ، ولكن وقع الخلاف بينهما بالنسبة إلى فرد واحد من الديون ، فقال المضمون عنه : إني لست بمدين له فلست بآذن ، فالاذن وإن كان موجوداً إلّا أن أصل ثبوت الدين هنا محل إشكال ، فلو فرض اعتراف الضامن واقراره بالدين وأداؤه بعد ذلك بمقتضى اعترافه ليس له الرجوع إلى المضمون عنه **لعدم ثبوت الدين** . وإن كان على تقدير الثبوت كان مأذوناً من قبله وكان الضمان بأمره ، **وإلّا فالأذن الشخصي مع انكار الدين لا يجتمعان . وبالجملة** : اقرار الضامن ليس بنافذ في حق المضمون

﴿كيف يكون له الحقّ في الرجوع على الممضون عنه؟! فإنه إنما يحق له الرجوع على المضمون عنه فيما إذا كان معترفاً بالضمان وثبت كونه أذنياً ، **وأما مع إنكاره للضمان** وثبوته عليه بالبينة فلا شك في أنه ليس له الرجوع على المضمون عنه . **ولذا لم يذكر الماتن**ﷺ **صورة ثبوت الضمان بالبينة في هذا الفرع** ، لأن الكلام هنا في جواز الرجوع المضمون عنه . وإنما ذكر ذلك في الفرع الأوّل وهو ما لو كان النزاع بين الدائن والمدين ، لا بين الضامن والمضمون عنه ، فلا يحتمل أن يكون قوله الآتي : «**ولابدّ في البينة المثبة للدين من أن تشهد بثبوته حين الضمان**» راجعاً إلى الفرّع الثاني ، وإنما هو راجع إلى الفرع الأوّل ليس إلّا .

ولابدّ في البيّنة المثبتة للدَّين أن تشهد بثبوته حين الضمان ، فلو شهدت بالدَّين اللّاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه علىٰ الضمان أو لحوقه لم يجب علىٰ الضامن أداؤه[1] .

عنه ، وإنما هو نافذ في حقه ـ أي المعترف أو المقرّ ـ فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه إذا أنكر المضمون عنه أصل الدين أو إذا أنكر الزائد ، فيحق للضامن المقر الرجوع عليه بالمقدار الذي يعترف به المضمون عنه لا بالزائد ، إلّا إذا ثبت بحجة شرعية من بيّنة أو نحوها .

وكذا إذا ردّ الضامن اليمين علىٰ المضمون له فحلف المضمون له علىٰ أصل الدين أو علىٰ الزائد ، فإنّ هذه اليمين المردودة إنّما أثرها ليس إلّا علىٰ الراد وهو الضامن لا علىٰ المضمون عنه فلم يثبت بذلك أصل الدين أو الزيادة حتىٰ يصح رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بذلك .

(١) **ثمّ ذكر الماتن**قدس سره أن البيّنة إذا كانت علىٰ ثبوت الدين علىٰ المضمون عنه لا تكون هذه البيّنة حجة ومثبتة لجواز رجوع الضامن إلىٰ المضمون عنه ، **إلّا فيما إذا شهدت البيّنة علىٰ** ثبوت الدين السابق علىٰ الضمان ليكون الضمان ضماناً شرعياً وموجباً لانتقال الدين من ذمّة المدين إلىٰ ذمة الضامن ، **وأما إذا شهدت البيّنة بالدين اللاحق للضمان أو بالدين علىٰ الإطلاق من دون تقييد بكونه سابقاً علىٰ الضمان أو لاحقاً له ، فهذه البيّنة لا أثر لها** ، إذ لابدّ في جواز رجوع الضامن إلىٰ المضمون عنه[1] ، فيما إذا شك في أصل الدين من ثبوت الدين ، فإذا لم يثبت هذا الدين شرعاً فلا أثر لهذا الضمان ، فلابدّ من اثبات الموضوع ، وهو ثبوت الدين في ذمّة المضمون عنه ببيّنة حين الضمان ، لينتقل الدين من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، وأما شهادة البيّنة بالدين اللاحق أو شهادة البيّنة بدين من غير تقييد بالسابق ، فلا يترتب علىٰ هذه الشهادة ثبوت الدين قبل الضمان ،

---

(١) بل حتىٰ جواز رجوع المضمون له علىٰ الضامن غير ثابت ، لأنّه لا يثبت بالبيّنة المطلقة الدين علىٰ الضامن قبل الضمان حتىٰ يكون الضمان موجباً لانتقاله إلىٰ ذمّة الضامن ، إلّا إذا اعترف الضامن به أو ردّ اليمين علىٰ المضمون له فحلف ، وعلىٰ كل من هذه الفروض الثلاثة ـ اليمين أو الإقرار ، أو ردّ اليمين ـ لا يثبت للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه . ولذا لم يذكر الماتن ولا السيّد الأُستاذقدس سرهما صورة ثبوت الضمان بالبينة ، لأن الفرع الثاني إنّما هو في جواز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه ، ومع ثبوت الضمان علىٰ الضامن بالبينة ليس له مع أدائه المال إلىٰ المضمون له أن يرجع علىٰ المضمون عنه ، لاعترافه بعدم الدين ، ولذا كان النزاع بينه وبين المضمون له .

فلا يحكم بصحة الضمان .

وعليه فما ذكرناه سابقاً من أنّه في صورة ما إذا ضمن الضامن مع الشك في ثبوت الدين ، فإن شهدت البينة فلابدّ وأن يعطي الضامن ما ضمن ، **فإن كان بأمر المضمون عنه يضمن المضمون عنه له ، وإلّا فلا ، يختص بشهادة البيّنة** . بثبوت الدين حين الضمان ، وأما في غير ذلك ، فلا أثر للبيّنة ، والوجه فيه ظاهر وهو عدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلىٰ ذمّة الضامن ، كما في غير هذا المورد من الموارد[1] .

---

(١) وعدنا التعرض لبحث ضررية الغرر في الضمان الاذني ـ لا التبرعي ـ فإنه ذكر جملة من الأصحاب ومنهم الماتن قدس سره أنّه لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه **واستُدل عليه** : ١ ـ بالعمومات العامة ٢ ـ وبعمومات أدلة الضمان ٣ ـ وبقوله صلى الله عليه وآله : «الزعيم غارم» ٤ ـ وبضمان علي بن الحسين لدين عبدالله بن الحسن ٥ ـ وبضمانه عليه السلام لدين محمّد بن اسامة .

واختار الماتن قدس سره اعتبار العلم بمقدار الدين إذا كان الضمان إذنياً دون ما لو كان تبرعياً وإن كان اختار في بادئ الرأي موافقة المشهور وعدم اعتبار العلم بمقدار الدين مطلقاً ، طبعاً فيما إذا كان له تعين في الواقع .

وقوّىٰ آخرون اعتبار العلم بمقدار الدين علىٰ الاطلاق .

ودليل الصحة وعدم اعتبار العلم علىٰ الاطلاق ليس إلّا عمومات أدلّة الضمان الذي هو الدليل الثاني ، فإنه لم يقيد في شيء منها بالعلم بالمقدار ، **وباقي الأدلة كلها ضعيفة** علىٰ ما تقدم في المسألة ١ [٣٥٦٨] .

وأما ما اختاره الماتن قدس سره من التفصيل بين الضمان التبرعي فلا يعتبر في صحته العلم بمقدار الدين ، وبين الضمان الاذني فيعتبر فيه العلم بمقدار الدين وجنسه ، **فلاجل** أن الضمان التبرعي لا يتصور فيه الغرر ، إذ لا دليل علىٰ عدم جواز ايقاع النفس في الغرر الذي لا يؤمن معه من الضرر ، **ودليل الضرر ناظر** إلىٰ الأحكام الالزامية إذا اوجبت ضرراً علىٰ المكلف فترتفع لا إلىٰ عدم جواز ايقاع النفس بالضرر ، وبين الأمرين بون بعيد ، فلا شك في صحة الضمان التبرعي

حتىٰ مع عدم العلم بمقدار الدين أو جنسه. **وأما الضمان الإذني** فادعىٰ الماتن أنّه شبيه بالمعاوضة فيشمله دليل نفي الغرر المانع من صحة المعاملة الغررية علىٰ الإطلاق.

وأجاب السيد الأُستاذ الماتنَ بعدة أجوبة:

الأوّل: أنه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر، وإنما الثابت منه النهي عن البيع الغرري، وألحق الفقهاء به الإجارة ونحوها من المعاملات المعاوضية، دون الضمان الاذني باعتبار أن الضمان ليس معاوضة، بل ليس هو إلّا نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن، وليس في ذلك أي عوض. نعم لو أدىٰ الضامن مال الضمان له أن يرجع علىٰ المضمون عنه بذلك، فشمول دليل الضمان لذلك يحتاج إلىٰ دليل ولا دليل.

وثانياً: لا غرر في الضمان الاذني، لأن مال الضمان أي مقدار كان إذا أداه الضامن يرجع به مع المضمون عنه قليلاً كان أو كثيراً، أي مائة دينار كان أو ألف دينار، مائة درهم كان أو ألف درهم، مائة مثقال من الذهب أو ألف مثقال من الذهب.

وما ذكره السيد الأُستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه من الوجوه:

أما أوّلاً فلأن السيد الأُستاذ ذكر (أنه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر، وإنما الثابت منه النهي عن البيع الغرري) وكرر ذلك في موسوعته كثيراً.

وفيه: أن نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن مطلق الغرر غير ثابت، **ونهيه صلى الله عليه وآله عن البيع الغرري غير ثابت أيضاً، وقد تقدم بحث ذلك مفصلاً في كتاب الإجارة** في بحث اعتبار العلم بالعوضين فيها، **الواضح ٩: ٢١١**، فإنه لم يثبت أي من النهيين، ولذا لم يستدل به علىٰ اعتبار المعلومية في العوضين في الإجارة لا أصالة ولا إلحاقاً بالبيع.

وثانياً: ليس معنىٰ عدم ثبوت النهي عن الغرر مطلقاً وعن البيع الغرري عدم وجود دليل دال علىٰ ضررية الغرر في المعاملات المعاوضية علىٰ الإطلاق.

فإن الغرر أوّلاً معناه هو ما في عدّة من كتب اللغة كالصحاح ٢: ٧٦٨ مادة غرر، والمصباح المنير ٤٤٥ مادة غرر: ما فيه الخطر وعن الأزهري في تهذيب اللغة ١٦: ٨٣: بيع الغرر ما كان علىٰ غير عهدة ولا ثقة، ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول»

﴿ تهذيب اللغة ٨ : ١٩ ، وفي القاموس المحيط ٢ : ١٤٣ ، غرر بنفسه تغريراً أعرضها للهلكة ، والاسم الغرر .

ونقل الشيخ الأنصاري في المكاسب رواية عن أمير المؤمنين عليه السلام في تفسير الغرر بأنّه : «عمل ما لا يؤمن معه من الغرر» والظاهر أنّه نقل ذلك عن الجواهر ٢٢ : ٣٨٧ أو المصابيح ، فإن فيه : وروىٰ أين أبي المكارم الفقهي عن أمير المؤمنين عليه السلام : أن الغرر ما لا يؤمن معه الضرر» إلّا أن هذا الحمديث لم نعثر عليه في كتب الحديث مع بدل الوسع في ذلك ، وإنما أرسله السيّد الطباطبائي في المصابيح في الفقه : البيع مصباح : يشرط في المبيع القدرة علىٰ التسليم ، ورقة ٢٣٦ (مخطوط) . ونقله عنه غيره .

وفي نهاية ابن الأثير تفسير الغرة بالغفلة ، وأنّه نهي عن بيع الغرر ، وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطل مجهول . **النهاية ٣ : ٩٩٤ .**

وعلىٰ كل حال ، بلا إشكال المستفاد من ذلك أن الغرر الذي ذكروه في البيع ونحوه إنما هو من حيث الجهالة بالمبيع من حيث الثمن أو الصفات أو المقدار ، لا كل خطر بنحو يشمل تسلمه وعدمه ونحو ذلك كارتفاع قيمة المبيع أو انخفاضها بعد البيع مباشرة إلىٰ اضعاف ذلك بمئات المرات وما شابه ذلك .

والمقصود كما يقوله الشيخ الأنصاري قدس سره في المكاسب أن الكل متفقون علىٰ أخذ الجهالة في معنىٰ الغرر ، وإن اختلف بعض الفقهاء في شمول ذلك لحصول المبيع في يده وعدمه ، إلّا أن الجهالة في الثمن أو المثمن أو صفاتهما مما لم يختلف فيه .

وثانياً : الدليل علىٰ مانعية الغرر في المعاملات المعاوضية موجود وقائم ، وقد ذكره السيد الأُستاذ قدس سره في كتاب الإجارة ، وهو ما نصه : «ولا يبعد أن يقال إنّ أساس المعاملات العقلائية من البيع والإجارة ونحوهما مبني علىٰ التحفظ علىٰ أُصول الأموال والتبدل في أنواعها ، فلدىٰ التعدي لتبديل عين أو منفعة بعوض يرون التساوي بين مالية العوضين كشرط أساسي مرتكز قد بُني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه ، وعلىٰ هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هو موضح في محله ، **وعليه** فالمعاملة علىٰ المجهول المتضمنة للغرر ﴾

كبيع جسم أصفر مرددبين الذهب وغيره أو جعله أُجرة خارجةعن حدود المعاملات الدارجة بين العقلاء ، وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل النفوذ والإمضاء من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك ، فإن دعوىٰ انصراف هذه الأدلةعن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفىٰ .

وكيفما كان ، فإن تمت هذه الدعوىٰ ـ والظاهر أنّها تامة ـ عم مناطها الإجارة ، إذ لا فرق بينها وبين البيع إلّا في كون أحد طرفي المعاوضة فيها المنفعة ، وقد تكون كليهما ، وهذا لا يوجب فرقاً في الجهة المزبورة بالضرورة» **الواضح ٩ : ٢١٤ ـ ٢١٥** ، وهذا الدليل جار في جميع المعاملات العقلائية المعاوضية ، والضمان الاذني إن لم يكن من المعاملات المعاوضية إلّا أنّه بلا إشكال بما أنّه يرجع فيه الضامن علىٰ المضمون عنه بالأداء إذا كان الضمان إذنياً ، كان شبيهاً بالمعاملات المعاوضية من هذه الجهة ، فالملاك الجاري في المعاملات المعاوضية جار فيه أيضاً ، فيكون دليل مانعية الغرر شاملاً للمقام ، ولا يقدم العقلاء علىٰ الضمان مع الجهل بمقدار الدين إلّا مع وجود القدر المتيقن ، وهو خارج عن محل الكلام لأن القدر المتيقن علم .

وأما دعوىٰ السيد الأُستاذ أنّه لا غرر في الضمان في المقام ، لأن كل ما يؤديه الضامن في الضمان الإذني يرجع به علىٰ المضمون عنه ، قليلاً كان أو كثيراً درهماً كان أو ديناراً .

فجوابها أنه لو أمر المضمون عنه أحداً بالضمان ولا علم للمأمور بمقدار الدين ، فضمنه كذلك وقبل المضمون له ذلك ، فلا شك في أن انتقال ما في ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن وبراءة ذمّة المضمون عنه من الدين والضمان لازم ، فإذا تبين فيما بعد أن الدين كان بمقدار لو عاش المضمون عنه كل عمره الطبيعي لما تمكن من أدائه عند الرجوع عليه بعد الأداء إلىٰ المضمون له أليس هذا غرراً في المقام وأليست هذه جهالة مؤدية إلىٰ الضرر ؟ ! حتىٰ لو كان المضمون عنه موسراً ، إلّا أنّ اليسار ليس معناه تمكنه من أداء الدين مهما كان مقداره وجنسه خصوصاً علىٰ قول السيد الأُستاذ من عدم قبول الضمان للفسخ حتىٰ لو كان المضمون عنه معسراً ولم يعلم به الضامن . **فما معنىٰ** أنه كل ما أداه الضامن يرجع به علىٰ المضمون عنه مأئة كان الدين أو ألفاً أو ملياراً أو أكثر من ذلك ؟ ! فلا غرر ؟ !

ومن كل ذلك تعرف ما فيما ذكره السيد الحكيم حيث قال: «مضافاً إلىٰ عدم الدليل علىٰ شرطيته

﴿ [أي عدم الغرر] غير عموم نفي الغرر وهو غير ثابت» **المستمسك ١٣: ١٩١ طبعة بيروت.**

فإن عموم نهي النبيّ ﷺ عن الغرر، أو نهي النبي ﷺ عن البيع الغرري غير عموم دليل دال علىٰ ضررية الغرر، والدليل الدال علىٰ ضررية الغرر عام لكل المعاملات العقلائية المعاوضية أو الشبيهة بالمعاوضية ـ لو لم يكن الضمان الاذني من المعاملات المعاوضية ـ، لوجود الملاك في المعاملات الشبيهة بالمعاوضية أيضاً.

وهو الدليل الذي قد عرفت ابتناء عقد الضمان عليه بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه، والذي علىٰ هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن في البيع، فالضمان الذي فيه الغرر لا يقدم عليه العقلاء كبيع جسم أصفر مردد بين الذهب وغيره أو جعله أُجرة، فإذا كان هذا العقد خارجاً عن حدود المعاملات العقلائية فدليل صحة الضمان غير شامل له، فلا دليل علىٰ صحته.

ومن ذلك أيضاً يظهر لك ما في الجواهر حيث قال ـ بعد مناقشته في دليل (الزعيم غارم) علىٰ عدم اعتبار العلم بمقدار الدين لعدم ثبوته من طرقنا ـ **ما نصه**: «**إلّا أنّه فيما قدمناه** [أي من الأدلة التي ذكرنا في المسألة الأولىٰ (٣٥٦٨) التي ظهر لك بطلانها كلها إلّا عمومات صحة الضمان الذي لم تقيد بشيء] **كفاية لإثبات المطلوب** [أي لاثبات عدم اعتبار العلم بمقدار الدين في صحة الضمان، ولكن قد عرفت أنها ليس فيها دليلاً صحيحاً دال علىٰ عدم اعتبار العلم بمقدار الدين في صحة الضمان إلّا عمومات صحة الضمان] **خصوصاً مع عدم المعارض إلّا دعوىٰ: نهي النبي** ﷺ **عن الغرر، والثابت منه البيع أو مطلق المعاوضة، والضرر لاحتمال كون المضمون ممّا لا يحتمله، وهو قد أدخله علىٰ نفسه علىٰ أنّه يمكن فرضه خالياً عن ذلك» الجواهر ٢٦: ١٤٢ ـ ١٤٣.**

فإن قوله ﷺ: «والثابت منه البيع» قد عرفت أنه ليس الثابت منه أي شيء لا نهي النبيّ ﷺ عن البيع الغرري ولا نهي النبيّ ﷺ عن مطلق الغرر.

وأما قوله ﷺ: «**وهو قد أدخله علىٰ نفسه**»، فإنما هو في الضمان التبرعي لا الاذني، والكلام في الضمان الاذني وأنه يعتبر فيه العلم بمقدار الدين، لأن عدمه موجب للغرر.

﴾

﴿ **وأما قوله**ﷺ : «**على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك**» ، والظاهر أنّه يريد منه أن كل ما أعطاه الضامن يرجع به على المضمون عنه . فقد عرفت ما فيه .

وأما قولهﷺ : **إلّا إنّه فيما قدمناه كفاية لاثبات المطلوب**» فليس فيما قدمهﷺ دليل صحيح على عدم اعتبار العلم بمقدار الدين إلّا عمومات صحة الضمان ، وهي كعمومات صحة البيع وعمومات صحة الإجارة وغيرهما تقيد بدليل ضررية الغرر . **هذا إن لم يناقش في عمومات صحة الضمان** ويقال : إنما هي في موارد القدر المتيقن من الدين وهو علم ، والمفروض البحث في ضمان المجهول مع عدم القدر المتيقن .

ومن هنا تعرف أن الشيخ وغيره من الأصحاب (قدّس الله أسرارهم) لمّا منعوا من ضمان المجهول لأن ضمان المجهول غرر . **ذهب الشيخ إلى ذلك في مبسوطه ٢ : ٣٣٥ وخلافه ٣ : ٣١٩ ، والقاضي ابن البراج في مهذبه ـ نقله عنه في المختلف ٥ : ٤٦٠ ـ وابن إدريس في سرائره ، موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١٠٣ ، وكذا العلّامة والمحقق ، فإنّ هؤلاء حينما ذهبوا إلى المنع للغرر وللدليل الدال على ضرريته وإن ذكروا أنه هو نهى النبيﷺ عن الغرر ، إلّا أن الدليل الدال على ضررية الضرر هو ما ذكرنا من الشرط الضمني الارتكازي ، لا النهي لعدم ثبوته .**

وفي مهذب الأحكام معلقاً على قول الماتنﷺ (لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه كما لا يشترط العلم بمقداره) **ما نصه** : «لقاعدة الصحة من غير دليل على الخلاف إلّا دعوى أنه مع عدم العلم به يتحقق الغرر ، وهو منفي بقاعدة نفي الغرر ، فيبطل أصل الضمان حينئذٍ . وقد نسب ذلك في مفتاح الكرامة إلى ظاهر الأصحاب . وفيه **أوّلاً** : أن النسبة إلى ظاهر الأصحاب مشكل ، نعم ظاهر الشرائع والقواعد ذلك . **وثانياً** : أنه لا غرر فيه لا عرفاً ولا عقلاً ، لأن المضمون عنه إما مديون أو لا ، وعلى الأوّل يتحقق موضوع الضمان قهراً وفي الواقع ، وعلى الثاني لا موضوع له أصلاً ، فأين يتحقق الغرر ؟ ويمكن أن يستأنس لذلك مما مرّ في المسألة الأولى [٣٥٦٨] من عدم العلم بمقدار الدين ، إذ يستفاد منه أن الضمان مبني على المسامحة» **مهذب الأحكام ٢٠ : ١٦٨** .

وفيه أوّلاً : قاعدة الصحة إنما تجري فيما إذا أحرز العقد وشك في تحقق شرط فيه وعدمه ﴾

﴿ أو اقترانه بمانع وعدمه ، فيقال إنّه بأصالة الصحة وقاعدة الصحة ينتفيان ويحكم بالصحة . وأما إذا لم يحرز أصل تحقق العقد في صورة عدم العلم بمقدار الدين لمانعية الغرر ، **فلم يعلم أن عقد ضمان متحقق حتىٰ يحكم بصحته أو عدم صحته، فكيف تجري قاعدة الصحة؟!** فإن قاعدة الصحة لم تثبت إلّا بسيرة العقلاء ، ولم يعلم تحققها في هذه الصورة ، فلا تكون هذه الصورة مشمولة لأصالة الصحة ، إذ إن الدليل إذا كان هو السيرة العقلائية ـ وهي دليل لبي ـ فعند الشك في شمولها يقتصر فيها علىٰ القدر المتيقن، وهو غير صورة الشك في وجود العقد وعدمه.

وثانياً : أن ما نسبه في مفتاح الكرامة إلىٰ الأصحاب قد عرفت صحة النسبة المذكورة مما ذكره الشيخ وغيره ممن منع من صحة الضمان مع عدم العلم بمقدار الدين مضافاً إلىٰ المحقق والعلّامة، فكيف أن النسبة إلىٰ ظاهر الأصحاب مشكل ، فإنه ليس ذلك لظاهر الشرائع والقواعد فقط .

وثالثاً : أن قوله : «لا غرر فيه لا عرفاً ولا عقلاً» ، قد عرفت ما فيه ، فإنّه لو كان مديناً يتحقق موضوع الضمان ، ولكن ضمان غرري ، فإنه لو كان مديناً مليون دولار بحيث لو عاش كل عمره الطبيعي لما استطاع أن يوفيها عند الرجوع عليه بالأداء إلىٰ المضمون له ، وليس هو بمعسر . علىٰ فرض أن الاعسار الغير المعلوم عند الضامن يوجب الخيار ، وتقدم أنه لا يوجبه ، أليس هذا ضرراً علىٰ الضامن حيث إن ضمانه لو كان صحيحاً فيجب عليه أن يوفي ، ومع أدائه لمال الضمان يذهب ماله هدراً ، أليس هذا ضرراً ، فكيف لا غرر فيه ؟ ! .

ورابعاً : أن السيد السبزواري﵀ قائل بضررية الغرر ، وأنه من الأُمور العقلائية التي كشف عنها الشارع وقال : «فإن العقلاء بفطرتهم يتحرزون عن الغرر ويلومون من يقدم عليه» **(مهذب الأحكام ٢٠ : ٣٢١ في المسألة الأُولىٰ من الضمان)** ، وهذا هو الذي قلنا إن الدليل علىٰ ضررية الغرر موجود في مطلق المعاملات العقلائية المعاوضية والشبيهة بالمعاوضية ، وهو الذي ذكره السيد الأُستاذ﵀ **في كتاب الإجارة** في بحث اعتبار العلم بالعوضين . **ولكن يقول هنا لا غرر** ، لأن الاقدام عليه هنا ليس إقداماً علىٰ الغرر ، لأنه يؤول إلىٰ التعيين إما لوجود القدر المتيقن أو للقرعة والتخيير ونحوهما ، فأي غرر حينئذٍ في البين يبطل البيع أو مطلق المعاوضة أو الضمان لأجل الغرر . **(مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٣٢ المسألة الأُولىٰ من الضمان)** .

﵀

[٣٥٩٦] «مسألة ٢٩» : لو قال الضامن «عليّ ما تشهد به البيّنة»[1] وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام ، لأنها طريق إلىٰ الواقع وكاشف عن كون الدَّين ثابتاً حينه .

---

(١) **إذا قال الضامن**[1] عليّ ما شهدت البيّنة بثبوته علىٰ زيد من أصل الدين أو مقداره ، **أي يضمن الضامن بهذا العنوان ، وهو عنوان ما تشهد به البيّنة** ، فيقول كل ما شهدت به البيّنة فأنا

﴿ **وقوله**ﷺ الأوّل وهو ضررية الغرر بقول مطلق في مطلق المعاملات العقلائية المعاوضية والشبيهة بالمعاوضية في غاية الجودة .

وأما قوله ولكن لا غرر هنا ، أما لوجود القدر المتيقن... إلخ فلا يمكن المساعدة عليه بوجه.

وذلك لأنه لو كان القدر المتيقن موجوداً لما كان لنا كلام في ذلك ، ولما قال الأصحاب : للغرر لأنّه من المعلوم لا من المجهول ، **فالقول بأنه لا غرر لوجود القدر المتيقن خروج عن محل البحث** . فإن الكلام كل الكلام إنما هو في إذا لم يكن قدر متيقن في البين أصلاً . **وأما القول بالقرعة أو التخيير** فلم يتضح لي ما هو المراد منهما ، هل إنّه لو ضمن الضامن مع الجهل بمقدار أصل الدين أو مقداره ، ثمّ تبين أن الدين مليار دولار يقرع في مقدار ما يكون ضامناً له ؟ ! لأن القرعة لكل أمر مشكل (وهل هذا من الأمر المشكل ؟ !) أو لأن الأصحاب قائلون بها كما يقولﷺ في عدة موارد إن موردها ذلك وهو أن يكون الأصحاب عملوا بها في المورد ؟ ! (هل عمل بها الأصحاب هنا ؟ ! أو يتخير في مقدار ما يضمنه ؟ ! .

وأما القول لأنّه لا غرر مع الإقدام ، فإنما هو في الضمان التبرعي لا في الضمان الاذني ، فإنه في الضمان الاذني كما تقدم منه لا يقدم عليه العقلاء ، كما لا يقدمون علىٰ شراء جسم أصفر لا يعلم أنه ذهب أو نحاس وزنه معلوم بمليار دينار ذهباً ، ولا يقدمون علىٰ ضمان شخص موسر أيضاً مع الجهل بمقدار دينه وإمكان أن يكون بمليارات الدولارات .

(١) **هذه المسألة ذكرها الماتنﷺ هنا في خصوص (البيّنة) للتنبيه علىٰ أن ما ذكره المحقق في الشرائع** من اعتبار العلم باشتغال الذمّة في صحة الضمان ، وأنّه لو لم يعلم بذلك فالضمان باطل ، **غير صحيح** .

ولا احتمال لصحة ما ذكره صاحب الجواهرﷺ من توجيه حكم المحقق بالبطلان بارجاع ذلك إلىٰ الثبوت لا إلىٰ العلم . وإلّا فهذه المسألة هي أحد أفراد المسألة المتقدمة .

ضامن له ، **فهل هذا الضمان صحيح أو لا ؟**

ذهب الماتنﷺ **إلىٰ صحة هذا الضمان** ، وقلنا في المسألة السابقة[١] إنّه لا يعتبر في صحة الضمان علم الضامن بثبوت الدين ، **فالضمان التقديري والتعليقي أيضاً لا بأس به** ، وقلنا إن هذا التعليق لا يضر ، **لأنه تعليق علىٰ الموضوع** ، فضمان الضامن هنا معلق علىٰ ثبوت الموضوع وهو الدين ، وهو معلق عليه في الواقع ذُكر أو لم يُذكر ، والبيّنة طريق لثبوت ذلك الدين ، **فمعناه أنّه إن كان زيد مديناً لك أيها الدائن وثبت ذلك بالبيّنة فإنا ضامن لك دينك** ، وإلّا فلا يعقل الضمان من دون دين ، **فهو كما إذا قال** : إن كان هذا الكتاب لي فقد بعتك إياه بدرهم ، في الحكم بالصحة ، **فلا إشكال في صحة هذا الضمان** علىٰ ما تقدم من عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين وقت الضمان ، فيجب عليه أداء ما قامت به البيّنة .

ولكن المحققﷺ **في الشرائع** حكم ببطلان هذا الضمان معللاً بأنه لا علم باشتغال الذمّة[٢] ،

---

(١) الرقم العام **[٣٥٩٥]** .

(٢) قالﷺ : «لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح ، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان» **الشرائع ٢ : ١٢٨** فأخذ الماتن قول المحقق «وقت الضمان» راجعاً إلىٰ العلم وظاهراً فيه كما استظهره صاحب مفتاح الكرامة وأصر عليه ، وحمل كلام الأصحاب عليه من أنها ـ أي جملة **«وقت الضمان»** ـ ظاهرة في رجوعها إلىٰ العلم لا إلىٰ الثبوت ، ولكن احتمل رجوعها إلىٰ الثبوت صاحب الجواهر علىٰ ما سيأتي توجيها لحكم المحقق بالبطلان .

وقال السيد الحكيمﷺ تعقيباً علىٰ عبارة المحققﷺ (لأنه لا يعلم ثبوته وقت الضمان) **ما نصه** : «وقوله (وقت الضمان) **يحتمل فيه أن يكون قيداً للثبوت في الذمّة** ، يعني : أن الثبوت في الذمّة وقت الضمان غير معلوم ، إمّا لعدم شهادة البيّنة بالثبوت وقت الضمان ، وإنما كانت شهادتها بالثبوت حال الشهادة ، وإما لعدم كونها حجة علىٰ الثبوت وقت الضمان ، وإن كانت قد شهدت بذلك . **ويحتمل أن يكون** [أي قوله (وقت الضمان)] **قيداً للعلم** ، يعني : لا يعلم وقت الضمان بالثبوت في الذمّة ، ومقتضىٰ الأخير اعتبار العلم وقت الضمان بالثبوت في الذمّة ، فإذا

ومقتضىٰ هذه العبارة وما فهمه الماتنﷺ منها أن الحكم بالبطلان **لعدم العلم** بالثبوت في الذمّة **حال الضمان**، وظاهر هذا التعليل أنّ منشأ الحكم بالبطلان **هو الجهل باشتغال الذمّة حال الضمان**، ويعتبر العلم باشتغالها **حاله**، وهذا تقدم الكلام فيه[1]، وقلنا إنّه لا دليل علىٰ اعتبار ذلك، فكلام المحققﷺ في الشرائع وتعليله كلاهما لا أثر له.

لم يعلم حين الضمان الثبوت في الذمّة لم يصح الضمان، كما أصر علىٰ ذلك في مفتاح الكرامة، حاملاً عبارات الأصحاب عليه، كما أشرنا إليه آنفاً، فيكون مخالفاً لما تقدم في المسألة السابقة كما أشرنا إليه هناك. **وعلىٰ الاحتمالين السابقين** لا تعرض فيه لذلك. **والمصنف حملها علىٰ الاحتمال الثاني منها، وهو غير ظاهر**، إذ لا خلاف من أحد في حجية البيّنة، فكيف يحتمل الخلاف من المحققﷺ؟! والأوّل منهما أيضاً غير ظاهر، إذ ربّما تشهد بالثبوت وقت الضمان، كما ربّما تشهد بالثبوت في الجملة، فاطلاق عدم شهادتها بالثبوت حال الضمان لا وجه له» **المستمسك ١٣: ١٨٩ ـ ١٩٠**.

أقول: قول السيد الحكيمﷺ (والمصنف حملها علىٰ الاحتمال الثاني منهما وهو غير ظاهر إذ لا خلاف من أحد في حجية البيّنة، فكيف يحتمل الخلاف من المحقق) **غير واضح**: إذ أي ربط لعدم الخلاف من أحد في حجية البينة لئلا يحتمل المحقق الخلاف، فإن الاحتمال الثاني ليس هو إلّا اعتبار العلم بالثبوت حين قوله: ضمنت دينك علىٰ زيد، وهو معتبر عنده، لأن عدم العلم موجب لكون الضمان غررياً، فلذا لا يصح الضمان عند المحقق حتىٰ لو لم يوجد خلاف من أحد في حجية البيّنة، فإن البيّنة الحجة التي تقوم علىٰ وجود الدين قبل حين الضمان ليس هي المرادة حتّىٰ يقال لا خلاف من أحد في حجية البيّنة.

وقول السيد الحكيمﷺ: «والأوّل منهما أيضاً غير ظاهر، إذ ربما تشهد بالثبوت وقت الضمان، كما ربّما تشهد بالثبوت في الجملة، فاطلاق عدم شهادتها بالثبوت حال الضمان لا وجه له» **صحيح**، لأنّه احتمال ضعيف. وبعيد أن يكون الماتن مراده ذلك، كما سيأتي من السيد الأُستاذﷺ ضعف هذا الاحتمال وبُعد أن يكون مراداً للماتنﷺ.

(١) في المسألة السابقة الرقم العام [٣٥٩٥].

فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحّة لا وجه له ، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّة»[١] . إلّا أن يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت

ولكن صاحب الجواهرقدس سره قد وجّه الحكم بالبطلان بدعوىٰ أن المحقق ليس مراده من تلك العبارة أنّه يضمن ما في ذمّته واقعاً وتجعل البيّنة طريقاً إلىٰ ثبوت الواقع ، بل مراد المحقق**ﷺ** أن يتعلق الضمان بالدين المقيد بقيام البيّنة عليه ، فالمضمون هو الدين الخاص وهو الدين المقيد بقيام البيّنة عليه ، لا الدين الواقعي علىٰ إطلاقه ، فإذا كان الضمان متعلقاً بالدين المقيد ، وهو غير ثابت وغير موجود فعلاً ، وإنما يوجد ويثبت بعد قيام البيّنة ، فيدخل هذا في ضمان ما لم يجب وما لم يثبت ، فما هو ثابت فعلاً إنما هو نفس الدين ، وأما الدين المقيد ـ أي الدين الثابت الذي تشهد به البيّنة ـ فهذا غير موجود بالفعل ، نعم يوجد بعد ذلك ، فيكون من ضمان ما لم يجب[١] .

إلّا أنّ الماتنقدس سره ذكر أنّ ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر**ﷺ** أيضاً لا وجه له .

وما ذكره الماتنقدس سره **من أن ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر لا وجه له هو الصحيح** ، وسيأتي بيان ذلك بعد التعليقات الثلاثة التوضيحية الآتية ، أي في رابعة التعليقات الآتية .

(١) مقتضىٰ هذه العبارة وما فهمه الماتن**ﷺ** أن الحكم بالبطلان لعدم العلم باشتغال الذمّة حال الضمان ، ومعنىٰ ذلك اعتبار العلم باشتغالها ، وقد تقدم عدم اعتبار ذلك[٢] .

بعد الضمان[١] .

---

(١) **قال الشيخ صاحب الجواهر**قدس سره : «ولعل الأولىٰ تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك ، لأنّه حينئذٍ من ضمان ما لم يجب ، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان (ما في ذمّته) والبيّنة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان (ما يثبت بها) والفرض وقوعه قبل ثبوته بها ، ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله : (فلا يصح لأنّه من ضمان ما لم يجب) [مختلف الشيعة ٥ : ٤٦٣] ولا ريب في أنّ مراده : أن الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان ، وإن كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان ، لكنّ ثبوت ذلك ـ الذي هو بعنوان الضمان ـ إنما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها» **الجواهر ٢٦ : ١٤٤ ـ ١٤٥** .

(٢) تقدم عندكم لا عند المحقق وآخرين كالعلّامة الشيخ وابن إدريس ونسب إلىٰ غيرهم أيضاً ، فإنه استدل لهم في مصباح الكرامة علىٰ اعتبار العلم باشتغال الذمّة حين الضمان بدليل نفي الغرر ، كما تقدم في المسألة المتقدمة أيضاً . راجع أول المسألة المتقدمة أي المسألة ٢٨ .

وأمّا ما في الجواهر[٢] من أن مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك لأنه من ضمان ما لم يجب ، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمّته لتكون البيّنة طريقاً ، بل جعل العنوان ما يثبت بها ، والمفروض وقوعه قبل ثبوته بها ، فهو كما ترىٰ لا وجه له[٣] .

---

(١) وهو احتمال بعيد عن ظاهر عبارته .

(٢) **من التوجيه الذي وجّه به الشيخ صاحب الشيخ الجواهر قدس سره الحكم بالبطلان من أنّ مراد المحقق قدس سره** هو تعليق الضمان بالدين المقيد بقيام البيّنة عليه ، **فالمضمون هو الدين الخاص** ، لا الدين الواقعي علىٰ اطلاقه ، **والدين الخاص غير موجود فعلاً** ، وإنّما يوجد بعد قيام البيّنة ، **فهو من ضمان ما لم يجب[١] .**

لا وجه له كما سيأتي بيانه في التعليقة الآتية .

(٣) **الأمر كما ذكره الماتن قدس سره** كما أشرنا إليه ، **أما أوّلاً : فلعدم انطباق ما ذكر الشيخ صاحب الجواهر علىٰ ما ذكره المحقق قدس سرهما** لأن المحقق علله بعدم العلم باشتغال الذمّة به[٢] ، **وعلىٰ ما**

---

(١) **الجواهر ٢٦ : ١٤٤ .**

(٢) **وهو المتن المذكور في الجواهر ، أي عبارة المحقق التي نقلها عنه في الجواهر** وهي نفس المتن المذكور في الجواهر ، فإنه قال في الجواهر ناقلاً عبارة المحقق «وأمّا لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ، **لأنّه** لا يعلم ثبوته في الذمّة» ثمّ بعد ما نقل ما عن المسالك تبعاً لجامع المقاصد من حمل عبارة الشرائع علىٰ ضمان ما لم يكن مفروض الثبوت حال الضمان ، واشكاله عليهما قال : «**ولعل الأولىٰ** تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك ، لأنّه حينئذٍ من ضمان ما لم يجب ، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان (ما في ذمّته) والبيّنة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان (ما يثبت بها) والفرض وقوعه قبل ثبوته بها» الجواهر ٢٦ : ١٤٤ .

ذكر السيد الحكيم قدس سره : إن كان المراد من قول الماتن (لا وجه له) أنه لا وجه للحكم المذكور علىٰ تقدير كون المراد ذلك فوجهه ظاهر لأنّه من ضمان ما لم يجب ، **وإن كان المراد** أنّه لا

ذكره صاحب الجواهر نعلم بعدم اشتغال ذمّة المدين بالدَّين الذي تشهد به البيّنة حال الضمان، لا أن ذلك مجهول، لأن الدين المضمون مقيد بقيام البينة عليه، وهو حين الضمان غير موجود جزماً، وإنما يوجد فيما بعد، وفي الحال ليس هنا ضمان تشهد به البيّنة، فاشتغال الذمّة معلوم العدم لا أنه مجهول. **وثانياً**: أن ما ذكره أجنبي عن ضمان ما لم يجب، **حتّىٰ لو فرضنا أن المحقق كان معبراً بما قاله الشيخ صاحب الجواهر**، وذلك لأن الدين الثابت في الذمّة غير قابل للتقييد بشيء من قيام بيّنة أو غيرها، فإن الدين موجود واقعي لا يتعدد بقيام البيّنة وغيرها[1]، بل قد تقوم البيّنة به وقد لا تقوم، فبقيام البيّنة لا يكون هذا فرداً آخر غير الدين الأوّل، بل هو عينه غاية الأمر لم يكن متصفاً بقيام البيّنة في الزمن الأوّل فاتصف بها في الزمن الثاني، **فلا يصحّ أن**

﴿وجه لحمل العبارة [أي عبارة المحقق] عليه لأنّه بعيد، فهو ليس بأبعد مما ذكره [الماتن قدس سره] من الحمل» **المستمسك ١٣: ١٩٠ ـ ١٩١ (طبعة بيروت)**.

أقول: ليس ما ذكره الماتن قدس سره من الحمل إلّا ما هو الظاهر من عبارة المحقق في الشرائع.

وأما قول السيد الحكيم قدس سره: والمحمل الأوّل [وهو حمل الماتن] وإن كان قريباً بالنظر إلىٰ نفس التعبير لكنه بعيد عن سيرة الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان كان اللازم عدّه في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم، لا إهماله والإشارة إليه بمثل هذه العبارة، مضافاً إلىٰ عدم الدليل علىٰ شرطيته غير عموم نفي الغرر وهو غير ثابت...» **المستمسك ١٣: ٣٢٨، (و١٣: ١٩١ طبعة بيروت)**.

فالذي غير ثابت عموم نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن الغرر لا عدم الدليل علىٰ ضررية الغرر، فإن الدليل عليه ثابت وموجود، ولا يختص بنهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن الغرر. علىٰ ما عرفت في المسألة ١ [٣٥٦٨] فراجع.

ثمّ إن في قول السيد الحكيم قدس سره «فوجهه ظاهر لأنه من ضمان ما لم يجب» **سيأتي ما فيه**.

(١) أي لا اطلاق لما في الذمّة، لأن ما فيها من الدين موجود واقعي لا إطلاق له حتىٰ يصح فيه التقييد، وهو الذي تقدم قريباً منّا في توضيح كلام السيد الأُستاذ السيد الخوئي قدس سره في خصوص المسألة ٢٤ [٣٥٩١] فراجع.

يقال إنه من ضمان ما لم يجب[١]، بل كان ثابتاً من الأوّل، فمعناه أنّه ضامن للدين فعلاً، ولكن علىٰ تقدير أن تقوم البيّنة به، وهذا التعليق كما تقدم لا بأس به. **نعم**، يمكن جعل ضمانه من حين ثبوت الدين، كما لو قال: أنا ضامن لهذا المال عند قيام البيّنة، **وهذا تعليق باطل**[٢]، إلّا أن هذا

---

(١) هذا كما هو بيان لقول الماتنﷺ الذي هو (لا وجه له) هو في نفس الوقت جواب لكلام **السيد الحكيم**ﷺ فإنه قال: إن كان المراد (من قول الماتن) لا وجه له: «أنّه لا وجه للحكم المذكور علىٰ تقدير كون المراد ذلك فوجهه ظاهر، لأنّه من ضمان ما لم يجب» **المستمسك ١٣: ١٩٠ ـ ١٩١ (طبعة بيروت)، فإن السيد الأُستاذﷺ يقول** حتىٰ لو فرضنا أن المحقق كان معبراً بما قاله الشيخ صاحب الجواهر فهو ليس من ضمان ما لم يجب. **فلا يصح ما قاله السيد الحكيمﷺ من قوله**: «فوجهه ظاهر لأنه من ضمان ما لم يجب» **ووجه أنه ليس من ضمان ما لم يجب** أن الدين الثابت في الذمّة ليس له اطلاق حتىٰ يقيد بقيام البينة أو غيرها، لأن الدين الذي في الذمّة موجود واقعي لا يتعدد بقيام البينة وغيرها، بل قد تقوم عليه البينة وقد لا تقوم، فلو قامت ليس معنىٰ ذلك أن هذا الفرد غير الفرد الأوّل من الدين، بل هو هو بعينه لم يكن متصفاً بقيام البيّنة في الزمن الأوّل واتصف بها في الزمن الثاني، فليس هو من ضمان ما لم يجب وما لم يكن واجب الوفاء، بل كان من واجب الوفاء لكن لم تقم عليه البيّنة، فعند قيامها لم يحدث وجوب وفاء حتىٰ يكون قبله من ضمان ما لم يجب، أي ليس هنا فردان من الدين أحدهما الدين الفعلي وهو لم يضمنه الضامن، والثاني الدين المتأخر وهو لم يكن ثابتاً فهو من ضمان ما لم يجب، بل هو فرد واحد فضمانه من ضمان ما يجب، وليس هو كضمان نفقة الزوجة المستقبلية، فإن النفقة المستقبلية الآن غير واجبة، فضمانها من ضمان ما لم يجب، وليس الدين في المقام كذلك.

(٢) **بنظر السيد الأُستاذﷺ لا بنظر الماتنﷺ** علىٰ ما تقدم في السابع مما يعتبر في الضمان، فإنه تقدم من الماتن أن لا إجماع علىٰ لزوم ترتب الأثر عند انشاء العقد من غير تأخير في المقام لمنع تحقق الإجماع هنا، وإن كان متحققاً في غير المقام، ولا أن التعليق ينافي الانشاء، إذ

[٣٥٩٧] «مسألة ٣٠» : يجوز الدَّور في الضمان[١] بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ، ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل . وما عن المبسوط من عدم صحّته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس .

الفرض أجنبي عن محل الكلام.

والمهم أن هذا ليس من ضمان ما لم يجب ، فإن الدين دين واحد ، وهذا الدين الواحد يختلف بالوصف ، لا أنّه يكون هنا فردان حتّىٰ يقال : إن أحد الفردين لم يضمنه الضامن وهو الدين الفعلي ، والدين المتأخر لم يكن ثابتاً ، فهو من ضمان ما لم يجب . **فما ذكره صاحب الجواهر**ﷺ **لا يمكن المساعدة عليه بوجه أصلاً**[١] .

(١) **ذكر الماتن**ﷺ : أنه لا مانع من الدور في الضمان ، بأن يضمن زيد دين عمرو ، ويضمن بكر دين زيد ، ثمّ يضمن عمرو ـ المضمون عنه الأصيل ـ دين بكر ، وذلك لإطلاقات أدلّة الضمان فإنها لم تفرّق بين دين وآخر[٢] .

﴿ليس الانشاء بمعنىٰ الايجاد حتىٰ لا يكون منفكاً عن الوجود حقيقة علىٰ ما تقدم تفصيل ذلك في السابع مما يعتبر في الضمان .

(١) **مما ذكره السيد الأُستاذ**ﷺ **يظهر أن معنىٰ (لا وجه له) التي ذكرها الماتن**ﷺ إنما هو للوجهين الذين ذكرهما السيد الأُستاذﷺ والأهم فيهما هو الثاني ، فإن هذه ليس من ضمان ما لم يجب حتىٰ لو فرضنا أن المحققﷺ صرح بما ذكره صاحب الجواهرﷺ .

وبذلك يظهر لك ما في التعليق علىٰ قول الماتن (فهو كما ترىٰ لا وجه له) مما نصه : «لبعده عن ظاهر الكلمات ، مع أنّه لابدّ وأن يذكر هذا الفرع حينئذٍ في أوّل بيان شروط الضمان ، وبناءً علىٰ توجيه **صاحب الجواهر** يصير النزاع لفظياً بينهم كما مر ، فإن كان من ضمان ما لم يجب ، فلا يصح لظهور اتفاقهم عليه [أي علىٰ عدم صحته] ، وإلّا فيصح» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٧١** .

(٢) **وهذا هو الذي صرح به الأصحاب ، ففي الجواهر** : «لا إشكال في جواز الدور أيضاً خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط [٢ : ٣٤٠] فمنعه ، لصيرورة الفرع فيه أصلاً وبالعكس ، ولعدم الفائدة فيه إذ به يرجع الحقّ علىٰ ما كان» الجواهر ٢٦ : ١٤١ ، والذي يظهر منه أن

ولعدم الفائدة لرجوع الدَّين كما كان ، مردود[١] بأنّ الأوّل غير صالح للمانعية ، بل الثاني أيضاً كذلك .

وما عن الشيخ في المبسوط[١] من القول بعدم صحته لوجهين :

الأوّل : يلزم منه صيرورة الفرع أصلاً ، والأصل فرعاً ، فإن المضمون عنه الأصيل وهو عمرو هو الذي كانت ذمّته مشغولة ، وبناءً علىٰ صحة الدور في الضمان يكون عمرو فرعاً بعد ما كان أصلاً ، ولا يمكن أن يكون الأصل فرعاً وأصلاً معاً .

الثاني : أنّه لا فائدة في هذا الضمان ، لأن الدين الذي كان علىٰ عمرو يرجع علىٰ عمرو مرة أُخرىٰ .

مردود بما سيأتي من الماتن في الهامش الآتي .

(١) **وقد أجاب عنهما الماتن**ﷺ بأن هذين الوجهين معاً غير صالحين للمانعية .

والأمر كما ذكره المصنفﷺ .

أما ما ذكره الشيخ أوّلاً : فلأنّ عدم تصور أن يكون الفرع أصلاً وبالعكس للتضاد بينهما ، إنّما يتم ويكون مانعاً فيما إذا كان في معاملة واحدة ، وأمّا إذا كان في معاملتين فلا مانع منه ، ففي إحدىٰ المعاملتين يكون الفرع أصلاً ، وفي المعاملة الثانية يكون الأصل فرعاً ، كما لو باع زيد شيئاً لعمرو فباعه عمرو من خالد فباعه خالد من زيد ، فإن زيداً بائع ومشتر في معاملتين ولا محذور فيه أصلاً ، فلا مانع من أن يكون في الضمان الأوّل المدين أصلاً وفي الضمان الثالث يكون فرعاً[٢] .

ﷺ المخالف فقط الشيخ في المبسوط ، ولأجل أن الشيخ لم يخالف في جواز تسلسل الضمان قال فيه : «كما أنّه لا خلاف ولا إشكال في جواز التسلسل في الضمان» . **الجواهر ٢٦ : ١٤١ .**

وفي المسالك : «وكما يصح ترامي الضمان يصح دوره بأن يضمن الأصيل ضامنه» المسالك ٤ : ١٩٦ .

(١) المبسوط ٢ : ٣٤٠ وفي طبعة مؤسسة النشر الإسلامي التابعة جماعة المدرسين في قم المشرفة ٢ : ٣٢٤ .

(٢) **هذا من السيد الأُستاذ**ﷺ **الظاهر أنّه جواب تنزلي . والجواب الأوّل** : هو أن امتناع أن يكون ﷺ

مع أن الفائدة تظهر في الاعسار واليسار[1] وفي الحلول والتأجيل ، والاذن وعدمه .

وأمّا ما ذكره ثانياً : فمع قطع النظر عما ذكره المصنف ـ من الفائدة والثمرة الآتية في التعليقة الآتية ـ كيف لا تكون هنا فائدة مع حصول الملكية لزيد بالبيع الثالث بعد ما لم يكن مالكاً قبله ، وفائدة الضمان في المقام اشتغال ذمّة المضمون عنه بعد ما كانت بريئة ، وبراءة ذمّة الضامن ، وأي فائدة أعظم من هذه الفائدة[1] ، كما في غير ذلك من المعاملات كالهبة ونحوها .

(١) **وأما ما ذكره الماتن من الفائدة والثمرة** فإنه ذكر أوّلاً بناءً على مبناه من أن ظهور اعسار الضامن حين العقد موجب لثبوت الخيار للمضمون له في فسخ عقد الضمان تكون هذه ثمرة مترتبة

الأصل فرعاً والفرع أصلاً للتضاد بينهما إنما هو في التكوينيات ، فلا يمكن أن يكون الأب فرعاً لابنه ولا الابن أصلاً لأبيه ، وأما في الاعتباريات فلا مانع من أن يكون الأصل فرعاً والفرع أصلاً لأنها من الأُمور الاعتبارية ، والأُمور الاعتبارية سهلة المؤونة ، فكما يمكن اعتبار الأصل أصلاً يمكن اعتباره فرعاً أيضاً وبالعكس . **وعلى فرض التنزل** فإنما يمتنع صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس للتضاد ، فيما إذا كان ذلك في معاملة واحدة ، وأما في معاملتين فلا مانع منه كما ذكره السيد الأُستاذ دام ظله .

(١) **لعل هذا تعريض بكلام السيد الحكيم** قدس سره حيث قال تعليقاً على قول الماتن (بل الثاني أيضاً كذلك [أي غير صالح للمانعية]) **ما نصه :** «إذ لا محذور فيه ، لأن مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن اطلاق الأدلة المقتضية للصحة» **المستمسك ١٣ : ١٩١ طبعة بيروت .**

وكذا كلام السيد السبزواري قدس سره **فإنه قال :** «وكذا الاشكال الثاني [أي لا يصلح المانعية] لأن عدم الفائدة لا يوجب خروج المورد عن تحت الاطلاق» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٧١ .**

وحاصل التعريض أن في الضمان في المقام فائدة عظيمة وهي اشتغال ذمّة المضمون عنه بعد ما كانت بريئة ، وبراءة ذمّة الضامن بعد ما كانت مشغولة ، وأي فائدة أعظم من هذه . لا أنه لا فائدة فيه .

ولعل جواب السيد الحكيم قدس سره جواب تنزلي ، وخصوصاً بملاحظة ما ذكره الماتن من الفوائد الآتية ، وأنّه مثلاً لو فرضنا وتنزلنا وقلنا إنه لا فائدة فيه فإن مجرد عدم الفائدة لا يقتضي عدم شمول الاطلاقات والعمومات الدالة على الصحة .

وكذا يجوز التسلسل بلا اشكال[١] .

علىٰ ذلك[١] ، ولكن قد تقدم منّا المناقشة في ذلك ، وقلنا إن الاعسار لا يوجب الخيار ، فلا تكون هذه إحدىٰ الثمرات .

وذكر ثانياً أنه تظهر الثمرة في الحلول والتأجيل ، فلو كان الدين الذي علىٰ عمرو حالاً وضمنه زيد مؤجلاً أو بالعكس ، فإنّ الدين في الأوّل يكون مؤجلاً ، وهي فائدة للمضمون عنه . وفي الثاني يكون حالاً ، وهي فائدة للمضمون له .

وذكر ثالثاً في كون الضمان بلا إذن أو مع الإذن ، فإنّه لو كان ضمان زيد بلا إذن من عمرو فلا يرجع زيد علىٰ عمرو ، وإذا كان ضمان عمرو لدين بكر بأذن بكر فيرجع عمرو علىٰ بكر ، فيكون عمرو قد استفاد في هذا الضمان الدائر . بخلاف ما لو كان ضمان زيد لدين عمرو بإذن من عمرو أو أمر منه ، وكذا ضمان عمرو لدين بكر بإذنه وأمره[٢] .

(١) **ذكر الماتن**ﷺ أنه وكذا يجوز التسلسل في الضمان بلا إشكال[٣] والتسلسل هو أن يضمن زيد دين عمرو ، ويضمن بكر دين زيد ، ويضمن خالد دين بكر ، ويضمن عاصم دين خالد وهكذا

---

(١) كما لو لم يكن عمرو معسراً حين الضمان الأوّل فلا خيار للمضمون له ، بينما كان عمرو معسراً حين ضمانه ثانياً لدين بكر فيثبت للمضمون له خيار فسخ الضمان بناءً علىٰ المشهور .

(٢) ومن الثمرات أيضاً ما لو كان الدين الأوّل الذي علىٰ عمرو عليه رهن والذي عليه ثانياً ليس عليه رهن .

هذه الثمرات **ذكر اثنين منها الشيخ صاحب الجواهر**ﷺ بقول له : «علىٰ أن الفائدة ـ بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل ـ متحققة كما تقدم ذلك سابقاً» **الجواهر ٢٦ : ١٤١ ـ ١٤٢ والثالثة ذكرها الماتن أيضاً ، والرابعة ذكرناها نحن في الهامش** .

(٣) **في الجواهر** : «لا خلاف ولا إشكال في جواز التسلسل في الضمان بناءً علىٰ مذهبنا ، فلو ضمن ضامن ثمّ ضمن عنه آخر وهكذا إلىٰ عدّة ضمناء كان جائزاً ، لتحقق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمّة» **الجواهر ٢٦ : ١٤١** .

وكذا قال (لا خلاف في ذلك) **المحقق الأردبيلي** في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩٤ ـ ٢٩٥ . وفي المسالك ٤ : ١٩٦ : لا شبهة في جوازه .

[٣٥٩٨] «مسألة ٣١» : إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخُمس أو الزّكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمّته مشغولة بها فعلاً[1] ، بل وإن لم تشتغل فعلاً ، علىٰ إشكال .

مستلسلاً ، وذلك أيضاً لعين ما ذكرناه في الجواز في الدور في الضمان ، وهو إطلاق أدلّة الضمان ، فإنها لم تفرق بين دين وآخر .

(١) **ذكر الماتن**ﷺ أنه يمكن أن لا يكون ضمان الضامن شخصياً ، بل يكون ضمانه بالنسبة إلىٰ الوفاء من الحقوق الشرعية إذا كان المدين والمضمون عنه مورداً لها ، كما إذا كان المدين فقيراً فيجوز لأحد أن يضمن هذا الدين بالوفاء من الزكاة التي هي في ذمّته ، أو من الخمس إذا كان المدين الفقير هاشمياً ، أو من المظالم علىٰ التقديرين أي سواء أكان المدين الفقير هاشمياً أم لم يكن ، بل لم يستبعد الماتنﷺ جواز ذلك حتّىٰ إذا لم تكن ذمّته مشغولة بالفعل ولكن تشتغل بعد ذلك ، بأن يكون مديناً بالخمس أو الزكاة بعد أشهر ، فيصح أن يضمن دين هذا المدين الفقير علىٰ أن يوفيه من الزكاة أو الخمس أو المظالم أو الكفارات ، **حتّىٰ في فرض عدم اشتغال ذمّته بذلك فعلاً ، إلّا أنّه علىٰ إشكال في هذا الفرض** ، بخلاف ما لو كانت ذمّته مشغولة بذلك فعلاً فإنه لا إشكال فيه أصلاً .

وهذا الذي ذكره الماتنﷺ لا يمكن المساعدة عليه بشقيه ـ أي فيما إذا كانت الذمّة مشتغلة به فعلاً ، فضلاً عما إذا لم تكن مشتغلة به وتشتغل به بعد ذلك ـ **وذلك لأن** ما يريده ظاهراً هو **أن يكون المدين والمتعهد** بهذا الدين الذي علىٰ المضمون عنه بهذا الضمان **هو نفس المال أي الخمس أو الزكاة أو غيرهما كالمظالم والكفارات ، فيكون الدين في عهدة الزكاة أو الخمس أو المظالم أو الكفارات ، لا في ذمّة المكلف الذي في ذمّته ،خمساًكان أو زكاة أو غيرهما** ، وبذلك يكون المضمون عنه بريء الذمّة ، ولا تشتغل ذمّة الذي في ذمّته خمس ونحوه بهذا الضمان ، **وذلك لا يتم وغير صحيح** علىٰ ما عرفت بيانه في بحث الزكاة[1] ، حيث جوّز الماتنﷺ الاقتراض

---

(١) الواضح ٨ : ٣٢٧ ـ ٣٢٨ المسألة الخامسة عشرة [٢٨٠٣] ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٤ : ٣٢٢ ـ ٣٢٤ .

لما لابدّ فيه من الاستدانة للزكاة كالصرف في الأُمور الخيرية اللازمة ، بأن يكون المقروض هو الزكاة ، ثم يؤدىٰ هذا الدين من الزكاة . **وذكرنا في محله عدم إمكان تصوير ذلك ، لأن معنىٰ الدين اشتغال الذمّة به ، أي أن يكون هو المكلف بالأداء ، لا أنه هو يؤدىٰ بنفسه ، ومعنىٰ أن الزكاة مدينة أنّه لابدّ أن يدفع مما تملكه الزكاة ، لا أن تدفع نفس الزكاة بعينها وفاءً** ، فإنه لا يمكن أن يكون الدين والمدين شيئاً واحداً . **بل قلنا**[1] **إنّه في أمثال هذه الموارد** لابدّ من أن يستدين الحاكم لنفسه بما هو حاكم وولي ـ لا بما هو شخص كي يخرج الدين من ماله الخاص بعد وفاته ـ وبعد ما يصبح مديناً يجوز أداء دينه من الزكاة ، لا أن تكون الزكاة مدينة . **وعلىٰ أنّه لو فرض إمكان ذلك فلم تثبت هذه الولاية لغير الحاكم في باب الزكاة ، فلا ولاية لمن عليه الزكاة أن يجعل الزكاة ضامناً** ، أي يكون الضمان في عهدة الزكاة .

نعم ، له الولاية علىٰ إعطاء زكاته وصرفها في مصارفها ، وأما أنه يجعل الزكاة مدينة ويكون الدين في عهدة الزكاة ، فهذا لم يثبت بغض النظر عن عدم إمكان تصور أن تكون الزكاة مدينة[2] .

---

(١) الواضح ٨ : ٣٢٩ ، موسوعة الإمام الخوئي ٢٤ : ٣٢٢ .

(٢) **علىٰ فرض أن تكون عبارة الماتن**قدس سره **ظاهرة فيما ذكره السيد الأُستاذ**قدس سره من أن الماتن يريد أن يكون المدين والمتعهد بهذا الدين هو نفس المال من الخمس أو الزكاة من دون أن تكون ذمّة المكلف الذي في ذمّته خمس أو زكاة أو غيرهما مشغولة بشيء ، **فالأمر كما ذكره السيد الأُستاذ**قدس سره **من عدم تمامية وعدم صحة ذلك ، إلّا أن الكلام كل الكلام في كون ذلك هو الظاهر من عبارة الماتن** .

والظاهر من عبارة الماتنقدس سره التي هي «جاز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم» **ومعناها أن يضمن عنه** ، ومعنىٰ يضمن عنه أي ينقل الدين من ذمّته إلىٰ ذمّة الضامن ، **وقوله بالوفاء من طرف الخمس والزكاة** خارج عن الضمان ، **فإن الضمان كما تقدّم** في أوّل بحث الضمان ليس إلّا نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن ، ثم بعد الضمان والأداء من مال نفس الضامن إلىٰ المضمون له **تأتي مرحلة وفاء دين المضمون عنه الذي كان الضمان**

﴿**باذنه** ، وفي هذه المرحلة يأتي وفاء دين الفقير من الزكاة أو غيرها ، والماتن قال : أن يضمن عنه بالوفاء من الخمس أو الزكاة ، والوفاء إنما يكون بعد الضمان الإذني والأداء إلىٰ المضمون له ، فيوفي الضامن دين الفقير الحاصل بالأداء إلىٰ المضمون له من الزكاة أو الخمس ولو لم يكن بعلم الفقير ، إذ لا يشترط في ذلك علمه . لا أن الضمان هو نقل الدين إلىٰ الزكاة . هذا هو الظاهر من كلام الماتن . ولو بدلالة الاقتضاء علىٰ أنّه لا حاجة لها ، فإن كلامه ظاهر فيها .

ولكن لو لم يكن ظاهراً فيها فلا شك في أنّه غير ظاهر في غيرها ، وبدلالة الاقتضاء التي عرّفوها بأنها هي الدلالة التي لولاها لكان الكلام غير صحيح عقلاً أو شرعاً ، ومثلو للعقلي بقوله تعالىٰ : ﴿**وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ٱلَّتِى كُنَّا فِيهَا وَٱلْعِيرَ ٱلَّتِىٓ أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَـٰدِقُونَ**﴾ [سورة يوسف : ٨٢] وللشرعي بقولك : (اعتق عبدك عني) فإنه في الثاني لا يصح شرعاً أن يعتق الإنسان عبده عن غيره ، لاستحالة دخول العوض ، إلّا في كيس من خرج عنه المعوض ، فلابدّ وأن يكون المراد بمقتضىٰ دلالة الاقتضاء أنّه ملكني إيّاه أوّلاً ثم اعتقه عني بالوكالة . ولولاها لما كان قولك : (اعتق عبدك عني) صحيحاً شرعاً . ومقامنا كذلك لو لم يكن قول الماتن «إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الزكاة» ظاهراً فيما ذكرناه ، فدلالة الاقتضاء التي لولاها لما كان قوله﴿ قدس سره ﴾ صحيحاً شرعاً هي الدالة علىٰ أن يضمن الذي في ذمّته خمس أو زكاة أو ولو قبل أن تشتغل ذمّته بذلك دين الفقير بإذنه ، ثمّ يوفي ذلك بالأداء إلىٰ المضمون له من ماله ، وبذلك تشتغل ذمّة الفقير إلىٰ المؤدي ، فيحتسب حينئذٍ دين الفقير من الزكاة ، بلا حاجة إلىٰ إذن الحاكم الشرعي ، لجواز أداء دين الفقير من الزكاة حتّىٰ بدون علمه ، أو يحتسب ذلك من الخمس ولكن باجازة الحاكم الشرعي .

وهذا واضح .

وللاستشهاد علىٰ أن ما ذكره السيد الأستاذ ليس هو ظاهر كلام الماتن﴿ قدس سرهما ﴾ هو **أن السيد الحكيم**﴿ قدس سره ﴾ قال : «تارة يكون المراد نقل الدين من ذمّة الفقير إلىٰ مصرف الخمس أو غيره بأن يكون المتعهد المصرف الخاص [ولم يقل إن هذا هو الظاهر من كلام الماتن﴿ قدس سره ﴾] وأُخرىٰ يكون المراد النقل إلىٰ ذمّة الضامن ويكون الأداء من الحق الخاص . وثالثة : بأن يكون المراد التعهد

﴿

وأما إذا فرض أنّه ضمن علىٰ ذمّته علىٰ أن يؤدي دينه من الزكاة[١] ، أي المكلف نقل ما في

بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمّته بالمال ، لأن التعهد كان بالوفاء لا بالمال» **المستمسك ١٣ : ١٩١ ـ ١٩٢** .

ولم يذكر السيد الحكيمﷺ إمكان أن يكون المراد النقل إلىٰ ذمّة الضامن لدين الفقير بالضمان الإذني ويكون الأداء لدينه ـ الحاصل بأداء مال الضمان ـ إلىٰ الضامن من الحق الخاص الذي هو الزكاة ونحوها فيعطي الضامن الزكاة إلىٰ نفسه وفاء لدين الفقير ويحتسبه من الزكاة **الذي هو الظاهر من كلام الماتن**ﷺ . **ثمّ وللاستشهاد ثانياً** علىٰ أن ما ذكره السيد الأُستاذﷺ ليس هو ظاهر كلام الماتنﷺ : أنّ **الماتن صرّح في المسألة ٢٤ المتقدمة الرقم العام [٣٥٩١]** بعدم صحة نقل الدين إلىٰ نفس المال المعين ، ولا فرق في المال المعين بين أن يكون خمساً أو زكاة أو نحوهما ، وبين أن يكون هو هذا الذهب الخاص من أموال الضامن من دون اشتغال ذمّة الضامن به ، **فكيف يكون ظاهر كلامه هو النقل إلىٰ هذا المال** ؟ ! الذي يقول السيد الأُستاذ أنّه هو الظاهر من كلامه ؟ !

فإن الماتنﷺ **قد صرح في المسألة ٢٤ المتقدم الرقم العام [٣٥٩١] ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٩ بعدم صحة نقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ نفس المال المعين قال**ﷺ : «**وأمّا جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمّة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال ، فلا يصح**» . ولا فرق في المال المعين الذي لا يصح جعل الضمان فيه بين أن يكون خمساً أو زكاة أو من المظالم أو غيرها ، **فكيف يكون مراده وظاهر كلامه هنا هو النقل إلىٰ المال أي الزكاة أو الخمس ؟ ! من دون اشتغال ذمّة المتعلق بذمّته الزكاة أو الخمس به ؟ ! وهذه قرينة قطعية علىٰ كون المراد للماتن ليس هو النقل إلىٰ الخمس أو الزكاة ، وكون الزكاة أو الخمس هو الذي في عهدته الدين** . بل مراده ما ذكرنا .

(١) **هذا الفرض الذي فرضه السيد الأُستاذ**ﷺ **ليس هو المراد للماتن**ﷺ **أيضاً** ، وليس كلامه ظاهراً فيه ولا في كون الضمان في عهدة الزكاة أو الخمس ، **فإن الثاني بعيد جداً عن كلام**

﴿**الماتن لأنه يقول**﴾ «يجوز أن يضمن عنه **بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها**» **ولو كان المراد للماتن**﴿ أن المدين بهذاالدين الذي علىٰ المضمون عنه نفس الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها بنحو تكون هي التي في عهدتها دين الفقير **لقال**«يجوز أن يضمن عنه بالخمس أو الزكاة أو المظالم» **لا بالوفاء** من الخمس أو الزكاة أو المظالم.

والأوّل أيضاً ليس كلام الماتن ظاهراً فيه باعتراف السيد الأُستاذ، لأن كلام الماتن يراه السيد الأُستاذ ظاهراً في الثاني الذي قد عرفت ما فيه، فلا شك لا يكون ظاهراً في الأوّل أيضاً.

والظاهر: أن المراد الماتن والذي كلامه ظاهر فيه هو ما قلناه من أن الضامن إنما يضمن علىٰ ذمّته ليس إلّا، ومعنىٰ الضمان هو نقل الدين من ذمّة المضمون عنه الفقير إلىٰ ذمّة الضامن، ويتبعه وجوب أداء المال المضمون إلىٰ المضمون له، فإذا أدّاه إلىٰ المضمون له وكان الضمان بإذن الفقير كما هو المفروض كان الفقير مديناً إلىٰ الضمان بمقدار ما أدّىٰ، فيوفي الضامن دين الفقير من الزكاة، وهو معنىٰ قول الماتن «بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة» ولو فرض أن كلام الماتن ليس ظاهراً فيما ذكرناه فلا شك أنه مجمل، فيتعين كونه ظاهراً فيما ذكرناه نحن بدلالة الاقتضاء.

وعلىٰ كل تقدير، ما قيل من أن مراد الماتن «أن الضامن يؤدي دين المديون من زكاة ماله أو خمسة **[ثمّ قال القائل]** قال السيد السيستاني: إذا كان المديون فقيراً لم يصح أن يضمن شخص عنه بالوفاء من الخمس أو الزكاة أو المظالم، ولا فرق في ذلك بين أن تكون ذمّة الضامن مشغولة فيها فعلاً أو لا» **الضمانات الفقهية وأسبابها: ٩٤**.

ليس صحيحاً كما عرفت، لان كلام الماتن إما ظاهراً فيما قلناه بدون دلالة الاقتضاء، أو ظاهر فيما قلناه بدلالة الاقتضاء، وعلىٰ كل منهما ليس ظاهراً فيما ذكر من أن الضامن يؤدي دين المديون من زكاة ماله أو خمسه. **حيث يجوز أداء دين الفقير منها** وإن لم يعلم الفقير، أو يؤدي من الخمس بإذن الحاكم دين الفقير وهكذا. لا أن يؤدي الضامن الدين إلىٰ المضمون له من الزكاة أو الخمس، لوضوح أنّه أصبح دينه لا دين الفقير. فما فرضه السيد الأُستاذ هنا ـ أي في تتمة الفرض الثاني ـ غير صحيح، والفرض الصحيح لم يفرضه.

﴿

﴿ **ثمّ إنّ الفرض الثاني** هو الذي ذكره السيد الأُستاذ والسيد الحكيم‌قدس‌سرهما والذي هو نقل الدين إلىٰ ذمّة الضامن **من أين استظهر أنّه يكون الأداء من الحق الخاص** الذي هو الزكاة أو الخمس ونحوهما ، والحال إن الماتن‌قدس‌سره ذكر جواز الضمان عنه ، والضمان ليس فيه وفاء ، وإنّما هو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، ثمّ يجب علىٰ الضامن الأداء إلىٰ المضمون له ، وبه ـ أي بالأداء ـ يكون الدين علىٰ الفقير ، لأن الضمان إذني ، فيأتي قوله بالوفاء من طرف الخمس أي وفاء دين الفقير من طرف الزكاة أو الخمس ولو من دون علم الفقير ، فإنه ليس هنا أي شيء يوجب حمل الوفاء علىٰ أداء المال المضمون إلىٰ المضمون له ، فإن هذا لا يعبر عنه بالوفاء عادة ، وإنما يعبر عنه بأداء المال المضمون إلىٰ المضمون له ، والوفاء يناسب لتسديد الدين ، والموجود منه دين الفقير الحاصل بأداء المال المضمون إلىٰ المضمون له ، فيكون الفقير مديناً فيوفىٰ من الزكاة ، لا أن الوفاء هو أداء مال الضمان إلىٰ المضمون له .

ثمّ إن السيد الحكيم‌قدس‌سره ذكر في المستمسك جميع الفروض التي ليست مرادة ولا ظاهرة من كلام الماتن وأشكل عليها ، **ولم يذكر ما هو المراد والظاهر من كلام الماتن‌قدس‌سره** وهو : أن يضمن دين الفقير باذنه وينقله إلىٰ ذمّته ثمّ يؤديه من ماله ، ويوفي دين الفقير ـ حيث إن المفروض أن الضمان إذني ـ من الزكاة ولو بغير إذنه بل ولا علمه أو يوفيه من المظالم كذلك ـ إما مع الإذن من الحاكم الشرعي أو بدونه علىٰ الخلاف ـ أو من الخمس بإذن الحاكم الشرعي .

وهذا الذي ذكرناه أنه هو ظاهر من كلام الماتن‌قدس‌سره ليس هو الذي يقوله السيد السبزواري‌قدس‌سره ، فإنه قال معلقاً علىٰ قول الماتن (إذا كانت ذمّته مشغولة بها فعلاً) **ما نصه** : «لأنّه من أحسن موارد عون المؤمن المأذون فيه عقلاً وشرعاً ، والمرّغب إليه بنصوص مستفيضة منها قوله‌عليه‌السلام : (الله تعالىٰ في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه المؤمن) فمثل هذه الأدلة يعطي نحو إذن شرعي وولاية شرعية لذوي الحقوق في صرف حقوقهم في مصارف الفقراء إلّا فيما دل دليل خاص علىٰ توقفه علىٰ إذن شخص كسهم الإمام‌عليه‌السلام وردّ المظالم بناءً علىٰ توقف أدائه علىٰ الإذن ، وكذا المتواترة الواردة في الترغيب إلىٰ قضاء حاجة المؤمن ، **فيضمن ويؤدي** فيما لا يحتاج إلىٰ الإذن ، أو يضمن ويؤدي ثمّ يستأذن ممن له الإذن ، فلا مانع من ذلك من عقل أو ﴾

.....

ذمّة الفقير إلىٰ ذمّته علىٰ أن يؤدي من الحق الشرعي ، **فهذا أيضاً لا يجوز** ، لأن الجائز إنّما هو أداء دين الفقير من الزكاة ، وهذا صار دينه لا دين الفقير .

وعليه فلا يصح ذلك ، لا بعنوان أنّ الزكاة مدينة ، ولا بعنوان أن يكون هو المدين ويكون الأداء من الزكاة[1] .

﴿ شرع» .

لأن كلامه﴿ هنا ظاهر في أنّه يؤدي دين الضمان من الزكاة أو من الخمس والمظالم باستئذان من الحاكم الشرعي . فالذي يرد عليه أن الضمان إن كان أوجب نقل الدين إلىٰ ذمّته فالدين دينه لا دين الفقير ، فكيف يؤديه من مال الزكاة ونحوها . وإن كان الضمان أوجب أن يكون الدين منتقلاً إلىٰ نفس الخمس أو الزكاة ، فقد عرفت عدم صحته مما ذكره السيد الأُستاذ السيد الخوئي﴿ ، وإن كان السيد السبزواري يراه صحيحاً علىٰ ما تقدم منه في المسألة ٢٤ [٣٥٩١] . وتقدم أيضاً هناك منا عدم صحته .

والمقصود أن الظاهر من كلام الماتن﴿ هو ما ذكرناه ، وهو أنه يضمن دين الفقير بإذنه فينتقل الدين إلىٰ ذمّته ثم يؤدي الدين إلىٰ المضمون له ثمّ يوفي دين الفقير ـ الذي ثبت للضامن عليه بالوفاء ـ ويؤديه من الزكاة مطلقاً أو من المظالم أو الخمس بإذن الحاكم الشرعي .

(١) لا بعنوان أن يكون هو المدين ، ويكون الإداء من الزكاة ، سواء كان مشغول الذمّة بالزكاة أم لم يكن مشغول الذمّة بها ، وبعد ذلك تشتغل ذمّته بالزكاة ، لأن الذي يصير في ذمّته دينه لا دين الفقير .

ولكن يرد عليه أنه ليس الظاهر مما يقوله الماتن﴿ ذلك ، **بل الظاهر أنّ الذي في ذمّته زكاة مثلاً يضمن دين الفقير باذنه فتشتغل ذمّته به فيؤديه إلىٰ المضمون له من ماله ، ثمّ بما أن الضمان اذني يحق له الرجوع عليه بذلك فيكون الفقير مديناً ، فيستحق أن يعطىٰ زكاة ـ مثلاً ـ فيحتسب حينئذٍ ما عليه من الدين علىٰ الفقير زكاة بلا حاجة إلىٰ إذن الحاكم الشرعي ، أو خمساً بإذن الحاكم الشرعي** ، لا أن الظاهر غير ذلك . وهذا لا فرق فيه بين أن يكون المكلف

﴿

[٣٥٩٩] «مسألة ٣٢» : إذا كان الدَّين الذي علىٰ المديون زكاة أو خمساً[1] جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي .

---

(١) ذكرنا أنّ بالضمان ينتقل المال من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن ، ولابدّ في ذلك من قبول المضمون له ، ولكن لا يعتبر أن يكون المضمون له مالكاً لهذا المال ، بل لابدّ أن يكون أمر المال بيده سواء أكان مالكاً له أم ولياً علىٰ مالكه أم وكيلاً عنه ، فيجوز للوكيل قبول الانتقال ورضاه بذلك ، فيكون فعل الوكيل فعل الموكل ومستنداً إليه ، ولا إشكال في صحة هذا الضمان لأن أمر هذا المال بيد الوكيل ـ ونحوه ـ وله أن ينقله من ذمّة إلىٰ ذمّة بقبوله للضمان ، فتشمله عمومات أدلة الصحّة ، **وكذلك لو كان ولياً** علىٰ صغير أو مجنون اللذين لهما في ذمّة شخص مالاً فيضمه ضامن لولي الصغير أو ولي المجنون ، **وكذا الولي** في الموقوف علىٰ الجهات أو علىٰ أمر خاص كالمسجد أو المدرسة أو الحسينية التي لها متولي ، فيكون الأمر بيد المتولي ، فلو فرض أن أحداً مديناً لهذه الجهة أو للمسجد أو الحسينية ، كالمستأجر لشيء مملوك للمسجد أو الحسينية ، فيجوز أن يضمنه شخص آخر برضا المتولي ، فإن أمر ذلك بيده ، فيتصرف فيه بما يراه من المصلحة ، فإذا اقتضت المصلحة نقل هذا المال من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن صح ذلك برضاه

مشغول الذمّة بالزكاة أو الخمس أو ستشتغل ذمّته بهما ، فإن الملاك إنّما هو حال أداء دين الضمان إلىٰ المضمون له ، فإنه حينئذٍ يجوز له احتساب ماله علىٰ الفقير الذي يصح له الرجوع عليه به ـ أي بالأداء إلىٰ المضمون له ـ احتسابه زكاة أو خمساً بإذن الحاكم الشرعي ، وهذا ليس فيه أي محذور . أو يتوكل بأخذ الزكاة عنه ثمّ إيفاء دينه به ، **وهذا هو معنىٰ أن الفقير** إذا كان مورداً للحقوق الشرعية فيجوز لأحد أن يضمن ذلك منها بدلالة الاقتضاء ـ إن لم يكن الكلام بدونها ظاهراً فيه ـ إذا لا إشكال في أن نقل الدين من ذمّة المضمون عنه الفقير إلىٰ ذمّة الضامن المشغولة بالحقوق الشرعية لا يجعل الدين دين الفقير شرعاً ، بل هو دين الضامن ولا أن الضمان هو نقل الدين إلىٰ نفس الزكاة أو الخمس شرعاً . فالمراد إذن أن الضامن بعد الأداء إلىٰ المضمون له يكون الفقير مشغول الذمّة ، له فيجوز للضامن حينئذٍ احتساب دينه الذي له عليه زكاة مثلاً ـ بلا حاجة إلىٰ إذن الحكم الشرعي كما تقدم في الزكاة ـ أو خمساً بإذن الحاكم الشرعي .

وقبوله.

ومن هنا يظهر أنه لو كان الدين من قبيل الحقوق الإلهية كالخمس أو الزكاة أو الكفارات أو المظالم أو نحوهما، فلا شك في جواز ضمانه ونقله من ذمّة إلىٰ ذمّة **بقبول ورضا ممن بيده أمر ذلك وهو الحاكم الشرعي**، حيث إن له الولاية علىٰ ذلك، فلو فرض أن زيداً مدين لأحد هذه الأُمور من الزكاة أو الخمس أو المظالم أو الكفارات، فيجوز أن يضمنه شخص آخر، فينتقل الحقّ من ذمّة المدين بذلك إلىٰ ذمّة ذلك الشخص الذي هو الضامن، فيجب عليه أداؤه لعمومات أدلّة الصحة[1].

ولكن يتم ما ذكره الماتنﷺ علىٰ إطلاقه فيما إذا لم يكن ذلك الحق الثابت في ذمّة المدين عبادياً، ولم يكن يعتبر فيه قصد القربة، **كما لا يبعد أن تكون الكفارات والمظالم من هذا القبيل** أي لا يجب فيها إلّا اعطاء ما يجب عليه في الخارج، **وأما قصد القربة فلا يعتبر فيها**، فلو أعطىٰ المظالم للفقير بإذن الحاكم ـ احتياطاً أو وجوباً ـ تبرأ ذمّته بلا حاجة إلىٰ قصد القربة، وكذا الحال في الكفارات، فإنه لو أتىٰ بما يوجب الكفارة كالوطء في الحيض ـ حيث تستحب له الكفارة ـ واعطاها من دون قصد القربة صح، وكذا إطعام ستين مسكيناً في افطار شهر رمضان، وغير ذلك مما تجب فيه الكفارة أو تستحب، ولا يعتبر في أدائها قصد القربة، **فهذا الذي ذكره يتم علىٰ اطلاقه، ويجوز أن يضمن هذه الأُمور** برضا أو قبول[2] من الحاكم الشرعي، أي المضمون له، والذي هو الولي علىٰ هذه الأموال، فتنتقل الكفارة والمظالم من ذمّة أحد لذمّة آخر.

ولا يتم ما ذكرهﷺ **علىٰ اطلاقه فيما إذا فرضنا أن ذلك الحق الثابت في الذمّة عبادياً**، ويعتبر فيه قصد القربة كالزكاة والخمس، فإنهما من العبادات، ولا يجزي فيها مجرد الإعطاء

---

(١) **أقول**: كلام الماتن خاص بالخمس والزكاة. نعم السيّد الأُستاذ عممه ونسبه إلىٰ الماتن وأشكل عليه ؟!

(٢) علىٰ اختلاف المباني في القبول، فبعض اكتفىٰ بالرضا بلا حاجة إلىٰ القبول العقدي كالماتنﷺ وبعضهم اعتبر القبول العقدي كالسيد الأُستاذﷺ.

الخارجي من دون قصد القربة ، فلو لم يقصد القربة أو قصد الرياء في اعطاء الخمس أو الزكاة لم يقع هذا مصداقاً للواجب لاعتبار قصد التقرب فيه ، ففي مثل ذلك لا يتم ما ذكره علىٰ اطلاقه[١] فإنه وإن ذكرنا في بحث الزكاة والخمس[٢] أيضاً أن أداء دين شخص لا يتوقف علىٰ رضاه وقبوله ،

---

(١) المراد عدم تمامية ذلك علىٰ نحو الاطلاق ، وإنّما يتم في بعض الموارد كالكفارات والمظالم دون ما لو كان الحقّ الشرعي خمساً أو زكاة فإنه لا يتم فيهما .

وعلىٰ كل حال ، قد يقال هذا كما هو اشكال علىٰ الماتنﷺ **هو تعريض بما في المستمسك** حيث اطلق ولم يفرق بين ما يعتبر فيه قصد القربة وما لا يعتبر ، **فإنه**ﷺ **قال معلقاً علىٰ قول الماتن**ﷺ : (إذا كان الدين الذي علىٰ المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي) **بما نصه** : «لأنه الولي عليه فيكون هو المضمون له ، لأن المراد من المضمون له من له ولاية المال سواء كان مالكاً أم ولياً عليه ، وإن لم يكن الدين مملوكاً لمالك كالزكاة . وإن شئت قلت : المضمون له الجهة المختص بها المال ، والحاكم ولي عليها ، فبقبوله تمّ الضمان . وكذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت ديناً فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص إن كان ، وإلّا كان القبول من الحاكم الشرعي ، كل ذلك لعموم الأدلة المقتضية للصحة» **المستمسك ١٣ : ٣٣٠ أو (١٩٢ طبعة بيروت)**.

وفيه : ما عرفته من ان ذلك التعميم ليس من الماتنﷺ ، كما ان السيد الحكيمﷺ أضاف إليه ما يعتبر فيه قصد القربة وهو الصدقات ، ولا شك لا تكون صدقة إلّا مع قصد القربة فكلامه أيضاً ليس عاماً .

(٢) الذكر لذلك في مبحث الخمس ـ أي ذكر أن أداء دين شخص لا يتوقف علىٰ الرضا والإذن منه ولا من غيره ـ ليس معناه أن أداء دين شخص من الخمس من أي من السهمين لا يتوقف علىٰ إذن من الحاكم الشرعي في الخمس ، بل تقدم في المسألة ١٦ [٢٩٧٦] ، والواضح ٦ : ٣٦٦ لابدية أن يكون أداء دين شخص من سهم الإمام كان أم من سهم السادة بإجازة الحاكم الشرعي ، ولا يصح ذلك بدونها ، نعم في الزكاة يجوز ذلك من دون توقف علىٰ إجازة الحاكم الشرعي .

ولا على الرضا من أي أحد ، فيجوز لكل أحد أن يؤدي دين أي أحد لغاية من الغايات ، فيسقط الدين عن ذمّة المدين ، إذ لا يعتبر في الأداء أن يكون المؤدي هو المديون بنفسه ، **وأما بالنسبة إلى الزكاة والخمس فلا يكون ذلك لأنهما من العبادات** ، فليس لشخص آخر أن يؤدي الخمس الواجب على آخر إذا لم يستند ذلك إلى الآخر ولم يقصد القربة ، **فلذا لا يصح التبرع بأداء خمس شخص ، لأنه أمر عبادي ، والأمر العبادي لابدّ وأن يستند إلى نفس المكلف ويقصد به التقرب ، نعم يجوز لشخص أن يوكل الغير أو يأذن له أو يهبه ويقول له** : أدِ عني خمسي أو زكاتي ، **ويقصد بذلك القربة** ، فيكون الأداء حينئذٍ مستنداً إلى الآمر القاصد للقربة ، ولا تعتبر المباشرة في أداء الخمس أو الزكاة ، بل يجوز الاعطاء بالتسبيب أيضاً ، وأما أنه بلا أمر ولا إذن فلا يجوز .

إذن : فلابدّ من التفصيل بين ما لا يعتبر فيه قصد القربة فلا بأس بما ذكره قدس سره على اطلاقه **وبين ما يعتبر فيه قصد القربة** فليس لا بأس به على اطلاقه ، **بل إنما يصح في الضمان الإذني دون** الضمان التبرعي ، فإنّه لا يصح ذلك تبرعاً وبلا إذن ولا توكيل ونحوهما ، ولا تنتقل الزكاة أو الخمس من ذمّة شخص إلى ذمّة آخر مع أنهما قربيان ، ولابدّ في صدور العمل القربي من المكلف نفسه بحيث يستند إليه ولو بالتسبيب ، فما لم يكن ذلك محققاً تبقى ذمّة المدين مشغولة ، ولا أثر للضمان التبرعي ، نعم لو كان ذلك بتوكيله أو إذنه المعبر عنه بالضمان الاذني وقصد بذلك القربة صح ، والمباشرة وإن كانت معتبرة في الأداء إلّا أنّه يكفي فيها التسبيب والتوكل ، فينتسب الفعل إليه بتوكيله أو إذنه له مع قصد القربة[1] .

﴿ **وأما أداء دين أي شخص** كان وسقوط ذلك عن ذمّته لا يتوقف على إذنه ولا على إذن أي أحد ـ لا جواز ذلك تكليفاً مطلقاً ـ فقد تقدم أيضاً في الثاني مما يعتبر في الضمان عند التعليق على قول الماتن (وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً) ، الواضح ١٦ : ٢٥٩ .

(١) **أقول** : كون الخمس والزكاة من العبادات لا يقتضي التفريق **بين الضمان الاذني والضمان التبرعي** ، لأنّه حتّى في الضمان التبرعي إذا أمره بذلك تبرعاً وقصد من عليه الحق بذلك القربة بحيث يستند الأداء إليه صح ، فالمعتبر هو صحة الاستناد والانتساب في الأداء إلى من عليه ﴾

الحق قربياً ولو تسبيباً. **وهو محقق في الضمان التبرعي**، نعم الضمان التبرعي الذي لا يستند إلىٰ من عليه الحق ولو تسبيباً لا يكفي في الامتثال حتىٰ لو كان مع قصد المؤدي القربة، كما لو قصد المتبرع القربة عمّن عليه الحق، ولكن لم يكن الأداء منتسباً إلىٰ من عليه الحق بوجه، كما لو أداه عنه بلا علم ولا اطلاع، فلا تسبيب في الأداء حتىٰ لو فرض قصده للقربة. **كما أن الضمان الاذني** لا يلازم الحكم بالصحة كما لو إذن له في الأداء بلا أن يقصد الآذن القربة في ذلك، **فلا كلية لكلا القسمين**. نعم بعض الضمان الاذني يصحّ كما أن بعض الضمان التبرعي لا يصح، والعكس بالعكس بعض الضمان التبرعي يصح وبعض الضمان الاذني لا يصح.

وقد تقدم في بحث الزكاة ـ الواضح ٨: ٣٢٣ ـ طلب المالك من غيره أن يؤدي زكاته تبرعاً ومن مال المتبرع، أو طلب المالك من غيره أن يؤدي زكاته عنه من دون أن يذكر المالك في الثاني التبرع، فيصح الأداء في الأوّل ـ وطبعاً مع قصد المالك القربة ـ وعدم صحة رجوعه علىٰ الآمر، وصحة الأداء في الثاني ـ وطبعاً أيضاً مع قصد المالك القربة ـ وصحة رجوعه علىٰ الآمر.

قال السيد الأُستاذ دام ظله **في موسوعته تعليقاً علىٰ قول الماتن** قدس سره: (إذا طلب من غيره أن يؤدّي زكاته تبرّعاً من ماله جاز وأجزأ عنه، ولا يجوز للمتبرع الرجوع عليه، وأمّا إن طلب ولم يذكر التبرّع فأدّاها عنه من ماله فالظاهر جواز رجوعه عليه بعوضه لقاعدة احترام المال، إلّا إذا علم كونه متبرعاً» والتعليق الذى علقه دام ظله علىٰ قوله «جاز أو أجزأ عنه» هو ما نصه: «لكونه علىٰ طبق القاعدة، إذ لا يعتبر في الزكاة الأداء من نفس العين، ولا من بدله من مال نفسه، بل يجوز الأداء من مال الغير الذي أباح له التصرّف بنحو مطلق، الشامل لأداء الزكاة، فإذا جاز أن يؤدّي زكاته من مال الغير جاز له أن يأمر ذلك الغير بأداء الزكاة عنه، الذي هو بمثابة التوكيل في الاخراج، فالفعل الذي كان له أن يفعله مباشرة جاز له أن يفعله بالتسبيب. وبالجملة: ليس في شيء من أدلّة الزكاة لزوم الإخراج من مال المالك نفسه، بل يجوز من مال شخص آخر بمقتضىٰ الاطلاق، فإنّ المقصود الايصال إلىٰ الفقير كيف ما كان، فهذا الحكم مما لا ينبغي الإشكال فيه. إنّما الكلام فيما إذا أمره بأداء الزكاة من غير أن يذكر التبرّع، ولم يكن منصرفاً أيضاً إلىٰ

بل ولآحاد الفقراء على إشكال[1] .

---

(١) **ثمّ ذكر الماتن**ﷺ أنه كما يجوز للحاكم أن يعامل مع الضامن ويرضىٰ ويقبل بانتقال الحق من ذمّة من عليه الحق إلىٰ ذمّة الضامن ، **كذلك يجوز ذلك لآحاد الفقراء إلّا أنّه علىٰ إشكال** .

ولم يظهر لنا أي وجه لجواز ذلك حتىٰ يستشكل فيه ، فإن آحاد الفقراء ـ أي كل فرد فرد من الفقراء ـ ليس مالكاً[1] ، ولا وكيلاً ولا ولياً علىٰ هذا المال ، بل هو أجنبي عن هذا المال بالكلية ،

ﷺ التبرّع ، فهل للمأمور أن يرجع ويطالبّه بمثل ما أدّىٰ؟ الظاهر أنّه لا ينبغي الإشكال في الجواز لقيام السيرة العقلائية علىٰ الضمان ...» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣١٧ ، ونحوه ـ ولعله أوضح منه ـ في الواضح ٨ : ٣٢٣** .

فكذا الأمر في الضمان ، غاية الأمر لابدّ أن ينضم التسبيب في الأداء مع قصد القربة من المالك ضماناً تبرعياً كان أو ضماناً اذنياً . فلا كلية للصحة في الضمان الإذني وعدم الصحة في الضمان التبرعي .

(١) **تقدم ذلك في كتاب الزكاة في عدّة موارد منها** : الواضح ٨ : ٣٣١ ، **ومنها : الواضح ٨ : ٢٠٨** وغيرها : وقلنا إن المالك هو كلي الفقير ، وأما شخص الفقير فلا ، نعم إذا أُعطي الفقير ملك ، فقبل الاعطاء الفقير ليس بمالك ، ومن الواضح أيضاً أنه ليس بولي عليها ولا وكيل أيضاً ، فكيف يصح قبوله لضمان الضامن ، ويكون شخص الفقير مضموناً له .

ثمّ إنّه علق السيد السبزواريﷺ علىٰ قول الماتنﷺ (بل ولآحاد الفقراء علىٰ اشكال) **بما نصه** : «منشؤه أنّه ليس لهم ملكية فعلية أو حق فعلي حتىٰ يصح الضمان ، **ولكنّه** مخالف للأدلة الدالة علىٰ (أنّ الله تعالىٰ شرّك بين الأغنياء والفقراء في الأموال) والمشهور ذهبوا إلىٰ أن هذه الشركة عينية خارجية ، وذهب المحققون من متأخر المتأخرين إلىٰ أنّ الشركة شركة حقيقية ، إما بنحو حق الرهانة أو حق منذور التصدق أو نحو حق خاص ومتعلقه الكلي في المعين ، وقد فصلنا القول في كتاب الزكاة والخمس فراجع ، فلا إشكال في صحة الضمان بناءً علىٰ الشركة العينية ، وكذا بناءً علىٰ الحقيقية فراجع وتأمل» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٧٥** .

ونحن نقول أيضاً إنه لا إشكال في أن الله تعالىٰ شرّك بين الأغنياء والفقراء في الأموال كما في

[٣٦٠٠] «مسألة ٣٣» : إذا ضمن في مرض موته ، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل[١] ، لأنه ليس من التبرعات ، بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة . وإن لم يكن بإذنه فالأقوىٰ خروجه من الأصل كسائر المنجزات ، نعم علىٰ القول بالثلث يخرج منه .

فكيف تصح المعاملة معه حتّىٰ ينتقل الحق من ذمّة إلىٰ ذمّة ، بلا فرق بين الأُمور العبادية كالزكاة والخمس أو غيرها كالمظالم والكفارات ، الفقير أجنبي عن هذا المال ، أي أن شخص الفقير ليس مالكاً لهذا المال ـ بعد وضوح أنه ليس وكيلاً ولا ولياً ـ حتّىٰ ينقله من ذمّة إلىٰ ذمّة ، **فلذا لا يجب الوفاء بطلبه لو فرض أن ضامناً ضمن ما علىٰ المدين بالزكاة أو الخمس أو المظالم أو الكفارات** ، ورضي وقبل شخص الفقير بذلك **لا يجب علىٰ الضامن ذلك ، لأن الفقير ليس بمالك لذلك الدين حتّىٰ يرضىٰ ويقبل أو لا يرضىٰ أو لا يقبل ، ولا وكيلاً ولا ولياً عليه** ، فأي أثر لرضاه وقبوله في صحة ضمان الضامن ووجوب الوفاء علىٰ الضامن ، فليس هنا أي وجه لجواز هذا الضمان .

(١) **إذا فرض أن الضامن مريض بمرض الموت** ، وضمن شخصاً في مرض موته ، فإن كان هذا الضمان بأمر المضمون عنه ، **فلا إشكال في صحة هذا الضمان** ويرجع الضامن[١] إلىٰ المضمون عنه بعد الأداء وحال ذلك حال سائر المعاملات المنجزة للمريض بمرض الموت كالبيع نسيئة في مرض الموت حيث يحكم بصحة البيع ، وكذا الايجار والاستئجار ونحوها ، وكل

الروايات ، ولا شك في أن الشركة شركة حقيقية ، **إلّا أنّ الشريك مع المالك كلي الفقير ، والكلام في أن المضمون له في هذا البحث هو شخص الفقير لا كلي الفقير** ، فإن كلي الفقير لا شك يجوز أن يضمن له ، والضمان له بلا إشكال يكون مع ولي الفقراء وهو الحاكم الشرعي ، وقد تقدم صحته وبلا اشكال ، **وأما شخص الفقير فليس بمالك** قبل أن يعطىٰ ، نعم إذا اعطي وبنحو التمليك ملك حينئذٍ ، **والكلام في الضمان له قبل أن يُعطىٰ** أي قبل أن يكون مالكاً ، وهو لا يصح لأنّه ليس بمالك ولا وكيل عن المالك ولا ولي علىٰ المالكين ، فبأي وجه يصح أن يكون مضموناً له حتىٰ أنه يستشكل فيه أو لا يستشكل كي يقال لا إشكال في صحة الضمان له .

(١) أو وارثه .

ما تصرف الإنسان في ملكه قبل موته وكان التصرف منجزاً ـ لا مثل الوصية ـ وفعلياً وليس فيه محاباة وتسامح ونقيصة يصح منه كل ذلك ، لأنه مالك لهذا المال ، فإذا فرضنا أن هذا الضمان كان بأمر من المضمون عنه فبلا إشكال يُرجع علىٰ المضمون عنه بعد الأداء .

وأما إذا فرضنا أن الضمان ليس إلّا ضماناً تبرعياً ، وبلا إذن من المضمون عنه ، **فليس له أن يرجع إلىٰ المضمون عنه بعد أداء الدين** ، فهذا يدخل في كبرىٰ منجزات المريض المبتنية علىٰ المحاباة والتسامح والنقيصة ، **فيأتي فيها بحث أنها هل تخرج من ثلث مال الميت ، أو من أصل ماله** ، فبناء علىٰ الأوّل لا تخرج إلّا من ثلث المال[1] ، ولو فرض أن الثلث لا يفي به فيحكم ببطلانه[2] ، إلّا مع إجازة الورثة .

---

(١) **قال المحقق في الشرائع** : «إذا ضمن المريض في مرض موته ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته علىٰ الأصح» **الشرائع ٢ : ١٣١ ، ومن الواضح** المراد للمحقق من الضمان الذي ضمنه في مرض موته والذي قاله إنه يخرج من الثلث هو الضمان التبرعي ، ولذا يخرج من ثلث التركة ، فإن بناء المحقق علىٰ اخراج المنجزات المشتملة علىٰ المحاباة والنقيصة في مرض الموت من الثلث لا من الأصل . **ولذا قال صاحب الجواهر** في شرح عبارة المحقق قدس سره : «إذا ضمن المريض **تبرعاً** في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته علىٰ الأصح من كون المنجزات منه لا من الأصل . نعم ، لو ضمن بسؤال ففي المسالك [٤ : ٢١٠] ، هو كما لو باع بثمن المثل نسيئة ، فالوجه حينئذٍ أنّه متىٰ أمكن الرجوع علىٰ المضمون عنه فهو من الأصل . . .» **الجواهر ٢٦ : ١٥٨** .

(٢) **الظاهر أنّه يريد بالبطلان** بطلان الزائد علىٰ الثلث ـ لا بطلان ما يساوي الثلث من الضمان أيضاً ـ لأنّه هو مقتضىٰ القاعدة ، كما لو باع محاباة في مرض الموت جنسه بأقل من قيمته ومات في مرض موته ، فالبيع المحاباتي إذا كان بمقدار الثلث أو أقل فهو محكوم بالصحة ، وإن كان أزيد من الثلث وأجاز الوارث فكذلك يحكم بصحته ، **وأما إذا لم يجز فالقاعدة تقتضي نفوذ البيع المحاباتي بمقدار الثلث وعدم نفوذه بمقدار الزائد الذي يكون في ثلثي الورثة** ، وبه

﴿ يجمع بين حقي الوارث والمشتري .

فكذلك في المقام ، وكأن السيد الأُستاذ يقول بناءً علىٰ أنّ المنجزات تخرج من الثلث : يصح الضمان فيما قابل الثلث ولا يصح فيما زاد عنه فيبطل ، لا بطلان الضمان من أصل .

وهذا الذي ذكره بناءً علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأن القاعدة وإن اقتضت في البيع ذلك وهو صحته ـ البيع المحاباتي ـ فيما قابل ثلثه وبطلان الزائد عليه مع عدم اجازة الورثة ، **لأنّه يعتبر في البيع أن يكون الجنس المباع مملوكاً له وغير محجور من التصرف فيه** ، والمملوك له ولكن من المحجور عليه من التصرف فيه لا يصح له بيعه كما هو واضح . فلو باعه يقع **باطلاً** مع عدم إجازة الورثة ، **ولكن الضمان ليس كذلك** ، إذ ليس فيه **التصرف في ماله ، وإنما التصرف في ذمّته ، وهو ليس محجوراً من التصرف فيها** ، فيصح الضمان في كل ما ضمن تبرعاً ، ولذا ذكرنا في أوّل الضمان أنّه لا مانع من أن يكون الضامن مفلّساً ، إذ ليس هو في ضمانه متصرفاً في أمواله ، بل هو متصرف في ذمّته ، ولا مانع من تصرفه في ذمّته ، ولذا جاز له أن يستدين فلذا له أن يضمن أيضاً **وليس الضمان كما تقدم في أوّل الضمان إلّا نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة وليس هو عند السيد الأُستاذ وغيره ـ كالماتن في الضمان التبرعي الذي هو مفروض الكلام هنا ـ كما صرح به ليس من المعاملات المعاوضية** ، ولا من الشبيهة بالمعاوضية ، ولذا قالا بأنه لا مانع من الغرر فيه في مسألة جواز الضمان مع عدم العلم بالدين المضمون مقداراً أو أصلاً أو جنساً ، **حيث قال السيّد الأُستاذ ما نصه** : «فلا [أي دليل الغرر] يشمل الضمان ونحوه مما لا يتضّمن المعاوضة» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٩ . وقال أيضاً ما نصه** : «فإنه لا عموم لدليل نفي الغرر [أي يشمل الضمان]» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٠ . وقال أيضاً : لا مانع من أن يكون الضامن محجوراً عليه ، لأن الحجر إنما يختص بأمواله دون ذمّته ، فلا بأس بتصرفاته العائدة إليها . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٩٥** . فسواء قلنا بخروج منجزات المريض من الأصل أم من الثلث ضمانه صحيح ولا إشكال فيه . فلا يكون لقول السيّد الأُستاذ «فعلىٰ الأوّل [وهو ان منجزات المريض تخرج من الثلث] لا تخرج إلّا من الثلث ، ولو فرض أن الثلث لا يفي بها فيحكم ببطلانها إلّا مع إجازة ﴾

وأما بناءً علىٰ ما هو الصحيح عندنا ـ وهو مختار الماتن ﷺ أيضاً ـ **من أن منجزات المريض تخرج من الأصل لا من الثلث**، فحال هذا الضمان حال الضمان الذي يكون بأمر من المضمون عنه، أي الضمان الذي له بدل يحكم بصحته، بلا فرق بين كونه عن إذن المضمون عنه أو لا، **وهو الصحيح المستفاد من الأدلة**، وللبحث في أن منجزات المريض تخرج من الأصل أو الثلث مقام آخر وبحثه طويل ليس هنا محل ذكره[1].

﴿الورثة. وأما بناءً علىٰ ما هو الصحيح ـ وهو مختار الماتن ﷺ أيضاً ـ من أن منجزات المريض تخرج من الأصل لا من الثلث، فحال هذا الضمان حال الضمان الذي يكون بأمر من المضمون عنه ـ أي الضمان الذي له بدل ـ يحكم بصحته» لا يكون له معنىٰ أصلاً لأن الضمان التبرعي صحيح كله سواء قلنا إن منجزات المريض تخرج من الثلث أم من الأصل، فإنّه ليس ضمان المريض مرض الموت إلّا كالستدانة المفلس لا يكون إلّا تصرفاً في ذمّته، وليس هو بمحجور من التصرف في ذمّته.

(١) لابد وأن يكون له محل آخر لذكره، إلّا أنّي لم أجد شيئاً مطبوعاً في ذلك للسيد الأستاذ ﷺ بعد بذل تمام الوسع في ذلك، وكان المناسب أن يتعرض السيد الأستاذ ﷺ لبحث منجزات المريض في ذيل كتاب الوصية، إلّا أنّه لم يتعرض له لعدم تعرض الماتن له، وإنما تعرض الماتن ـ أي السيد اليزدي ﷺ ـ لمنجزات المريض في رسالة مستقلة، ولم نجد للسيد الأستاذ ﷺ بحثاً أو تعليقة عليها، ولعله لم يتسنّ له ذلك. وما في الموسوعة هنا من قوله «علىٰ ما حققناه مفصلاً في محله» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٥٧** لا يلازم كون ما حقق مطبوعاً، والمذكور في منهاج الصالحين للسيد الأستاذ السيد الخوئي ﷺ ج ٢: ٢٢٩ هو خروج المنجزات وإن اشتملت علىٰ المحاباة والعطاء المجاني ونحوه من الأصل، وأن القول بخروجها من الثلث ضعيف.

ثمّ إنّه وإن كانت مسألتنا هذه لا تبتني علىٰ أن مجزات المريض من أصل ماله أو من ثلثه، لما عرفت من كون المتصرف بالضمان التبرعي ليس متصرفاً في أمواله حال مرض موته، بل

﴿

تصرف في ذمّته ، وهو ليس محجوراً من التصرف فيها كضمان المفلسّ المتقدم صحته . **فإن** الضمان كما تقدم ليس إلّا نقل الدين من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، وهو غير الأداء ، ولا يلازم لابديّة الأداء فيه بالضرورة ، لجواز أن يهب المضمون له ذلك للضامن أو يبرئه أو يتبرع متبرع به أو نحو ذلك . وعلىٰ فرض عدم كل ذلك فوجوب الأداء عليه مع كونه ممنوعاً من التصرف في ماله لا ينافي صحة الضمان ، **كفلس الضامن بعد الضمان** ، أو عدم تمكنه من الأداء ولو لا لفلس ، فإنه لا يمنع من صحة الضمان الذي كان قبل ذلك وعدم تمكنه من الأداء إنما هو لاحق لذلك ، بل عدم تمكنه من الأداء لا يمنع من صحة أصل ضمانه كما تقدم في المفلسّ ، حيث تقدم صحة ضمانه في الخامس مما يعتبر في الضمان ، وكما في المعسر المعلوم اعساره للمضمون له أو الذي أعسر بعد ذلك .

إلّا أنّه لابدّ لنا من الاطلاع علىٰ مسألة منجزات المريض وعلىٰ أدلة الطرفين لنكون علىٰ بصيرة من الأمر ولو علىٰ نحو الاختصار .

منجزات المريض

وليس الكلام في منجزات المريض علىٰ نحو الإطلاق كما يوحي به العنوان ، لأن منجزات المريض التي ليس فيها محاباة كأن يبيع ما يسوىٰ مليون دولار بمليون دولار إلّا خمسة فانها بلا كلام كمنجزات غيره لا اشكال في خروجها من الأصل ، **وإنما الكلام في منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة** كأن يبيع ما يسوىٰ مليون دولار بخمسة دولارات ، أو يهب ذلك أو ما شابه ذلك .

وللأصحاب في منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة قولان :

القول الأوّل : أنها تخرج من الأصل كغير المشتملة علىٰ المحاباة ، وهو الذي ذهب إليه الشيخ الكليني قدس سره في الكافي ٧ : ٧ ، والصدوق في الفقيه ٤ : ١٤٩ ، حيث إنهما ذكرا في باب أن الإنسان أحق بماله ما دام حياً أو ما دام فيه الروح ، **الروايات الدالة علىٰ الخروج من الأصل ولم يذكرا شيئاً من روايات القول الآخر .**

﴿ **وكذا ذهب إلىٰ هذا القول ، الشيخ المفيد في المقنعة : ٦٧١ ، والشيخ الطوسي في النهاية ٣ : ١٧٦ ـ ١٧٧ ، والسيد المرتضىٰ في الانتصار : ٦٥ مسألة ٢٦٢** ، وقال إنه عليه الإجماع ، **والسيد ابن زهرة في غنية النزوع** في الهبة : ٢٠١ ، **وقال : إنه عليه الإجماع ، والقاضي ابن البراج في المهذب ١ : ٤٢٠ ، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢١٤ ، والخراساني في كفاية الأحكام ٢ : ٧٢ ـ ٧٣ ، والحرّ العاملي في الوسائل** ج ١٩ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ، **وصاحب الرياض** ١٠ : ٣٨٨ ـ ٣٨٩ ، وقال : إنه **المشهور بين القدماء ظاهراً بل لعله لا شبهة فيه ، والفاضل الآبي في كشف الرموز** ٢ : ٩١ ـ ٩٢ **ونسبه إلىٰ الأكثر ، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٧٢ ، وسلّار في المراسم** (الجوامع الفقهية : ٥٩٠) ، **وابن سعيد في الجامع للشرائع : ٤٩٧ . ونقل عن المناهل أيضاً** ، ونقله الشيخ الأنصاري في الوصايا والمواريث **تراث الشيخ الأعظم ٢١ : ١٤٨ ، وابن إدريس في السرائر موسوعة ابن إدريس ١٢ : ٣٢٩** ، والمقصود أنه ذهب إلىٰ هذا القول أكثر القدماء كما في **مهذب الأحكام ٢١ : ١٧٨ فالشهرة القدمائية عليه .**

استدل علىٰ القول الأوّل وهو الخروج من الأصل بعدة أدلة

الدليل الأوّل علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : عمومات لزوم التصرف التي ذكرها شيخنا الأنصاري (تراث الشيخ الأعظم ٢١ : ١٤٩) . ومن هذه العمومات **معتبرة سماعة** ، قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال : هو ماله يصنع ما شاء به إلىٰ أن يأتيه الموت» الوسائل ج ١٩ : ٢٩٦ باب ١٧ من أبواب الوصايا ج ١ ـ لا أنّه ينفذ تصرفه بمقدار الثلث فإن لم يجز الورثة الباقي كان التصرف باطلاً ـ سواء كان في مرض الموت أم لم يكن ، أي تصرف كان بيعاً أو ضماناً أو غيرهما .

وكذا **معتبرة أبي بصير** نفس المصدر ح ٢ ، وكذا عدة من الروايات في هذا الباب .

وكذا أصالة اللزوم بعد الموت وردّ الوارث ، أعني أصالة اللزوم اللفظية .

مضافاً إلىٰ استصحاب حكم الصحة بعد المرض التي هي أصالة اللزوم العملية .

﴿ **الدليل الثاني علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل** : قاعدة السلطنة ، وإن الناس مسلطون علىٰ أموالهم ، لا قوله ﷺ ـ في المرسل الذي رواه الشيخ في الخلاف ٣ : ١٧٦ ـ ١٧٧ مسألة ٢٩٠ وذكره المجلسي في البحار كذلك ٢ : ٢٧٢ ح ٢ ،وابن أبي جمهور الإحسائي في عوالي اللآلي كذلك ١ : ٢٢٢ ح ٩٩ ـ أن رسول الله ﷺ قال : «الناس مسلطون علىٰ أموالهم ، لوضوح ضعف سنده . ودعوىٰ الجبر مدخوله صغرىٰ وكبرىٰ ، **بل الدليل هو قاعدة السلطنة** المستفادة ، لا أقل من بناء العقلاء عليها ، فإنهم يعتبرون المالك صاحب سلطان علىٰ ماله في التصرفات التكونية كالأكل والشرب ونحوهما ، والأمور الاعتبارية التشريعية كالبيع والصلح والهبة والوقف والضمان وغيرها . ولم يزل بناؤهم علىٰ ذلك من القدم بلا فرق بين أهل الملل والنحل الالهية منهم وغير الالهية ، فإنهم كلهم يرون أن للإنسان التصرف في ماله بما يراه هو ، إلّا ما منعه الشارع أو منعته القوانين الوضعية ، ولا يمكن لأي شخص أن ينكر ذلك . حتّىٰ أنّه ذكر أن هذه قاعدة فطرية ، أي أن الفطرة القائمة علىٰ تسلط الناس علىٰ أموالهم غير منحصرة بالإنسان ، بل تشترك معه فيها جميع أنواع الحيوان ، فإنها ترىٰ نفسها مالكة لما اكتسبت ومسيطرة عليه ولها السلطنة الكاملة عليه تمنع كل ما يزاحمها ، كما يمنع الإنسان كل ما يزاحمه ، مضافاً إلىٰ أنّه استدلوا علىٰ هذه القاعدة بالأدلة الأربعة التي أحدها بناء العقلاء وإن لم يكن من الأخبار المرسل المتقدم ، فإنّ في دلالة الأخبار الأُخرىٰ غنىٰ وكفاية ، وليس الإجماع المذكور حجة كما هو واضح .

هذا ومن الغريب أني لم أجد في القواعد الفقهية للسيد البجنوردي أثراً لهذه القاعدة التي ذكرها الفقهاء بعنوان قاعدة السلطنة إلّا مروراً ويعبّر عنها بقاعدة السلطنة كما في الجزء الأوّل من القواعد الفقهية : ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، وج ٦ : ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٣/٨٥ ، ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، ٤١٢ ، وج ٧ : ٢٩ ، ٣٠ وأما أنه بحث عنها من حيث الدليل فلم أجد . والمقصود أن الأصحاب يعبرون عنها بقاعدة السلطنة أو عموم السلطنة أو دليل السلطنة ، **وفي مهذب الأحكام ٢١ : ١٧٨ ـ ١٧٩** : «واستُدل عليه **تارة** بقاعدة السلطنة ، وأُخرىٰ بأصالة الصحة ، **وثالثة** باستصحاب الصحة ، ورابعة بالأدلة الأربعة الدالة علىٰ لزوم العقد وصحته كما تقدم ، **وخامسة** باطلاقات كل ﴾

عقد وتصرف وايقاع ، **وسادسة** بالسيرة والاجماعات المنقولة ، وعن الشيخ نسبة ذلك إلىٰ اخبار الطائفة ، **وسابعة** بالأخبار» .

الدليل الثالث علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : صحيح أبي شعيب المحاملي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الإنسان أحقّ بماله ما دامت الروح في بدنه» الوسائل ١٩ : ٢٩٩ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ٨ مع ملحقه .

الدليل الرابع علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : موثق عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين ، فإن قال بعدي فليس له إلّا الثلث» الوسائل ج ١٩ : ٢٨٧ باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ١٢ .

الدليل الخامس علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : موثق عمار الساباطي الثاني «سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول : صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح ، يضعه حيث شاء» الوسائل ج ١٩ : ٢٩٧ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ٤ .

الدليل السادس علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : موثق عمار الساباطي الثالث عن أبي عبدالله عليه السلام قال «قلت : الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين فيه . قال : نعم ، فإن أوصىٰ به فليس له إلّا الثلث» نفس المصدر المتقدم ح ٧ .

الدليل السابع علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : موثق عمار الساباطي الرابع عن أبي عبدالله عليه السلام ، «في رجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه ، فقال : إذا أبانه جاز» نفس المصدر المقدم ح ١٠ ، **وأبانه المراد به التنجيز** في مقابل الوصية به ، **ولذا ورد في بعض الروايات** «إذا أبان به فهو جائز ، وإن أوصىٰ به فهو من الثلث» الكافي ٧ : ٦/٨ ، الفقيه ٤ : ٥١٩/١٤٩ ، الوسائل ج ١٩ : ٢٧٣ باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ٤ ، والمراد من المرض مرض الموت ، للتسالم علىٰ الصحة في غيره .

الدليل الثامن علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل : صحيح محمّد بن مسلم ، قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل حضره الموت ، فأعتق غلامه وأوصىٰ بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ، ويكون النقصان فيما بقي» الوسائل ج ١٩ : ٣٩٩ باب ٦٧ من

﴿ أبواب كتاب الوصايا ح ١ وسيأتي الكلام حول دلالته بعد ذكر مرسل **محمّد بن مسلم** .

الدليل التاسع علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل ، مرسل محمّد بن مسلم الذي هو صحيح عند بعض لكون المرسل ابن أبي عمير ، ولذا عبر عنه الشيخ صاحب الجواهر ٢٦ : ١٣٤ بحسنة (محمّد بن مسلم) **لكون الراوي فيها إبراهيم بن هاشم** ، فإن الكليني روىٰ هذه الرواية عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن رجل عن محمّد بن مسلم ، **والمبنىٰ عند بعضهم** أن إبراهيم بن هاشم والد علي بن إبراهيم ممدوح فروايته حسنة ، وعند آخرين أنه فوق التوثيق فروايته صحيحة ، وعلىٰ كل منهما اعتماداً علىٰ مبنىٰ وثاقة من أرسل عنه ابن أبي عمير ، فإن ابن أبي عمير روىٰ عن رجل عن محمّد بن مسلم . **وأما علىٰ ما بنينا عليه وفاقاً للسيد الأُستاذ السيد الخوئي قدس سره من أن** مرسلات ابن أبي عمير عن رجل ليس توثيقاً له ولا أنّه علامة كونه ثقة أبداً علىٰ ما تقدم منّا في **الواضح ١٢ : ٢٣٤** ، فمرسلاته كمسنداته كما يمكن أن يروي فيها عن الثقة يمكن أن يروي فيها عن الضعيف والمجهول . فروايته في المقام عن رجل عن محمّد بن مسلم رواية مرسلة . لكن نتكلم فيها علىٰ مبنىٰ من يراها صحيحة أو حسنة . **عن أبي جعفر** عليه السلام قال «في رجل أوصىٰ بأكثر من الثلث وأعتق مماليكه في مرضه ، فقال : إن كان أكثر من الثلث ردّ إلىٰ الثلث وجاز العتق» **نفس المصدر ملحق ح ٤** .

فإنه استدل بهذين الحديثين علىٰ خروج المنجزات من الأصل **بدعوىٰ ظهورهما** ـ بل ادعي أن الثاني منهما صريح ـ في كون المنجزات من الأصل ، وأنه واضح وغير قابل للتأويل كما قال ذلك في **مفتاح الكرامة [١٦ : ١٩٩] ، فإن عتق الغلام أو المماليك ليس وصية بل هو من المنجزات** التي هي محل الكلام ، والوصية التي يكون نفوذها من الثلث هي التي يرد عليها النقصان ، والبدء بالعتق المنجز إنما هو لحصر الثلث الذي يرد عليه النقصان في غيره ، لا لأجل أن ذلك كله هو الوصية حتىٰ يبدأ بالعتق منها ويكون ذلك كله من الثلث كما قيل .

ولكن أقول : الذي يظهر من الروايات ويساعد عليه غلبة ارادة عتقهم بعد الموت ، **والتعبير في الروايات** عن (الوصية بعتق عبده) بقولهم : «اعتق عند موته» أو «أعتق عند مرضه» **بلا ذكر كلمة الوصية .**

﴿ **كما في قوله**عليه السلام : «اعتق رجل عند موته خادماً له وأوصىٰ بوصية أُخرىٰ» الوسائل ج ١٩ : ٢٧٦ باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ٦، **ومعنىٰ ذلك أن الأُولىٰ كانت وصية** والحال إنّه عبّر عنها باعتق .

وكما في قولهعليه السلام : «رجل أوصىٰ عند موته لذوي قرابته واعتق مملوكاً له وكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث . . .» الوسائل ج ١٩ : ٤٠٠ باب ٦٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ٢ أي أن عتق المملوك كان من جملة الوصية ، فكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث، لا أن العتق كان منجزاً .

وكما في قولهعليه السلام : «سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصىٰ بوصية فكان أكثر من الثلث» نفس المصدر ح ١ **أي فكان الجميع أكثر من الثلث ، ومعنىٰ ذلك أن عتق الغلام كان وصية ، لا أنّه كان منجزاً، كل ذلك للقرينة علىٰ إرادة الوصية بالعتق في مرض الموت من قوله اعتق .**

وهذا كله يدل علىٰ أن (اعتق) كان وصية لا منجزاً ، ولذا ذكر الشيخ الكليني والشيخ الصدوق هذه الروايات التي هي دليل القول بخروج الوصية من الثلث في باب الوصية بالثلث .

فكذا قولهعليه السلام **في صحيحة محمد بن مسلم** في المقام (اعتق غلامه وأوصىٰ بوصية ، وكان أكثر من الثلث) **المراد به الوصية بالعتق**، علىٰ أن ليس فيها المرض ليحمل علىٰ مرض الموت .

وقوله في الرواية الثانية قال : «في رجل أوصىٰ بأكثر من الثلث واعتق مماليكه في مرضه ، قال : إن كان أكثر من الثلث ردّ إلىٰ الثلث . . .» **المراد من العتق فيهما الوصية بالعتق مضافاً إلىٰ الوصية بغير العتق** وفي المرض (فكان أكثر من الثلث) .

ويعبّر السيد الطباطبائي اليزدي في رسالته في منجزات المريض عن أن المراد من «اعتق عبده أو عبيده» في الروايات الوصية بالعتق لا العتق المنجز : أن ذلك : «لا يخفىٰ علىٰ من جاس خلال تلك الديار ، بل في كلمات العلماء أيضاً كثيراً ما يكون كذلك كما عرفت عن الخلاف والغنية ، ولذا اسند الشيخ في عبارته المتقدمة القول الأوّل إلىٰ الأخبار بحيث يظهر منه أن هذا القول [أي القول بالخروج من الثلث] لا دليل عليه منها ، مع أن هذه الأخبار [التي أُستدل بها علىٰ الخروج من الثلث] كانت بمرأىٰ منه ومسمع ، وأيضاً أرباب الكتب كالكليني وغيره أوردوا ﴾

هذه الأخبار في باب الوصية ووجوب أرجاعها إلىٰ الثلث. **ويؤيده أن الشهيد في المسالك [٦: ٣٠٩]جعل الخبر العامي** [الآتي في الاستدلال علىٰ خروج المنجزات من الثلث] **المذكور** أجود ما في الباب متناً وسنداً، مع أن عدم اطلاعه علىٰ هذه الأخبار في غاية البعد». **رسالة في منجزات المريض ص ١٩**.

وقال الشيخ الأنصاري: «وأمّا روايات العتق فلا يبعد إرادة الوصيّة بالعتق لا الاعتاق المنجز كما يشهد بذلك قوله في رواية أبي بصير «إذا أعتق رجل عند موته خادماً له، ثمّ أوصىٰ بوصية أُخرىٰ...» **تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٥٨ ـ ١٥٩**.

وإن لم يكن قوله عليه السلام (اعتق عبده أو مماليكه) في الروايات المراد به عندهم غالباً (الوصية بالعتق) تنزلاً ـ ولا نتنزل أبداً ـ فلا شك يكون المراد له عليه السلام به بدل (الوصية بالعتق) وهو (التدبير)، إذ ليس هو إلّا العتق بعد الموت ويصدق عليه اعتق حقيقة، غاية ما في الأمر أن أعتق أعم من المنجز والمعلق، ويعين الثاني ويوجب صرفه إليه شيوعه والقرينة عليه، ولا أقل من الشك في إرادة الأعم ومع الشك في إرادة الأعم كيف يمكن أن يدعىٰ ظهورهما في كون ذلك من المنجزات ؟! فلا أقل من لو كان ذلك مجملاً وغير ظاهر في كونهما مما يدل علىٰ خروج المنجزات من الثلث، كما أنهما ليسا مما يدل علىٰ خروج المنجزات من الأصل.

ثمّ إن السرّ في التعبير في الروايات عن ارادة الوصية بالعتق من قولهم (اعتق) الذي يقال: «إنه لا يخفىٰ علىٰ من جاس خلال الديار **أنه يريدون من قولهم (اعتق) الوصية بالعتق**، بل هو المراد في كلمات العلماء أيضاً» علىٰ ما عرفت **هو ١ ـ كون التدبير بصفة الوصية من حيث جواز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع فيها ٢ ـ وكونه من الثلث كما أنها هي من الثلث أيضاً، ٣ ـ وكونه بعد الموت** كما أنها بعد الموت، وإن لم يكن هو نفسها أي وإن لم يكن التدبير هو نفس الوصية، لأن التدبير ليس هو إلّا العتق بعد الموت، فيصدق عليه حينما يدبر أنه اعتق معلقاً، كما أن الوصية بالعتق أيضاً هي العتق المعلق علىٰ الموت، إلّا أن التدبير الذي هو بصفة الوصية ليس هو وصية حقيقة وإن كان يشبهها وبصفتها.

ولم يرد في روايات خروج المنجزات المشتملة علىٰ المحاباة من الثلث ما يصلح

الاستدلال به عليه ـ كما سيأتي ـ **غير روايات العتق ودعوىٰ كونه منجزاً**، فإنه لم يرد فيها أن شخصاً باع بيعاً محاباتياً أو وهب جميع املاكه أو ما شابهما، وقال له الإمام عليه السلام إنها لا تصح إلّا في الثلث لتكون ظاهرة في خروج المنجزات المشتملة علىٰ المحاباة في مرض الموت من الثلث، وإنما أكثر ذلك في العتق، **والعتق القرائن القائمة عليه شاهدة علىٰ إرادة الوصية به، ومع التنزل** فالعتق بنحو التدبير يصدق عليه حقيقة أنه اعتق، فكيف تكون الروايات ظاهرة في العتق المنجز؟!

ولذا نقول إنهم يريدون من (اعتق) (الوصية بالعتق) أولاً للقرينة عليه، وتنزلاً يراد بها التدبير للقرينة أيضاً.

وعلىٰ كل من الأمرين أي أن المراد من (اعتق) (الوصية بالعتق) أو (التدبير).

فلا يمكن الاستدلال بهاتين الروايتين اللتين لمحمد بن مسلم علىٰ القول بأن منجزات المريض تخرج من الأصل.

كيف وقد استدل بهما علىٰ القول الثاني وهو خروج المنجزات من الثلث، والمستدل بهما علىٰ الخروج من الثلث الشيخ صاحب الجواهر قدس سره، وإن كان الاستدلال بهما علىٰ القول الثاني ـ أي الخروج من الثلث ـ ليس صحيحاً كما سيأتي، إلّا أنّه لا يصح الاستدلال بهما علىٰ القول الأوّل وهو خروج منجزات المريض من الأصل. **ولذا تعجب صاحب الجواهر** قدس سره من العاملي قدس سره حيث استدل بهما الثاني [في مفتاح الكرامة ١٦: ١٩٩] علىٰ القول الأوّل وخروج المنجزات من الأصل، **فقال صاحب الجواهر** قدس سره: «فمن الغريب استدلال بعضهم [وهو العاملي في مفتاح الكرامة ١٦: ١٩٩] بهما علىٰ الأوّل حتىٰ ادعي صراحة الثاني منهما وأنّه غير قابل للتأويل، **مع أنه لو اغمضنا النظر عما ذكرنا** لم يكن فيه دلالة علىٰ الجواز من الأصل كما هو واضح» **الجواهر ٢٦: ٦٧**.

وإن كان استدلال صاحب الجواهر قدس سره بها علىٰ أن منجزات المريض تخرج من الثلث **ليس صحيحاً**، لما تقدم **ويأتي من أن الظاهر من هذه التعبيرات هو ارادة الوصية بذلك**، ولا أقل من إرادة التدبير من العتق، وهو العتق بعد الموت لا العتق المنجز.

الدليل العاشر علىٰ خروج منجزات المريض من الأصل، صحيح أبي بصير الذي رواه الكليني

﴿عن أبي عبدالله عليه السلام : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع ما يشاء به إلىٰ أن يأتيه الموت ، إن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حياً ، إن شاء وهبه ، وإن شاء تصدق به ، وإن شاء تركه إلىٰ أن يأتيه الموت ، فإن أوصىٰ به فليس له إلّا الثلث ، إلّا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته» الوسائل ج ١٩ : ٢٩٧ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ٢ . الكافي ٧ : ١٠/٨ . وفي الوسائل والكافي الطبعة الحديثة والتهذيب ٩ : ٧٥٥/١٨٨ ، والاستبصار ٤ : ٤٦٢/١٢١ الموجود في السند **عبدالله بن المبارك ، والصحيح كما في الطبعة القديمة من الكافي والمرآة والوافي أن الراوي يحيىٰ بن المبارك بدل عبدالله بن المبارك** ، فلا وجود لعبدالله بن المبارك في الكتاب الأربعة ، ذكر ذلك أيضاً **السيد الأُستاذ السيد الخوئي** قدس سره في معجم رجال الحديث ١١ : ٣١٠ ـ ٣١١ طبعة طهران تحت رقم ٧٠٩٢ ، **ويحيىٰ بن المبارك ثقة فالرواية صحيحة ، ومطلقة تشتمل حال مرض الموت أيضاً ، وحملها علىٰ خصوص غير المرض بلا مقتضٍ ، وينافي جعل الموت غاية لذلك ، فلا شك في دلالته علىٰ خروج المنجزات المذكورة أي المشتملة علىٰ المحاباة أيضاً من الأصل .**

ويؤيد هذا القول وهو خروج المنجزات المشتملة علىٰ المحاباة من الأصل بأنه لو برئ لزم ونفذ ، وهذا يدل علىٰ صحة تصرفه في الحال ، والسيرة قائمة علىٰ عدم منع المريض في أيام مرضه من منجزاته ، وعلىٰ عدم كتابه ذلك في كتاب ليرىٰ أنّه هل يموت في مرضه أو لا .

كما يؤيد هذا القول أيضاً بعدة روايات ضعيفة دالة علىٰ ذلك أيضاً ، **هذا مع اعتضاد هذا القول بالشهرة القديمة .**

هذا خلاصة ما استدل به علىٰ القول الأوّل .

القول الثاني : خروج منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة من خصوص الثلث وعدم جواز اخراجها من الأصل

وإليه ذهب عدة من الأصحاب ، ونسب إلىٰ الأكثر أو المشهور بين المتأخرين ، وتأمل ﴾

﴿ آخرون في صحة هذه النسبة إليهم، وعلىٰ كل حال، من الذين قالوا بالخروج من الثلث **العلّامة في القواعد** ٢: ١٤١، **والارشاد** ١: ٤٦٥، **والمختلف** ٦: ٤١٣، **وتبصرة المتعلمين**: ١٤٩، **والشهيد الأوّل في الدروس** ٢: ٣٠٢، **واللمعة** ٤: ١٠٦، **والمسالك** ٤: ١٥٦ ـ ١٥٧، **والشهيد الثاني في الروضة** ٤: ١٠٦، **والمحقق الكركي في جامع المقاصد** ٥: ٢١٤، وقال: قد دلت عليه صحاح الأخبار، وفي موضع آخر منه: إن النصوص به متواترة. **وقال الشيخ صاحب الجواهر** معقباً علىٰ كلام المحقق الكركي (إن النصوص به متواترة): **وهو كالإجماع المنقول في الحجية خصوصاً مع شهادة التتبع له. الجواهر ٢٦: ٦٣. وحكىٰ العلّامة في المختلف القول بالخروج من الثلث عن الصدوق وأبي علي** المختلف ٦: ٤١٣، **وذهب إليه أيضاً الشيخ في المبسوط** ٤: ٤٣ ـ ٤٤، **والمقداد في التنقيح** ٢: ٤٢٤ ـ ٤٢٥، **وابن القطان في معالم الدين** ١: ٤٦١، **والصيمري في غاية المراد** ٢: ٤٥١، بل نسب إلىٰ عامة المتأخرين في **غاية المراد** ٢: ٢٠٠.

وعلىٰ كل حال، استدل علىٰ أن منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة حال مرض موته تخرج من خصوص الثلث بعدة أدّلة:

هي بعد أصالة عدم صحّة المعاملة بالنسبة إلىٰ الزائد علىٰ الثلث عدة أدلة أُخرىٰ ستأتي، ولكن بالنسبة إلىٰ هذا الدليل وهو أصالة عدم صحة المعاملة بالنسبة إلىٰ الزائد علىٰ الثلث الذي قاله عنه الشيخ الأنصاري (ولم أتحقق معناه) و(وضوح فساده) تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٥١ ـ ١٥٥.

أقول: إنّ الذي عندنا، والذي ذكر في الأُصول هو أصالة الصحة ـ لا أصالة عدم الصحة ـ وقالوا: أن لها معنيين:

الأوّل: حمل فعل المؤمن علىٰ الصحة، لكن لا بمعنىٰ ترتيب الآثار عليه، وإنّما بمعنىٰ حمل فعله علىٰ الصحة وأنّه لم يفعل حراماً، كما لو مرّ بنا شخص وحرك شفتيه متكلماً بكلام لم نسمعه واضحاً وشككنا أنّه بهذا الكلام سلم علينا أو سبنا، فهنا بمقتضىٰ ما ورد من الروايات لابدّ من حمل فعله علىٰ الصحة وأنّه لم يسبنا بل سلم علينا، لأنّ المسلم لا يفعل ﴾

الحرام فلابدّ وأن يكون كلامه هو السلام علينا، إلّا أنّه لا يترتب علىٰ هذا الحمل علىٰ الصحة وجوب ردّ السلام، فلا يجب جوابه علينا. وهذا المعنىٰ قد دلت عليه عدّة روايات ذكرناها في بحوثنا المتقدمة، **في الواضح ١٥: ٢١٥ ـ ٢٢٠**.

الثاني: الحمل علىٰ الصحة بمعنىٰ لزوم ترتيب آثار الصحة عند الشك، كما لو وقع عقد زواج بين رجل وامرأة، وشككنا في استجماع هذا العقد لشرائط الصحة وعدمه، أو شككنا في وجود مانع من موانع صحة العقد ـ لا ما إذا شككنا في ركن من أركانه أو في قابلية العاقد للعقد أو قابلية المورد، بحيث يشك في تحقق أصل العقد ـ فهل هو صحيح أو فاسد؟ فهنا السيرة العملية القطعية قائمة علىٰ الحكم بصحة عقد الزواج المذكور وترتيب آثار الصحة فليس لأحد أن يتزوج هذه الزوجة، ولم يرد هنا دليل لفظي دال علىٰ ذلك، فلذا يقال لا إطلاق لدليل أصالة الصحة التي هي بمعنىٰ ترتيب آثار الصحة عند الشك كي يتمسك به، ومن هنا لا نتمكن من اجراء أصالة الصحة فيما إذا كان الشك شكاً في ركن العقد أو في قابلية العاقد للعقد أو في قابلية المورد، فلو شك في أن البائع وكيل في البيع أم لا وقد أجرىٰ العقد لا يحكم بصحة العقد لأصالة الصحة، حيث إن دليل أصالة الصحة هو السيرة العملية القطعية علىٰ ترتب آثار الصحة، وهو دليل لبي يقتصر فيه علىٰ المتيقن وهو مالو أُحرز قابلية العاقد للعقد، بأن أحرز كونه وكيلاً أو أحرز كون المبيع ليس وقفاً. وأمّا لو شك أنّه وكيل أو لا، أو شك أن المبيع وقف أو طلق؟ لا يصح إجراء أصالة الصحة، إذ لم يحرز تحقق عقد البيع لتجري فيه أصالة الصحّة، فلذا لا تجري، وهذا بخلاف الشك في الشرط أو المانع، إذ إنّ فقد الشرط ليس فقداً للقيد حتّىٰ لا يكون المقيد موجوداً، ولا أن الشك في المانع غير مقرون بأصالة عدم المانع الذي معها لا نشك في وجود العقد، فيحكم علىٰ هذا العقد بالصحة للسيرة.

وأما أن لنا أصلاً هو أصالة عدم الصحة فهو كما قال عنه شيخنا الأنصاري قدس سره واضح الفساد بعد أن لم نتحقق معناه.

وعلىٰ كل حال، استدل علىٰ القول الثاني بعد أصالة عدم صحة المعاملة بالنسبة إلىٰ الزائد علىٰ الثلث بعدة أدّلة.

الدليل الأوّل علىٰ خروج المنجزات من الثلث

ما ذكره العلّامةﷺ **في المختلف من أنّ امضاء الوصيّة من الثلث والقول بخروج العطايا المنجزة من الأصل مما لا يجتمعان** لاشتراكهما في المقتضي لحصر الوصيّة في الثلث، وهو النظر في حقّ الورثة كما نبه عليه في الأخبار، مثل قوله عليه السلام **[في صحيحة محمّد بن قيس]** «إنّ الوصية تردّ إلىٰ المعروف عن المنكر، فمن ظلم نفسه وأُتي بوصيته بالمنكر والحيف فإنّها تردّ إلىٰ المعروف، ويترك لأهل الميراث ميراثهم» الوسائل ج ١٧: ٢٧٦ باب ٨ من أبواب كتاب الوصايا ح ١، وقول علي عليه السلام **[في معتبرة السكوني]** «لا اُبالي أضررت بولدي أم سرقتهم ذلك المال» الوسائل ج ١٧: ٢٦٤ باب ٥ من أبواب كتاب الوصايا ح ١، فإنه سوّىٰ عليه السلام في عدم المشروعية بين السرقة والاضرار بالورثة المحقق تارة بالوصية بالأكثر من الثلث، واُخرىٰ بالمحاباة في مرض الموت.

علىٰ أن خروج المنجزات من الأصل ينافي حكمة حصر الوصية بالثلث، لإمكان أن يلتجئ كل من يريد الزيادة علىٰ الوصية إلىٰ التنجيز قبل الموت.

والجواب: أن هذا الدليل لا يمكن المساعدة عليه بوجه، وذلك لأن المستفاد من بعض الأخبار وإن كان هو النظر في حق الورثة وعدم الاضرار بهم، **إلّا أنّ الإحاطة باخبار المسألة والتدبير فيها وملاحظ الأحكام في بقية أبواب الفقه لا يفيد** إلّا أنّ كون ملاحظة الورثة وعدم الإضرار بهم حكمة ليس إلّا، وعلىٰ نحو الأفضلية لا اللزوم، لا أنها علّة يدور الحكم بالجواز وعدمه مدارها.

فإنّه لا شك أنّها أفضل كما تقدم في **صحيحة أبي بصير** التي فيها «أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيّاً إن شاء وهبه، وإن شاء تصدّق به، وإن شاء تركه إلىٰ أن يأتيه الموت، فإن أوصىٰ به فليس له إلّا الثلث، **إلّا أنّ الفضل في أن لا يضيّع من يعوله ولا يضرّ بورثته**».

وعليه فلا يشترك خروج المنجزات من الأصل مع امضاء الوصية من الثلث في المقتضي

لحصر الوصية في الثلث ، فإن الوصية إنّما هي تصرف من الإنسان في ماله بعد موته وخروج ماله عن ملكه ، وخروج المنجزات من الأصل تصرف من الإنسان في ماله في حياته وقبل خروج ماله عن ملكه ، وهو أحق به ما دام فيه الروح يبين ، فما فرض من الأصل الذي أُخذ مسلماً لا أساس له من الصحة . **وكذا المعتبرتين** فإنهما إنّما هما في المنكر الذي يكون في الوصية ، بأن تكون مثلاً أكثر من الثلث بلا إجازة الورثة الذي هو اضرار بهم ، أو تعدي الوصي على الوصية ، أو كل منكر وارد على الوصية من التبديل أو التغير أو نحو ذلك ، فإن كل ذلك يرد إلى المعروف ويعمل على طبقها ولا يضر بالورثة . وأما في المحاباة في مرض الموت فالمتصرف بها إنّما يتصرف في ماله لا في مالهم ليضرهم .

مضافاً إلى أنّ ذلك أي الاضرار بمن يعوله أو بورثته بناءً عليه لا يختص بمرض الموت . فإن الإنسان في حال صحته وعدم مرضه إذا وهب جميع ما يملك أو تصدق به ثمّ بعد ذلك مات ، فقد ضيع من يعوله وأضر بالورثة ، **فلابدّ وأن يحكموا عليه بخروج ذلك من الثلث لا من الأصل وهو باطل بالضرورة حيث حكموا عليه بالخروج من الأصل** .

ولو سلمت الدلالة على ذلك لكان مقتضاها كون ما يصرفه في مرض الموت إنما يكون من الثلث ، فإذا زاد على الثلث ليس له اخراجه من تركته ، وهو باطل بالضرورة ، فكيف يمكن الالتزام به. **على أي الوصية بالثلث** فيها في كثير من الأحيان الأضرار بالورثة فهل تمنع ؟ ! .

وأما ما في ذيل كلام المختلف : من أن خروج المنجزات في مرض الموت ينافي حكمة حصر الوصية بالثلث لإمكان الالتجاء إلى المنجزات فراراً من الزيادة على الثلث في الوصية .

فهو اجتهاد في مقابل النصوص الدالة على القول الأوّل ، **على أن نظائر المقام في الفقه لا تحصى** ، فإنه في البيع يلتجئ إلى الصلح فراراً من اعتبار معلومية المثمن أو يلتجئ إلى الصلح فراراً عن اعتبار التقابض في المجلس في بيع الأثمان ، أو يلتجئ إلى هبة لزوجته مناسبة لشأنه قبل رأس سنته فراراً من الخمس ، أو إلى علف انعامه الثلاث مدة فراراً من الزكاة ، أو يلتجئ إلى ضم شيء إلى المبيع إذا كان جنساً ربوياً فراراً من أخذ الزيادة في الربا ، **إلى ما شاء الله** ، فهل يقال ببطلان ذلك لمنافاته لاعتبار المعلومة أو لمنافاته لاعتبار التقابض في المجلس ، أو يقال

بصحة ذلك كله **وهل أن الفرار من الحرام إلىٰ الحلال ممنوع، أو هو نعم الشيء** كما ورد في روايات الربا من قولهم عليهم السلام: «نعم الشيء الفرار من الحرام إلىٰ الحلال» الوسائل ج ١٨: ١٧٨ باب ٦ من أبواب الصرف ح ١، وكذا في غيره (نعم هو فرار من الحرام إلىٰ الحلال) أو (هو فرار من الباطل إلىٰ الحق) نفس المصدر ح ٢ حتىٰ يكون خروج المنجزات من الأصل منافياً لحكمة حصر الوصية في الثلث.

الدليل الثاني علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

صحيحة يعقوب بن شعيب كما في الوسائل: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يموت ما له من ماله؟ فقال: «له ثلث ماله وللمرأة أيضاً» الوسائل ج ١٩: ٢٧٢ باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا ملحق ح ٢، ولكن في الكافي ٧: ٣/١١، والتهذيب ٩: ٢/١٩١ **شعيب بن يعقوب، وهو الصحيح**، لأن في الوسائل يرويه عن الكافي، وفي الكافي شعيب بن يعقوب، ولأن حمّاد بن عيسىٰ من رواة شعيب بن يعقوب لا من رواة يعقوب بن شعيب.

والجواب عن هذا الدليل سيأتي بعد ذكر الدليل الثالث لهم.

الدليل الثالث علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

صحيحة علي بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير» الوسائل ج ١٩: ٢٧٤ باب ١٠ من أبواب كتاب الوصايا ح ٤.

وكذا خبر أبي حمزة عن أحدهما كما في التهذيب أو عن بعض الأئمّة كما في الفقيه أو عن أبي جعفر عليه السلام كما في الخصال: «إنّ الله تبارك وتعالىٰ يقول: يابن آدم، تطوّلت عليك بثلاثة: سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما وراوك، وأوسعت عليك فاستقرضت منك لك فلم تقدّم خيراً، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدّم خيراً» التهذيب ٩: ٧١٢/١٧٥، الفقيه ٤: ٤٦١/١٣٣، الخصال: ١٥٠/١٣٦، الوسائل ج ١٩: ٢٦٤ باب ٤ من أبواب الوصايا ح ٤.

وكذا خبر عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام: «للرجل عند موته ثلث ماله، وإن لم يوص

﴿فليس على الورثة إمضاؤه» الوسائل ج ١٩ : ٢٧٣ باب ١٠ من أبواب الوصايا ح ٧.

وكذا خبر العلاء بياع السابري : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً ، فلمّا حضرها الموت قالت له : إنّ المال الذي دفعته إليك لفلانة ، وماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له : أنّه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلّا عندك ، فاحلف لنا مالها قبلك شيء ، أفيحلف لهم؟ فقال : إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم ، وإن كانت متّهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان ، فإنّما لها من مالها ثلثه» الكافي ٧ : ٣/٤٢ ، الوسائل ج ١٩ : ٢٩١ باب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٢.

وكذا خبر علي بن عقبة عن أبي عبدالله عليه السلام : «في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه؟ قال : ما يعتق منه إلّا ثلثه ، وسائر الورثة أحقّ بذلك ولهم ما بقي» الوسائل ج ١٩ : ٢٧٦ باب ٤ من أبواب الوصايا ح ٤.

وكذا غير ذلك مما ذكره في الجواهر ٢٦ : ٦٤ ـ ٦٥.

والجواب عنها : أن ظاهر هذه الروايات إرادة ما يكون للإنسان بعد موته من ماله ، وأنّه أي مقدار يكون تصرفه نافذاً فيه ، فظاهرها **إرادة الوصية وأنها هي التي تخرج من الثلث** ، وأن للإنسان حقاً في ماله بمقدار الثلث بعد موته يوصي به ، فإن التعبير بـ(عن الرجل يموت) ظاهر في إرادة ما يكون للإنسان بعد موته من ماله ، وما له بعد موته من ماله ليس إلّا الثلث الذي له حق الوصية به ، **لا أنّ المراد أن الإنسان له في مرض موته وقبل موته في منجزاته المشتملة على المحاباة الثلث من أمواله ، فإن هذا معنى آخر مغاير لمعنى الروايات المتقدمة الضعيف أكثرها** ، فلا يصح حملها عليه ولو فرض أن المراد منها : أن الإنسان أي شيء له من ماله قبل موته فليس فيها أنّه في مرض الموت ، والكلام إنما هو فيه ، ولم يلتزموا في غيره بكون المنجزات من الثلث . **ومن ذلك يظهر أن قوله** عليه السلام **في صحيحة ابن يقطين** وهي التي فيها ما للرجل من ماله (عند موته) أي ما بعد زمان حياته ، لا عند مرض موته . **فكلتا الصحيحتين** إنما هما في الوصية ، بل كل الروايات الضعيفة أيضاً لا في منجزات المريض ، **فإن السؤال عمّا يستحقه الإنسان من ماله ليس له وجه إلّا في وقت الذي يتحقق المقتضي لخروج ماله عنه ،**

﴾

وإلّا فالمال ماله ، فأي وجه للسؤال أن ما للإنسان من ماله ؟ ! **فإنه لا وجه له لأن ماله كله له . فصحة السؤال عن ذلك إنما هي بعد الموت بنحو يخرج ماله عن ملكه، فحينئذٍ بعد شياع حكم الوصية سألوا : أنه ما له من ماله** ، وأي مقدار ينفذ من وصيته ، فقال عليه السلام : الثلث ، له أن يتصرف فيه بوصية فيه في أي شيء ، ومن الواضح أيضاً أن له من ماله الثلث إن أوصىٰ به ، وإلّا فمن المسلّم عند الكل أنّه لو مات ولم يعوصِ فليس له من ماله أي شيء .

وليس المراد ما يستقل به الإنسان قبل الموت ، **فما معنىٰ حمل الموت** الموجب لخروج مال الإنسان عنه علىٰ مرض الموت ، **الذي هو خلاف الظاهر ؟ !** .

وقال الشهيد في المسالك الذي هو اختار القول بخروج المنجزات من الثلث : في ردّ **صحيحة علي بن يقطين وصحيحة شعيب بن يعقوب** واللتين يقول أنهما العمدة في هذا القول وهو الخروج من الثلث ما نصه : «فلا دلالة لهما علىٰ المطلوب [وهو خروج المنجزات من الثلث] بل دلالتهما علىٰ ما بعد الموت أولىٰ ، أما الثانية [أي صحيحة شعيب بن يعقوب] فانها صريحة فيه ، لأنّه قال فيها : «الرجل يموت ما له من ماله» فلا وجه للاستدال بها علىٰ المنجزات . وأما الأُولىٰ فكما يحتمل المنجز يحتمل الوصية ، لأن «عند» من ظرف المكان المقتضية للمصاحبة ، فدلالتها علىٰ الوصية أقوىٰ» **المسالك ٦ : ٣٠٨** ثمّ قال : «وأما باقي الروايات علىٰ كثرتها فمشتركة في ضعف السند» المسالك ٦ : ٣٠٨ وكذا كان تعبيرنا عنها بالخبر .

الدليل الرابع علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

معتبرة سماعة قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال : أمّا إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء ، وأمّا في مرضه فلا يصلح» الوسائل ١٩ : ٣٠٠ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ١١ . **ونحوها رواية جراح المدائني الضعيفة** قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينه (ببيّنة) ؟ قال : إذا أعطاه في صحّته جاز» نفس المصدر ح ١٤ .

والجواب : أن الرواية الثانية ضعيفة ، علىٰ أن مفهومها إن اعطاه في غير حال صحته فلا

يكون جائزاً لا أنّه يجوز في الثلث ولا يجوز في غيره ، وهو خلاف مدعىٰ المستدل بها علىٰ خروج المنجزات من الثلث ليس إلّا . وأمّا الصحيحة الأولىٰ فـ(لا يصلح) فيها دال علىٰ الكراهة خصوصاً مع ملاحظة الصحاح المتقدمة الدالة علىٰ أنّ الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه ، أو مادام فيه الروح يبين ، أو مادام فيه شيء من الروح ، وأنّه إذا أبانه ونجزه جاز سواء كان بمقدار الثلث أم أكثر ، في مرض الموت أم في غيره . فهذه الروايات تكون قرينة واحضة علىٰ أن المراد بلا يصلح الكراهة ، علىٰ أنها لو كانت دالة علىٰ المنع فإنما تدل علىٰ المنع مطلقاً ، لا في خصوص ما زاد علىٰ الثلث ، فإنّه لم يذكر في **معتبرة سماعة** أن العطية أكثر من الثلث ، ولعله من جهة ترك بعض ورثته بلا عطية فيضر ببعض عياله ويضيعهم ويضربهم . وهو خلاف الأفضل الذي تقدم في **صحيحة أبي بصير** (إلّا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته» .

الدليل الخامس علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

صحيح الحلبي قال : «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرئه منه في مرضها ؟ فقال : لا» الوسائل ج ١٩ : ٣٠١ باب ١٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ٥ .

والجواب عنها سيأتي ذكر الدليل السادس .

الدليل السادس علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

معتبرة سماعة، وهي مثل صحيحة الحلبي وزاد فيها «ولكنّها إن وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها» نفس المصدر ح ١٦ .

وكذا ما رواه أبو ولاد قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرئه منه في مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً» الوسائل ج ١٩ : ٢٧٨ باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ١١ .

فالجواب عن هذه الروايات : أنه ناقش فيها حتىٰ من ذهب إلىٰ خروج المنجزات من الثلث **كالشهيد في المسالك** من حيث إن مضمونها لا يقوله به أحد، لأن الإبراء مما في الذمّة صحيح

بالإجماع. فعدم الجواز لابدّ من حمله علىٰ الكراهة كما في **صحيحة أبي بصير** من حيث مخالفته للأفضل فإن فيها «إلّا أن الأفضل في أن لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته». قال الشهيد في المسالك ٦: ٣٠٩: «وأما رواية أبي ولّاد ففيها: أن مضمونها لا يقول به أحد، لأن الابراء مما في الذمّة صحيح بالإجماع دون هبته، والحكم فيها بالعكس، فكيف يستند إلىٰ مثل هذه الرواية المقلوبة الحكم الضعيفة السند».

الدليل السابع علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

صحيح محمّد بن مسلم: قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصىٰ بوصيته وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي» الوسائل ج ١٩: ٣٩٩ باب ٦٧ من أبواب كتاب الوصايا ح ١.

الدليل الثامن علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

رواية محمّد بن مسلم الأُخرىٰ- المرسلة التي هي صحيحة عند بعض لأن المرسل ابن أبي عمير -عن أبي جعفر عليه السلام قال: «في رجل أوصىٰ بأكثر من الثلث، واعتق مماليكه في مرضه، فقال عليه السلام: إن كان أكثر من الثلث ردّ إلىٰ الثلث، وجاز العتق» نفس المصدر ح ٤.

وكيفية الاستدلال بهما - مع أنهما ذكرا من جملة الأدلة الدالة علىٰ الخروج من الأصل - **هو أن يدّعىٰ أنهما ظاهران في كون مجموع ما نجز والوصية أكثر من الثلث، فأجاب** عليه السلام **يمضي العتق من الثلث**، وأن النقصان الذي يكون في الثلث يكون في الوصية، كما ادعىٰ **صاحب الجواهر** رحمه الله **ذلك فيهما، وفي خبر إسماعيل بن همام عن أبي الحسن** عليه السلام «في رجل أوصىٰ عند موته بمال لذوي قرابته واعتق مملوكاً، **وكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث، كيف يصنع به في وصيته**؟ قال: يبدأ بالعتق فينفذه» نفس المصدر المتقدم ح ٢ حيث قال رحمه الله بعد ذكر الخبر المزبور: «**ضرورة ظهور قوله «يبدأ»** في إرادة الإنفاذ من الثلث [أي انفاذ المنجزات من الثلث لا من الأصل]، ومنه يعلم إرادة ما يشمل المنجز من الوصية [أي من قوله وكان جميع

ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث ، كما يشمل الوصية يشمل المنجزات التي تخرج من الثلث لا من الأصل] ، وإلّا فلا وجه لتقديم العتق لو فرض كونه وصية ، بل ينبغي تقديم المقدم منهما» **الجواهر ٢٦ : ٦٦ . ثمّ قال**قدس سره: «ومن الغريب استدلال بعضهم [وهو صاحب مفتاح الكرامة ج ١٦ : ١٩٩] بهما علىٰ الأوّل [وهو الخروج من الأصل] حتىٰ ادّعى صراحة الثاني منهما [وهو مرسل محمّد بن مسلم الصحيح أو الحسن عنده لكون المرسل ابن أبي عمير] وأنّه غير قابل للتأويل ، **مع أنّه لو اغمضنا النظر عما ذكرنا لم يكن فيه دلالة علىٰ الجواز من الأصل كما هو واضح» الجواهر ٢٦ : ٦٧ .**

وفيه : أن الذي يظهر من صحيحة محمّد بن مسلم ومرسلته وخبر إسماعيل بن همام وخبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام : قال : «إن أعتق رجل عند موته خادماً له ثمّ أوصىٰ بوصيّة اُخرىٰ اُلغيت الوصيّة وأعتقت الجارية من ثلثه إلّا أن يفضل من ثلثه بما يبلغ الوصيّة» الوسائل ج ١٩ : ٢٧٦ باب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ٦ ، **ومن ذكر الكليني والصدوق والشيخ** هذه الروايات في الوصية بالثلث **أن المراد من قوله اعتق في مرضه أو اعتق وقد حضره الموت الوصية بالعتق** وأيضاً بشهادة قوله (اعتق عند موته خادماً ثمّ أوصىٰ بوصية اُخرىٰ) وبشهادة قوله في خبر **إسماعيل بن همام** (وكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث) وقوله: «سألته عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصىٰ بوصية فكان أكثر من الثلث» الوسائل ج ١٩: ٣٩٩ باب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ١ .

وقد عرفت غلبة إرادة الوصية بالعتق من قوله اعتق عند موته لا العتق المنجز ، وأن الغالب في الأخبار ذلك ، **أي أنهم يريدون** من قوله (اعتق عند الموت) **الوصية بالعتق** ، وهو كذلك ، وعبّر عن ذلك بأن ذلك لا يخفىٰ علىٰ من جاس خلال الديار .

ومع التنزل فلا شك ارادة التدبير من اعتق وهو العتق بعد الموت بلا شك أقرب من كون العتق منجزاً وفعلاً ، وفي مرض الموت فلا شك في أنّه لا يراد منها تنجير العتق . **ولعل الإمام** عليه السلام في رواية همام حينما قدم العتق ـ وكذا في **رواية محمّد بن مسلم** ـ لفهمه عليه السلام تقديم الاعتاق في الذكر في الوصية ، فلا يمنع حملها علىٰ الوصية بالعتق ، **علىٰ أنها ضعيفة السند ،**

وكذا **رواية محمّد بن مسلم، وأما صحيحته** فالمقدم فيها العتق.

وعلىٰ كل حال، ليس فيما ذكره من هذه الروايات دلالة علىٰ خروج منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة من الثلث.

بل إن لم تكن هذه الروايات ظاهرة في الوصية بالعتق ومع التنزل في التدبير، **فليست هي ظاهرة في خروج المنجزات المشتملة علىٰ المحاباة** في مرض الموت **من الثلث**، بل لا اشعار في هذه الروايات بذلك، **وإن كان فيها اشعار فهو في كون العتق منجزاً وليس من الوصية**، وهو الذي استظهره صاحب مفتاح الكرامة علىٰ ما عرفت.

الدليل التاسع علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج، قال: «سألني أبو عبدالله عليه السلام ... [إلىٰ أن قال] قلت: فإنّ قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم؟ فضحك عليه السلام فقال: من هنا أُتي أصحابك، جعلوا الأشياء شيئاً واحداً، ولم يعلموا السنة إذا استوىٰ مال الغرماء ومال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء، لم يتهم الرجل علىٰ وصيّته وأُجيزت وصيّته علىٰ وجهها، فالآن يوقف هذا، فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس» الوسائل ج ١٩: ٣٥٤ ـ ٣٥٦ باب ٣٩ من أبواب كتاب الوصايا ح ٥، قال الشيخ صاحب الجواهر قدس سره «إذ ذيله صريح في جزنفوذ العتق المنجز من الثلث لا الأصل، وإلّا كان نصفه حراً. واحتمال أنّه في الوصية لا مقطوع بفساده أو كالمقطوع» **الجواهر ٢٦: ٦٩** فإنك قد عرفت أنه المراد من العتق «فاعتقه عند الموت» الوصية بالعتق، فلذا ينفذ من الثلث، ومقداره من العبد السدس، ونصف العبد للغرماء وثلثه للورثة.

ونحو صحيحة ابن الحجاج موثق **الحسن بن الجهم** قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكاً وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم، وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره قال: يعتق منه سدسه لأنّه إنما له منه ثلاثمائة درهم (ويقضي عنه ثلاثمائة درهم وله من الثلاثمائة ثلثها وله السدس من الجميع» الوسائل ج ١٩:

---

٣٥٤ باب ٣٩ من أبواب الوصايا ح ٤.

وكذا نحو صحيحة ابن الحجاج رواية السكوني (ونحوها من الروايات الضعيفة) عن علي عليه السلام: «أن رجلاً اعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستنسعىٰ في ثلثي قيمته» التهذيب ٨: ٦١/٢٢٩، الوافي ١٠: ٦٠٤ رقم الحديث ١٠١٨١.

والجواب عن هاتين المعتبرتين ـ أعني صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج وموثقة الحسن بن الجهم ـ ظهر مما تقدم، وهو أن الغالب والقرينة **علىٰ أن يكون المراد من العتق عند الموت الوصية به أو تنزلاً التدبير**، لما عرفت من التعبير عن إدارة الوصية بالعتق والتدبير من قولهم اعتق حين مرضه أو حين الموت ونحوهما، **فقوله اعتق عند الموت أو وقد حضره الموت** أي أوصىٰ بالعتق، ولذا ورد في بعض الروايات كما تقدم «اعتق رجل عند موته خادماً له ثمّ أوصىٰ بوصية أُخرىٰ» أو «رجل أوصىٰ عند موته لذوي قرابته واعتق مملوكاً له، وكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث» فإن قوله **«ثمّ أوصىٰ بوصية أُخرىٰ» يفيد أنّ عتق مملوكه المراد به الوصية** بعتق مملوكه لا العتق المنجّز. **وقوله** واعتق مملوكه فكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث»، أي أوصىٰ بعتق مملوكه، فكان جميع ما أوصىٰ به يزيد علىٰ الثلث، وتقدم أيضاً أن ذلك ـ أي إرادة الوصية بالعتق من قوله اعتق عند موته ـ قد عبر عنه بأنه لا يخفىٰ علىٰ من جاس خلال الديار، **وهو الصحيح**، وتقدم السرّ في ذلك التعبير أيضاً.

وعليه فالمراد من قوله «اعتق مملوكاً وقد حضره الموت» في **موثقة ابن الجهم** الوصية بعتق المملوك أو تنزلاً تدبيره، وقيمة المملوك ستمائة وعليه دين ثلاثمائة، فالوصية بعتق مملوك قيمته ستمائة درهم، وعلىٰ المريض دين ثلاثمائة درهم أوّلاً، يقضىٰ دينه من تركته فيعطى ثلاثمائة دينه، والباقي من أمواله ثلاثمائة، والوصية تنفذ في ثلث أمواله، وثلث أمواله مائة من ثلاثمائة فيعتق من العبد سدسه. **وكذا المراد من صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج**، خصوصاً وأن التعبير فيها: لم يتهم الرجل في وصيته واجيزت وصيته علىٰ وجهها، فالنصف للغرماء والباقي له، النصف وهو ثلاثمائة درهم، ووصيته تنفذ في الثلث وهو مائة من ثلاثمائة، فله

﴿ السدس من الجميع .

الدليل العاشر علىٰ خروج منجزات المريض من الثلث

الخبر العامي المروي في المسالك عن صحاح الجمهور الذي قال فيه الشهيدقدس سره «إنّه أجود ما في الباب متناً وسنداً ،ومن ادعىٰ خلاف ذلك فالسبر يردّ دعواه، وعليها اقتصرابن الجنيد في الأحمدي» **مسالك الأفهام ٦ : ٣٠٩** وهو «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم فاعتق اثنين وأرقّ أربعة» **سنن أبي داود ٤ : ٢٨ ح ٣٩٥٨ ، سنن النسائي ٣ : ١٨٧ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٧٨٥ ح ٢٣٤٥ ، صحيح ابن حيّان ١٠ : ٤٠٧ ، صحيح مسلم ٣ : ١٠٤٣ ح ٥٦ ، مسند أحمد ٤ : ٤٢٦ ، سنن البيهقى ٦ : ٢٦٦ وغيرها .**

ففيه : أنه ليس الجواب عنه فقط بضعف السند كما هو واضح، والموجب للتعجب من الشهيد أنه كيف يقول عنه إنه أحسن ما في الباب سنداً ومتناً ، فإنه لا دلالة له أيضاً علىٰ خروج المنجزات في مرض الموت المشتملة علىٰ المحاباة من الثلث ، **فإنك قد عرفت أنه هو أيضاً ظاهر في أن المراد منه الوصية بالعتق أو لا أقل من أن المراد به التدبير** ـ لا العتق المنجز ـ باعتبار غلبة إرادة ذلك منه حال المرض في الروايات، أي إرادة الوصية بالعتق من قوله (اعتق) أو التدبير ، وأن الغالب في الأخبار التعبير عن الوصية بالعتق أو التدبير باعتق عند موته، ويعبر عن ذلك السيد الطباطبائي اليزدي في رسالته في منجزات المريض : «بأنّ الشائع من الأخبار أيضاً التعبير عن الوصية بالعتق بقولهم (اعتق عند موته) كما لا يخفىٰ علىٰ من جاس خلال تلك الديار ، بل في كلمات العلماء أيضاً كثيراً ما يكون كذلك كما عرفت عن الخلاف والغنية ، ولذا اسند في عبارته المتقدمة القول الأوّل [وهو الخروج من الأصل] إلىٰ دلالة الأخبار، بحيث يظهر منه أن هذا القول [وهو الخروج من الثلث] لا دليل عليه منها، مع أن هذه الأخبار [أي أخبار الخروج من الثلث] كانت بمرأىٰ منه ومسمع ، وأيضاً أرباب كتب الأخبار كالكليني وغيره أوردوا هذه الأخبار في باب الوصية أو وجوب ارجاعها إلىٰ الثلث»: **وقد تقدم قول سيد**

﴿**الرياض** إن الكليني في الكافي والصدوق في من لا يحضره الفقيه قالا: باب أن صاحب المال أحقّ بماله ما دام حيّاً، ثمّ ساقا الأحاديث الدالة عليه خاصة، ولم يذكرا فيه شيئاً من روايات القول الثاني **الرياض** ١٠: ٢٨٨. وذكرا روايات القول الآخر الذي هو القول الثاني في باب الوصية لفهمهم منها ذلك، فأوردوها في الوصية ليس إلّا.

ومع غض النظر عن هذا كله لو تنزلنا وقلنا بدلالة اخبار القول الثاني علىٰ خروج منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة من الثلث، فهي معارضة للأخبار الدالة علىٰ خروجها من الأصل، لا أن ذلك من باب المطلق والمقيد، ضرورة أن هذين الكلامين إذا القيا إلىٰ العرف وفرضا في كلام واحد عُدّا عندهم من المتنافيين المتعارضين، لا أن بعض هذا الكلام قرينة علىٰ المراد من الآخر ليكون من باب الاطلاق والتقييد فيقيد. **ولا شك في أظهرية** أخبار القول الأوّل، لو فرض فرضاً لا واقع له بأن اخبار القول الثاني ظاهرة في خروج المنجزات من الثلث، إلّا أن اخبار القول الأوّل أظهر منها فهي المرجحة.

ولو فرض التساوي في الظهور ـ فرضاً لا واقع له أيضاً ـ فالمرجح لا شك مع اخبار الخروج من الأصل لموافقتها للشهرة القدمائية والاجماعات المنقولة، ومخالفتها لما هو المجمع عليه عند أبناء السنة والجماعة كما عن الانتصار ٢٢٤، والخلاف ٤: ١٤٣ طبع مؤسسة النشر الإسلامي، والسرائر ٣: ٢٠٠.

وقال سيد الرياض: إن الترجيح للأخبار الدالة علىٰ خروج منجزات المريض المشتملة علىٰ المحاباة من الأصل، من حيث اعتضادها بالأصول القطعية والشهرة القديمة المترجحة علىٰ الشهرة المتأخرة حيث حصل بينهما معارضة كما أن في المسألة مضافاً إلىٰ الإجماعات المحكية وعدم قبول كثير منها للتأويل بما يؤول إلىٰ الأخبار الأوّلة ومخالفتها للعامة» **الرياض** ١٠: ٣٨٩. **ثمّ قال بعد فاصل**: «وقد كتبت في المسألة رسالة منفردة رجحت فيها خلاف ما هنا لغفلتي عن الشهرة القديمة والإجماعين المتقدم إلىٰ ذكرهما الاشارة، وكون الأخبار الأوّلة [التي هي الخروج من الثلث] موافقة للعامة، فشيدتها زعماً مني اعتضادها بالشهرة وطرحت ما خالفها، وهو كما ترىٰ ـ فالمصير إلىٰ القول الثاني [الذي هو الخروج من الأصل] أقوىٰ ثم ﴾

[٣٦٠١] «مسألة ٣٤» : إذا كان ما علىٰ المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحّ ضمانه[١] .

---

(١) **ذكر الماتن**ﷺ أنّه لو فرض أن ما علىٰ المدين غير قابل لأن ينتقل من ذمّته إلىٰ ذمّة شخص آخر فلا يصح حينئذٍ ضمانه ، كما إذا كان ما علىٰ الخياط من خياطة الثوب مباشرته له بنحو يكون المستأجر عليه هي خياطته مباشرة لا تسبيباً ، **فلا يصح ضمان ما علىٰ المديون حينئذٍ** .

وما ذكرهﷺ **هنا هو الصحيح** ، لأن الدين حينئذٍ غير قابل للانتقال ، فإن الخياطة ـ في المثال المذكور ـ بما أنها مقيدة بالمباشرة[١] لا مشروطة فيها المباشرة فهي غير قابلة للانتقال إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، والخياطة القابلة للانتقال هي طبيعي الخياطة ، ولم يكن الدين هو طبيعي الخياطة ، بل هو خياطة خاصة ، وهي غير قابلة للانتقال ، **فلا معنىٰ لثبوتها في ذمّة الضامن**[٢] .

﴿ أقوىٰ» **الرياض ١٠ : ٣٩١** .

ثمّ مع التنزل أيضاً وغض النظر عن كل ما تقدم ، وفرض أن الترجيح ليس لروايات القول الأوّل فلا شك ليس الترجيح مع روايات القول الثاني ، فتسقط جميع الروايات بالمعارضة ، **فلا دليل علىٰ الخروج من الثلث ، ويرجع إلىٰ الأصل** وهو قاضٍ بالخروج من أصل المال لا من الثلث .

(١) لأن المستأجر عليه العمل وهو خياط ثوب ، وبما أنّه ينقسم إلىٰ قسمين ويتحصص بحصتين : خياط ثوب بالمباشرة له ، وخياط ثوب بالتسبيب له ، لا بالمباشرة له ، وكل منهما من عوارض الخياطة ، فهو كالاستئجار علىٰ صلاة قضاء بما أنها تنقسم إلىٰ قسمين وتتحصص بحصتين أو أكثر : صلاة في المسجد ، وصلاة في المنزل ، وكل منهمامن عوارض الصلاة ، كان اعتبار كونها أي الصلاة المستأجر عليها في المسجد محصصاً لها إلىٰ حصتين ، فالمستأجر عليه هي التي في المسجد والتي في غير المسجد وإن كانت مبرئة للذمّة إلّا أنّها ليست هي المستأجر عليها ، فلو أتىٰ بها فهو وأن أوجب براءة ذمّة الميت إلّا إنّه لا يستحق عليها أجراً لأنها ليست هي المستأجر عليها ، والمستأجر عليها لم يأت بها . فكذلك هنا حينما اعتبر في العمل كونه علىٰ نحو خاص وهو يوجب التحصص بحصتين ، كان اعتبار أحداهما في الخياطة قيداً لا شرطاً ، كما تقدّم ذلك مراراً منها ما تقدم في ج ٩ من الواضح : ٣٠٧ وفي عدة موارد أُخرىٰ فراجع .

(٢) نعم إذا أُريد من الضمان ـ الضمانُ بمعنىٰ التعهد ، بأن يتعهد غير المديون بالخياطة الخاصة ـ

كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة وكما إذا اشترط أداء الدَّين من مال معين للمديون[1] . وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة ، فإنّه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة .

---

(١) **وكذا إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون**، ككون أداء الدين لابدّ وأن يكون من الحنطة التي تؤدىٰ من المزرعة الفلانية للمديون، أو المال الذي يؤدىٰ من إجارة الدكان الخاص للمديون ، فهذه غير قابلة للانتقال إلىٰ ذمّة شخص آخر ، ولا يمكن أن تشتغل ذمّة شخص بمال ويكون الأداء من مال شخص آخر غيره .

وهذا الذي أفاده الماتن﴿ أيضاً صحيح، إلّا أنّه لابدّ هنا من اخراج صورة ما لو أسقط صاحب الشرط شرطه لأنه قابل للاسقاط ، إذ إن الضامن حينئذٍ يكون ضامناً لأصل الدين ، ولا مانع منه . وأما إذا لم يسقط صاحب الشرط شرطه ولا يرضىٰ بالأداء من مال آخر فهنا الضمان لا يكون ممكناً[1] ، لما عرفت من عدم إمكان اشتغال ذمّة شخص ويكون الأداء من مال شخص آخر

﴿ أي يتعهد غير الخياط بخياطة الخياط ـ فلا مانع منه ، إلّا أنّه خارج عن محل الكلام لأن الكلام في الضمان المصطلح .

وأما إذا كانت الخياطة واقعة علىٰ طبيعي الخياطة واشترط المؤجر علىٰ المستأجر أن يخيطها بنفسه ، دخل هذا في الفرع الثاني الآتي في كلام الماتن والسيد الأُستاذ﴿ ، لا أنّه داخل في هذا الفرع من كلامهما﴿ .

ثمّ إنه في الفرع الأوّل لا معنىٰ لأن يقال إنه يمكن أن يكون علىٰ نحو تعدد المطلوب كما يقوله السيد السبزواري﴿ في **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٧٦** .

(١) سواء كان اشتراط أداء الدين من مال معين في الضمان أم في غير الضمان .

وعلىٰ الأوّل : تقدّم من الماتن﴿ في المسألة ٢٤ [٣٥٩١] جواز اشتراط الضمان في مال معين ، ثمّ قسمه إلىٰ قسمين : تارة اشتراط الضمان في مال معين علىٰ نحو التقييد ، وأُخرىٰ اشتراط الضمان في مال معين علىٰ نحو الاشتراط في العقود الذي هو من باب الالتزام في الالتزام .

﴿ وهنا اطلق في مثاله وقال : «وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون» وعلى مسلك الماتن بمقتضى اطلاق كلامه أنّه سواء كان ذلك على نحو التقييد أم على نحو الاشتراط .

إلّا أن السيد الأُستاذﷺ فيما دوناه قيده بالاشتراط في العقود الذي هو من باب الالتزام في الالتزام ، وقال : إن ما ذكره الماتن هنا صحيح إلّا أنّه لابدّ من إخراج صورة إسقاط الشارط شرطه ، فإنه لو اسقطه يصح ضمان ذلك . ولم يتعرضﷺ إلى صورة كون ذلك مأخوذاً على نحو التقييد ، لأنه عنده لا يمكن أخذه على نحو التقييد حسبما تقدم منه هناك . وأما على رأي الماتن فإنه لو كان مأخوذاً على نحو التقييد ، فالضمان المحقق ذلك الذي أخذ الأداء فيه قيداً ، والذي بانتفاء القيد ينتفي المقييد ، فلا معنى لاسقاط ذلك ، لأن معنى اسقاط ذلك اسقاط الضمان ، والضمان من العقود اللازمة لا يمكن اسقاطه . والذي يمكن اسقاطه إنّما هو أداء الدين من مال معين للمديون فيما إذا كان مأخوذاً على نحو الشرط . فهنا يصح اسقاطه ويبقى أصل الضمان .

وقلنا سابقاً ـ في المسألة ٢٤ ـ إن الصحيح على مسلك السيد الأُستاذﷺ كون الأداء من مال معين أن يؤخذ على نحو القيد ، لأنّه قيد في الأفعال وهو موجب لتحصيحها بحصتين ، كون الأداء من مال المعين ، وكون الأداء من مال الضامن غير المعين .

وقد ذكر كون اعتبار شيء في الأفعال مما يعرض عليها أنه قيد في الواضح ٩ : ٣٠٧ ـ ٣٠٨ فراجع .

وأشكل السيد الحكيمﷺ على قول الماتنﷺ : «وبانتفاء القيد ينتفي الضمان» بما نصه : «والمصنفﷺ جعل البطلان من آثار أخذ الشرط على نحو القيد ، لأن فوات القيد يوجب فوات المقيد ، وقد تبعه على ذلك في المسالك في توجيه البطلان الذي حكاه عن التذكرة والشهيد في بعض فتاواه . ولكنه يشكل بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد ، وإنما يوج الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف ، كما إذا قال : بعتك هذا العبد الكاتب ، فتبين أنّه غير كاتب . فلا فرق بين فوات القيد وفوات الشرط» **المستمسك ٣١ : ٣٠٩ ـ ٣١٠** .

وقلنا سابقاً ـ في المسالة ٢٤ ـ في الجواب عنه : بأنّ بعتك هذا العبد الكاتب من اعتبار شيء

﴾

غيره[1].

وكذا إذا كان المبيع كلياً في المعين كمنٍّ من صبرة، فإنه أيضاً غير قابل للضمان، لأن

في الموجود الخارجي وهو العبد، وهو جزئي، ولا يعقل فيه التقييد، لأن لا اطلاق للعين الخارجية حتّىٰ تقييد بالكاتب فمعنىٰ بعتك هذا العبد علىٰ أن يكون كاتباً هو رجوعه إلىٰ التعليق، وهو مبطل عند السيد الحكيم والسيد الأُستاذ السيد الخوئي فليس الكاتب قيداً وإنما هو شرط، ومن المعلوم أن الشرط حينما يفوت لا يفوت المشروط وإنما يوجب تخلفه خيار تخلف الشرط، الذي يعبر عنه السيد الحكيم بخيار تخلف الوصف.

وقال السيد الحكيمقدس سره **في المقام تعليقاً علىٰ قول الماتن** «وكما إذا اشرط أداء الدين من مال معين» **ما نصه**: يمكن مجيء الاشكال السابق فيه أيضاً، بأن يتعهد زيد بالوفاء من مال عمرو، فاعتبار الوفاءمن مال معين لا يقتضي اختصاص التعهد به بمالك المال بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمّته» **المستمسك ١٣: ٣٣٢**.

أقول: الكلام في الضمان الذي هو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة، لا الضمان بمعنىٰ التعهد، ولذا يقول السيد الأُستاذ في ذيل المسألة: «فإذا كان كذلك فلا معنىٰ للانتقال بالضمان إلّا بمعناه الآخر الخارج عن محل الكلام» وقلنا إن المراد بمعناه الآخر هو الضمان بمعنىٰ التعهد، لا بمعنىٰ انتقال الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة.

(١) **اللهم إلّا أن يراد من الضمانِ الضمانُ بمعنىٰ التعهد**، فإنه أيضاً لا مانع من أن يتعهد شخص بالوفاء من مال المديون الخاص، فاعتبار أن يكون الوفاء من مال معين من أموال المدين لا يكون موجباً لاختصاص ذلك بالمالك للمال الخاص، إلّا إذا كان الضمان بمعنىٰ نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة، **وأما لو كان بمعنىٰ التعهد** فلا مانع من أن يتعهد بأن يحقق له أداء المديون من المال الخاص، أو يتعهد له بأن يباشر الخياط الخياطة لو استأجر الخياط علىٰ طبيعي الخياطة واشترط عليه مباشرته لها.

ولكن الضمان بمعنىٰ التعهد خارج عن محل الكلام، والمراد هنا من الضمان هو الضمان المصطلح وهو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة، لا الذي هو بمعنىٰ التعهد.

[٣٦٠٢] «مسألة ٣٥» : يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة ، لأنها دَين علىٰ الزوج[١] .

الضمان لابدّ وأن يكون موجباً للانتقال من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وليس هنا ذمّة ، بل عين خارجية ، غاية الأمر أنها كلي ، للبائع تطبيقها علىٰ أي فرد شاء لعدم الخصوصية ، فلو فرض أن في هذه الصبرة مائة مَن فهذه المائة كل واحد منها قابل لأن ينطبق عليه الكلي ، فيعطي البائع للمشتري أيها شاء لعدم الخصوصية للمن ، إلّا أنّه غير قابل للانتقال إلىٰ ذمّة الضامن ، ولا إلىٰ أفراد أُخرىٰ غير أفراد هذا الكلي ، فإذا كان كذلك فلا معنىٰ لانتقاله بالضمان إلّا بمعناه الآخر الخارج عن محل الكلام[١] .

(١) **تعرض الماتن دام ظله إلىٰ حكم ضمان النفقات .**

والنفقات علىٰ قسمين :

---

(١) **الذي هو بمعنىٰ التعهد كما يذكره السيد الأُستاذ دام ظله في موارد متعددة منها المسألة ٣٨ [٣٦٠٥] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٦٧ .**

ويمكن أن يكون مراد السيد الأُستاذ دام ظله من المعنىٰ الآخر هو ضم ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ الذي ذكر في أوّل الضمان ، وهو المعنىٰ الذي ذهب إليه أبناء العامة . **ولكن هذا بعيد من مراد السيد الأُستاذ** ، إذ إنّه لم يقل بصحته ، **والظاهر أنّه يريد به المعنىٰ الأوّل** الذي هو بمعنىٰ التعهد . كما صح في الفرضين اللذين قبله حسبما ذكرناه في الهامش .

وعلىٰ كل حال ، بما أن الكلي في المعين ليس ثابتاً في الذمّة فليس ضمانه هو ضمان ما في الذمّة الذي هو موضوع كتاب الضمان ، فإن الضمان كما قلنا المعتبر فيه كونه ثابتاً في الذمّة سواء كان مستقراً أم غير مستقر ، فلو لم يكن ثابتاً في الذمّة فليس هو الضمان المبحوث عنه هنا ، **وعليه فلا يصح فيه الضمان بمعناه هنا .**

ثمّ إنه قيل تعليقاً علىٰ قول الماتن : «وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين ، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة ، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة» ما نصه : «بناءً علىٰ أن الكلي في المعين ثابت في الذمّة ويجري فيه ما سبق» .

أقول : كيف يمكن أن يكون المبيع الذي هو علىٰ نحو الكلي في المعين ثابتاً في الذمّة ؟ وما فرقه عن الكلي في الذمّة ؟ فإنه يقسمون المبيع إلىٰ كلي في الذمّة وكلي في المعين ، فكيف يكون الذي هو كلياً في المعين في الذمّة ، وإذا كان يمكن ذلك فهو ليس في المعين بل في الذمّة . فما معنىٰ العبارة المذكورة ؟ !

١ ـ نفقة الزوجة.

٢ ـ نفقة الأقارب من أب أو أم أو ابن أو بنت على الشروط المذكورة في محله.

إلّا أنّ بين النفقتين فرقاً، فإن النفقة الأُولىٰ من باب التمليك[١]، وأن الزوجة تملك على زوجها نفقتها من مأكل ومسكن وملبس ونحوها على ما هو المعروف والمشهور بينهم، **والنفقة الثانية** ليست من باب التمليك، بل ليست هي إلّا وجوباً تكليفياً محضاً[٢].

ويدل على الأوّل ـ أي على أن نفقة الزوجة من باب التمليك ـ **مضافاً إلى الاستظهار من بعض الروايات**[٣]، **الآية المباركة (وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)**[٤] **والرزق** عبارة عما

---

(١) وهو يقتضي التكليف أو الوضع، وأنّه لو مات ولم يعطها تخرج من تركته.

(٢) **لا وضع فيه، فلو مات ولم يعطهم لا تخرج من تركته.**

مضافاً إلى أن هنا فرقاً آخر ـ إلّا أنّه لا دخل له في محل البحث ـ هو أن نفقة الزوجة تجب على الزوج، وتملكها الزوجة عليه وتكون في ذمّته حتى لو كانت غنية، فليست هي من باب احتياج الزوجة إلى ذلك، بل هي حق لها فقيرة كانت أو غنية، **لأنّها من حقوق الزوجية** وعوض عن التمكين. **وأما نفقة الأقارب** فهي إنما تكون واجبة لو كان القريب محتاجاً إليها وغير مالك لها وأما لو كان مالكاً لها كما لو كان غنياً أو ذا مرة سوّي فلا تجب النفقة على القريب من أب أو ابن أو غيرهما.

(٣) **كصحيحة شهاب بن عبد ربه**، قال «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما حق المرأة على زوجها؟ قال: يسد جوعتها (جوعها خ. ل) ويستر عورتها... وليقدر لكلّ إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله وإن شاء وهبه وإن شاء تصدّق به...» الوسائل ج ٢١: ٥١٣ باب ٢ من أبواب النفقات ح ١ ومعنى ذلك أنّه يملكه فلذا صح له هبته أو التصدق به، **وكذا صحيح ابن سنان** عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى؟ قال: أجلها أن تضع حملها، وعليه نفقتها حتّى تضع حملها» التهذيب ٨: ٤٦٤/١٣٤، الكافي ٦: ١٠٣، الوسائل ج ٢١: ٥١٨ باب ٧ من أبواب النفقات ح ١. و«عليه» فهي ظاهرة في الوضع إذا كان متعلقها العين الخارجية كما ستعرف.

(٤) البقرة ٢: ٢٣٣.

يرتزق من طعام وشراب الذي هو اسم للعين الخارجية، **والكسوة** اسم لما يلبس، فالمعنىٰ أن عليه الطعام والشراب واللباس، وقد ذكرنا[١] أن كلمة عليه أو عليك وغيرهما مما فيه الالزام، إذا كان متعلقها العين الخارجية لا الفعل تفيد التمليك، فمعنىٰ عليه المال أو عليه كذا درهماً أن ذلك ثابت في ذمّته، **وتقدير الفعل** ـ أي عليه اعطاء الكسوة والرزق ـ **خلاف الظاهر، وهو بخلاف ما إذا كان المتعلق هو الفعل الخارجي**، كقولك عليه الصلاة أو عليه الصوم أو الانفاق وغير ذلك، فإن ظاهر ذلك هو الوجوب وكون العمل ثابتاً في ذمّته **لا أنّه دين عليه. وعلىٰ كلٍ، مقتضىٰ الآية المباركة** أن يكون الرزق والكسوة بنفسهما ثابتين في ذمّة المولود له وكونهما ديناً في ذمّته.

واحتمال أن الرزق والكسوة مصدران كما في كلام بعضهم[٢] **بعيد غايته**، إذ ليس الرزق مصدراً، فإن «رزق» متعدٍ ومصدره الرَّزق، رزقه رَزقاً بالفتح، لا رِزقاً بالكسر، والرزق ما يرزق، فاحتمال أن يكون مصدراً ساقط جزماً. وأولىٰ منه في السقوط كون الكسوة كذلك، فإنها ليست مصدراً، بل هي اسم لما يكتسىٰ به، فيتعين أن يكون الرزق اسماً للعين ـ أي ما يرزق من طعام وشراب ـ والكسوة اسماً للباس. فما ذهب إليه المشهور بل هو المتسالم عليه بينهم، هو ملكية الزوجة للنفقة من كسوة وطعام وشراب وسكن ونحوه.

وأمّا بالنسبة إلىٰ الأقارب فلم يدل أي دليل علىٰ التمليك المذكور، فإنه ليس في الروايات[٣] ما يستفاد منه ملكية الأقارب للنفقة، **بل الظاهر منها أنّه مجرد حكم تكليفي**، ومن هنا يعلم أنّه لو امتنع من نفقة الأقارب لا تشتغل ذمّته بها كي يخرج من تركته بعد موته، لأنها ليست

---

(١) **المفروض أن يذكر ذلك في كتاب النكاح في النفقات**، ولكن السيد الأستاذ دام ظله لم يتعرض لبحث النفقات فيما يأتي من كتاب النكاح أصلاً، نعم تعرض لنفقة المفضاة. إلّا أن السيد الأستاذ ذكر ذلك في بحوث أُخرىٰ تقدمت.

(٢) **مراده السيد الحكيم** دام ظله حيث قال «اللهم إلّا أن يحمل الرزق والكسوة علىٰ المصدر لا العين، لكن لازم ذلك السقوط بخروج الوقت، فلا تقضىٰ إذا فاتت، وهو خلاف المتسالم عليه...»، **المستمسك ١٣: ٣٣٣ أو (١٩٤ طبعة بيروت)**.

(٣) الوسائل ج ٢١: ٥٢٥ باب ١١ من أبواب النفقات.

.....

بدين بل هي حكم تكليفي، **إلّا أنّه ليس كسائر الأحكام التكليفية كالصلاة والصوم**، بل له جهة فرق عنها، **وقد ذكرنا** في باب البحث عن الحق والحكم أن الحق هو حكم محض، لا أنه شيء في مقابله، ولكن الفرق هو أن الحكم قد يكون أمره بيد الإنسان وقد لا يكون أمره بيده، **فإن كان من قبيل الأوّل سمي حقاً، وإن كان من قبيل الثاني سمي حكماً**[1]، **ومقامنا من قبيل الأوّل**، حيث إن أمره بيد المالك ـ أي مستحق النفقة ـ فله أن يسقط حقه بالنسبة إلىٰ نفقته ويرضىٰ بالاستعطاء، **فليس الوجوب وجوباً مطلقاً غير قابل للاسقاط، وهذه الأُمور تسمىٰ بالحقوق**، ومن هنا لو امتنع الوالد من الإنفاق علىٰ ولده جاز للولد رفع أمره إلىٰ الحاكم الشرعي، وللحاكم اجبار الأب علىٰ الانفاق، فإن امتنع أخذ من ماله من باب الولاية فإنه ولي الممتنع، **وبهذا يفترق الحكم التكليفي في المقام عن سائر الأحكام التكليفية**.

هذا هو الفارق بين النفقتين.

إذا عرفت ذلك فقد عرفت صحّة ضمان النفقة الماضية للزوجة لأنها دين ثابت في ذمّة الزوج، فلا مانع من نقله بالضمان من ذمّته إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، **كما عرفت حينئذٍ أيضاً** عدم صحة ضمان النفقة الماضية للأقارب لأنها ليست ديناً، بل هي حكم تكليفي محض. وإن اختلف عن باقي الأحكام التكليفية كما عرفت[2].

---

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٣٠ قال: «فالحق في الاصطلاح حكم شرعي استفيد من الدليل قبوله للإسقاط، وفي قباله الحكم الذي لا يقبل الاسقاط».

(٢) **ومن هنا قال المحقق** قدس سره **في الشرائع**: «ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمّة الزوج، دون المستقبلة» **الشرائع ٢: ١٢٧**.

وقال في القواعد: «يصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة» **القواعد ٢: ١٥٧ طبعة مؤسسة النشر الإسلامي**.

وفي مجمع الفائدة والبرهان (لعله لا خلاف فيه) نقله عنه **في مفتاح الكرامة ١٦: ٤٠٤، ثمّ قال: وهو كذلك**.

وكذا[1] نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في صبيحته ، لوجوبها عليه حينئذٍ وإن لم تكن مستقرّة ، لاحتمال نشوزها في أثناء النهار ، بناءً علىٰ سقوطها بذلك .

---

(١) **بالنسبة إلىٰ النفقة الفعلية** ، بناء علىٰ أنها في كل وقت تملك نفقة ذلك الوقت من صبح أو ظهر أو ليل ، أو أوّل النهار لليوم كلّه ، ففي أي وقت تكون مالكة في ذمّة الزوج ؟ !

المشهور أنها تكون مالكة في أوّل النهار .

والقول الآخر كل وقت في حينه ، فنفقة الصبح الصبح والظهر الظهر والليل الليل ، **فعلىٰ كل منهما** يجوز لثالث أن يضمن لها ذلك ، فينتقل ذلك من ذمّة الزوج إلىٰ ذمّة الضامن[1] .

﴿ **وفي الجواهر:** «ويصحّ ضمان النفقة الماضية للزوجة بلا خلاف ولا إشكال ، لأنها من الديون في ذمّة الزوج كما حررناه في محله ، ثمّ قال : ثمّ إن تقييد المصنف بالزوجة ظاهر في عدم صحة ضمانها للقريب ، وهو كذلك في الماضية ، لعدم ثبوتها في ذمّته وإن قصّر في دفعها» . **الجواهر ٢٦ : ١٣٩ .**

وفي المسالك : «لما كانت نفقة الزوجة تستقّر في الذمّة بفواتها لأنّها عوض عن التمكين وتجب في كلّ يومٍ حاضرٍ بطلوع فجره ، صحّ ضمانها في الحالين ، بخلاف المستقبلة كنفقة الشهر المستقبل ، فإنها غير واجبة لاشتراطها بالتمكين ، وهو ليس بحاصلٍ في زمنٍ لم يقع بعدُ ، فلا يصحّ ضمانها (ثمّ قال بعد فاصل) واحترز بنفقة الزوجة عن نفقة الأقارب ، فإن الفائت منها لا يثبت في الذمّة فلا يصح ضمانه . . .» **المسالك ٤ : ١٩٤ .**

(١) **في الشرائع ٢ : ٤٠٠** : «الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين» وظاهره أنها تملك نفقة اليوم في أوّل اليوم وهو صبيحته .

وفي التحرير : «يصح ضمان نفقة الزوجة الماضية وضمان نفقة اليوم لأنّها تجب بأوله» **التحرير ٢ : ٥٥٣ .**

وفي الجواهر : بل صريح الشيخ [المبسوط ٢ : ٣٢٥] ، **والحلي** [موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١٠٢] ، **والفاضلين** [المحقق كما عرفت في عبارته المقدمة ، والعلّامة في التحرير ٢ : ٥٥٣ ، وإرشاد الأذهان ١ : ٤٠١ ، والمختلف ٥ : ٤٦٤] ، **والكركي** [جامع المقاصد ٥ : ٣٢٠] ، **وثاني**

﴿**الشهدين** [المسالك ٤ : ١٩٤] علىٰ ما حكي عن بعضهم **صحّة ضمان الحاضرة لها أيضاً أي الزوجة لاستقرارها وثبوتها في ذمّة الزوج بصبيحته ذلك اليوم الذي اظهرت التمكين فيه** . ولعل تقييد المصنف [أي المحقق في الشرائع] بالزوجة لاخراج أصل الضمان لنفقة القريب، من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبلة ، وقد حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك» **الجواهر ٢٦ : ١٣٩** .

ثمّ إن في قول السيد الأُستاذﷺ : «فعلىٰ كل منهما» اشارة إلىٰ بحثٍ في وقت وجوب النفقة بالنسبة لليوم الحاضر ، وقد **علل في المسالك** وجوب النفقة في صبيحة ذلك اليوم بقوله: «لأنها تحتاج إلىٰ الطحن والخبز والطبخ، إذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤنة إصلاحه ، لا عين المأكول مهيئاً ، عملاً بالعادة ، فلو لم يسلّم إليها في أوّل النهار لم تنله عند الحاجة» **المسالك ٨ : ٤٦٢** .

واشكل عليه السيد الحكيمﷺ **بقوله** : «ويشكل بمنع الاكتفاء بدفع الحب ونحوه إذ هو خلاف اطلاق النفقة والرزق، وإلّا لأجزأ دفع الصوف والقطن في نفقة الكسوة . مع أنّه لو سلّم ذلك كان اللازم الدفع في الوقت الذي لابدّ منه في تحصيل المأكول والملبوس ، فقد يقتضي تقديمه علىٰ اليوم كما هو الغالب فإن دفع الحب لا يكفي في أكله الصبح ، وقد يقتضي تأخيره عن الصبح إذا كانت المقدمات تتهيأ في جزء يسير من الزمان . وبالجملة: تعيين أوّل اليوم لا دليل عليه» **المستمسك ١٣ : ١٩٤ طبعة بيروت** .

والمقصود للسيد الأُستاذﷺ أنه متىٰ ما كانت النفقة واجبة وفي ذمّة الزوج جاز ضمانها ، سواء كانت هي الأوقات الثلاثة كل وقت في حينه أم كانت هي صبيحة ذلك اليوم لليوم كله .

ثمّ إن النفقة الحاضرة متىٰ ما كانت واجبة ليس معناه أن وجوبها مستقر، بل وجوبها غير مستقر إذا كان وجوبها أول النهار مثلاً، وذلك لاحتمال نشوزها أثناء النهار بناءً علىٰ سقوطها بذلك ، وكذا في وقت الصبح للصبح والظهر للظهر والليل لليل .

كذا ذكر الماتنﷺ .

ولكن قيل : إن الصحيح والذي تقتضيه إطلاقات الأدلة أن ثبوتها في ذمّة الزوج أوّل اليوم ﴾

وأمّا النفقة المستقبلة[1] فلا يجوز ضمانها عندهم ، لأنه من ضمان ما لم يجب . ولكن لا يبعد صحّته لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية .

وأما بالنسبة إلىٰ النفقة المستقبلة فهو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) بالنسبة إلىٰ النفقة المستقبلة ذكر الماتنﷺ أنه لا يجوز ضمانها عندهم ، وذلك لأنّها غير واجبة علىٰ الزوج فعلاً ، وإنّما تشتغل بها ذمّته بعد ذلك ، فيبتني جواز الضمان وعدمه علىٰ كفاية

إنما هو مراعى باستمرار التمكين ، فإذا نشزت أثناء النهار كشف ذلك عن عدم الاستحقاق من أوّل اليوم ، لا عن سقوطه بعد الثبوت إذ لا دليل عليه .

فهل إن التمكين شرط بنحو يكشف عدمه عن عدم الوجوب ، **أو إن النشوز مانع ويوجب السقوط**، بحث طويل يأتي في النفقة في بحث النكاح، ذكره **صاحب الجواهر في ج ٣١: ٣٠٢ـ ٢٠٩**.

وقال : «والتحقيق أنّه ليس في شيء مما ذكرناه وذكروه من أدلّة التمكين ما يقتضي اعتباره شرطاً علىٰ وجه تتفرع عليه الفروع التي ذكروها المعلوم توقّفها علىٰ دليل يدلّ علىٰ شرطيّته بقول مطلق ، واقصىٰ ما يستفاد من نصوص الطاعة وحقّيّة الزوج أنّه لا نفقة لها مع انتفاء الطاعة الذي يتحقق بنشوزها وتقصيرها في تأدية حقّه» **الجواهر ٣١ : ٣٠٨ ـ ٣٠٩**.

ثمّ إن الذي قال بوجوب النفقة الحاضرة قال بها لأن الزوجة تمكلها فعلاً ، أما في صبح ذلك اليوم أو في الوقت الذي تجب فيه علىٰ الخلاف ، لا من جهة أن المقتضي لثبوت النفقة في ذمّة الزوج موجود ، فإن ذلك يقال بالنسبة إلىٰ النفقة المستقبلية لا الحاضرة .

وقد يقال : ومن ذلك يتوضح لك ما في كلام السيد السبزواريﷺ فإنه قال معلقاً علىٰ قول الماتنﷺ : (وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذٍ) **ما نصه** : «فيكون المقتضي لاشتغال الذمّة موجوداً والمانع مفقوداً فيصح الضمان لا محالة ، فإن المتعارف بين الناس أنهم يرون أنّ الزوج مشغول الذمّة بالانفاق علىٰ زوجته بما هو متعارف بين طبقاتهم المختلفة» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٧٦ ، والحال إن الزوجة تملك النفقة فعلاً** ، لا أن المقتضي لاشتغال ذمّة الزوج بالنفقة موجود والمانع مفقود .

إلّا إنّ الصحيح أنّ المراد للسيّد السبزواريﷺ من ذلك فعليه النفقة ، فليس في كلامه ما ينافي ما ذكرنا .

وجود المقتضي وهو الزوجية كما هو مختار الماتن[1].

وأمّا بناءً على عدم كفاية وجود المقتضي فهو من ضمان ما لم يجب كما هو المختار، إذ ليس للضامن إشغال ذمّته للزوجة فعلاً قبل استحقاق نفقتها من الزوج، فكيف بانتقالها إلى ذمّة الضامن، واشغال ذمّة الضامن بهذا المال فيما بعد حينما تشتغل ذمّة الزوج به من التعليق الباطل[2].

---

(١) كما تقدم منه ذلك في الأمر الثامن من الأُمور التي تعتبر في الضمان، وتقدم البحث عنه في الواضح ١٦: ٢٩٠ ـ ٢٩٣ وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٣، وتبع الماتن ـ في ذلك في الأمر الثامن المتقدم السيدُ السبزواري في **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٢٦** وفي المقام أيضاً **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٧٧**.

وأما نفي كون الزوجية مقتضية لوجوب النفقة المستقبلية بل بعد حلول الوقت والحاجة» كما قيل فهو كما ترىٰ، يقتضي عدم الفرق بين المقتضي للوجوب وبين الوجوب الفعلي، علىٰ أن ليس للحاجة دخل في الفعلية، نعم لها دخل في نفقة القريب، والكلام في نفقة الزوجة.

(٢) **تقدم الكلام في اعتبار التنجيز في الضمان**، واعتبره السيد الأُستاذ ﷺ **ولم يعتبره الماتن** ﷺ **علىٰ ما تقدم تفصيله في السابع مما يعتبر في الضمان** الواضح ١٦: ٢٧٨ موسوعة الإمام **الخوئي ٣١: ٤٠٠ ـ ٤٠٣**، فاختيار الماتن هنا صحة الضمان بالنسبة للنفقة المستقبلة علىٰ مبناه لا إشكال فيه إذا إنّه لا يرىٰ مانعاً من صحة الضمان المعلق علىٰ اشتغال الذمّة، **نعم علىٰ مبنىٰ السيد الأُستاذ** لا يصح لاستلزامه للتعليق المبطل، فإشكال السيد الأُستاذ علىٰ ما ذكره الماتن هنا من الصحة إشكال مبنائي.

ثمّ إن ما ذكره السيد الأُستاذ ﷺ في الثامن مما يعتبر في الضمان وهو كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمّة المضمون عنه، **من «أن الماتن ممن يعتبر التنجيز** [أي في الضمان] ـ فلا وجه لتمسّكه بالاطلاقات في المقام» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٥**.

غير صحيح، لأن الماتن ممن لا يعتبر التنجيز ويقول بصحة الضمان المعلق كما هو واضح لمن راجع السابع مما يعتبر في الضمان. ثمّ إن الدليل علىٰ صحة ضمان ما لم يجب بعد

وأمّا نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلىٰ ما مضىٰ[١] ، لعدم كونها ديناً علىٰ من كانت عليه ، إلّا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق علىٰ نفسه أو أذن له الحاكم[٢] في ذلك إذ حينئذٍ يكون دَيناً عليه[٣] ، وأمّا بالنسبة إلىٰ ما سيأتي[٤] فمن ضمان ما لم يجب ـ مضافاً

هذا كله بالنسبة إلىٰ نفقة الزوجة .

وأما بالنسبة إلىٰ نفقة الأقارب فهو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) توضح مما تقدم أن نفقة الأقارب ليست ديناً علىٰ من كانت عليه ، فلا معنىٰ لضمانها ، سواء كان عدم الانفاق بالنسبة للنفقة الماضية لعذر أم لا لعذر ، إذ لا يملك واجب النفقة علىٰ من تجب عليه نفقته شيئاً كي ينتقل إلىٰ ذمّة الضامن . نعم ، لو أذن من يجب عليه الانفاق لواجب النفقة أن يستقرض ويصرفه علىٰ نفسه ، فلا شك يطلب المستقرض علىٰ الآمر بذلك حينئذٍ شيئاً ، **لأن الانفاق كان بأمره**[١] ، فيضمن الضامن ما يساوي قيمته لأنه دين ، وإن كان أصل الانفاق ليس بتمليكي ، بل هو تكليف محض .

(٢) لأنه وليّ الممتنع[٢] .

(٣) فيكون القريب الذي تجب النفقة عليه لقريبه مديناً كما توضح فيصح ضمان هذا الدين من قبل ضامن .

(٤) **بالنسبة إلىٰ نفقة الأقارب المستقبلة** الذي ليس فيها ملكية بالفعل ، بل ولا حكم تكليفي بالفعل ، **فذكر الماتن** ﷺ **أنّه لا يصحّ الضمان بالنسبة إليها** ، إذ لا حكم تكليفي ولا تمليكي

﴿ العمومات وعدم ما يدلّ علىٰ بطلانه من إجماع أو نص هو صحيح **حبيب الخثعمي** عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن ، فقال : لا يأخذ إلّا أن يكون له وفاء . قال : قلت : أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد علىٰ نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال : نعم» الوسائل ج ١٩ : ٨٦ باب ٨ من أبواب الوديعة ح ١ ، فإنه دال علىٰ صحة ضمان ما لم يجب ، وعلىٰ صحة التلعيق في الضمان .

(١) هذا التعبير من السيد الأستاذ ﷺ دال بوضوح علىٰ أن الأمر بالانفاق هو بنفسه يقتضي الضمان ، فهو معاوضة كالإجارة ، غاية الأمر مشروط بالاستدانة والانفاق فنفيه كون الضمان الإذني من المعاملات المعاوضية أو التشبيهة بالمعاوضية تنزلاً غير صحيح .

(٢) كما عن عدّة من الأصحاب وفي المستمسك أنه يظهر منهم المفروغية عن صحته .

إلىٰ أن وجوب الانفاق حكم تكليفيّ ولا تكون النفقة في ذمّته ـ ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال .

بالفعل ، فهو من ضمان ما لم يجب ، **وإن كان الماتن** قد قال في آخر عبارته : علىٰ إشكال ومعنىٰ ذلك أنّه كما يوجد وجه لعدم صحة الضمان يوجد وجه لصحة الضمان ، لذا يكون الحكم بعدم صحة الضمان علىٰ إشكال .

إلّا أنّه لم يظهر لنا وجه لاثبات الصحّة في المقام ، فإن الضمان كما ذكرنا نقل دين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وليس هنا أي دين ، فإن الحكم تكليفي محض ، علىٰ أنّه لو كان تمليكاً أيضاً كما في الزوجة ، فبعد لم يوجد ولم يحصل ، فهو من ضمان ما لم يجب ، فلا موضوع للضمان أصلاً ، ولا وجه للاشكال في عدم الضمان أبداً ، بل لابدّ من الحكم بعدم صحة الضمان علىٰ نحو الجزم[1] .

---

(١) **ما يقوله السيد الأُستاذ** دام ظله **صحيح بلا إشكال لو كان المراد من النفقة للقريب** في قوله (وأما بالنسبة إلىٰ ما سيأتي) **هي النفقة المستقبلة التي لا تكون شاملة لنفقة اليوم الحاضر** ، فإنه لا شك في أنّه ليس هنا أي اشكال في الحكم بعدم وجوبها علىٰ القريب لوجهين ، **الأوّل** : لأنها ليست علىٰ نحو الملك ، بل نفقة القريب علىٰ نحو التكليف . **الثاني** : ولو كانت علىٰ نحو الملك فبعد لم يأت ولم يحصل الملك ، لأنّه يحصل في المستقبل ، والحال إنه لم يأت المستقبل كما هو الحال في نفقة الزوجة ، **فهو من ضمان ما لم يجب ، فلا موضوع للضمان أصلاً وبلا إشكال** .

وأما لو كان المراد للماتن دام ظله **من قوله** (وأما بالنسبة إلىٰ ما سيأتي) **النفقة المستقبلة الشاملة لنفقة اليوم الحاضر** ـ كما في الفعل المضارع الذي (هو ما يدل علىٰ الوقوع في الحال أو الاستقبال كما في قولك (يضرب) يمكن أن يراد منه أنّه يضرب الآن ، ويمكن أن يراد منه أنّه يضرب في المستقبل ـ ويؤيده أنّه لم يذكر حكم النفقة الحاضرة علىٰ نحو الاستقلال ، بل الظاهر أن هذا هو الظاهر من كلامه ، لأنّه لو كان مورد كلامه هو النفقة المستقبلة دون الحاضرة ، فليست هي من قبيل الحكم التكليفي ، لعدم ثبوت هذا التكليف بالنسبة إلىٰ الزمان المستقبل ، وإنّما هو ـ أي الحكم التكليفي ـ بالنسبة إلىٰ الزمان الحاضر ، فهذه قرينة شمول النفقة المستقبلة للحاضرة ، مضافاً إلىٰ ذهاب جمع من الفقهاء إلىٰ صحة ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبلة كما سيأتي .

فإذا كان المراد له ذلك فللاشكال الذي ذكره وجه وإن لم يكن صحيحاً، وهو: أن النفقة الحاضرة لليوم الذي هم فيه ليست حكماً تكليفياً محضاً، ولذلك يجوّز مطالبة القريب بها (النفقة) ورفع الأمر إلىٰ الحاكم، وإذن الحاكم الشرعي بالاستدانة لها، **بل يمكن أن يقال**: إن القريب يملك الانفاق علىٰ من تجب نفقته عليه، لأنّه لولا ذلك ـ أي لولا الملك والحق الوضعي ـ لما جازت مطالبته به إلّا من باب الأمر بالمعروف وهو مخصوص بشرائطه، **بل لولا ذلك** لما كان وجه لرفع الأمر إلىٰ الحاكم الشرعي، ولا لإذنه في الاستقراض، **فلا يمكن أن يقال لا وجه للصحة** أصلاً يوجب الإشكال.

ولعله لأجل ذلك ذهب جمع من الأصحاب إلىٰ وجوب النفقة الحاضرة للقريب علىٰ قريبه دون الماضية والمستقبلة.

منهم: العلّامة في القواعد ٢: ١٥٧ **حيث قال**: «إنه يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبلة».

وكذا في التذكرة ١٤: ٣١٤ حيث قال: «أما نفقة اليوم فالأقرب جواز ضمانها لوجوبها بطلوع الفجر» وكلامه في نفقة اليوم للاقارب.

وفي المسالك ٤: ١٩٥ «وأما الحاضرة فالأقوىٰ صحة ضمانها لوجوبها بطلوع الفجر» وكلامه أيضاً في نفقة اليوم للأقارب.

وكذا كل من تعرض لذلك علىٰ ما سيأتي بيانه.

وفي المستمسك: «أن التحقيق جواز ضمان نفقة القريب الحاضرة كنفقة الزوجة الحاضرة كما ذكره جماعة آنفاً، وكون الثابت في الثانية ملك العين وفي الأُولىٰ ملك الانفاق لا يوجب الفرق بينهما في ذلك، فإن الانفاق حق مالي في الذمّة يقبل الانتقال منها إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، وليس من قبيل الحكم التكليفي الذي لا يقبل ذلك، فكما أن الخياطة إذا كانت ديناً يجوز ضمانها كذلك الانفاق» **المستمسك ١٣: ١٩٦ ـ ١٩٧ طبعة بيروت**.

وإن كان هذا الوجه الذي ذكرناه عنهم لجواز الضمان للقريب لنفقة اليوم الحاضر **غير صحيح**، فإن مجرد الوجوب لا يقتضي صحة الضمان ولا لثبوت ذلك في الذمّة ليصح فيه

[٣٦٠٣] «مسألة ٣٦» : الأقوىٰ جواز ضمان مال الكتابة[1] ، سواء كانت مشروطة أو مطلقة ، لأنّه دَين في ذمّة العبد وإن لم يكن مستقراً ، لإمكان تعجيز نفسه . والقول بعدم

---

(١) لو كاتب المولىٰ عبده مكاتبة مطلقة أو مشروطة ، **والأُولىٰ** : هي التي يتحرر العبد بمقدار ما يؤدي من مال الكتابة سواء أكمل مال الكتابة أم لا . **والثانية** : هو التي لا يتحرر من العبد بمقدار ما يؤدي من مال الكتابة ، وإنما يتحرر بأداء تمام ما عليه ، فلو لم يتم ما عليه ـ وإن أدىٰ كله إلّا ديناراً ـ إلىٰ أن انتهىٰ الأجل رجع العبد رقاً بتمامه ، بخلاف المطلقة ، فإنه فيها لا يرجع رقاً بل

الضمان ، ولو كان ذلك يقتضيه ويوجب الثبوت في الذمّة لكان ذلك مما يوجب صحة ضمان النفقة الماضية للقريب ، لأن ما في الذمّة لا دليل علىٰ سقوطه بانتهاء الوقت، وقد صرحوا بعدم صحة ضمانها ، **ولذا قال صاحب الجواهر**قدس سره : «لا أجد خلافاً فيه بين من تعرّض لذلك معلّلين بوجوبها بطلوع الفجر ـ ثم قال ـ ولكن فيه أن هذا الوجوب لا يقتضي ثبوتها في الذمّة ، وإلّا لوجب أيضاً بعد فوات الوقت، لعدم الدليل حينئذٍ علىٰ سقوطه منها بعد ثبوته فيها . . .» **الجواهر ٢٦ : ١٤٠** .

والمقصود من ذلك كله وجود الوجه لاشكال الماتن ، وإن كان **قد يقال إنّه ضعيف** وموهون ، لا أنّه لا وجه له أصلاً .

ولعل السيد الأُستاذقدس سره **يريد من قوله : (لا وجه له أصلاً)، لا وجه صحيح له أصلاً .**

وأما قول السيد الأُستاذقدس سره «علىٰ أنه لو كان تمليكاً أيضاً كما في الزوجة فبعد لم يوجد ولم يحصل فهو من ضمان ما لم يجب . . .» .

وهو الجواب الثاني الذي ذكره السيد الأُستاذقدس سره لردّ كلام الماتن فانما هو لو كان المراد منه خصوص النفقة المستقبلة ولم يكن شاملاً لنفقة اليوم الحاضر .

فالماتنقدس سره **يقول بصحة الضمان في مثل نفقة الزوجة حتىٰ النفقة المستقبلة** علىٰ ما عرفت **لأن غاية ما في ذلك** أنه يلزم منه التعليق في الضمان ، وهو كما عرفت لا يراه مضراً، ولا يعتبر التنجيز في الضمان علىٰ ما تقدم منه في الأمر السابع من الأُمور المعتبرة في الضمان . فعلىٰ فرض أن نفقة القريب تمليك بلا كلام يصح ضمانها عند الماتن**قدس سره** ، **فليس الصحيح في جوابي السيد الأُستاذ إلّا الجواب الأوّل ، وهو أن نفقة القريب تكليف لا وضع وتمليك ، فلذا لا يصح ضمانها .**

الجواز مطلقاً أو في خصوص المشروطة معلّلاً بأنّه ليس بلازم ولا يؤول إلىٰ اللّزوم ، ضعيف كتعليله . وربّما يعلَّل بأن لازم ضمانه لزومه ، مع أنّه بالنسبة إلىٰ المضمون عنه غير لازم ، فيكون في الفرع لازماً مع أنّه في الأصل غير لازم . وهو أيضاً كما ترىٰ .

يرجع منه إلىٰ الرقية بمقدار ما لم يؤَدِ .

وفي كل من القسمين يجوز لشخص أن يضمن هذا الدين الذي هو علىٰ ذمّة العبد **بعقد المكاتبة** الذي هو ليس عقد بيع ، ولا من العقود المتعارفة ، **بل هو عقد خاص يؤدي العبد ما عليه ليكون حراً** في المطلقة بمقدار ما يؤدي مما عليه ، وفي المشروطة بتمام ما يؤدي مما عليه . **فيكون العبد بضمان هذا الشخص بريئ الذمّة فينعتق** ، لأنه أدّىٰ ولم تبق ذمّته مشغولة ، **كما لو فرضنا أن المولىٰ إبرأ ذمّته** ، فلا إشكال في انعتاقه ، لأن الإبراء بمنزلة الأداء ، **فكما أنّ الإبراء** يوجب العتق لأنه بمنزلة الأداء ، **كذلك لو فرضنا أنه ضمنه ضامن** ، فبالضمان تبرأ ذمّة العبد وينتقل الدين إلىٰ ذمّة هذا الضامن فيكون العبد معتقاً لا محالة[1] .

ولكن نُسب[2] إلىٰ الشيخ في المبسوط المنع عن هذا الضمان[3] . وربما ذكر بعضهم

---

(١) **قال المحقق في الشرائع ٢ : ١٢٧** «وهل يصح ضمان مال الكتابة ... ولو قيل بالجواز كان حسناً لتحققه في ذمّة العبد كما لو ضمن عنه مالاً غير الكتابة» .

وفي جامع المقاصد ٥ : ٣٢٠ «أنّه الأصح» .

وفي المسالك ٤ : ١٩٤ «والأصح أنها لازمة فيصح ضمان مالها» .

وكذا عن الأردبيلي في مجمع الفائدة ٩ : ٢٩٣ .

وفي الجواهر عقبّ علىٰ قول المحقق : (ولو قيل بالجواز كان حسناً) **بما نصه** : «وفاقاً للفاضل والكركي وثاني الشهدين وغيرهم» **الجواهر ٢٦ : ١٣٨** .

(٢) **الناسب صاحب الجواهر ٢٦ : ١٣٨ ، وأمّا المحقق في الشرائع** فقال : قيل ، ولم ينسبه إلىٰ الشيخ ، الشرائع ٢ : ١٢٧ . وما في **موسوعة الإمام الخوئي**ﷺ **٣١ : ٤٦٢ من أن المحقق نسبه إلىٰ الشيخ إنما المراد منه الخلاف** علىٰ الاطلاق ، لا في خصوص المشروطة ، ولم ينسبه إلىٰ الشيخ في المبسوط .

(٣) الجواهر ٢٦ : ١٣٨ قال : «والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه لا [أي لا يصح ضمان

كالشهيد أن خلاف الشيخ إنّما هو في المكاتبة المشروطة لا في المطلقة[١].

والظاهر من عبارة الشرائع أن الخلاف في مطلق المكاتبة مطلقة كانت أم مشروطة[٢].

وكيف كان ، لم يظهر أي وجه للمنع في المكاتبة المطلقة ، فانها لازمة بلا اشكال ولا خلاف ظاهراً ، فالعمومات والاطلاقات تقتضي اللزوم ، ولا يثبت الخيار لا للمولىٰ ولا للعبد، فالعقد لازم

مال الكتابة] لأنّه ليس بلازم ولا يؤول إلىٰ اللزوم ، **أما الأوّل** فلأنه لا يلزم العبد في الحال ، لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز ، فلا يلزم العبد في الحال . **وأمّا الثاني** : فلأنّه إذا أدّاه عتق ، وإذا عتق خرج عن كونه مكاتباً ، فلا يتصوّر أن يلزم في ذمّته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه . **ثمّ قال الشيخ الطوسي**قدس سره : فهذا المال لا يصحّ ضمانه لأنّ الضمان اثبات مال في الذمّة والتزام أدائه ، وهو فرع للمضمون عنه ، **فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم ، ويكون في الفرع لازماً** ، فلهذا منعنا من صحّة ضمانه ، وهذا لا خلاف فيه . **[المبسوط ٢ : ٣٢٥ وفي بعض الطبعات ٣٣٦]» الجواهر ٢٦ : ١٣٨ ، ثمّ قال صاحب الجواهر :** «ولكن لا يخفىٰ عليك أنّه لو قيل بالجواز كان حسناً **وفاقاً للفاضل** [في القواعد ٢ : ١٥٧ والتحرير ٢ : ٥٥٤ والتذكرة ١٤ : ٣١٦ وغيرها] والكركي [في جامع المقاصد ٥ : ٣٢٠]. وثاني الشهيدين [في المسالك ٤ : ١٩٣ ـ ١٩٤ وغيرها] وغيرهم [كالأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩٣]. لتحقّقه في ذمّة العبد بعقد الكتابة ولو المشروطة، فيصح حينئذٍ ضمانه كما لو ضمن عنه مالاً غير الكتابة . **وجواز تعجيز النفس** فيعود رقاً **لا ينافي الثبوت في الذمّة ، بل أقصاه** عدم الاستقرار كالثمن في مدة الخيار ، **بل أولىٰ منه** ، ضرورة أنّه هنا مع الضمان عنه انعتق لأنّه بحكم الأداء ، بخلاف الثمن في مدة الخيار ، فإن ضمانه لا يرفع أصل الخيار» **الجواهر ٢٦ : ١٣٨ .**

(١) **مسالك الافهام ٤ : ١٩٤** قال : «واعلم أن موضع الخلاف المشروطة، إذ لا خلاف في لزوم المطلقة ، فاطلاقها من المصنف [أي المحقق في الشرائع] غير جيد» .

(٢) **شرائع الإسلام ٢ : ١٢٧** قال «وهل يصح ضمان مال الكتابة ؟ قيل : لا ، لأنه ليس بلازم ، ولا يؤول إلىٰ اللزوم» . ولكن اطلاقها ليس بجيد كما يقوله الشهيدقدس سره .

وذمّة العبد مشغولة بالدين فلا مانع من أن يضمنه شخص آخر، وبذلك تبرأ ذمّة العبد فينعتق لا محالة. **ولا يظهر وجه ولو ضعيف للبطلان** وعدم صحة الضمان.

وأمّا بالنسبة إلىٰ المكاتبة المشروطة فربما يشكل[١] **في صحّة ضمانها بأن المكاتبة المشروطة ليست بلازمة**، فللعبد تعجيز نفسه فينفسخ العقد، فإذا كان العقد جائزاً فكيف مع ذلك يحكم بصحّة الضمان فيه الذي هو من العقود اللازمة، مع لزومه زيادة الفرع علىٰ الأصل.

وفيه أوّلاً: ليست المكاتبة المشروطة من العقود الجائزة، بل هي عقد لازم[٢] ـ كالمطلقة ـ فيلزم العبد بالكسب، وليس له تعجيز نفسه. **نعم، لو عجز اتفاقاً أو عصىٰ فعجّز نفسه رجع رقاً، وهذا أمر آخر غير لزوم العقد.**

وثانياً: لم يدل دليل علىٰ اعتبار أن يكون الدين في الضمان ثابتاً في ذمّة المدين علىٰ نحو اللزوم، بل حكم الدين الجائز واللازم واحد، ولذا جاز الضمان في البيع الخياري[٣]. **فمع تسليم أن عقد المكاتبة المشروطة عقد جائز** وللعبد تعجيز نفسه فينفسخ العقد ـ ولا نسلم به أبداً ـ **لا يعتبر في الضمان أن يكون الدين لازماً**، ويجوز أن يكون جائزاً.

---

(١) **كما أشكل الشيخ في عبارته المتقدم نقلها**، فإن اشكاله إنما يرد علىٰ المكاتبة المشروطة دون المطلقة، فعبارة الشيخ ظاهرة، في اختصاص الخلاف في المشروطة، وكلام الشهيد صحيح، ولذا قال: فاطلاق كلام المصنف غير جيد، أي اطلاق كلام المحقق في الشرائع غير جيد.

(٢) **قال المحقق في الشرائع**: «والكتابة عقد لازم مطلقة كانت أو مشروطة» **الشرائع ٣: ١١٣** لأصالة اللزوم واستصحابه وغيرهما مما دل علىٰ اللزوم في سائر العقود، ولا ينافيها العجز في المشروطة كما لا ينافي الخيار لزوم البيع.

(٣) **تقدم في الثامن مما يعتبر في الضمان** أنه يعتبر في الدين أن يكون ثابتاً في الذمّة، وأما أن ثبوته لابدّ وأن يكون علىٰ نحو اللزوم فلا، ولا فرق في الثبوت بين المستقر واللازم وبين المتزلزل، تقدم ذلك في الواضح ١٦: ٢٩٠ ـ ٢٩١، **وفي موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٣**.

وقد يعلّل ذلك[١] **بوجه آخر**، ويقال: إن الضمان وإن كان يجري ويصحّ فيما إذا كان العقد جائزاً، **ولكنه في خصوص العقود التي تؤول إلىٰ اللزوم** كما في البيع الخياري، حيث إنّه بعد ثلاثة أيام، أو بعد المجلس، أو بعد التصرف في خيار العيب، يكون البيع لازماً، **وأمّا فيما لا يؤول إلىٰ اللزوم أبداً فلا، ومقامنا** ـ أي عقد المكاتبة المشروطة بعد فرض أنها جائزة ـ **من هذا القبيل، فلا يمكن فيه الضمان** لأن العبد ما لم يؤدِ الدين فالعقد جائز، إذ له أن يعجّز نفسه، وإن أداه لا يكون العقد لازماً لارتفاع موضوع العبودية، فلا يؤول إلىٰ اللزوم[٢] مع أن الضمان عقد لازم، فيلزم زيادة الفرع علىٰ الأصل.

وهذا الكلام لا يرجع إلىٰ محصل، فأنه أي مانع من زيادة الفرع علىٰ الأصل بعد فرض أن العقد جائز ـ وإلّا فقد عرفت أنّه لازم من أوّل الأمر ـ **فإنه قد يفرض أن المدين معسر لا يجوز مطالبته**، بل لابدّ من النظرة إلىٰ الميسرة، **ولكن إذا ضمنه موسر يجوز مطالبة الموسر مع أنه فرع فزاد الفرع علىٰ الأصل، فليس عدم جواز زيادة الفرع علىٰ الأصل قاعدة بها يرفع اليد عما تقتضيه الأدلّة.**

وعليه فلا مانع من ضمان مال المكاتبة المشروطة وإن فرض أن عقدها جائز لا يؤول إلىٰ اللزوم، **بل ذكر في الجواهر** أن الصحّة هنا أولىٰ من الصحّة في العقود الجائزة كالبيع الخياري[٣] لأن الموضوع فيه ـ أي البيع الخياري ـ لإعمال الخيار بعد الضمان باق، بخلاف المقام إذ لا يبقىٰ

---

(١) **المعلل الشيخ** ﷺ **في المبسوط**، قال: «لأنه لا يلزم العبد في الحال، لأن للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، فلا يلزم العبد في الحال، ولا يؤول إلىٰ اللزوم، لأنه إذا أداه اعتق، وإذا اعتق خرج عن أن يكون مكاتباً، فلا يتصور أن يلزم في ذمّة مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه.

(٢) تقدم ذلك في عبارة الشيخ في المبسوط المتقدم نقلها.

(٣) **الجواهر ٢٦: ١٣٨**. قال ﷺ: «وجواز تعجيز نفسه فيعود رقاً لا ينافي الثبوت في الذمّة، بل اقصاه عدم الاستقرار، كالثمن في مدّة الخيار بل أولىٰ منه، ضرورة أنّه هنا مع الضمان انعتق لأنّه بحكم الأداء، بخلاف الثمن في مدّة الخيار فإن ضمانه لا يرفع أصل الخيار.

[٣٦٠٤] «مسألة ٣٧» : اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل[١] ، وكذا مال السبق والرِّماية .

فقيل بعدم الجواز ، لعدم ثبوته في الذمّة قبل العمل[٢] .

للخيار ـ أي للجواز ـ موضوع ، لأن الخيار إنّما كان مع بقائه علىٰ عبوديته ، فإذا ضمنه شخص آخر فقد برأت ذمّة العبد وانعتق ، فلا موضوع لإعمال الجواز .

وبعبارة أُخرىٰ: لو فرض أن أحداً ضمن دين المشتري في البيع الخياري، وفرضنا أن البائع أو المشتري فسخ عقد البيع ـ لأن المفروض أنه خياري ـ بطل الضمان ، فيفرض عقد البيع كلا عقد، فتبرأ ذمّة الضامن لعدم الموضوع، وهذا بخلاف المقام ، فإنه بانعتاق العبد لا يبقىٰ موضوع لإعمال الجواز ، وفي العقد الخياري الموضوع باق، فضمان مال الكتابة أولىٰ بالصحة من سائر العقود الجائزة .

فالظاهر أن ما ذهب إليه المشهور ـ من صحّة الضمان فيما إذا فرض إطلاق الكتابة أو اشتراطها ـ هو الصحيح ، سيما إذا كانت المكاتبة مطلقة .

(١) **تعرض الماتن**ﷺ لحكم الضمان في مال الجعالة ومال السبق والرماية قبل حصول العمل من المجعول له خارجاً، وقبل وقوع المسابقة أو الرماية خارجاً . فلو قال شخص: من ردّ عليّ عبدي الآبق [أو ضالتي وهي البهيمة الضائعة] أو أمتي الآبقة فله عليّ ألف دينار، وقبل أن يردّ أحد عليه العبد أو الأمة [أو الضالة] يضمن شخص هذه الألف دينار ، فهل يصح هذا الضمان أو لا ؟ أو في مثل السبق والرماية يتعاقدان علىٰ أن يكون للسابق منهما أو لمن يصيب الهدف في الرماية ألف دينار، وقبل أن يتحقق السبق أو يصاب الهدف من أحدهما يضمن **ثالث هذا المال** .

فهل يصح هذا الضمان أو لا ؟

وهل للمجعول له في الجعالة أن يرجع إلىٰ الضامن بعد العمل منه أو لا يصح ذلك ؟

وهل لمن أصاب الهدف خارجاً دون الآخر أن يرجع إلىٰ الضامن أو لا ؟

(٢) **المعروف والمشهور بينهم عدم صحة هذا الضمان** لأنه من ضمان ما لم يجب ، إذ إنّه قبل تحقق العمل من المجعول له لم يستحق المجعول له شيئاً علىٰ الجاعل ، أو قبل تحقق السبق من أحدهما أو قبل إصابة الهدف من أحدهما لم يستحق السابق أو المصيب علىٰ

والأقوىٰ ـ وفاقاً لجماعة ـ الجواز[١] لا لدعوىٰ ثبوته في الذمّة من الأوّل وسقوطه(*) إذا لم يعمل ، ولا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل(**) ، إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل ، بل لقوله تعالىٰ : ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ، ولكفاية المقتضي للثبوت في صحّة الضمان ، ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً .

الآخر شيئاً ، وضمان ما لم يجب باطل بلا كلام[١] .

(١) **والماتن** ﷺ **في المقام اختار الصحة والجواز**[٢] .

تارة بدعوىٰ أن صحّة ضمان ذلك علىٰ طبق القاعدة ، ولا دليل علىٰ بطلان ضمان ما لم يجب ، **فإنه كلام مشهور لا أصل له من إجماع أو نص** ، كما يصرح بهذا في المسألة الآتية[٣] . بل

(*) يأتي عند تعرضنا لكلام الشيخ صاحب الجواهر ﷺ في الهامش وأن ذلك ردّ لما ذكره الشيخ صاحب الجواهر .

(**) يأتي عند تعرضنا لكلام الشيخ صاحب الجواهر ﷺ في الهامش . وأنّ ذلك ردّ لما ذكره الشيخ صاحب الجواهر .

(١) الصحيح هو أن يقال فهو باطل عند السيد الأُستاذ والمشهور الذين اعتبروا التنجيز في عقد الضمان ، لعدم صحة أن يرجع عقد الضمان إلىٰ التعليق وأنّه لو وجد الضالة فأنا ضامن وإن لم يجدها فإنما لست بضامن . وأما عند الماتن وغيره ممن لم يعتبر التنجيز في صحة عقد الضمان فليس ضمان ما لم يجب باطل ، لأن رجوعه إلىٰ تعليق لا مانع منه عندهم فهو ضامن إن وجد الدابة وغير ضامن من أن لم يجد المجعول له الدابة ، ولا مشكلة فيه عندهم .

(٢) وفاقاً للمبسوط ٢ : ٣٢٥ ، والتحرير ٢ : ٥٥١ ، والمختلف ٥ : ٤٦٧ ، ومجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٢٩٢ ، **والتذكرة** ١٤ : ٣١٨ في صورة ما لو شرع في العمل وإن لم يكمله . **وفي الجواهر** : «بل لعلّه المراد ممّا عن الخلاف [٣ : ٣١٦] والغنية [٢٦٠] : (يصحّ ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به) بناءً علىٰ إرادة الكشف من الشرط المزبور» ، **الجواهر ٢٦ : ١٣٨** .

(٣) ونص عبارته هي «وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي ، ولا دليل علىٰ عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع وإن اشتهر علىٰ الألسن ، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته ، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع» .

.....

يكفي في صحة الضمان وجود المقتضي، ولا حاجة إلىٰ اشتغال الذمّة بالفعل خارجاً، والمقتضي موجود في المقام وهو تحقق الجعل في الجعالة أو عقد السبق والرماية، والعمومات كافية في الصحّة[1].

(١) والتعليق غير مضر بالعقد في المقام عند الماتنﷺ، فليس بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها. **إلّا أن السيد الأُستاذ**ﷺ في المقام يدعي الإجماع علىٰ ضررية التعليق.

ثمّ إن ضررية التعليق عند السيد الأُستاذﷺ **في المقام** إنّما هي فيما إذا كان التلعيق علىٰ أمر متأخر مشكوك الحصول، أو ولو كان معلوم الحصول فيما بعد فقط، دون ما لو كان المعلق عليه أمراً مقارناً مشكوك الحصول، مع أن كل من قال بضررية التعليق قال فيه فيهما، لا في الأوّل فقط دون الثاني. **إلّا أن السيد الأُستاذ**ﷺ قال: «تعليق العقد علىٰ الأمر المتأخر وإن علم حصوله فإنه لا يبعد القول بتحققه [أي بتحقق الإجماع] فيه» إلىٰ أن قال «وأمّا في المقام أعني التعليق علىٰ أمر فعلي مشكوك الحصول ككونه هاشيماً ونحوه، فلم يتم اجماع علىٰ ايجابه لفساد العقد» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠١ ـ ٤٠٢.**

وعلىٰ كل حال، قوله هنا بتحقق الإجماع علىٰ الأوّل منافياً لما صرح به هوﷺ في بحث التنجيز في كتاب البيع فإنه قال ما نصه: «إنّ الأدلة العامة والخاصّة غير قاصرة الشمول لها [أي إلىٰ العقود المعلقة] لأنّها أيضاً بيع وعقد وتجارة عن تراضٍ، إذ لا مانع عندهممن أن يبيع أحدٌ ماله بشرط أن تجيئه البرقية علىٰ أنّ وكيله اشترىٰ مثله له كما هو واقع بين التجّار، أو يشتري شيئاً بشرط أن يرضىٰ أبوه وهكذا. وعليه فيقع الكلام فيما يمنع من شمول الاطلاقات والعمومات لها [أي للعقود المعلقة]. ثمّﷺ يذكر خمسة موانع ـ ولم يتم عنده شيء منها ـ قال: المانع الأوّل الإجماع المدّعىٰ في المقام. ولكنه لا يمكن الاعتماد عليه لأنّه لا يفيد القطع برأي المعصومعليه السلام، خصوصاً بعد التعليلات المذكورة في كلماتهم. هذا كلّه مضافاً إلىٰ أنّ كلمات المجمعين غير متطابقة علىٰ مطلب واحد، وذلك لأن بعضهم ذكر اعتبار التنجيز في

العقود وعلّله بأنّه لا يحصل بدونه الجزم في الانشاء ، ولازمه صحة تعليق العقد علىٰ أمر معلوم الحصول في المستقبل لأنّه لا ينافي الجزم ، وبعضهم ذكر أنّ المعتبر في صحّة العقود هو عدم التعليق تعبداً ، ولازمه بطلان العقد فيما إذا علّق علىٰ ما يتوقّف صحّة العقد عليه عقلاً أو شرعاً ، كما إذا قال : بعتك هذا إن قبلته أو إن كنت بالغاً ، لأنّه معلق في مقام الاثبات وهو موجب للبطلان ،ومن أجل ذلك احتاط شيخنا الأنصاري بذكر العقد علىٰ صورة الجزم وإن كان في الواقع معلقاً ، ومع هذا الاختلاف كيف يصح دعوىٰ القطع برضا الإمام عليه السلام مع أنّه أمر وجداني نعلم بعدم حصوله» **موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢١٧** ثمّ بعد أن يذكر الموانع الأربعة الأُخرىٰ ويردها كلها يقول قدس سره : «فالمتحصل من جميع ذلك : أن التنجيز غير معتبر في العقود ، وإن كان الاحتياط مما لا ينبغي تركه» **موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢١٧ ـ ٢٢١** . والاحتياط الذي ذكره في اعتبار التنجيز احتاط وجوبي ، لا أنّه هو الذي دل عليه الدليل . بينما في المقام يدعي أن الدليل قام علىٰ اعتبار التنجيز وضررية التعليق ، وإنّما قام في خصوص التعليق علىٰ أمر متأخر مشكوك أو معلوم الحصول ، دون من لو كان علىٰ أمر مقارن مشكوك الحصول ، كما إذا قال : بعتك إن كان ولدي آتياً من السفر الآن ولم يعلم أنّ ولده آتٍ أو لا ، والحال إن من قال بضررية التعليق . قال بضرريته فيهما معاً لا في الأوّل دون الثاني .

وكان الأنسب للسيد الأُستاذ قدس سره أن يحتاط باعتبار التنجيز في المقام كما احتاط في اعتباره في البيع علىٰ ما عرفت ، وفي الموردين لا فقط في الأوّل ، لا أن يدعي الإجماع علىٰ ضررية التعليق فيه دون الثاني ، فإن الأوّل هو الذي قد نفي تحقق الإجماع فيه وعدم كونه حجة لعدم كشفه عن قول المعصوم عليه السلام في بحث التنجيز في العقود الذي يذكره الفقهاء عادة في كتاب البيع **ولذا السيد الإمام السيد الخميني** قدس سره يحتاط أيضاً في اعتبار التنجيز في الضمان ، فعلق علىٰ قول الماتن : «السابع مما يعتبر في الضمان التنجيز» **بما نصه :** «علىٰ الأحوط» (العروة الوثقىٰ مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ٣٩٩ .

ولكن الاحتياط في اعتبار التنجيز منهما قدس سرهما ليس بالأمر السهل مع ابتناء عدّة من المباحث الكثيرة التي في باب الضمان فضلاً عن غيره من العقود علىٰ التنجيز أو عدم اعتبار التنجيز ،

﴿ فمثلاً لو كان التعليق في النكاح فمعنىٰ الاحتياط في اعتباره أنّه لو أُنشئ معلقاً لا منجزاً ليس معناه بطلانه وجواز أن تتزوج الزوجة بزوج غيره لاحتمال صحته، فزواجها بغيره زواج لامرأة ذات بعل بزوج آخر احتمالاً وهو مخالف للاحتياط من هذه الجهة، فلابدّ حينئذٍ لو أرادت الزواج بغيره من أن يطلقها الزوّج الأوّل علىٰ الأحوط ليحصل العلم بأنها خلية بعد الاعتداد وطلاقها من الزوج الأوّل ليس بالأمر السهل وأن كان لو أرادت الزواج من نفس الزوج الأوّل اعادة النكاح بصيغة التنجيز، إلّا أنّه لو ارادت الزواج بغيره يعسر عليها ذلك مع عدم طلاق الزوج الأوّل لها. وكذا في الضمان في فروع عديدة يواجه الضامن أمثال هذه الأُمور التي لا يسهل عليه حلها. فلابدّ حينئذٍ من حسم الأمر أما باعتبار التنجيز أو بعدم اعتباره. ومقتضىٰ عدم الدليل علىٰ اعتباره عدم اعتباره والموجب للاطمئنان بذلك هو كثرة العقود المعلقة وكونها متعارفة عند العقلاء، وأنها لا تقصر عن العقود المنجز، وشمول العمومات لها مضافاً إلىٰ قيام سيرة العقلاء عليها، وعدم قيام أي دليل معتبر علىٰ كون التعليق مضراً، فلا موجب للقول بالاحتياط الذي يوقع المكلف في صعاب الأُمور، فإن الشريعة المقدّسة سهلة سمحاء.

ومن الغريب ما عن بعض الأعلام قدس سره من بطلان الوجوه الخمسة المتقدمة التي ذكرها السيد الأُستاذ علىٰ اعتبار التنجيز. إلّا أنّ القائل لم يحتط كالسيد الأُستاذ، بل اعتبر التنجيز وكون التعليق مضراً بالعقود بقوله: «نعم، يمكن أن يقال: إن بناء العقلاء في العقود المتعارفة بينهم في كل عصر وزمان عدم التعليق فيها إلّا في موارد خاصة، بحيث يعدّ هذا من الأصول المعتبرة المحاورية بينهم، ومعه لا يصح التمسك بالاطلاقات والعمومات لتنزلها علىٰ العرفيات، ولعل انظار جميع الفقهاء (رحمهم الله) إلىٰ ما قلناه، فالقصور في التعبير لا في أصل الدليل كما لا يخفىٰ علىٰ الخبير» **مهذب الأحكام ١٦: ٢٤٦ ـ ٢٤٧.**

إذ أوّلاً: إن بناء العقلاء هذا لو كان موجوداً لما ترك الاستدلال به جميع الفقهاء وإنما ذكروا الوجوه الخمسة المتقدمة. ولادركه الكل كادراكهم اشتراط السلامة أو تساوي الثمن والمثمن في البيع والتبديل بأشخاص المبيع، فدعوىٰ أن بناء العقلاء علىٰ ذلك لا أساس له من الصحة أصلاً.

﴾

وأُخرىٰ بدعوىٰ دلالة الآية المباركة ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1] **علىٰ صحّة الضمان في مورد الجعالة**، حيث جعل لمن يجيء بالصواع حمل بعير، وقد ضمن هذا قبل تحقق العمل خارجاً ـ أي قبل مجيء المجعول له بالصواع ـ بقول الضامن وأنا به زعيم، أي أنا له كفيل وضامن.

فمع قطع النظر عن العمومات نفس الآية المباركة كافية في الحكم بالصحة.

ويقع الكلام تارة: في دلالة الآية المباركة علىٰ ذلك، **وأُخرىٰ**: في كون الحكم علىٰ القاعدة.

أمّا بالنسبة إلىٰ الآية المباركة فالظاهر أنّه لا دلالة لها علىٰ ذلك، لأنّ محل الكلام إنّما هو **الضمان بالمعنىٰ المصطلح**، وهو كون الجعل أو العقد في السبق والرماية من أحد وضمان المال المجعول من آخر ـ أي النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة ـ **والحال إن الجاعل في الآية المباركة هو نفس الضامن، يؤكد جعله** ويقول أنا به زعيم ـ أي كفيل وضامن ـ لا أن الضمان من قبل شخص آخر[2]. **وعلىٰ تقدير تسليم دلالة الآية علىٰ صحّة ذلك فالتعدي من موردها ـ الذي هو الجعالة ـ**

﴿ **وثانياً**: أن العقود المعلقة متعارفة كثيراً وليست بنادرة، وعلىٰ فرض الندور فلا تختص لا المطلقات ولا العمومات بالعقود المتعارفة، فكما أنها تشتمل المتعارفة تشمل غير المتعارفة علىٰ تقدير أن المتعارفة المنجزة دون المعلقة. **وقد ذكرنا سابقاً** أن الدليل الذي ذكره المحقق النائيني قدس سره علىٰ اعتبار التنجيز وضررية التعليق هو كون العقود المعلقة نادرة، وأوفوا بالعقود ونحوه من الاطلاقات والعمومات منصرفة إلىٰ المتعارفة، فالمعلقة لا دليل علىٰ صحتها. وأجابه السيد الأُستاذ قدس سره بأن هذا الكلام مدخول صغرىٰ وكبرىٰ، فإنّه لا أن العقود المعلقة نادرة بل واقعة كثيراً، ولا أن العمومات والاطلاقات مختصة بالعقود المتعارفة، بل هي شاملة لطبيعي العقد سواء كان معلقاً أم منجزاً. **ذكر ذلك السيد الأُستاذ في موسوعته ٣٦: ٢٢٠ ـ ٢٢١.**

(١) يوسف ١٢: ٧٢.

(٢) والكلام صحيح شرعاً في قوله تعالىٰ: **﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ﴾** حيث إن ﴿

إلىٰ غيره كالسبق والرماية مع عدم اشتغال الذّمة بشيء حينه **لا دليل عليه** ، ولا يخرج عن كونه قياساً لا نقول به .

وأمّا بالنسبة إلىٰ كون الحكم علىٰ القاعدة ، فبعد الالتزام بعدم اشتغال الذمّة فعلاً ، وإنّما يكون الاشتغال بعد العمل خارجاً ، **فما معنىٰ القول بأن ضمان ما لم يجب لم يدل علىٰ عدم صحته دليل من إجماع أو نص ؟ وهل هناك احتياج إلىٰ اجماع أو نص بعد كون عدم صحّة ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها** ، فإن الضمان نقل شيء من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وهو غير متصور في فرض عدم اشتغال الذمّة بشيء بالفعل ، فلا معنىٰ للضمان ، **وإنشاء الضمان المتأخر من التعليق الباطل** بلا إشكال[1] ، **وليس مجرد وجود مقتضي الضمان** أو الجعل أو العقد

﴿الضامن يؤكد جعله بذلك فليس هو كقولك (اعتق عبدك عني) لا يصح شرعاً فتكون دلالة الاقتضاء دالة علىٰ أن المراد منه أنه ملكني إياه أوّلاً ثمّ اعتقه عني بالوكالة . **وعليه فلا دلالة اقتضاء في المقام دالة علىٰ أنه لابدّ وأن يكون الضامن غير الجاعل** وأن ذلك هو مقتضىٰ دلالة الاقتضاء لأنها متوقفة هنا علىٰ عدم صحة الكلام شرعاً بدونها وهنا الكلام صحيح بدونها شرعاً ومفاده أن الضامن يؤكد جعله بقوله وأنا به زعيم .

ولكن سيأتي من الماتن﴿ في المسألة ٤١ [٣٦٠٨] جواز أن يكون الضامن للأرش في الزرع والبناء المقلوع نفس البائع . وإن كان وجههه ضعيفاً كما سيأتي في المسألة ٤١ ، فالماتن يرىٰ جواز أن يكون الجاعل نفس الضامن إلّا أنّ وجهه ضعيف وهو كفاية تغاير الجهة وتعددها في صحة أن يكون الضامن هو نفس الجاعل والضامن هو نفس البائع . وسيأتي عدم كفاية تغاير الجهة في تعدد الذمّة بحيث يصح النقل منها وإليها فإن ذلك متوقف علىٰ تعدد الذمّة لا تعدد الجهة .

(١) **أقول : أيضاً عند المشهور والسيد الأُستاذ**﴿ لأنّهم اعتبروا التنجيز في الضمان ، **وأمّا عند الماتن**﴿ فلا دليل علىٰ التنجيز في الضمان كما تقدم منه ذلك في الأمر السابع من الأُمور المعتبرة في الضمان . فلا مانع من تمسكه بالعمومات ، كما تقدم تمسكه بها في الأمر الثامن من الأُمور المعتبرة في الضمان فراجع . **وعليه** فاشكال السيد الأُستاذ علىٰ الماتن مبنائي .

كافياً في فعلية اشتغال ذمّة الضامن قبل تحقق العمل أو السبق أو الرماية[1].

---

(١) **قال السيد السبزواري**قدس سره : ويمكن أن يقال : إن الضمان على أقسام :

الأول : ما كان تحويلاً لذمة المضمون عنه في الدين الفعلي .

الثاني : ما كان كذلك فيما كان له معرضية قريبة للفعلية .

الثالث : ما كان التزاماً وتعهداً للمضمون عنه بشيء .

والكل صحيح، للعموم والإطلاق وأصالة الصحة، وواقع في الخارج عند العرف» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٨٠ .**

والجواب عن ذلك : أن الثاني من الثلاثة أن كان المراد منه الصحة ضماناً الذي هو نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة ، فالمعرضية القريبة وإن كانت قريبة جداً لا توجد موضوع النقل، إذ لا شيء موجود بالفعل حتى ينقل فكيف يصح الضمان المصطلح للعموم والاطلاق ، فإنه لا عقد أي لا نقل ولا ضمان فكيف تشمله أدلة الضمان عمومها أو اطلاقها . والسيد السبزواري قدس سره قائل باعتبار التنجيز في عقد الضمان ، فالضمان المعلق عنده باطل كما ذكر ذلك في **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٠** . هذا مضافاً إلى أنه هو قدس سره قال : في ج ٢٠ من المهذب ما نصه : «إلّا أن تعد المعرضية القريبة للاشتغال بمنزلة الاشتغال في الآثار بنظر أهل العرف ، وفيه تأمل» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٥٤** فراجع وعلقنا عليه نحن في محله بقولنا : أقول : بل فيه منع واضح جزماً لا تأمل . المسألة ١٦ [٣٥٨٣]من الواضح ج ١٧ .

وأما أنه واقع في الخارج ، فالواقع في الخارج هو ما كان من قسم الالتزام والتعهد للمضمون له بشيء ، لا للمضمون عنه بشيء .

وأما شمول أصالة الصحة له فأصالة الصحة التي قامت عليها سيرة العقلاء إنما هي فيما إذا كان هناك عقد ضمان وشك في صحته أو فساده لاقترانه بمانع أو لعدم وجود شرط فيه ، **فيحكم بصحته . فالحكم بالصحة إنما هو بعد تحقق العقد** ، والعقد بمعنى النقل من ذمّة إلى ذمّة قطعاً غير متحقق جزماً في الفرض الثاني، إذ إن المعرضية حتى القريبة جداً لا توجب اشتغال

نعم ، يمكن أن يقال بالفرق بين مسألة الجعالة ومسألة السبق والرماية ، والحكم في الأولىٰ بالصحة وفي الثانية بالبطلان[١] .

بأن يقال في مسألة الجعل: إذا ضمن أحد ما علىٰ الآخر من الدين يرجع معنىٰ هذا الضمان إلىٰ أمر الضامن المجعول له بالعمل بهذا الشيء الذي جعل له الجعل خارجاً ، **وهذا الأمر موجب للضمان ببناء العقلاء** ، فيكون هذا العقد موجباً للضمان ولكن طولاً ، بمعنىٰ أنّه إن أدّىٰ الجاعل ما عليه من الجعل فلا شيء علىٰ الضامن ، وإلّا فيجب علىٰ الضامن الأداء ، **فالضمان من تبعات الأمر ، وليس هو من الضمان المصطلح عليه** الذي هو نقل شيء من ذمّة إلىٰ ذمّة كي يرد عليه أنّه من ضمان ما لم يجب ، **بل هو من التعهد** بالجعل وفي طول تعهد الجاعل . كما إذا قال الجاعل : من جاء بفرسي فله عليّ كذا ، ولكنه رجل لا يوثق به ، فيحتمل العامل أنّه إذا أتىٰ بفرسه فيأخذه الجاعل ولا يعطيه شيئاً فيبقىٰ بلاأُجرة خارجاً ، فأمره من قبل ثالث ـ الذي هو الضامن (المتعهد) ـ بهذا العمل موجب للضمان ، كما ذكرنا في غير مورد أن بناء العقلاء قائم علىٰ التضمين فيما إذا أمره بعمل له أُجرة ، كما لو قال للحلاق : احلق رأسي ، ولم يجعل له أُجرة ، فهذا الأمر موجب للضمان ، وكذا غير الحلاقة من الأعمال المحترمة . **فضمان الضامن في المقام يرجع إلىٰ أمر المجعول له بهذا العمل** الذي جعل له بازائه جعل ، فيكون هذا الأمر موجباً للضمان ولكن طولاً[٢] ، ولا مانع من الالتزام بصحته ، لبناء العقلاء وشمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له ، إلّا

الذمّة ، فلا يصح النقل فلا عقد ، فكيف تشمله أصالة الصحة .

وأما الثالث من الثلاثة فالظاهر أن الصحيح فيه هو ما كان التزاماً وتعهداً للمضمون له بشيء لا للمضمون عنه بشيء .

(١) هذا هو رأي السيد الأُستاذ دام ظله .

(٢) تقدم سابقاً أن أمر الشخص بما هو في عهدته لا يقتضي الضمان ، كما لو أمر الأجير باتيان العمل المستأجر عليه ، أو أمره بأداء دينه ، لأنه أمر بما هو في عهدته ، فليس هذا الأمر مقتضياً للضمان أصلاً ، تقدم ذلك في موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٥ ويأتي أيضاً في المسألة

أنّ هذا إنّما يتم في الجعالة فقط[1].

﴿ ٤١ [٣٦٠٨] وأن الأمر الراجع إلىٰ المأمور لا إلىٰ الآمر لا يقتضي الضمان، والأمر بالعمل المجعول له بازائه جعلاً كذلك بنسه لا يقتضي الضمان، إذ لا فرق بينه وبين ما يكون بازائه أجر كالعمل المستأجر عليه وهو راجع إلىٰ المأمور لا إلىٰ الآمر، وإن كان مقتضياً للضمان جدلاً فلا يكون طولياً، ولا يمكن الالتزام به مع عدم الطولية كما هو واضح، إذ لا يكون للعمل الواحد ثمنان: الأوّل مال الجعل، والثاني الضمان الذي اقتضاه الأمر، لأن الاتيان بالعمل إن كان وفاء للجعالة امتنع كونه وفاءً للأمر، ولو كان وفاء له أيضاً اقتضىٰ الأمرين في عرض بعضهما البعض، لا طولياً، وهو واضح الفساد، هذا أوّلاً.

وثانياً: أن الكلام إنّما هو في الضمان المصطح الذي هو النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة وأمّا الضمان بمعنىٰ الأمر أي الذي يقتضيه الأمر، أو الضمان بمعنىٰ التعهد فهما خارجان عن محل الكلام كما هو واضح.

(١) **قال صاحب الجواهر**ﷺ «نعم، لو قلنا: إنّ عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمّة ـ وإن عرض له البطلان بعد إتمام العمل أو بالفسخ... أو نحو ذلك ـ اتّجه حينئذٍ صحّة ضمانه، للثبوت في الذمّة حينئذٍ فعلاً، وإن كان معرضاً للبطلان، لأنّه لا ينافي صحّة الضمان، وكذا يصحّ لو قلنا بأن العمل من الشرائط الكاشفة، لكن بتمام العمل ينكشف صحّة الضمان وبعدمه ينكشف بطلانه، ولعل ذلك لا يخلو من قوّة، وقد عرفت امكان إرادته من الشيخ وابن زهرة» **الجواهر ٢٦: ١٣٧ ـ ١٣٨**.

أقول: أما بالنسبة إلىٰ كون «عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمّة، وإن عرض له البطلان بعد إتمام العمل أو بالفسخ» فهو علىٰ فرض أنّه ممكن في نفسه، وأنه كعقد البيع فيه انشاء تمليك ـ ودونه خرط القتاد ـ مفتقر في نفسه إلىٰ الدليل عليه ولا دليل عليه. نعم إن كان عقد الجعالة أمر بالعمل كان كذلك، ولكن سيأتي أن عقد الجعالة ليس كذلك.

وأما بالنسبة إلىٰ كون العمل من الشرائط الكاشفة عن اشتغال الذمّة به، وكون ذلك أي

﴿

وأمّا في مسألة السبق والرماية فلا[1]، **لأنهما ليسا من العقود الخارجية ومن التجارة عن تراض**، وإنّما هما قسم من القمار **لولا الدليل القائم** علىٰ صحتهما، **المخرج لهما عن الحرمة لأجل المصالح العامّة الراجعة إلىٰ المسلمين**، ومحاربتهم مع الكفار، وإلّا فهما من استحقاق المال بلا عوض، **والدليل القائم علىٰ الصحّة** وعدم الحرمة في السبق والرماية **مختص بالنسبة إلىٰ كل من المتعاقدين**، وأما بالنسبة إلىٰ **شخص ثالث وهو الضامن في المقام** فلا، فلا يثبت في ذمّته شيء، لأن هذا العمل بالنسبة إليه ليس من الأعمال التي لها أُجرة خارجاً، والسبق إنّما هو لنفس السابق لا لشخص آخر حتىٰ يكون الأمر موجباً للضمان. **إذن** ففي الموارد التي بطلانها علىٰ القاعدة أي مقدار دل الدليل علىٰ صحته يلتزم به دون غيره، فلا يكون الأمر في مثل هذه الموارد

الكاشف إنّما هو تمام العمل، فبالعمل ينكشف الاشتغال، فلو ضمن الضامن صح الضمان إن أتىٰ العامل بالعمل، فهو وإن كان ممكناً إلّا أنّه يحتاج إلىٰ دليل علىٰ كون العمل كاشفاً.

والذي تقتضيه السيرة العقلائية عند أمر شخص بالعمل وإن كان هو اقتضاء ذلك الضمان، كأمر شخص باعطاء مال للفقير، فالاعطاء هو الذي يقتضي نقص مالية المأمور، وهو مستند إلىٰ أمر الآمر، فهو المقتضي لشغل ذمّة الآمر، إلّا أن ذلك ـ أي كشف اشتغال الذمّة بالضمان ـ **إنما هو بنفس الاعطاء أو بنفس العمل**، فلو أمر حمالاً بحمل متاعه فما لم يحمله الحمال ويوصوله إلىٰ المحل المراد لا كاشف عن شغل ذمّة الآمر بالضمان، والظاهر من ذلك كون نفس الأمر يوجب شغل الذمّة والعمل كاشف عن شغلها. وكذا لو أمر خبازاً باعطاء فقير خبزاً الظاهر أنّه ما لم يعطه لا كاشف عن اشتغال ذمّة الآمر بالضمان، لأنها تشتغل به ويكشف عنه الاعطاء المتأخر.

فالقوة المدعاة هي التي يمكن المساعدة عليها إن كان الأمر بنفسه هو جعل الجاعل، ولكن الظاهر أن الجعالة ليست كذلك فالقوة المدعاة لا أصل لها.

(١) أي لا يجري هذا الدليل وهو أن المقتضىٰ للضمان هو أمر الآمر، لأن أمره بهذا أمر لعمل ليس له أجرة شرعاً فلا تشتغل ذمّة بشيء.

موجباً للضمان[1].

(١) **ذكر الماتن والسيد الأُستاذ**قدس سرهما حكم فرض واحد من مسألة ضمان مال الجعالة وهو خصوص ما كان قبل العمل.

والحال إن لهذه المسألة فروضاً ثلاثة :

الأوّل : هو ما تعرضاقدس سرهما له وهو ضمان مال الجعالة قبل العمل.

الثاني : ضمان مال الجعالة بعد اتمام العمل.

الثالث : ضمان مال الجعالة بعد الشروع بالعمل وقبل اتمامه.

والأوّل قد تم بحثه علىٰ أحسن ما يرام.

وأما الثاني : فصحة ضمانه بلا إشكال ولا كلام لثبوت المال في ذمّة الجاعل، فلا اشكال في صحة نقله منه إلىٰ ذمّة شخص آخر بالضمان.

وأما الثالث فذكر العلّامةقدس سره جواز ضمانه لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الأمر فيه إلىٰ اللزوم.

قالقدس سره **في التذكرة** ١٤ : ٣١٧ بالنسبة إلىٰ الجعالة: «إن ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح الضمان لأنّه ضمان ما لم يجب، إذا العقد غير لازم، والمال الثابت بالعقد غير ثابت في الذمّة فكيف يلزم فرعه، وإن ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه المال صحّ ضمانه قطعاً، لأنّه ضمان ما قد ثبت وجوبه. **وإن ضمن بعد الشروع في العمل وقبل تمامه** فالأقرب جواز الضمان لوجود سبب الوجوب، **ولانتهاء الأمر فيه إلىٰ اللزوم كالثمن في مدة الخيار**».

وقوله ـ أي العلّامةقدس سره : «إذ العقد غير لازم... فكيف يلزم فرعه» راجع إلىٰ عدم إمكان أن يكون الفرع أزيد من الأصل وقد عرفت فساده، **فالصحيح هو أن يقال** كما قالهقدس سره هو : إن المال الثابت بالعقد غير ثابت في الذمّة. ويكمّل بقولنا: فكيف يصح نقله بالضمان، لا كما قال: فكيف يلزم فرعه.

وقوله ـ أي العلّامةقدس سره : «وإن ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه المال صح ضمانه قطعاً، لأنه ضمان ما قد ثبت وجوبه»، وعلىٰ مبناه لا يلزم زيادة الفرع علىٰ الأصل فلا مانع من ضمانه، وقد

عرفت أن المانع من ذلك ليس هو ذلك. **فالصحيح أن يقال**: صح ضمانه قطعاً لأن ذمّة الجاعل مشغولة به فعلاً، فيصح النقل الذي هو الضمان.

وقوله ـ أي العلّامة: «وإن ضمن بعد الشروع في العمل وقبل تمامه فالأقرب جواز الضمان لوجود سبب الوجوب، ولانتهاء الأمر فيه إلىٰ اللزوم» فهو أيضاً مبتن علىٰ مبناه من عدم صحة زيادة الفرع علىٰ الأصل، وقد عرفت فساد المبني. علىٰ أن قوله «ولانتهاء الأمر فيه إلىٰ اللزوم» غير معلوم. ووجود سبب الوجوب علىٰ فرضه لا يصحح الضمان لعدم ايجابه اشتغال الذمّة.

وعقّب علىٰ كلام العلّامة المحقق الكركي بما نصه: «وفي هذا القسم الأخير نظر لانتفاء الثبوت واللزوم فيما بقي من الجعل الذي لم يأت بمقابله من العمل، والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأنّ الثمن حينئذٍ ثابت، غاية ما في الباب أنّه متزلزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصلاً، **والمتجه عدم الجواز قبل الفعل**» **جامع المقاصد ٥: ٣٢٠**.

ونحو ذلك ذكر الشهيد في المسالك ٤: ١٩٢ فإنه قال: «والفرق بينه وبين الثمن في مدّة الخيار واضح، لأن الثمن حينئذٍ ثابت في ذمّة المشتري مملوك للبائع، غاية ما في الباب أنّه متزلزل ومآله ـ لو بقي علىٰ حاله من غير فعلٍ أصلًا ـ إلىٰ اللزوم، بخلاف مال الجعالة فإنّه لا ثبوت له أصلاً إلىٰ أن يكمل الفعل، **فالمتجه عدم الجواز**».

وتردد المحقق فقال: «وكذا [يصح ضمان] ما ليس بلازم ولكن يؤول إلىٰ اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرماية علىٰ تردد» **الشرائع ٢: ١٢٧**، **وعقّب علىٰ قوله** (وفيه تردد) **صاحب الجواهر بما نصه**: «ينشأ من احتمال عدم سببيّة عقد الجعالة لثبوت المال في الذمّة، وإنّما هو جزء السبب الذي هو مع العمل، فيكون الضمان ـ حينئذٍ ـ قبل تمامه ضمان ما لم يجب، والآية الشريفة محمولة علىٰ إرادة التعهّد العرفي لا العقدي ضرورة عدم قبول مضمون له ثبت له حقّ في ذمّة الجاعل، أو علىٰ ارادة بيان كون الجعل منه علىٰ ذلك لا علىٰ الملك... أو علىٰ غير ذلك. والعمومات ـ بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمّة إلىٰ أُخرىٰ عندنا ـ لا تشمل المفروض الذي لم يثبت بعدُ في الذمّة. ولا حاجة ماسّة إلىٰ ذلك علىٰ وجهٍ يستدلّ بها علىٰ مشروعيّته، كما لا سبب للوجوب قبل إتمام العمل، وانتهاء

[٣٦٠٥] «مسألة ٣٨» : اختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونة ـ كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما ـ علىٰ قولين[١] ، ذهب إلىٰ كلّ منهما جماعة . والأقوىٰ الجواز سواء كان المراد ضمانها بمعنىٰ التزام ردّها عيناً ومثلها أو قيمتها علىٰ فرض التلف ، أو كان المراد ضمانها بمعنىٰ التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت ، وذلك لعموم قوله ﷺ : «الزعيم غارم» والعمومات العامّة مثل قوله تعالىٰ : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

---

(١) إذا غصب شخص من آخر مالاً أو كان في يده مال مقبوض بعقد فاسد أو نحو ذلك بنحو يكون من بيده المال ضامناً لهذا المال إلىٰ مالكه ، **فهل إذا ضمن هذا المال** إلىٰ مالكه شخص ثالث يكون هذا الضمان صحيحاً أو لا ؟

وهل لصاحب المال أن يرجع إليه ويطالبه به أو ببدله إذا تلف . أو أن هذا الضمان باطل ؟

أقول : المُنشأ من الضامن ١ ـ **إمّا أن يكون** هو الضمان الاصطلاحي **وهو اشتغال ذمّة الضامن لصاحب المال من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك واشتغلت ذمّة المضمون عنه بها** ، أي بعد اشتغال ذمّة الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد .

٢ ـ **وإمّا أن يكون المنشأ** للضامن هو الضمان الاصطلاحي ولكن بمعنىٰ اشتغال ذمّته به علىٰ نحو الواجب المشروط ، وهو **انشاء الضمان المتأخر والمعلق علىٰ التلف من الآن**[١] .

﴿الأمر إلىٰ اللزوم ـ بعد عدم الثبوت فعلاً ـ لا يجدي» **الجواهر ٢٦ : ١٣٧ .**

والذي يستفاد من ذلك كله عدم صحة ضمان مال الجعالة ما لم يتم العمل المجعول له حتّىٰ وإن شرع فيه ، لعدم ثبوت المال في ذمّة الجاعل بالنسبة إلىٰ ما لم يأت به ، ولا معنىٰ لقياسه علىٰ الثمن مدة الخيار ، لأن ذلك ثابت في ذمّة المشتري ، فالمتجه عدم صحة الضمان المصطلح فيه ، إذ لا سبب للوجوب قبل إنهاء العمل ، وليس المجعول ثابتاً في ذمّة الجاعل حتىٰ يصح نقله بالضمان .

وأما ما قاله صاحب الجواهرﷺ من أن عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمّة .... والعمل كاشف ، فلو ضمن أوّل العمل ولم يعرض البطلان وأكمل العمل كشف ذلك عن صحة الضمان بعد بدء العمل ، فقد تقدم ما فيه في التعليقة المتقدمة .

(١) ذكر هذين القسمين مع أنهما في الواقع قسم واحد وهو الضمان المصطلح المعلق إنما هو ﴿

.....

٣ ـ **وإمّا أن يكون المنشأ** للضامن كون المال في عهدته كما هو في عدّة الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد، وكونه المسؤول عن ردّ عينه مع وجوده وبدله مع عدمه، لا النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة، ولا الضمان المعلق.

وسواء كان معنىٰ الضمان الأوّل ـ أي رقم ١ ـ أم الثاني ـ أي رقم ٢ ـ.

قال جماعة ببطلان هذا الضمان في المقام[1]، **إذ علىٰ المعنىٰ الأوّل** له وهو الالتزام بثبوت بدل التالف في ذمّة الضامن حينما يتلف، فهو من ضمان لمال بُعد لم يتلف **فهو من ضمان ما لم يجب وضمان ما لم يجب محكوم بالبطلان، وبطلانه لا يحتاج إلىٰ دليل، بل هو من القضايا التي قياساتها معها**، إذ بعد فرض أنّ ذمّة المضمون عنه بُعد لم تشتغل بشيء بالفعل فكيف يصح ضمانها ونقل ما فيها إلىٰ ذمّة أُخرىٰ. **وعلىٰ المعنىٰ الثاني** وهو أن يكون الضمان بمعنىٰ اشغال ذمّته علىٰ نحو الواجب المشروط الذي هو انشاء الضمان المتأخر والمعلق علىٰ التلف من الآن، **فهو محكوم بالبطلان من جهة التعليق، واشتراط التنجيز في الضمان بالإجماع**[2].

وقال جماعة آخرون بالصحّة علىٰ كلا المعنيين الأولين، وهو مختار الماتن‌ﷺ[3] وذلك

﴿ لما سيأتي من أن ذلك باطل لوجهين، **الأوّل**: أنه من ضمان ما لم يجب. **والثاني**: أنه من الضمان المعلق. وإلّا فهذين القسمين لا فرق بينهما حقيقةً.

(١) وإليه ذهب **الشهيد الثاني**ﷺ في المسالك ٤: ١٩٥، **والمحقق الكركي**ﷺ في جامع المقاصد ٥: ٣٢١ ـ ٣٢٢، وفوائد الشرائع (آثار الكركي) ١١: ١٨١، **وفخر المحققين**ﷺ في ايضاح الفوائد ٢: ٨٥.

(٢) بطلان التعليق في الضمان إنما هو عند المشهور والسيد الأُستاذﷺ لا عند الماتنﷺ وغيره، فإنه تقدم في السابع مما يعتبر في الضمان أنّ السيد الماتنﷺ وجماعة لا يرون تحقق الإجماع علىٰ البطلان في المقام، فلذا لم يعتبروا فيه التنجيز، راجع السابع مما يعتبر في الضمان **العروة الوثقىٰ (مع تعلقيات عدّة من الفقهاء العظام) ٥: ٤٠٤ موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٠ ـ ٤٠١.**

(٣) وفاقاً **للمحقق** في الشرائع ٢: ١٢٧، **والعلّامة** في التحرير ٢: ٥٥٤، والإرشاد ١: ٤٠١، **والشيخ** في المبسوط ٢: ٣٢٦.

لوجهين :

الوجه الأوّل : قوله ﷺ : «الزعيم غارم»[١] ، فكل من ضمن شيئاً فهو غارم ، فإن مقتضىٰ اطلاقه ثبوت الضمان في المقام .

الوجه الثاني : كون الصحّة علىٰ القاعدة ، إذ لا دليل عنده علىٰ بطلان ضمان ما لم يجب ، فيصح أن يضمن بالفعل أمراً متأخراً وإن لم تكن ذمّة الضامن مشغولة به فعلاً ، ولا شك في كفاية وجود المقتضي في الحكم بصحّة الضمان عنده وإن لم تشتغل به الذمّة فعلاً ، فتشمله العمومات العامة كقوله تعالىٰ : ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾ ، كما تقدم الكلام فيه[٢] . **وهذان الوجهان هما اللذان استند إليهما الماتن** ﷺ **في القول بصحة الضمان في المقام** .

وفيه : أمّا الوجه الأوّل فالرواية غير ثابتة من طرقنا . نعم ، ثابتة من طرق العامة[٣] . بل في **معتبرة الحسين بن خالد**[٤] تكذيبها ، قال «قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك ، قول الناس :

---

(١) المستدرك ١٣ : ٤٣٥ ، باب ١ من أبواب الضمان ، ح ٢ . المبسوط للسرخسي ١٩ : ١٦١ ، بدائع الصنائع ٦ : ٢ ، المغني لابن قدامة ٥ : ٧١ ، الشرح الكبير ٥ : ٧٠ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٣٩ ، نهاية المحتاج ٤ : ٤٣٧ .

(٢) في الثامن مما يعتبر في الضمان ، لصدق الضمان عليه وشمول العمومات له . الواضح ١٦ : ٢٩٠ ـ ٢٩٣ موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٥ . وفي ضمان نفقة الزوجة المستقبلة المتقدم في صفحة ١٨٧ المسألة ٣٥ [٣٦٠٢] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٥٨ ـ ٤٦٠ . وقال السيد الأستاذ ﷺ في محله بعدم كفاية وجود المقتضي للضمان في صحة الضمان ، ولكن قال الماتن بكفايته وصحة الضمان فيه فراجع .

(٣) نهاية ابن الأثير ٢ : ٣٠٣ ، مسند أحمد بن حنبل ٨ : ٣٠٤ ، سنن ابن ماجة ٣ : ١٥٠ ، شرح الترمذي ٣ : ٥٦٥ وعدة مصادر أُخرىٰ من أبناء العامة تقدمت قريباً ، نعم رويت في كتبنا ولكن عنهم كما في عوالي اللآلي ٢ : ٢٥٧ ، والمستدرك ج ٣ : ٤٣٥ باب ١ من أبواب كتاب الضمان ح ٢ .

(٤) الثقة لروايته في تفسير القمي .

الزعيم غارم، قال فقال: ليس علىٰ الضامن غرم، الغرم علىٰ من أكل المال»[1]، فإن فيها يسأل السائل الإمام عليه السلام عن قول الناس «الضامن غارم» الذي هو معنىٰ «الزعيم غارم» فقال عليه السلام لا غرم علىٰ الضامن، وإنما الغرم علىٰ من أكل المال وهو المضمون عنه.

ثم إن مدلول هذه الرواية بمقتضىٰ هذا السؤال والجواب **أجنبي عن محل كلامنا بالكلية**، وإنما هي لرفع توهم كون الخسارة علىٰ الضامن، وأن كل ما يخسره الضامن يرجع به علىٰ المضمون عنه الذي أكل المال، **فمضافاً إلىٰ عدم ثبوت الرواية، بل ثبوت عدم صحتها، المراد منها غير ما نحن فيه**. إذ ليست الرواية في مقام بيان موارد صحّة الضمان من موارد عدم صحته، **فلنفرض أن الغرم علىٰ الضامن فمتىٰ يصح الضمان ومتىٰ لا يصح الضمان، ليست الرواية في مقام بيان ذلك**، أي ليست فيها دلالة علىٰ صحّة الضمان في الأعيان الخارجية التي في يد الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد إذا تلفت، بعد ما لم تكن في مقام البيان من هذه الجهة.

فهي كقوله عليه السلام: «مشتري الحيوان بالخيار إلىٰ ثلاثة أيام» ليس فيه دلالة علىٰ أنّه في أي مورد يصّح البيع، وفي أي مورد لا يصحّ.

وأمّا الوجه الثاني وهو كون الحكم علىٰ القاعدة: فقط ظهر حاله ممّا تقدم في المسألة السابقة، وبيان ذلك: أنّه **تارة يكون معنىٰ الضمان أنّه يلتزم الضامن بثبوت البدل في ذمّته بالفعل بدلاً عما تشتغل به ذمّة الغاصب فيما بعد** أي حين التلف وهو المسمىٰ بضمان ما لم يجب، أي من الآن الضامن يلتزم لصاحب المال بأنه فعلاً ذمّته مشغولة فيما إذا تلفت العين بعد ذلك، وقلنا إن بطلان ذلك لايحتاج إلىٰ دليل كي يقال إنّه لم يدل علىٰ بطلانه أي دليل من إجماع أو نص، بل بطلانه من القضايا التي قياساتها معها، فإنه إذا لم يكن المضمون عنه مشغول الذمّة بشيء، فكيف ينتقل من ذمّته شيء إلىٰ ذمّة الضامن، والضمان الذي هو محل الكلام إنّما هو انتقال شيء من ذمّة إلىٰ ذمّة[2]، **وإنشاء اشتغال ذمّة الضامن بالبدل مثلاً أو قيمة، لا فعلاً بل متأخراً علىٰ نحو**

---

(١) الوسائل ج ١٨: ٤٢١ باب ١ من أبواب كتاب الضمان ح ١.

(٢) **ذكر السيد السبزواري** قدس سره: أنّه «لابدّ من بيان أُمور:

الأوّل: أن الضمان كسائر العقود والايقاعات من المفاهيم العرفية يدور تحققها مدار الصدق

الواجب المشروط ، أي الضمان علىٰ تقدير أن يتلف المال فيما بعد وتشتغل به ذمّة الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد **أمر ممكن ، إلّا أنّه إنّما يتم إن لم نعتبر التنجيز ، لأن ذلك من التعليق المبطل بلا كلام**[1] ولا خلاف .

وأما إذا كان معنىٰ الضمان لا هو الأوّل المتقدم ولا الثاني ، بل كان هو المعنىٰ الثالث المشار

العرفي ما لم يردع الشارع عنه ، فمنهما يصح صدقه كذلك تشمله الأدلة ، ومقتضىٰ المرتكزات صحة العقد ، ولا يكون التمسك بالعمومات والاطلاقات من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك كما مرّ» **مهذب الأحكام** ٢٠ : ٢٨٠ ـ ٢٨١ .

والجواب عن ذلك : أن قوله دام ظله (إن الضمان من المفاهيم العرفية يدور تحققها مدار الصدق العرفي) . لم نفهم معناه . فإنه هو دام ظله قال **في أوّل** الضمان «والحق أن الضمان أقسام ثلاثة : **الأوّل** : الضمان المتعارف بحسب الغالب أي اشغال ذمّة المضمون عنه بشيء وضمان شخص آخر له . **الثاني** : ما له معرضية قريبة للثبوت ، وهو واقع كثيراً عند الناس . **الثالث** : تعهد والتزام . . .» **مهذب الالحكام** ٢٠ : ٢١١ . فلابدّ في الضمان من أن تكون ذمّة المضمون عنه مشغولة حتىٰ يتحقق الضمان ، والمفروض في المقام عدم اشتغال ذمّة المضمون عنه بشيء . والمعرضية القريبة الثبوت تقدم أنّها لا توجب اشتغال الذمّة ليصح النقل ، والواقع عند الناس كثيراً الثالث لا الثاني . فليس في المقام الضمان متحقق أصلاً فكيف تشمله الأدلة .

نعم يمكنه التمسك بالعمومات ، لأن المقام من الضمان المعلق ، وهو دام ظله كالماتن دام ظله لا يعتبر التنجيز في الضمان ، فلا مانع من شمول العمومات عنده للضمان المعلق كما في المقام .

(١) **عند السيد الأُستاذ** دام ظله ، إلّا أن الماتن دام ظله لا يرىٰ كون التعليق مبطلاً في المقام ، ولا أنّ ضمان ما لم يجب باطل بعد شمول العمومات له ، وعدم ما يقتضي بطلانه من اجماع أو نص ، بل **أقول** : مقتضىٰ صحيح **حبيب الخثعمي** صحته عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قلت : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن ، فقال : لا يأخذ إلّا أن يكون له وفاء قال قلت : أرأيت إن وجد من يضمنه ، ولم يكن له وفاء ، واشهد علىٰ نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم» الوسائل ج ١٩ : ٨٦ باب ٨ من أبواب الوديعة ح ١ .

.....

إليه آنفاً، أي بمعنىٰ أن يكون المال المضمون في عهدته، كما هو في عهدة الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد، بمعنىٰ أنّه لو تلف يجب عليه أداء مثله أو قيمته، **والذي هو غير الضمان المصطلح في هذا الباب** المتمثل بالنقل من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، **فهذا أي الضمان بمعنىٰ أن يكون الشيء المضمون في عهدته كما هو في عهدة الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد ذكر الماتنﷺ أنه لا مانع من صحّته أيضاً**.

وهو الصحيح[1] بمقتضىٰ العمومات، **بل السيرة العقلائية** الخارجية جارية علىٰ ذلك، فإنه عقد[2] فتشمله عمومات وجوب الوفاء بالعقد، فيحكم بصحته ولزومه، فإذا تلف هذا المال فللمالك مطالبة الضامن بالبدل وقبل تلفه له أن يطالبه بعينه، كما له أن يطالب الغاصب والقابض بالعقد الفاسد.

إن قلت: إن هذا من ضمّ ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، وهو باطل عندنا.

---

(١) **هذا هو التفصيل الذي ذكره السيد الأُستاذﷺ**، لأن موضوع البحث في هذه المسألة هو الأعم من الضمان الذي هو بالمعنىٰ المصطلح أو الضمان الذي هو بمعنىٰ التعهد.

والماتنﷺ حكم بصحة الأقسام الثلاثة من الضمان المتقدم الإشارة إليها، إلّا أن السيد الأُستاذﷺ فصّل بين الاثنين الأولين فقال بالبطلان فيهما وبصحة الثالث.

(٢) **فإن المعاملات الشرعية** لا دليل علىٰ انحصارها بالمعهودات، بل كل معاملة عقلائية أي جارية عند العقلاء كالضمان بمعنىٰ التعهد الذي هو المتعارف عند العقلاء ـ سواء كان متعلقه العين الشخصية أو النقص الحاصل فيها أم بدلها عند تلفها أم النقص والخسارة الحاصلة في معاملة أو فعل أو ما شابه ذلك ـ فتشمله العمومات العامة، لقوله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾ وتدل علىٰ صحته. هذا مضافاً إلىٰ قيام السيرة العقلائية علىٰ الضمان بمعنىٰ التعهد. حتىٰ لو لم تكن العمومات العامة موجودة.

ثم إن الضمان بمعنىٰ التعهد أن كان بلا أمر من أحد بل كان ذلك تبرعاً من الضامن، فلا شك ليس له الرجوع علىٰ أحد إذا أدىٰ البدل إلىٰ المضمون له. وإن كان بأمر الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد، فالضمان هنا وإن لم يكن هو الضمان المصطلح، فإن نفس الأمر بالضمان أو الإذن القائم مقامه يقتضي ضمان الآذن إذا أدّىٰ الضامن المال إلىٰ المضمون له.

ودعوىٰ أنّه علىٰ التقدير الأوّل يكون ضمان العين بمعنىٰ الالتزام بردّها مع أنّ الضمان نقل الحقّ من ذمّة إلىٰ أُخرىٰ . وأيضاً لا اشكال في أنّ الغاصب أيضاً مكلّف بالردّ ، فيكون من ضمّ ذمّة إلىٰ أُخرىٰ ، وليس من مذهبنا . وعلىٰ الثاني يكون من ضمان ما لم يجب ، كما أنّه علىٰ الأوّل أيضاً كذلك بالنسبة إلىٰ ردّ المثل أو القيمة عند التلف .

مدفوعة بأنّه لا مانع منه بعد شمول العمومات ؛ غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح . وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضي[1] ، ولا دليل علىٰ عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ أو اجماع ، وإن اشتهر علىٰ الألسن ، بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته ، وفي جملة منها اختلفوا فيه ، فلا إجماع .

قلت : إن الذي هو غير ثابت عندنا هو أن يكون شخصان مدينين بدين واحد ، **أي ضم ذمّة إلىٰ ذمّة ، وأمّا ضمّ ضمان إلىٰ ضمان آخر** ، وكون شخصين ضامنين لمال واحد ، للمالك أن يطالب أياً شاء منهما ، **فلا محذور فيه** ، كما ثبت ذلك في تعاقب الأيدي[1] ، فتشمله العمومات .

إذن ، فالحق هو التفصيل بناءً علىٰ اعتبار التنجيز في الضمان **بين** أن يكون الضمان للمغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما من الضمان المصطلح في هذا الباب ، فلا يمكن الالتزام به في الأعيان الخارجية ، لأنه من ضمان ما لم يجب ولزوم التعليق في الانتقال المتأخر ، **وبين** أن يكون الضمان بمعنىٰ كون العين في عهدته ، والذي ليس هو الضمان المصطلح فلا محذور فيه . وأمّا بناءً علىٰ عدم اعتبار التنجيز فالأقسام الثلاثة كلها صحيحة[2] .

(١) **توضح من ردّ الوجه الثاني المتقدم** ـ ومما تقدم في ضمان النفقة المستقبلة للزوجة ـ أن

---

(١) كما تقدم ذلك في أوّل الضمان عنه **قول صاحب الجواهر**قدس سره : عدم تصور شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد . الواضح ١٦ : ٢٤٦ ـ ٢٤٧ وذكر ذلك السيد الأُستاذ السيد الخوئيقدس سره في موسوعته ٣٧ : ١٠٨ ـ ١١١ .

(٢) وبناءً علىٰ صحتها كلها كما يقوله الماتن وكل من لم يعتبر التنجيز في الضمان ، أو صحة خصوص الضمان بمعنىٰ التعهد كما يقوله المعتبرون للتنجيز ومنهم السيد الأُستاذ السيد الخوئيقدس سره ، فان كان الضمان بأمر من الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد كان للضامن الرجوع عليهما بعد الأداء إلىٰ المضمون له وهو المغصوب منه أو البائع بالبيع الفاسد ، وإن لم يكن الضمان بإذنه فليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه وهو الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد .

وأمّا ضمان الأعيان غير المضمونة[1] كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعد أو تفريط ، فلا خلاف بينهم في عدم صحّته . والأقوىٰ بمقتضىٰ العمومات صحّته أيضاً .

ثبوت المقتضي لا يصحح الضمان الذي هو ضمان ما لم يجب ، والذي بطلانه علىٰ القاعدة ولا يحتاج إلىٰ دليل كي يقال إنّه لم يدل علىٰ بطلانه دليل من اجماع أو نص ، بل بطلانه من القضايا التي قياساتها معها بعد أن كان الضمان ليس إلّا نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، ومع عدم كون الذمّة مشغولة بشيء وإنما تشتغل بعد ذلك ، فكيف ينتقل ممن ليس في ذمّته شيء إلىٰ ذمّة الضامن شيء ليصح الضمان .

وأما الضمان المعلق علىٰ اشتغال الذمّة فباطل للتعليق بلا كلام ولا خلاف[1] .

هذا كله في ضمان الأعيان المضمونة ، وأما ضمان الأعيان غير المضمونة فهل يصح ضمانها أو لا ؟ فهذا يأتي في التعليقة الآتية .

(١) **ثمّ بعد ما عرفت** من صحة الضمان للمغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد ، **فقط بمعنىٰ كون العين في عهدته ، والذي ليس هو من الضمان المصطلح في هذا الباب** الذي هو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة ، **بل هو بمعنىٰ كون الضامن هو المسؤول عن هذه العين بردها مع وجودها ورد بدلها مع تلفها ، وأن هذا مما بنىٰ عليه العقلاء ومتعارف خارجاً ، وأدلة الصحة والنفوذ غير قاصرة الشمول له** ، فيصح أن يكون شخص ثالث ضامناً للمغصوب وللمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما ، **فإذا صح ذلك بمقتضىٰ القاعدة وبناء العقلاء** ، وشملته العمومات أيضاً ، لأنّه عقد بين المالك وشخص آخر ، **فيصح ذلك فيما إذا لم يكن من بيده المال ضامناً بالفعل** ، كما في موارد الأعيان غير المضمونة كالعارية والوديعة وشبههما كمال المضاربة أو الرهن أو الأمانة ، فإنه ليس من بيده المال ضامناً لهذا المال ما لم تتحقق أحد أسباب الضمان من التعدي أو التفريط ، **ومع**

---

(١) **إلّا أن الماتن**ﷺ **خالف في ذلك** وقال بصحة الضمان المعلق في المقام ، لعدم تمامية الدليل علىٰ بطلان التعليق عنده فيه علىٰ ما تقدم الكلام فيه في السابع مما يعتبر في الضمان ، والبطلان للتعليق بلا كلام ولا خلاف إنما هو في غير الضمان عنده ، نعم السيد الأُستاذ يرىٰ اعتبار التنجيز في صحة الضمان وبطلان الضمان المعلق .

ذلك لا مانع من أن يضمنه شخص آخر، وفقط بمعنىٰ التعهد، وقد عرفت أنّه عقد فيجب الوفاء به، مضافاً إلىٰ أنّه عليه قامت سيرة العقلاء. فيضمن المال المستعار أو المال المودَع شخصٌ لصاحب المال ويكون المال في عهدة الضامن، لا مانع من ذلك، فيقول أحد لآخر: أعر زيداً المال الفلاني من ثوبك أو دارك أو مركبك أو أودع مالك عنده، وأنا ضامن ومتعهد لرد العين بعينها مع وجودها، وببدلها مع تلفها، وكذا في المضاربة والرهن. **وليس هذا من الضمان المصطلح ليقال**: إن من بيده المال إذا لم يكن ضامناً ولم تكن يده يد ضمان، فما معنىٰ أن يضمن عنه شخص آخر بعد كون من بيده المال بريء الذمّة وليس مشغول الذمّة بأي شيء، فكيف يكون شخص آخر مسؤولاً عن هذا الشيء، فإن نفس من بيده المال غير مسؤول، إلّا بالنسبة إلىٰ ردّ نفس العين إذا طلبها المالك، كما في العارية أو الوديعة أو مال المضاربة أو نحوهما مما ليس فيه ضمان، **فلا يعتبر أن يكون من بيده المال ضامناً لهذا المال**، بمعنىٰ أنه لو تلف يكون دركه عليه، **بل حتّىٰ لو لم يكن من بيده المال ضامناً** لو ضمنه شخص آخر بمعنىٰ التعهد صح ضمان الثالث.

نعم، لو كان المراد من الضمان الضمان المصطلح، بمعنىٰ اشغال الذمّة بالبدل فعلاً قبل اشتغال ذمّة من بيده المال الذي يتلف فيما بعد بتعدٍ أو تفريط، **كان من ضمان ما لم يجب، وهو باطل. وإنشاء الضمان متأخراً بقوله**: إن تلف هذا المال واشتغلت ذمّة المستعير فأنا ضامن من ذلك الوقت، من التعليق المبطل، **إلّا أنّ الماتن** ذهب إلىٰ صحته مطلقاً[1].

---

(١) **أقول**: المراد للماتن بلا إشكال هو الضمان المصطلح، وذلك لأنّه يقول (لا خلاف بينهم في عدم صحته) والحال إنّ الذي بمعنىٰ التعهد لا خلاف بينهم في صحته، لا في عدم صحته، والضمان بالمعنىٰ المصطلح لا خلاف بينهم في عدم صحته لأنّه ضمان ما لم يجب لاعتبارهم التنجيز، وطبعاً الماتن يذهب إلىٰ صحته مطلقاً، لأنّه لم يعتبر التنجيز، وغاية ما يلزم من القول بصحته مطقاً هو التعليق، وأنّه لو تلفت العارية بتعدٍ أو تفريط من المستعير واشتغلت ذمته بها فأنا ضامن لذلك، ولا مانع من التلعيق في الضمان عنده. وأما كون الضمان بمعنىٰ التعهد هنا في الأعيان غير المضمونة صحيحاً عند الماتن فهو المستفاد من الدليل الذي ذكره علىٰ صحة

.....

سواء كان الضمان ١ ـ بمعنىٰ الضمان المصطلح الذي هو اشغال الذمّة بالبدل فعلاً قبل أن تشتغل به ذمّة من بيده المال الذي يتلف فيما بعد بتعدٍ أو تفريط .

أم كان الضمان ٢ ـ بمعنىٰ أنّه إن تلف هذا المال واشتغلت به ذمّة المستعير أو نحوه كما إذا تحقق سبب ضمانها من تعدٍ أو تفريط ، فأنا ضمان من ذلك الوقت الذي هو الضمان علىٰ نحو الواجب المشروط ، والذي تقدم أنه انشاء الضمان المتأخر المعلق علىٰ التلف من الآن .

أم كان الضمان ٣ ـ بمعنىٰ التعهد وكون المال في عهدته حتّىٰ وإن لم يكن في ذمّة من بيده المال .

وقد عرفت بطلان الضمانين الأولين بما لا مزيد عليه ، **أعني الأوّل** لأنه من ضمان ما لم يجب وعدم صحة كفاية المقتضي للضمان الذي ذهب الىٰ كفايته الماتن قدس سره .

والثاني الذي هو من الضمان المعلق[1] .

وصحة النحو الثالث من الضمان فقط[2] .

---

* الضمان بمعنىٰ التعهد في الأعيان المضمونة ، فإنه جارٍ أيضاً في الأعيان غير المضمونة . فلذا نسبه السيد الأُستاذ إليه في الاعيان غير المضمونة أيضاً .

(١) تقدم أن إنشاء الضمان متأخراً بقوله «إن تلف هذا المال واشتغلت ذمّة المستعير فأنا ضامن من ذلك الوقت» من التعليق المبطل ، إنّما هو عند السيد الأُستاذ قدس سره لا عند الماتن قدس سره ، فإن الماتن قدس سره لا يعتبر في الضمان التنجيز كما تقدم منه في الأمر السابع .

(٢) **ثمّ إنّه من الواضح** أن الضمان بمعنىٰ التعهد الذي حكم بصحته الماتن ـ علىٰ ما نسبه السيد الأُستاذ ـ والسيد الأُستاذ وغيرهما قدّس الله أسرارهم إذا أدىٰ الضامن البدل إلىٰ المضمون له في التلف بلا تعدٍ أو تفريط ليس له الرجوع علىٰ العامل الذي بيده مال المضاربة ، ولا علىٰ من كانت عنده الوديعة أو العارية أو مال الرهن أو الأمانة ، لأن المفروض أن هؤلاء ليس مضموناً عنهم ، ولم تشتغل ذمتهم بالمال بأي لحظة حتىٰ تلف المال **لأنّ المفروض** عدم تعديهم وتفريطهم ، وإلّا لدخل ذلك في ضمان الأعيان المضمونة ، والمفروض أن الضمان هذا للأعيان غير

[٣٦٠٦] «مسألة ٣٩» : يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري[١] إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير ، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحّته ، إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيّد به الأكثر ، أو مطلقاً كما أطلق آخر ، وهو الأقوىٰ .

---

(١) **في هذه المسألة أربعة بحوث :**

البحث الأوّل : ما تكلم فيه الماتن قدس سره في ضمان درك الثمن أو درك المبيع[١] ، الذي هو أمر متعارف كثيراً ، كما لو باع زيد داره من عمرو واشترىٰ عمرو هذا الدار وسلّم الثمن للبائع ، ولكن عمرو لا يطمئن بأن الدار ملك لزيد فلعلها ملك لغيره ، ولعل زيداً غاصب ، فمع احتمال المشتري أن المبيع ـ الدار ـ ليست ملكاً للبائع سواء كان البائع غاصباً أم مشتبهاً ومعتقداً لخلاف الواقع ، أو احتمل عمرو فساد البيع لسبب من الأسباب ، **فإذا ثبت بعد ذلك أن الدار ليست له وأخذ صاحب الدار داره ، أو ثبت أن البيع فاسد لجهة ما** ، فيبقىٰ الثمن الذي أداه المشتري عند زيد ، **وربما لا يتمكن زيد من ردّ الثمن أو لا يتمكن عمرو من أخذه منه ، ففي مثل ذلك فهل يصح لثالث**

المضمونة وبمعنىٰ التعهد ، فليس هم مضموناً عنهم ، ولو كانوا مضموناً عنهم أيضاً لا وجه للرجوع عليهم ، إلّا أن يأمروا الضامن بالضمان بمعنىٰ التعهد ، فإن الأمر كما تقدم يقتضي ضمانهم لما يعطيه الضامن للمضمون له عند الأداء ، فيصح له حينئذٍ الرجوع عليهم بعد الأداء . وأما إذا لم يكن بأمرهم فلا يصح له الرجوع عليهم وإن لم يقصد التبرع بالضمان وقصد الرجوع عليهم ، حيث إنّه لا مقتضي لضمانهم . **وأما عند الماتن قدس سره** في الضمان الذي هو بالمعنىٰ المصطلح الذي هو الأوّل ، أو الثاني الذي حكم بصحتهما الماتن قدس سره ـ فيما إذا كان تعدٍ أو تفريط هنا ـ فإنه عند الماتن يصح للضامن الرجوع علىٰ من كان بيده مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الأمانة لأنهم مضمون عنهم ، إلّا أنّه بشرط أن يأمروه بالضمان فيكونوا ضامنين له بسيرة العقلاء القائمة علىٰ ضمان الآمر إذا أدىٰ المأمور ما أمره به الآمر ، وأما إذا لم يأمروا بالضمان فلا يصح له الرجوع عليهم حتىٰ وإن لم يقصد التبرع بالضمان وقصد الرجوع عليهم ، فإنه لا وجه لضمانهم إذ المفروض أنهم لم يأمروه بالضمان .

(١) **في الصحاح** : «الدرك التبعة ، وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحقق عين ماله» **الصحاح ٤ : ١٥٨ مادة درك** .

ضمان هذا الثمن ويكون في عهدة الثالث[١] **إذا ظهر أن المبيع ـ الدار ـ ليست ملكاً للبائع ـ أي لزيد ـ أو كان البيع فاسداً** فلم تكن الدار منتقلة إلىٰ المشتري ، ولم يكن الثمن منتقلاً إلىٰ البائع ، فالثالث الذي هو الضامن يكون مسؤولاً عن رد الثمن بنفسه إلىٰ المشتري أن كان موجوداً، أو بدله مثلاً أو قيمةً إن كان تالفاً، أو لا يصح هذا الضمان ولا يكون الثالث مسؤولاً عن الثمن عيناً أو قيمةً ؟ ويسمىٰ هذا الضمان ضمان درك الثمن للمشتري.

ولابدّ وأن يفرض كون المبيع شخصياً[٢] .

---

(١) **أي السيّد الأُستاذ** دام ظله **يقول من الواضح أن المراد من الضمان هنا هو الضمان بالمعنىٰ الثاني من المعاني الاثنين المتقدمة** في المسألة السابقة، وهو الضمان بمعنىٰ التعهد لا بالمعنىٰ المصطلح بكلا نحوي انشائه ، سواء كان هو الراجع إلىٰ ضمان ما لم يجب أم كان هو الضمان الراجع إلىٰ الضمان المعلق ، فإن كلاً منهما لا يصح في المقام ، لأن المفروض أن المضمون عين لا ما في الذمّة ، حتىٰ لو كان مراد الماتن من الضمان هو الذي يكون بالمعنىٰ المصطلح ، إذ إنّه لا موضوع له حتىٰ يكون مستثنى كما سيأتي أنه لا معنىٰ للاستثناء الذي يقوله الماتن دام ظله . فقول السيد الأُستاذ دام ظله (فهل يصح لثالث ضمان هذا الثمن ويكون في عهدة الثالث) هو الضمان بمعنىٰ التعهد كما هو واضح .

وفيما ذكره السيد الأُستاذ دام ظله ما سيأتي .

(٢) لأن المبيع لو لم يكن شخصياً وكان كلياً وطبقه البائع عند الأداء علىٰ الدار المغصوبة مثلاً ، فهذا لا يقتضي بطلان البيع ، بل يقتضي بطلان الأداء . والبيع الواقع علىٰ كلي الدار الموصوفة بهذه الصفات المعلومة صحيح ، فلابدّ للبائع من تسليم دار أُخرىٰ . **ولا ينكشف بذلك بطلان البيع فلا يكون الضمان صحيحاً** ، فإن الضمان هنا احتمالي لا يقيني ، لأنه إذا كان البيع صحيحاً وواقعاً علىٰ كلي الدار لا علىٰ شخص هذه الدار فكلي الدار ملك للمشتري ، فلا معنىٰ لضمانه للمشتري ، **وإنما يصح هذا الضمان إذا كان البيع باطلاً** ، وواقعاً علىٰ شخص هذه الدار مثلاً ، فالدار التي اقبضت للمشتري باقية علىٰ ملك مالكها لأنها غصب ، أو علىٰ خلاف اعتقاد البائع

والظاهر عندهم المفروغية عن صحة الضمان المزبور ولا خلاف في ذلك[١].

ونظيره ضمان درك المبيع للبائع فيما إذا ظهر أن الثمن الشخصي[٢] ليس ملكاً للمشتري أو كان البيع فاسداً لجهة والمبيع عند المشتري ولعله لا يتمكن البائع من أخذ المبيع من المشتري، **مع أنّ جماعة كثيرة** التزموا بعدم صحّة الضمان في الأعيان الخارجية فجعلوا المقام استثناءً منها، **وسيأتي ما في هذا الاستثناء**.

أنها له، فجاء مالكها وأخذها، والثمن الذي دفعه المشتري عند البائع ومقبوض بالعقد الفاسد، فهنا لو كان ضمنه ضامن صح الضمان وطولب من قبل المشتري بماله. فالضمان إنما يصح فيما لو كان الفساد من جهة كون المبيع مغصوباً إنما هو فيما لو وقع البيع على الدار الشخصية ثمّ تبين أنها ليست ملكاً للبائع.

(١) **في الجواهر** ٢٦: ١٤٦ بلا خلاف أجده فيه، **وفي التذكرة** ١٤: ٣٣٠ لإطباق الناس عليه وإيداعه الصكوك في جميع الأعصار، **وفي مجمع الفائدة والبرهان** ٩: ٢٩٧ لعل دليله عموم أدلة الضمان والإجماع، **وفي المسالك** ٤: ٢٠٠ ظاهرهم الاطباق عليه، **وفي جامع المقاصد** ٥: ٣٢٢ اطباق الناس على ضمان العهدة إلّا أنّ هذا الذي ذكروه لا بخصوص الضمان بمعنى التعهد.

(٢) **لأن الثمن إذا كان كلياً وسلم المشتري عند الأداء المال المغصوب فالأداء لا يكون صحيحاً لا أن البيع لا يكون صحيحاً**، لأن البيع وقع على كلي الألف دينار مثلاً لا على هذه المغصوبة فاعطاء المغصوبة يوجب بطلان الأداء لا بطلان البيع، فالبيع صحيح ولا يكون باطلاً مع انكشاف أن الثمن الكلي الذي طبقه المشتري على المال المغصوب أداء باطل، لأن ذلك يقتضي بطلان الأداء لا بطلان البيع، فلا يصح الضمان. والذي يوجب بطلان البيع هو ما لو وقعت المعاملة البيعية على الثمن الشخصي ثمّ تبين أنه مغصوب، فلا تكون المعاملة صحيحة وتكون باطلة، ومعنى بطلانها أن البائع لا يملك المال المغصوب الذي هو الثمن، ودار البائع مثلاً باقية على ملكه، وقد لا يتمكن من أخذها من المشتري، فهل حين شك البائع في أن الثمن الشخصي مغصوب أم لا هل له أن يأخذ ضامناً لدرك المبيع أو لا؟ حتى أنّه إذا تبين بطلان البيع لكون الثمن الشخصي مغصوباً يكون الضامن هو المسؤول عن إرجاع الدار إلى البائع.

.....

ثمّ إنّه قيّد الأكثر صحة الضمان المذكور للثمن أو المبيع بما إذا كان ذلك بعد قبض الثمن في ضمان الثمن، أو بعد قبض المبيع في ضمان المبيع[1]، لأنّه وكأنه بعد القبض يكون البائع ضامناً للثمن أو المشتري ضامناً للمثمن، علىٰ تقدير فساد العقد أو كون المبيع والثمن ليس للبائع أو المشتري، **فيجوز ذلك لتحقّق معنىٰ الضمان الذي هو النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، وأمّا إذا كان قبل القبض فكأنه لا ضمان**، فإذا لم يكن له ضمان **فكيف يضمنه شخص آخر ؟**[2].

---

(١) **في مفتاح الكرامة**: «وقد قيد بكونه بعد القبض في أكثر الكتب المتقدمة ما عدا المسبوط والشرائع والإرشاد واللمعة، بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان، وإن لم يكن قد قبض لم يصح، وهو أيضاً مراد من كلام من لم يقيد» **مفتاح الكرامة ١٦: ٤١٤.**

وفي المسالك: «وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمومة علىٰ تقدير كونه موجوداً حال الضمان» **المسالك ٤: ٢٠٠، وفي الجواهر**: «ومن ذلك يعلم إرادة المصنّف وغيره ممّن ترك التقييد بالقبض **ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضرروة عدم دخوله في عهدة البائع ـ الذي** هو المضمون عنه ـ **إلّا بقبضه» الجواهر ٢٦: ١٤٧.**

وفي المستمسك: «ومن ذلك تعرف الإشكال في قول المصنف» **المستمسك ١٣: ٢٠٤**، حيث إن المصنف قال: «إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيّد به الأكثر. أو مطلقاً كما اطلق آخر وهو الأقوىٰ».

وجواب ما ذكره السيد الحكيمﷺ **هو**: أن اعتبار التقييد بما بعد القبض إنما هو فيما إذا قلنا إن ضمان ما لم يجب غير صحيح، **وأمّا بناء علىٰ صحته كما قال بصحته الماتن**ﷺ لكفاية وجود المقتضي للضمان عنده فلا يعتبر حينئذٍ التقييد بما بعد القبض، نعم من يقول بعدم صحة ضمان ما لم يجب لابدّ له من التقييد بما بعد القبض، ولو اطلق فلا شك في مراده التقييد.

والمقصود بيان أن الإشكال الذي أورده السيد الحكيمﷺ غير وارد علىٰ الماتنﷺ.

(٢) من تقييد الأكثر صحة الضمان بما إذا كان ذلك بعد قبض الثمن في ضمان الثمن، وبعد قبض

واطلق آخرون صحة الضمان المذكور من دون تقييد بما بعد قبض الثمن أو قبض المبيع في الضمانين **ومنهم الماتن**ﷺ **حيث قال** : «إذا كان ذلك بعد قبض الثمن كما قيّد به الأكثر ، أو مطلقاً كما أطلق آخر وهو الأقوىٰ» .

وما ذكره الماتن والآخرون هو الصحيح ، وذلك أوّلاً : لما تقدم في المسألة السابقة من أن صحّة الضمان بالمعنىٰ الذي ذكرناه ـ وهو بمعنىٰ التعهد ـ علىٰ القاعدة ، ولا تتوقف علىٰ وجود ضامن قبل ذلك ، كما في ضمان مال المضاربة أو مال الوديعة والعارية ـ لا كما في موارد الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ـ بل يجوز الضمان حتّىٰ في الأعيان غير المضمونة ، كما في موارد العارية[١] والوديعة والرهن والأمانة ونحوها[٢] ، وهنا الثمن قبل أن يقبضه البائع أو المثمن قبل أن يقبضه المشتري ليس ضامناً له ، فلا مانع من ضمانه من قبل ثالث ، لصحة الضمان في ضمان العهدة في الأعيان غير المضمونة . فإذا ضمنه ثالث ذهب خوف البائع من تسليم الدار إلىٰ المشتري وذهب خوف المشتري من تسليم الثمن للبائع فيسلمه إليه ، فإن ظهر أن شخص الدار غصب أو شخص الثمن غصب ولم يتمكن صاحبه من ارجاعه رجع علىٰ الضامن ، سواء كان الضامن قد ضمن قبل قبض المبيع أو الثمن أم ضمن بعد قبض المبيع أو الثمن .

وثانياً : **أن صحّة الضمان قبل القبض أولىٰ من صحّة الضمان بعد القبض** ، لاستلزام الضمان قبل القبض أمر الضامن المشتري باقباض الثمن أو أمر الضامن البائعَ باقباض المبيع ،

﴿ المثمن في ضمان المبيع بتوضح أن المسألة عندهم وعند من لم يعتبر القبلية أيضاً كالماتن هو الضمان بمعناه المصطلح وهو النقل ، لا خصوص التعهد ، لأن من لم يعتبر القبلية أيضاً إنّما يقول بصحة الضمان المعلق علىٰ اشتغال ذمّة الذي يقبض بعد ذلك للثمن أو للمثمن .

(١) غير عارية الذهب والفضة وغير العارية المشترط فيها الضمان . لأن هذين مضمومان .

(٢) صحة ضمان التعهد في هذه الموارد لا ينفي صحة الضمان المصطلح فيها ، بناءً علىٰ عدم اعتبار التنجيز ، وبناءً علىٰ شمول العمومات لضمان ما لم يجب بعد عدم دليل علىٰ عدم صحته من اجماع أو نص ، فليس من الصحيح حصر موضوع المسألة بالضمان بمعنىٰ التعهد أو محاولة جعل الظاهر منها ذلك .

والتزامه بأن يكون هو الملزم بالعين أو ببدلها إن ظهر استحقاق المبيع لغير البائع، أو الثمن لغير المشتري، أو كان العقد فاسداً لجهة أُخرىٰ، **بخلاف ما إذا كان الضمان بعد القبض**، إذ ليس فيه أمر بالاقباض، **فالحكم بصحّة الضمان قبل القبض أولىٰ من الحكم بصحته بعد القبض**، فالظاهر أنّه لا فرق بينهما في صحّة الضمان، **فإن لم يظهر** بطلان البيع ولا كون المبيع أو الثمن إذا كان شخصياً لغير البائع أو المشتري، **فلا موضوع للضمان. وإن ظهر أحدهما** فللمضمون له بائعاً كان أم مشترياً **مطالبة الضامن** بعين ماله مع وجود، أو ببدله مع تلفه، وهذا كما ذكرنا هو الذي جرت عليه سيرة العقلاء[1].

---

(١) **أقول**: وجّه السيد الأُستاذ قدس سره قول الماتن قدس سره «وهو الأقوىٰ» علىٰ ما فسّر به هو قدس سره الضمان من أن المراد به في المقام بمعنىٰ التعهد، **والحال إن الضمان المبحوث عنه في المقام عند الماتن والذي ذهب إلىٰ صحته هو الضمان المصطلح الذي هو بمعنىٰ نقل ما في ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ** إلّا أن يصرح بإرادة التعهد منه أو تقوم عليه قرينة، **وعليه** فالأنسب حينئذٍ التعليق علىٰ قول الماتن قدس سره «وهو الأقوىٰ» **بقوله**: لأن ضمان ما لم يجب صحيح عنده (أي عند الماتن قدس سره لكفاية وجود المقتضي للضمان عنده)، **ثمّ يقول السيد الأُستاذ** قدس سره: وقد تقدم فساده، ثمّ يقول بعد ذلك: نعم، الضمان بمعنىٰ التعهد لا مانع منه حتىٰ قبل قبض الثمن، وذلك أوّلاً: لما تقدم من أن صحة الضمان بمعنىٰ التعهد لا تتوقف علىٰ وجود ضامن... إلخ.

وقد يقال: إن في الوجه الثاني الذي ذكره السيد الأُستاذ قدس سره وهو «استلزام الضمان قبل القبض أمر الضامن البائع باقباض المبيع مثلاً والتزامه بأن يكون هو الملزم بالعين أو ببدلها إن ظهر استحقاق المبيع لغير البائع أو كان العقد فاسداً لجهة أُخرىٰ بخلاف ما إذا كان الضمان بعد القبض إذ ليس فيه أمر بالاقباض» **ما لا يخفىٰ، إذ لم يثبت بناء من العقلاء علىٰ صحّة الضمان فيما يرجع إلىٰ المأمور نفسه** ـ لا إلىٰ الآمر ـ كالآمر بالتجارة لنفس المأمور، فإنه مع فرض خسارة المأمور في تجارته ليس له الرجوع علىٰ الآمر، إذ لم يصدر منه إلّا الوعد بأن تكون الخسارة عليه لا التعهد، كما صرح السيد الأُستاذ قدس سره نفسه بذلك في المسألة ١٢ [٣٥٧٩]

قيل : وهذا مستثنىٰ[1] من عدم ضمان الأعيان ، هذا .

---

(١) بناءً علىٰ ما ذكرنا من صحّة ذلك علىٰ القاعدة فهو داخل تحت كبرىٰ جواز ضمان الأعيان الخارجية الذي هو بمعنىٰ التعهد، ولا يعقل ولا معنىٰ فيه للاستثناء ، فحاله حال سائر الموارد يصح الضمان فيها بالمعنىٰ المذكور ، **ولو فرض** أن الضمان بمعنىٰ الالتزام بالانتقال من ذمّة إلىٰ ذمّة ـ أي من الآن يلتزم بأن تكون ذمّته مشغولة بما تكون ذمّة البائع أو المشتري مشغولة به فيما بعد ـ فهو من ضمان ما لم يجب ، أو من الضمان المعلق[1] ، لأن كون الضمان من الواجب

المتقدمة ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٣ ، وفي المسألة ٤١ الآتية الرقم العام [٣٦٠٨] . بل والأمر بما هو واجب علىٰ الشخص لا يقتضي الضمان، كما إذا قال له : أدِ ما عليك من الدين ، فإن أداء ما عليه من الدين واجب عليه ، فالأمر به لا يقتضي الضمان بالسيرة العقلائية ، إلّا أن تكون هناك قرينة علىٰ أنّه أدِ ما عليك من الدين ، وأنا أعطيك بدله ، وأما ما لو لم تكن قرينة فلا يقتضي ذلك الضمان .

وعليه فلابدّ من تقييد الأمر في المقام من الآمر بما إذا كان هناك ما يرجع إلىٰ الآمر ـ لا ما يرجع إلىٰ المأمور ـ لأن هذا هو الذي قامت عليه السيرة ، ولم يقيد السيد الأستاذ بذلك ، اللّهم إلّا أن يقال : إن ذلك مفروض في المقام ، ولعله أوّل الكلام . **أو لابدّ من التقييد** بأنك إذا أديت ما أمرتك من دينك فإنا ضامن لذلك المال الذي تؤديه من دينك ، فإن هذا هو الذي قامت عليه السيرة العقلائية ، لا علىٰ أمر المدين بأداء دينه من دون ما يدل علىٰ ضمان الآمر لذلك . نعم ، إذا كان مع التصريح بأن يكون هو الملتزم بالعين أو ببدلها أن ظهر استحقاقها لغير البائع ، أو كان العقد فاسداً لجهة أُخرىٰ ، كان ذلك مقتضياً للضمان .

أقول : والمحقق في المقام هو الثاني ، لأن السيد الأستاذ يقول : «والتزامه بأن يكون هو الملزم بالعين أو ببدلها إن ظهر استحقاق المبيع لغير البائع ، أو الثمن لغير المشري ، أو كان العقد فاسداً لجهة أُخرىٰ» فلا إشكال عليه من هذه الجهة .

(١) ضمان ما لم يجب عند الماتن لا مانع منه ، والضمان المعلق عند الماتن أيضاً لا مانع منه وبما أن الضمان هو نقل ما في ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، وأما ضمان الأعيان فليس هو نقل ما في ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، فضمان الأعيان بالمعنىٰ المصطلح للضمان لا شك باطل لعدم الدليل عليه

وأمّا لو كان البيع صحيحاً، وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلىٰ المشهور لم يلزم الضامن[1] فيرجع علىٰ البائع، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرّح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضىٰ التعليل المذكور.

المشروط من التعليق الباطل، وهو بهذا المعنىٰ غير قابل للاستثناء.

(١) **البحث الثاني في هذه المسألة**: أنّه في فرض صحة البيع وفرض أن المبيع الشخصي واقعاً وظاهراً للبائع والثمن الشخصي ملك للمشتري كذلك، **ولم يظهر فساد البيع بعد ذلك، وانتقل المبيع إلىٰ المشتري والثمن إلىٰ البائع**، ولكن البائع أو المشتري يحتمل أن يكون هناك فسخ من أحد الطرفين بخيار أو نحوه أو تقايل فيرجع المبيع إلىٰ البائع والثمن إلىٰ المشتري، والمشتري يحتمل أنه إذا فسخ البيع أو حصل التقايل ورجع المبيع إلىٰ البائع لا يتمكن هو ـ أي المشتري ـ من استرجاع الثمن من البائع، أو بالعكس يحتمل البائع أنه إذا حصل فسخ أو تقايل ورجع الثمن إلىٰ المشتري أن لا يتمكن هو ـ أي البائع ـ من استرجاع المبيع من المشتري، ففي فرض احتمال انفساخ أو تقايل ورجوع كل من المالين إلىٰ صاحبه، **فهل هنا لو كان ضامن لدرك الثمن أو المبيع يرجع إليه من لا يتمكن من إرجاع ماله أو لا؟ هذا أوّلاً. وثانياً: هل يصح أن**

إلّا إذا قلنا إن المراد بالضمان في الأعيان هو ضمان العهدة لا الضمان المصطلح، فإنه يصح من الأوّل، وليس فيه استثناء، أي لا تكون صحة الضمان في المقام مستثناة من عدم صحة ضمان الأعيان، **كما يقوله السيد الأُستاذ** دام ظله فإنه قال: «ولو فرض أن الضمان بمعنىٰ الالتزام بالانتقال من ذمّة إلى ذمّة أُخرىٰ... وهو بهذا المعنىٰ غير قابل للاستثناء» والضمان بمعنىٰ النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة الذي هو الضمان المصطلح حتىٰ لو قيل بصحته كما يقوله الماتن فهو غير متحقق في الأعيان، فانها ليست هي في الذمّة حتىٰ يصح نقلها وتكون مستثناة من عدم صحة ضمان الأعيان. نعم، لو كان مراد الماتن دام ظله ضمان الأعيان إذا تلفت واشتغلت بها ذمّة الضامن بناءً علىٰ صحة الضمان المعلق عنده أو كفاية وجود المقتضي ووجود سبب في اشتغال الذمّة بها فيصح الضمان، ولكن لا تكون من ضمان الأعيان، بل من ضمان ما في الذمّة، والثمن والمبيع عين في المقام فالاستثناء علىٰ كل تقدير لا معنىٰ له.

يضمن ذلك بالخصوص ثالث ـ ضامن ـ ويلتزم برد هذا المال ثمناً كان أو مثمناً أو لا ؟

أما الأوّل : فالمشهور أنه لو كان هناك ضامن قبل ذلك لدرك المبيع أو الثمن فلا يلزم بشيء ، ولا يصح الرجوع عليه ، وإنما يرجع على من بيده المال ، لعدم ثبوت الحقّ وقت الضمان فهو من ضمان ما لم يجب ، وهو غير جائز وغير صحيح .

توضيح ذلك : أن الثمن بعد كون العقد صحيحاً حتى واقعاً قد انتقل من المشتري إلى البائع والمثمن ـ وهو الدار مثلاً ـ قد انتقل من البائع إلى المشتري يقيناً ، فانقطعت علاقة كل من المالكين بملكه الأوّل ، وأصبح ملكه الأوّل ملكاً للآخر ، والذي في المقام هو إمكان أن يرجع الملك إلى صاحبه الأوّل بالفسخ ، ومع عدم ملكية المشتري للنقد الذي كان عنده وهو الثمن ، وعدم ملكية البائع للمبيع الذي كان عنده ، فلا معنى لضمانه ، **لأنه لا معنى لاشتغال الذمّة بالفعل** ، لا للثمن لأن الثمن ليس ملكاً للمشتري ، فاشتغال الذمّة به للمشتري اشتغال الذمّة بمال الغير وهو غير معقول ، ولا للمبيع لأن المبيع ليس باقياً على ملك البائع حتى تشتغل الذمّة به للبائع لأن اشتغال الذمّة به اشتغال للذمّة للبائع بمال الغير وهو غير معقول . واشتغال الذمّة به عند الفسخ وعند الرجوع إليه **فهو من ضمان ما لم يجب ، وهو باطل على ما تقدم . وأما اشغال الذمّة به** من الآن في ظرف تحقق الفسخ فهو اشغال للذمّة المعلق وهو باطل[1] ، **بلا فرق بين ما لو اقبض المشتري الثمن والبائع المبيع أو لا ، إذ إن عدم القبض لا يرفع الملكية الحاصلة** ، وارتفاع ملكية كل منهما عن ماله الأوّل ، فإنهما متحققان معاً بالعقد .

وأما الثاني : فلو ضمن ذلك بالخصوص ضامن وصرح بهذا الضمان بالخصوص ، وأنّه إذا حصل الفسخ أو التقايل مثلاً أو الانفساخ فأنا ضامن للثمن للمشتري والمبيع للبائع ، **لم يصح هذا الضمان للملاك نفسه ، وهو وضوح كونه من ضمان ما لم يجب وهو غير جائز .**

إلّا في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق ، فانهم اختلفوا في دخوله في ضمان عدة الثمن أو

---

(١) أقول : هذا على المشهور بناءً على عدم صحة ضمان ما لم يجب أو عدم صحة الضمان المعلق ، وهو ما لم يقل به الماتن ، فعلى المشهور لا يصح الرجوع على الضامن ، إلّا أنّه على مبنى الماتن يصح .

المثمن المتقدم (بعنوان الأوّل) أو لا ؟ **وكذا اختلفوا** في صحة الضمان مع التصريح به أيضاً وهو المتقدم (بعنوان الثاني) أو لا ؟ **وهو البحث الثالث الآتي قريباً**.

نعم لو كان اقباض الثمن أو المثمن بأمر الضامن مع الالتزام بتدارك ما يترتب عليه من الضرر الحاصل باحتمال تحقق الفسخ ورجوع كل من المالين إلىٰ صاحبه كان هذا الأمر مقتضياً للضمان، لأن هذه الاضرار وعدم إمكان وصول المشتري إلىٰ ثمنه الذي رجع إلىٰ ملكه ناتج من أمر الآمر باقباض الثمن من المشتري، أو باقباض المثمن من البائع. فيشمل هذا الأمر حينئذٍ وجوب الوفاء بالعقود وسيرة العقلاء القائمة علىٰ ضمان الآمر لما يترتب علىٰ أمره من الاضرار، ومنها إرجاع ثمن المشتري إليه[1].

---

(١) صحة اقتضاء الأمر هنا للضمان بلا إشكال للتصريح بتدارك ما يترتب علىٰ المأمور من الضرر. فما يأتي من السيد الأُستاذ ٤١ [٣٦٠٨] الآتية، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٧٤ من قوله: «ثمّ بناء علىٰ ما اخترناه من بطلان الضمان علىٰ البائع، فهل يصح ضمانه لا من قبل البائع، بأن يتعهد الآمر تحمّل الخسارة بنفسه ومن غير رجوع علىٰ البائع بها؟ **الأقوىٰ فيه البطلان**، حيث لم يثبت بناء من العقلاء علىٰ الضمان الأمري فيما يرجع إلىٰ المأمور به وحده، فإن الغرس والبناء وما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقده أرضه، عمل متمحض له ولا يرتبط بغيره في شيء، ومن هنا فإن الأمر به بما يرجع إليه ويخصه، نظير أمره بالتجارة لنفسه مع التعهد بتحمل الخسارة عنه، ولم يثبت فيه بناء من العقلاء علىٰ الضمان» فإن الذي لم يثبت فيه بناء من العقلاء علىٰ الضمان هو ما لم يصرح فيه بالتزامه بتحمل كل ضرر ناتج من الأمر، وأما مع التصريح، فلا شك في اقتضائه الضمان. وجريان السيرة العقلائية عليه مضافاً إلىٰ شمول العمومات له.

ثمّ إنّ صحيح حبيب الخثعمي دال علىٰ صحة الضمان المصطلح ولو قبل اشتغال الذمّة به، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن، فقال: لا يأخذ منه إلّا أن يكون له وفاء. قال قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه، ولم يكن له وفاء،

البحث الثالث في هذه المسألة: فالمشهور منهم ذهب إلىٰ عدم صحة الضمان حتىٰ في الفسخ بالعيب مطلقاً[1]، لأن الضمان فيه أيضاً إما من ضمان ما لم يجب أو من الضمان المعلق، وكل منهما باطل عندهم.

ولكن الماتنﷺ **اختار الجواز والصحة مطلقاً حتىٰ في العيب بالعنوان الأوّل والعنوان الثاني المتقدمين أيضاً**، وذلك علىٰ مبناه من كفاية تحقق السبب في صحة الضمان، ولا يحتاج إلىٰ الفعلية الخارجية، ولا دليل علىٰ بطلان ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، كما تقدم ذلك منه مراراً وفي هذه المسألة. **ففي مثل هذه الموارد أيضاً لا مانع عند الماتن من أن يضمن أحد الثمن أو المثمن، وأنه علىٰ تقدير انفساخ العقد أو الفسخ أو التقايل يُرجع الضامن كلاً من المالين إلىٰ صاحبه مع وجوده، أو يرجع بدله مع تلفه، لصحة الضمان عنده وإن كان من ضمان ما لم يجب، لكفاية وجود المقتضي للضمان.**

ولكن ظهر مما تقدم أن الضمان إذا كان متعلقاً بأمر متأخر فهو من ضمان ما لم يجب، **وهو غير معقول علىٰ تقدير، وباطل علىٰ تقدير آخر**، أي من جهة التعليق علىٰ ما تقدم قريباً مفصلاً.

أمّا علىٰ التقدير الأوّل: فلأنه إذا لم يكن هنا حق فعلي لا في الذمّة ولا في الخارج، فليس هنا أمر خارجي ليضمنه شخص آخر بعدما فرضنا أن العقد صحيح ظاهراً وواقعاً، ولا يحتمل فيه الفساد، كما لو كان المبيع ملكاً للبائع جزماً والثمن الشخصي ملكاً للمشتري جزماً فتبايعا **وانتقل ملك كل منهما للآخر، فانقطعت علاقة المشتري بالثمن وعلاقة البائع بالمثمن، فما معنىٰ أن يكون أحد ضامناً الثمن للمشتري أي يكون المشتري مضموناً له، فإنه مضمون له أي شيء،**

﴿ وأشهد علىٰ نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال: نعم» الوسائل ج ١٩: ٨٦ باب ٨ من أبواب الوديعة ح ١، فإنه دال علىٰ صحة الضمان المعلق وصحة ضمان ما لم يجب بغض النظر عن عدم دليل علىٰ اعتبار التنجيز، وعدم دليل علىٰ عدم صحة ضمان ما لم يجب من اجماع أو نص وشمول عمومات الضمان لضمان ما لم يجب الدالة علىٰ صحته، فإن هذا الصحيح دال علىٰ صحة ضمان ما لم يجب وصحة الضمان المعلق أيضاً.

(١) سابق للضمان أو لاحق.

.....

ليس له دين علىٰ أحد ليضمن من طرف ثالث ، ولا مال خارجي له . ولو احتمالاً حتّىٰ يضمنه أحد ، لأن المفروض صحة العقد جزماً ، فما معنىٰ أن يضمن شخص آخر الثمن ، **فإن الثمن ليس ملكاً للمشتري بالفعل ، بل هو ملك لشخص آخر** ، والمثمن ليس ملكاً لبائع بالفعل وإنما يكونا ملكاً للمشتري أو البائع بعد فسخ العقد أو التقايل ، فهو من ضمان ما لم يجب ، وعدم صحته من القضايا التي قياسها معها[1] .

نعم ، يصحّ هذا الضمان في فرض واحد ، وهو ما إذا أمره بالبيع له ـ أي لنفس المأمور ـ أو الشراء كذلك واقباض الثمن أو المثمن مع احتمال أن ينفسخ العقد لعيب من العيوب ، فيتعهد الضامن له برد العين أو بدلها مع الفسخ ، **وذلك لوقوع البيع أو الشراء بأمر الضامن**[2] ، فأي ضرر يتوجه إلىٰ البائع أو المشتري يتوجه إلىٰ الضامن لا محالة ، **فيدخل هذا في العمومات** كأوفوا بالعقود ، **لأنها** معاملة دارجة عند العقلاء ومتعارفة ، وتدخل فيما جرت عليه السيرة العقلائية أيضاً .

وبعبارة أُخرىٰ : لو كان المشتري لا يرضىٰ بشراء هذه الدار واقباض الثمن ، لاحتمال أن

---

(١) **وطبعاً إنما يقول السيد الأُستاذ** دام ظله **إنّه من ضمان ما لم يجب حتىٰ علىٰ مبناه** دام ظله **القائل بأن الفسخ أو الانفساخ ونحوهما إنما يحلان العقد من حين حدوثه ، لا أنهما يحلان العقد بقاءً** ، إلّا أنهما يحلان العقد من حين حدوثه من حين عروض الفسخ ، فعند عروض الفسخ ينحل العقد من الأوّل ، وقبله الثمن ليس ملكاً للمشتري والمثمن ليس ملكاً للبائع ، فضمان الثمن للمشتري ضمان لمال الناس لا لمال المشتري ، وكذا ضمان المبيع للبائع ضمان متعلق بمال الغير لا بمال البائع ، وهو لا يصح كما هو واضح . إلّا أنّه لا يمكن المساعدة عليه لصحة الضمان المعلق وصحة ضمان ما لم يجب فيضمن علىٰ تقدير اشتغال ذمّة البائع بالثمن من الأوّل ، وصحة ضمان ما لم يجب صحيح للمعلومات .

(٢) هذا خارج عن محل كلام الماتن دام ظله لأن ظاهر كلامه هو الضمان المصطلح . لكن لو أمره وصرح بالالتزام بتحمل كل ضرر يرد عليه جرّاء ذلك صح الضمان وإن لم يكن بمعناه المصطلح .

يفسخ البائع هذا البيع لعبب مطلقاً ولا يردّ إليه ثمنه لجهة من الجهات، فإذا أمره غيره بالشراء وإقباض الثمن في هذه الصورة، فالآمر متعهد له بأنّه إذا حصل فسخ بعيب يرد عليه ثمنه مع وجوده أو بدل ثمنه من المثل أو القيمة مع تلفه، لا يبعد صحة الضمان هنا باعتبار أن هذا الشراء والاقباض وقع بأمره، فأي ضرر يتوجه إليه من هذا البيع يتوجه إلىٰ الآمر الضامن، فيدخل هذا الاتفاق في العمومات الدالة علىٰ الصحة في العقود، ويدخل أيضاً فيما جرت عليه السيرة العقلائية القائمة علىٰ أن من أمر غيره بشيء يلزم بجميع ما يترتب علىٰ هذا الشيء، والشيء في المقام هو الشراء والاقباض، فعلىٰ الآمر جميع ما يترتب من الضرر علىٰ هذا الشراء، فللمشتري أن يطالب (الآمر بالشراء) بالثمن بعد الفسخ أو ببدله مع تلفه، ولا مانع من صحة ذلك والالتزام به. وكذا الكلام من طرف البائع بالنسبة إلىٰ المبيع لو احتمل أن بالفسخ لا يرجع إليه مبيعه، فأمره ثالث بالبيع والاقباض فباع واقبض، فلو حصل الفسخ فللبائع أن يطالب الآمر بالمبيع مع وجوده أو ببدله مع تلفه[1].

والمتحصل من ذلك كله: أن الضمان بالنسبة إلىٰ الثمن أو المثمن في فرض ثبوت الخيار وتحقق الفسخ المذكور لا يصح لا قبل القبض ولا بعده، إلّا إذا أمره الآمر بالبيع أو الشراء لنفس المأمور والاقباض، فيلزم الآمر بما يترتب علىٰ ذلك البيع أو الشراء من الضرر والمفسدة[2].

---

(١) لابدّ وأن يصرح حين الأمر باقباض الثمن بالالتزام بتحمّل كل ضرر يرد عليه جرّاء ذلك، ومنها الضرر الحاصل من احتمال فسخ أو انفساخ، وإلّا فمجرد الأمر لا يقتضي ذلك في الأوامر التي ترجع إلىٰ المأمور لا إلىٰ الآمر.

(٢) **الظاهر أن السيد الأُستاذ يريد به ضمان التعهد** وإن كان في ضمن الأمر، لأنه هو الذي دلت عليه العمومات العامة وسيرة العقلاء، وأنه هو الدارج عند العقلاء، وكل معاملة وعقد عند العقلاء يكون مشمولاً للعمومات العامة كقوله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ**﴾ ونحوه، ثمّ بما أنه معاملة جارية عند العقلاء فمعناه أنه عليها سيرتهم فتكون دليلاً ثانياً، **لا أن مراد السيد الأُستاذ الضمان الحاصل** من أمر شخص بعمل أو باعطاء مال لآخر، لأن هذا ليس معاملة، بل هنا سيرة

نعم ، في الفسخ بالعيب السابق أو اللّاحق اختلفوا في أنّه هل يدخل في العهدة ويصحّ الضمان أو لا ؟ فالمشهور علىٰ العدم[1] ، وعن بعضهم دخوله[*] ، ولازمه الصحّة مع التصريح بالأولىٰ . والأقوىٰ في الجميع الدخول مع الاطلاق والصحّة مع التصريح .

وأما علىٰ التقدير الثاني : فلأن انشاء الضمان من الآن فيما إذا فسخ العقد واشتغلت الذمّة به تعليق مبطل بلا كلام[1] ، بلا فرق في ذلك بين أن يكون قبل القبض أو بعده .

(١) **ثمّ إنّه تقدم أنه في البحث الثالث المتقدم في خصوص الفسخ بالعيب السابق للضمان أو اللاحق اختلفوا في دخوله في ضمان الثمن أو المبيع المتقدم وصحة الضمان مع التصريح أيضاً أو لا .**

وتقدم أيضاً أنه ذهب المشهور[2] إلىٰ عدم الصحة ـ وطبعاً في غير الضمان الذي هو بمعنىٰ

العقلاء قائمة علىٰ أن من أمر غيره بعمل أو اعطاء مال أو نحوه فامتثل المأمور كان الأمر ضامناً ، لما يترتب علىٰ المأمور من خسارة أو نحوها ، فدليل هذا هو سيرة العقلاء ، إذ إنّه ليس معاملة حتىٰ تشمله العمومات . بل هو سيرة العقلاء . وأمر الآمر ملتزماً بتدارك ما يترتب عليه من الضرر ـ كما في عبارته في الموسوعة ـ وهو ضمان التعهد ليس إلّا ، لا الضمان الحاصل من الأمر .

(*) حكىٰ **صاحب الجواهر ٢٦ : ١٤٧** علىٰ ما تقدم الجزم بالدخول فيه للحاجة عن فخر المحقّقين في الإيضاح ٢ : ٨٥ ، ولازم ذلك صحة الضمان مع التصريح بأنه ضمان لما إذا حصل فسخ بعيب سابق أو لاحق بالأولوية .

(١) عند السيد الأُستاذ دام ظله ، لا عند الماتن دام ظله كما عرفت .

(٢) **قال المحقق في الشرائع ٢ : ١٢٨** : «لو تجدد الفسخ بالتقايل أو تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ويرجع المشتري علىٰ البائع ، وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق» .

وعقّب عليه في الجواهر بقوله : «وفاقاً للمشهور ، لأن الفسخ أبطل العقد من حينه لا من أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضموناً ، بل لو صرّح بضمانه كان فاسداً ، لأنه ضمان ما لم يجب . فما في القواعد [٢ : ١٥٨] ومحكي التذكرة [١٤ : ٣٤٠] من الاشكال فيه ـ ممّا

التعهد ، أي غير الضمان في القسم الثالث المتقدم لوضوح الصحة فيه ، لأنّه أيضاً الأمر فيه يدور بين كون الضمان من **ضمان ما لم يجب** وهو غير صحيح ، **أو كونه ضماناً معلقاً والإجماع قائم علىٰ بطلان الضمان المعلق** ، فلذا كان القول بعدم الصحة فيه هو المتعين عند المشهور[1] ولا فرق فيه بين الفسخ بعيب مطلقاً وبين الفسخ بخيار أو انفساخ أو تقايل .

عرفت ، من وجود سبب الفسخ حال البيع ، بل عن **فخر المحققين** [في إيضاح الفوائد ٢ : ٨٥] الجزم بالدخول فيه للحاجة ـ واضح الضعف ، ولعله لذا استغرب عدم اندراجه بعد أسطر من الإشكال [القواعد ٢ : ١٥٨] بل جزم بـه بـعد ذلك [القـواعـد ٢ : ١٦٠]» **الجـواهـر ٢٦ : ١٤٧** .

(١) **كما نسب ذلك إلىٰ المشهور الشيخ صاحب الجواهر**قدس سره فإنه قال بعد أن نقل عبارة الشرائع ممزوجاً بكلامه **ما نصه** : «(وكذا) لا يدخل في ضمان العهدة (لو فسخ المشتري بعيب) **لاحق للضمان** ـ كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة ـ قولاً واحداً كـما فـي المسـالك [٤ : ٢٠٢] وغيرها [كمفتاح الكرامة ١٦ : ٤١٨] بل و(سابق) **وفاقاً للمشهور** [نسبه إلىٰ الأشهر في كـفاية الأحكام ١ : ٥٩٥] لأن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله ، فلم يكن حـالة الضـمان مضموناً ، بل لو صرّح بضمانه كان فاسداً ، لأنّه ضمان ما لم يجب. فما في **القواعد** [٢ : ١٥٨] **ومحكي التذكرة** [١٤ : ٣٤٠] من الاشكال فيه ـ ممّا عرفت ، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع ، بل عن **فخر المحقّقين** : الجزم بالدخول فيه للحاجة [ايضاح الفوائد ٢ : ٥٨] واضح الضعف ، ولعلّه لذا استقرب عدم اندراجه بعد أسطر من الإشكال [القواعد ٢ : ١٥٨] بل جزم به بعد ذلك [القواعد ٢ : ١٦٠]» الجواهر ٢٦ : ١٤٧ .

قال السيد الحكيمقدس سره **في المستمسك** معقباً علىٰ قول الشيخ صاحب الجواهرقدس سره : «ويشير بقوله : (ولذا استقرب . . .) إلىٰ قوله في القواعد بعد أسطر من الإشكال : (والأقرب أنّه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيباً ورده) [القواعد ٢ : ١٥٨] وقوله بعد ذلك : (ويرجـع علىٰ ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس ، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق) [القواعد ٢ : ١٦٠]» **المستمسك ١٣ : ٢٠٤ ـ ٢٠٥** (طبعة بيروت) .

ودعوىٰ أنّه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية وجود السبب[1].

هذا بالنسبة إلىٰ ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ، وأمّا بالنسبة إلىٰ مطالبة الأرش[2] **فقال بعض من منع من ذلك بجوازها، لأنّ الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب.**

---

(١) **وتقدم أيضاً ذهاب الماتن**ﷺ إلىٰ دخول ذلك في ضمان الثمن أو المبيع المتقدم قوله بالصحة فيه بالمعنىٰ المصطلح أيضاً، وإلىٰ الصحة فيما إذا صرح بضمان الثمن أو المبيع لو حصل فسخ بعيب سابق أو لاحق، ودعوىٰ كونه من ضمان ما لم يجب غير صحيح عنده لكفاية وجود السبب في صحة الضمان.

وتقدم أيضاً في مقام الجواب عنه أن وجود المقتضي لا يحقق اشتغال الذمّة ليصح النقل بالمعنىٰ المصطلح الذي هو النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، والتعليق في الضمان موجب للبطلان بالإجماع[1].

(٢) **البحث الرابع في هذه المسألة.**

بعد ما تكلم الماتنﷺ في صحة الضمان بعد حدوث الفسخ بعيب سابق أو لاحق، أو حصول التقايل، واختار صحة الضمان حتىٰ في الضمان المصطلح، بناءً علىٰ ما بنىٰ عليه من عدم المانع من صحة ضمان ما لم يجب[2].

تكلم الماتنﷺ **فعلاً** في ضمان الأرش، فإنه لو فرضنا أن المبيع كان معيباً أو كان الثمن الشخصي معيباً، فثبت خيار العيب لمن انتقل إليه المعيب، فلنفرض أن المبيع هو المعيب، فيحق للمشتري الأرش من البائع، فهل يصح ضمان الأرش قبل مطالبة المشتري بالأرش وبعد تحقق البيع في الخارج فيما إذا احتمل المشتري أنه عندما يكون المبيع معيباً أن لا يتمكن من

---

(١) **تقدم من الماتن صحتهما** أي ضمان ما لم يجب في نفقة الزوجة المستقبلة في المسألة ٣٥ [٣٦٠٢] **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٦٠**، وعدم اعتبار التنجيز في الضمان في المقام **في الأمر السابع مما يعتبر في الضمان، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٠** نعم السيد الأُستاذﷺ يعتبر التنجيز في الضمان وعدم صحة ضمان ما لم يجب، فالاشكال علىٰ الماتن مبنائي.

(٢) وعدم المانع من التعليق في الضمان، إلّا أن السيد الأُستاذﷺ لم يذكره لتخيله أنّ الماتن قائل باعتبار التنجيز.

تحصيل الأرش من البائع ، فهل يصح لثالث أن يضمن الأرش إذا ظهر المبيع معيباً أو لا ؟

نسب إلىٰ بعض ممن منع من ذلك[١] **جواز ضمان الأرش**[٢] ـ وإن منع من صحّة الضمان في موارد ثبوت الخيار وحصول الفسخ به أو بالتقايل ـ باعتبار أن المبيع ـ مثلاً ـ إذا ظهر معيباً يثبت للمشتري حق مطالبة الأرش من البائع ، فيجوز لثالث أن يضمن ذلك ، فإذا ضمنه ووجد المشتري المبيع معيباً طالب الضامن بالأرش فإن لم يعطه رجع علىٰ الضامن به .

وهذا علىٰ ما بنىٰ عليه الماتنﷺ من شمول العمومات وعدم الدليل علىٰ عدم صحّة ضمان ما لم يجب **صحيح**[٣] . ولا فرق بينه ـ أي الأرش ـ وبين ضمان الثمن أو المبيع لو حصل فسخ أو

---

(١) أي منع من ضمان الثمن في الفسخ أو الانفساخ أو في العيب مطلقاً .

(٢) **الذي منع من ذلك وجوّز ضمان الأرش هو العلّامة**ﷺ **في القواعد ٢ : ١٦٠** فإنه بعد أن منع من الضمان في العيب قال : «ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن» ، **وكذا في الإرشاد** ١ : ٤٠٢ . **وكذا المحقق الكركي في جامع المقاصد** ٥ : ٣٣٨ ، فانه بعد أن قال أن الضمان في العيب ضمان لما لم يجب ، قال : «لو لم يفسخ فيما إذا ظهر معيباً ورضي بالأرش ، فالأقرب أنّ له مطالبة ضامن العهدة» . **وفي الشرائع ٢ : ١٢٨** : «أما لو طالب بالأرش رجع علىٰ الضامن لأن استحقاقه ثابت عند العقد» ولكن قال : «وفيه تردد» .

وعقّب صاحب الجواهرﷺ علىٰ قول المحقق «لأن استحقاقه ثابت عند العقد» **بقوله:** «فيتحقق شرط الضمان بل هو أولىٰ من غيره ، لأن الأرش جزء من الثمن باق في ذمّة المشتري» **الجواهر ٢٦ : ١٤٧** وقال الشهيد كما سيأتي «لأنّه [أي الأرش] عوض جزء فائت من مال المعاوضة» **المسالك ٤ : ٢٠٣** .

وجزم العلّامةﷺ **في التحرير** ٢ : ٥٥٥ بالعدم لأن الاستحقاق له [أي الأرش] إنما حصل له بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش ، والعيب الموجود حالة العقد لم يقتضِ تعيين الأرش ، بل التخيير بينه وبين الردّ فلم يتعين الأرش إلّا باختياره» .

(٣) بعدُ لحدّ الآن في ذهن السيد الأستاذﷺ أنّ الماتن قائل باعتبار التنجيز في الضمان ، ولذا لم

تقايل[1].

﴿ يذكر إلّا قول الماتن بصحة ضمان ما لم يجب ، ولم يذكر عنه أنّه قائل بصحة الضمان المعلق . ولذا قال في الثامن مما يعتبر في الضمان أي بعد بحث التنجيز : والماتن ممن يعتبر التنجيز في الضمان الواضح ١٦ : ٢٩٧ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٥ ، **فالصحيح هو أن يضيف إلىٰ قوله** : «وهذا علىٰ ما بنىٰ عليه الماتنﷺ من شمول العمومات وعدم الدليل علىٰ عدم صحة ضمان ما لم يجب» **هذه الجملة** ، وهي وعدم اعتبار التنجيز في الضمان . هو صحة الضمان في المقام . . . إلخ ، وكذا في التعليق الذي ذكرناه في أوّل البحث الرابع في هذه المسألة .

(١) وكذا لا مانع من صحته عند الماتنﷺ لقوله بعدم اعتبار التنجيز في الضمان وصحة الضمان المعلق ، فغاية ما يلزم في المقام كون الضمان معلقاً ولا مانع منه .

وقال بعض : إن جواز الرجوع علىٰ الضامن بالأرش إنما هو لأجل أن الاستحقاق له ثابت عند العقد ، فليس هو من ضمان ما لم يجب حتىٰ لا يكون صحيحاً .

وجوابه واضح وهو أن الأرش غير ثابت عند العقد ، بل إن الاستحقاق له إنما يحصل له بعد العلم بالعيب وبعد اختيار أخذ الأرش ، وإلّا فلو لم يعلم به لا هو ولا ورثته بعد موته علىٰ القول بالانتقال لهم عند الموت كما هو كذلك ، لا يثبت في ذمّة البائع شيء لهم ، لأن صفة السلامة غير مقابلة بجزء من الثمن ، بل تزيد في قيمة العين ليس إلّا ، فالأرش ليس جزءاً من مال المعاوضة حتىٰ يقال لم يسلم إليه الثمن كله ، **فما لم يختار الأرش** ليس الضمان إلّا من ضمان ما لم يجب ،

وهذا الجواب غير الجواب الذي ذكره في المسالك وجهاً لتردد الشرائع وأجاب عنه ، فإن الذي ذكره في المسالك وجهاً لتردد الشرائع هو : أن الموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش ، بل التخيير بينه وبين الردّ ، فلم يتعين الأرش إلّا باختياره .

ثمّ قال الشهيد في ردّ هذا الجواب ما نصه : «ولو قيل إنه [أي الأرش] أحد الفردين الثابتين علىٰ وجه التخيير ، فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره ،

﴾

وأما بناءً علىٰ ما هو الصحيح من أن الضمان إنّما يصحّ **في موردين لا ثالث لهما :**

الأوّل : أن يكون الشخص مديناً والدين ثابتاً في الذمّة فيضمنه شخص ، فينتقل من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، وهذا هو المعروف والمشهور والمتسالم علىٰ صحته والمسمىٰ بالضمان المصطلح .

الثاني : ضمان الأعيان الشخصية ، **بمعنىٰ أن تكون في عهدة الضامن** ، وأن يكون هو

فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره ، لزم مثله في الثمن ، لأنه قسيمه في ذلك» **(المسالك ٤ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣) ثمّ قال** : «والحق ثبوت الفرق بينهما فإن الثمن ما وجب إلّا بالفسخ ، وأمّا الأرش فإنه كان واجباً بالأصل ، لأنّه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ، ويكفي في ثبوته بقاء المشتري علىٰ الشراء ، وإنما ينتقل إلىٰ الثمن بارتفاقٍ آخر ، حيث لم يسلم له المبيع تاماً» **المسالك ٤ : ٢٠٣** .

وهذا الفرق الذي ذكره الشهيد قدس سره مبتن علىٰ أن الأرش عوض جزء فائت من مال المعارضة **ومن الواضح فساده** ، لأن الوصف كما ذكرنا في جوابنا لا يقابل بجزء من الثمن ، بل يزيد في قيمة العين ، **فلا ينفع هذا الرد في رد الجواب السابق** حيث ذكرنا فيه «وإلّا لو لم يعلم به لا هو ولا ورثته بعد الموت لا يثبت في ذمّة البائع شيء للمشتري ولا لورثته» الذي هو ظاهر الأدلة ، **وهذا منّا في الجواب** هو الذي يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي قدس سره من أن الوصف لا يقابل بمال .

ومن هنا يتوضح أن ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره وفاقاً للشهيد في المسالك قدس سره من قوله (لكونه عوض جزء فائت . . .» ليس في محله ، كما ليس لكلام الشهيد محل أيضاً .

ويتوضح أيضاً أن ما ذكره السيد الأستاذ قدس سره مما سيأتي من أن وصف الصحة لا يقابل بجزء من الثمن ، وإنما يوجب زيادة قيمة العين ، **وما ذكره السيد الحكيم** قدس سره : من «أن صفة الصحة لا تقابل بجزء من الثمن ، وإنما هي دخلية في زيادة الثمن في مقابل الذات الموصوفة . . .» **المستمسك ١٣ : ٢٠٥ طبعة بيروت ، هو الصحيح** .

نعم ، تحقق السبب حال العقد كافٍ عند الماتن في الحكم بصحة الضمان من جهة كفاية تحقق المقتضي للضمان كما في نفقة الزوجة بالنسبة إلىٰ الأيام المستقبلة كما أن الضمان المعلق كافٍ عنده أيضاً .

المسؤول عن ردّها أو ردّ بدلها، **لا بمعنىٰ اشغال الذمّة بشيء، وقلنا إنّه لا مانع من ضمّ ضمان إلىٰ ضمان**، كما في ضمان المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد، حيث إن الغاصب ضامن والضامن عنه ضامن أيضاً، أو القابض بالعقد الفاسد ضامن والضامن عنه ضامن أيضاً، كما هو الحال في تعاقب الأيدي[1].

---

(١) **الضمان الثاني الذي يقوله السيد الأُستاذ**ﷺ وهو ضمان الأعيان الشخصية بمعنىٰ أن يكون في عهدة الضامن **صحيح**، إلّا أنّ الضمان بمعنىٰ التعهد لا يختص بالأعيان الشخصية حتىٰ يقال كما سيأتي منه (أنّه ليس هناعين شخصية يضمنهاالضامن حتّىٰ يقال بصحة الضمان بمعنىٰ التعهد) فأي مانع من أن يضمن الضامن بمعنىٰ التعهد الأرش في المقام، فإن الضمان بمعنىٰ التعهد المتعارف عند العقلاء غير مختص بالتعهد بالأعيان الشخصية، نعم هي مختصة به إذ لا يمكن أن تدخل في الضمان المصطلح لاختصاصه بنقل ما في الذمّة، والأعيان الشخصية ليست مما في الذمّة، فالذي يجري فيها الضمان بمعنىٰ التعهد إلّا أنه لا يختص بها لأنّه عند العقلاء لا يختص بها، بل يجري في كل ما يتعلق بشيء ولو نقيصة أو خسارة أو ضرراً أو نحو ذلك، فإن هذا هو المتعارف عند العقلاء في الضمان بمعنىٰ التعهد، وهو الذي تشمله العمومات والسيرة العقلائية.

قال السيد الأُستاذﷺ **في موسوعته معلقاً علىٰ قول الماتن**ﷺ: (وأما بالنسبة إلىٰ مطالبة الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد) **ما نصه**: «وفيه أنه لا ينبغي الشك في بطلان هذا الضمان [الذي هو ضمان الأرش] حتّىٰ بناءً علىٰ القول بصحّته في الأعيان الخارجية كما هو المختار، والوجه فيه ما عرفته في ضمن المسائل السابقة **من أن الضمان إنما يصح في موردين لا ثالث لهما. الأوّل**: ضمان الدين الثابت في الذمّة بالفعل، فإنه القدر المتيقن من صحة الضمان، وهو الضمان بالمعنىٰ المصطلح الذي عليه تسالم الأصحاب.

الثاني: ضمان الأعيان الشخصية بالمعنىٰ الذي ذكرناه. والفرق بينهما يكمن في كون الأوّل متضمناً لاشتغال ذمّة الضامن بالدين بالفعل، في حين أنّ الثاني لا يعني إلّا كون العين في عهدته

ومسؤوليتها عليه . **وكيف كان، فحيث لا دليل علىٰ صحّة الضمان في غير هذين الموردين**، أعني ما كان ديناً ثابتاً بالفعل أو عيناً خارجياً، **فلا وجه للحكم بالصحّة في ضمان الأرش، فإنه خارج عنهما» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٧١ ـ ٤٧٢.**

وهذا من السيد الأُستاذ قدس سره لا يمكن المساعدة عليه، وذلك:

أوّلاً: أن الضمان لا ينحصر بهذين الموردين، **بل له مورد ثالث** وهو الضمان الحاصل من أمر الآمر، فإنه إذا أمر شخص آخر باعطاء مال للفقير مثلاً أو أمر الخباز باعطاء خبز للفقير ونحو ذلك كأي شيء متعلق بالماليات أو راجع إليها، فأعطىٰ المأمور المال أو الخباز الخبز وامتثل الأمر، كان الآمر ضامناً لذلك المال ولما أعطاه الخباز، وعلىٰ هذا السيرة العقلائية وهي دليله. وقد كرر السيد الأُستاذ ذلك في المباحث السابقة والآتية كثيراً، منها ما سيأتي في المسألة بعد الآتية وبنحو مفصل، وعليه فيقال في المقام: لو أمر الآمر زيداً باقباض المبيع مع تصريحه بتعمل كل ضرر يرد علىٰ المشتري، كان الأرش في المقام في عهدة الآمر بالاقباض، وعليه سيرة العقلاء.

وثانياً: **أن الضمان بمعنىٰ التعهد** والذي هو المتعارف عند العقلاء والمشاهد بالعيان **هو التعهد للطرف الآخر يجبران ما يترتب علىٰ دخوله في معاملة أو نحوها من خسارة للثمن أو بعضه أو ورود ضرر أو أي تبعة تكون ناتجة من ذلك** ولو كانت معنوية كذهاب شخصيته واحترامه بين الناس الذي هو ضرر اجتماعي، والأعيان الشخصية أحد ما يتعلق به الضمان بمعنىٰ العهدة، نعم هي تختص بالضمان بمعنىٰ التعهد في قبال الضمان المصطلح، إذ لا يمكن أن تدخل في الضمان المصطلح المتمثل بنقل ما في الذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، حيث إن الأعيان الخارجية الشخصية لا في ذمّة ولا تدخل في الذمّة، فيختص الضمان فيها كلها بالضمان بمعنىٰ التعهد في قبال الضمان المصطلح، **وليس معنىٰ ذلك اختصاص الضمان** بمعنىٰ التعهد الموجود والدارج والمتعارف عند العقلاء بها فيشملها وغيرها من الأُمور المعنوية فيشمل الأرش في المقام.

وثالثاً: مع التنزل وفرض أنّ الضمان بمعنىٰ التعهد مختص بالأعيان الشخصية، فمعنىٰ

وأمّا في غير هذين الموردين فلا دليل على صحّة الضمان، إذ لا معنى لضمان ما ليس بدين فعلاً، ولا ما هو ليس بمال كذلك، إلّا على فرض معقولية الضمان بلا موضوع بالفعل، ومن هذا القسم ـ أي القسم الثالث الذي هو الضمان بلا موضوع والذي لا يعقل ـ هو ضمان الأرش.

توضيح ذلك: أنّه ذكرنا في بحث خيار العيب[1] وفي بحث الإجارة أيضاً فيما إذا ظهرت العين معيبة[2] **أن الأرش لا يثبت على القاعدة وبنفس العقد، لعدم قابلية وصف الصحّة للمقابلة بالمال**، فإنه إذا باع الإنسان داراً أو فرشاً فظهر معيباً لا يبطل البيع بالنسبة إلى مقدار ويصح بالنسبة إلى مقدار، فإن وصف الصحة كسائر الأوصاف لا يقابل بمال، **وإنما يكون وصف الصحة موجباً لزيادة قيمة العين**، فالعين المعيبة أقل قيمةمن العين الصحيحة، لا أنّ القيمة بإزاء وصف الصحة، أي أن من يبيع حيواناً بخمسة عشر ديناراً لا يتجزء هذا البيع إلى جزأين: ١ ـ بيع الحيوان بعشرة

التعهد بها أنها إذا كانت موجودة يردها إلى مالكها، وإن كانت موجودة ولا يمكن ردها كلها أو بعضها أو كانت تالفة كلها أو بعضها يرد بدلها على الأوّل الذي هو عدم إمكان ردها كلها أو تلفها كلها، ويرد النقص على الثاني الذي هو تلف بعضها أو عدم امكان رد بعضها بعد أن يرد بعضها الممكن رده. **وفي المقام التالف البعض** وإن لم يكن بعض الثمن بل هو بعض مالية المشتري، وهو تفاوت ما بين الصحيح والمعيب في المبيع الذي يقابل الثمن، فلماذا كان الأرش غير داخل في ضمان الأعيان الشخصية الذي هو المالية وإن لم يكن هو الثمن، فإن الثمن مع كون المبيع معيباً واختيار الأرش لا يمكن إرجاع بعضه، وبدل هذا البعض الذي جعله الشارع هو الأرش، وإن كان وصف الصحة لا يقابل بمال إلّا أنّ الشارع جعل في مقابله الأرش، فعلى الضامن المتعهد ارجاع الأرش، فالأرش ـ وهو نقص بعض ماليته وإن لم يكن لبعض الثمن ـ مما يتعلق به الضمان بمعنى التعهد حتّى على القول باختصاص الضمان بمعنى التعهد بالأعيان الشخصية الخارجية فإن الضمان هنا لبعض مالية المشتري وهي عين شخصية خارجية، وإن لم يكن بعض الثمن، ولذا يثبت خيار الغبن لو كان الفارق فاحشاً.

(١) **موسوعة الإمام الخوئي ٣٩: ١٣٢.**

(٢) الواضح ٩: ٣٦٥ـ٣٦٦، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ١٤٥.

دنانير. ٢ ـ وبيع وصف الصحة بخمسة دنانير، فالمجموع خمسة عشر ديناراً **ليس كذلك**، بل الثمن بتمامه ـ وهو الخمسة عشر ديناراً ـ يقع بإزاء الحيوان، **ووصف الصحة يوجب زيادة قيمة** الحيوان، كما أن فقدان وصف الصحة يوجب نقيصة قيمة الحيوان، **وبمقتضىٰ الشرط العقلائي الارتكازي** القاضي باعتبار وصف الصحة في المبيع ـ مع قطع النظر عن النصوص الواردة في المقام ـ يثبت خيار العيب للمشتري إذا ظهر المبيع معيباً لتخلف الشرط، أي إن البائع ملتزم بمقتضىٰ الارتكاز العقلائي بكون المبيع صحيحاً، كما أن التزام المشتري بالبيع منوط بصحّة هذا المبيع أيضاً، **لا أن يكون** وصف الصحّة مقابلاً بالمال، **وإلّا لم يكن حاجة إلىٰ الأرش، بل كان يجب علىٰ البائع أن يرد ما قابل وصف الصحة سواء طالب المشتري أم لا**، نظير تبعض الصفقة، **وهذا باطل جزماً، كما في سائر الموارد، أي إذا كان المبيع شيئين**: ذات الحيوان ووصف الصحة، فإذا كان الثاني مفقوداً فمعناه أنه عليه أن يرد نصف الثمن وهو خمسة دنانير **وهو باطل جزماً**، بل يجوز للبائع أن يعطي الأرش من مال آخر، ولا يجب الاعطاء من ذلك المال. ولو فرضنا أنّه لم ينكشف العيب إلىٰ الأبد فمات البائع، لا يجب علىٰ ورثته اخراج مقدار الأرش من التركة باعتبار أنّه ليس مديناً لأحد، والبيع كان صحيحاً، **غاية الأمر كان للمشتري الخيار، والمفروض أنه لم يفسخ ولو لجهله بالعيب. إذن فالأرش أمر علىٰ خلاف القاعدة، وإنّما ثبت بالنصوص الخاصّة وفي موارد البيع فقط، ولذا لا يتعدىٰ إلىٰ غيره كالاجارة ونحوها**، فإذا فرض تمكن المشتري من الفسخ ورد المبيع ومطالبة الثمن فله ذلك، وليس له مطالبة الأرش. وإن فرض تلف العين وعدم إمكان ردّها لمانع عقلي أو شرعي كالتصرف المغير للعين كطحن الحنطة أو وطء الأمة، حيث في مثل ذلك لا يمكن رد العين عقلاً أو شرعاً، فينتقل الأمر في مثل ذلك إلىٰ جواز مطالبة الأرش، وإن لم يطالب فليس علىٰ البائع شيء، وإن طالب فلا يجب علىٰ البائع الأداء من نفس الثمن حتىٰ لو كان موجوداً بعينه، بل يجوز له الأداء من مال آخر. **فالأرش إنما يستحقه المشتري بالمطالبة بعد ظهور العيب**، وإن لم يطالب ليس له في ذمّة البائع شيء، هذا ماقررناه في بحث خيار العيب[1]

---

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٩: ٣٤٦ ـ ٣٤٨.

.....

وبحث الإجارة[١].

وعلىٰ ضوء ذلك ليست ذمّة البائع في مفروض الكلام قبل مطالبة المشتري بالأرش مشغولة بشيء، **وليس هنا عين شخصية يضمنها الضامن** حتّىٰ يقال بصحة الضمان بمعنىٰ التعهد[٢]، وتقدم أن الضمان إنّما يكون ويصحّ في موردين لا ثالث لهما، تقدما قريباً ليس منهما شيء متحقق في المقام لا الأوّل ولا الثاني. وأما **١ ـ إنشاء الضامن اشتغال ذمّته بالفعل قبل أن تشتغل ذمّة البائع به ـ أي اشغال ذمّة الضامن بالإرش قبل أن تشتغل به ذمّة البائع ـ فهو من ضمان ما لم يجب**، وبطلانه من القضايا التي قياساتها معها، بلا حاجة إلىٰ دليل من إجماع أو نص، فإن المعدوم كيف ينتقل إلىٰ ذمّة أحد حتّىٰ يكون موجوداً، إذ مع أنّ ذمّة البائع بريئة من الأرش فعلاً وقبل مطالبته، وإنما تشتغل بالأرش بعد ذلك بمطالبة المشتري، فإذا كانت بريئة فكيف يضمنها ضامن وتشتغل ذمّته بالفعل، مع أن المضمون عنه بريء الذمّة[٣]، **٢ ـ وإما انشاء الضمان المتأخر ـ**

---

(١) الواضح ٩: ٣٦٥ ـ ٣٦٦.

(٢) **الضمان بمعنىٰ التعهد** كما تقدم منّا في الهامش قريباً **لا تختص صحته بالأعيان الخارجية نعم لا يصح فيها غير الضمان بمعنىٰ التعهد في قبال الضمان بالمعنىٰ المصطلح، وأما أن الضمان بمعنىٰ التعهد** لا يصح في غيرها فلا، فلا شك في شمول الضمان بمعنىٰ التعهد للأرش في المقام كما تقدمت الإشارة إلىٰ هذا. نعم الضمان بالمعنىٰ المصطلح علىٰ رأي السيد الأستاذ ﷺ لا يشمل الأرش، لأنه من ضمان ما لم يجب أو من الضمان المعلق علىٰ القول بانهما مانعان من الضمان المصطلح. وقد عرفت أنهما ليسا مانعين.

(٣) **ومن ذلك يتوضح لك أن ما ذكره السيد السبزواري ﷺ من قوله**: «وأما ما يقال: من أن الضمان في جميع ذلك ليس من الضمان المصطلح لعدم المضمون عنه فيها فعلاً فمخدوش، لأن العنوان الاعتباري كاف ما دام يصح الاعتبار عرفاً كما في سائر الاعتبارات، ولا ريب في صحة اعتبار المضمون عنه بالنسبة إلىٰ المشتري والبائع في المقام» **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٨٨.**

ليس صحيحاً، فإن الضمان **إما هو المصطلح** وهو نقل الدين من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ، **وإما هو**

وقد عرفت أنّ الأقوىٰ صحّة الأوّل أيضاً ، وأنّ تحقق السبب حال العقد كافٍ[١] ، مع إمكان دعوىٰ أنّ الأرش أيضاً لا يثبت إلّا بعد اختياره ومطالبته[٢] ، فالصحّة فيه

أي انشاء التزام الضامن بأنه إذا طالب المشتري بالأرش واشتغلت ذمّة البائع به **فيكون هو الضامن في ذلك الظرف ـ فهو من التعليق الباطل بلا كلام . فعلىٰ كلا التقديرين لا يمكن فرض الضمان في المقام ضماناً صحيحاً ، فلا محيص من رجوع الضمان هنا إلىٰ ضمان ما لم يجب ، وهو غير معقول إما لعدم الموضوع أو للتعليق المبطل .**

(١) قد عرفت أنه ليس هو السبب ، فإن الأرش إنما يثبت باختياره بعد العلم بالعيب ، فلو لم يعلم به إلىٰ أن مات البائع لا يجب علىٰ ورثة البائع اخراج مقدار الأرش من التركة ، لأن البائع ليس مديناً إلىٰ أحد . ولو لم يعلم بالعيب لا المشتري ولا ورثته أصلاً لا يكون الأرش ثابتاً لهم ، ولو كانا العقد سبباً للأرش لكان ثابتاً ، ولكان يجب رد مقابله علم به المشتري أو لا ، وقد عرفت أن وصف الصحة لا يقابل بمال وليس في الثمن شيء يقابله .

(٢) لا أن ذلك ممكناً بل هو المتعين ، فإنه ما لم يعلم المشتري أو ورثته بالعيب وما لم يختاروا الأرش لا يكون الأرش ثابتاً لهم .

﴿**الضمان بمعنىٰ التعهد .**

والأوّل متوقف علىٰ وجود شيء في الذمّة لينقل ، والمفروض أن البائع قبل أن يختار المشتري الأرش ليس في ذمّته شيء فماذا ينقل الضامن إلىٰ ذمّته ؟ ! بعد عدم موضوع للنقل والضمان علىٰ ما تقدم في أوّل الضمان هو ليس إلّا النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، وهو مأخوذ من الضمن الذي هو النقل ، لا من الضم الذي هو التشريك ، والنون فيه أصلية ، **فما معنىٰ** أنه عنوان اعتباري . وما دام يصح الاعتبار عرفاً فهو كاف في صحته ، ولا ريب في صحة اعتبار المضمون عنه بالنسبة إلىٰ المشتري والبائع في المقام ؟ !

فإنه ما لم يكن المضمون عنه مشغول الذمّة كيف يكون مضموناً عنه ، وكيف نعتبره مضموناً عنه ؟ حتىٰ يكون من الاعتبارات .

والثاني : الضمان بمعنىٰ التعهد ، وليس الكلام فيه ، وإن صح لو أُريد منه الضمان بمعنىٰ التعهد .

أيضاً[١] من جهة كفاية تحقّق السبب . ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع[٢] .

[٣٦٠٧] «مسألة ٤٠» : إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقّاً فالأقوىٰ اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض[٣] وفي البعض الآخر يتخيّر المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة ، فيرجع علىٰ البائع بما قابله . وعن الشيخ﵀ جواز الرجوع علىٰ الضامن بالجميع ، ولا وجه له .

---

(١) الصحيح كما عرفت عدم الصحة لا بمعنىٰ ضمان العهدة لعدم العين الشخصية ، ولا بمعنىٰ الضمان المصطلح لعدم اشغال ذمّة البائع به حتىٰ يصح نقله بالضمان .

(٢) ذكرنا ذلك عند ذكرنا لضمان درك الثمن للمشتري ، وقلنا فيهما معاً بصحة الضمان بمعنىٰ التعهد وعدم صحة الضمان المصطلح ، لأنه إما من ضمان ما لم يجب أو من الضمان المعلق ، وكل منهما باطل .

(٣) **ثمّ تعرض الماتن﵀** لما إذا ضمن أحد درك الثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً للغير فظهر أنّ بعض المبيع مستحقاً للغير ، كما إذا اشترىٰ داراً وضمن ضامن درك الثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً للغير فبان أن بعض الدار المشتراة مستحقاً للغير ، كما لو كان الدار لأخوين فباعها أحدهما ولم يجز الآخر .

ذكر الماتن﵀ أنّه يصح الضمان هنا ، ولكن بالنسبة إلىٰ المقدار الذي ظهر أنه مستحق للغير ، لأن ضمان الكل ينحل إلىٰ ضمان كل جزء جزء من أجزاء هذا الدار ، فبالنسبة للنصف ظهر أنه مستحق للغير فيتمكن المشتري من الرجوع علىٰ الضامن بمقدار النصف ، وبعد ذلك يكون المشتري مخيراً بين الفسخ والإمضاء بالنسبة إلىٰ النصف الآخر لتبعض الصفقة ، فيتخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بالنسبة إلىٰ النصف الثاني ، فإن امضىٰ فهو ، **وإن فسخ رجع إلىٰ البائع بنصف الثمن ، وليس له أنه يرجع إلىٰ الضامن** ، لأن المفروض أن هذا النصف للبائع نفسه ، وليس للغير حتّىٰ يدخل تحت الضمان .

ولكن نسب الماتن﵀ إلىٰ الشيخ في المبسوط[١] أنه حكم بجواز رجوع المضمون له

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٢٨ .

علىٰ الضامن في جميع الثمن النصف الأوّل وكذا النصف الثاني.

وعقب الماتن عليه بأنه لا وجه له[١].

والصحيح هو ما ذكره الماتنﷺ، لأن المفروض أن مورد الضمان إنّما هو لخصوص درك الثمن إذا ظهر مستحقاً للغير، لا الثمن بجميع طوارئه ولواحقه، وقد فرض أن المقدار الذي ظهر مستحقاً للغير إنّما هو البعض، فيكون الضمان بمقداره. **وأمّا لواحق العقد من ثبوت الخيار واستحقاق المشتري مطالبة الثمن من البائع** من جهة الفسخ، **فليس هذا داخلاً تحت الضمان**[٢]،

---

(١) لماذا لا وجه له، فإنّه إذا كان المبيع ملكاً للبائع وليس ملكاً للغير مقتضياً لعدم شمول ضمان العهدة له حتّىٰ لو فسخ بخيار تبعض الصفقة عند الماتنﷺ **فما معنىٰ قوله في المسألة المتقدمة مسألة ٣٩ [٣٦٠٦]** «وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض، فعلىٰ المشهور لم يلزم الضامن، فيرجع علىٰ البائع لعدم ثبوت حقّ وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضىٰ التعليل المذكور. نعم، في الفسخ بالعيب السابق أو اللّاحق اختلفوا في أنّه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور علىٰ العدم، وعن بعض دخوله، ولازمه الصحّة مع التصريح بالأولىٰ، والأقوىٰ في الجميع الدخول مع الإطلاق والصحة مع التصريح...» **فهل إن الفسخ بخيار تبعض الصفقة ليس فسخاً بالخيار؟!** فلماذا الماتنﷺ هنا اختار عدم صحة الضمان وأشكل علىٰ الشيخﷺ القائل بصحة الضمان. وما هو الفرق بين المسألتين؟!

(٢) **أقول**: جعل محل النزاع مسلماً مصادرة علىٰ المطلوب، فإنه **من أين أن** محل البحث هو خصوص درك الثمن إذا ظهر مستحقاً للغير، وأي مقيد قيد محل البحث والضمان الذي ضمنه الضامن بذلك، **فإن عنوان المسألة ما لو ضمن عهدة الثمن مطلقاً، وليس فيه ما إذا ظهر مستحقاً للغير**. وظهور بعض المبيع مستحقاً للغير المصدّر بفاء التفريع إنما هو تفريع علىٰ ضمان عهدة الثمن المطلق، وهو فرض واحد من فروض ضمان عهدة الثمن المطلق مورد له، وهو لا يوجب اختصاص ضمان عهدة الثمن بالفرع المذكور بحيث لا يشمل ما لو حدث فسخ

ولذا ليس له الرجوع إلىٰ الضامن بأكثر مما ضمنه.

نعم، لو تم ضمان الثمن بتمام لواحقه وطوارئه حتىٰ من جهة الفسخ بناءً علىٰ صحّة ذلك كما اختاره الماتنﷺ وفصلنا فيه[1] يرجع إلىٰ الضامن بتمام الثمن، **إلّا أن هذا هنا خارج عن محل الكلام**، حيث إن الكلام مفروض في خصوص درك الثمن إذا ظهر مستحقاً للغير[2]، **فلم يعرف لما ذكره الشيخﷺ وجه صحيح**[3].

لخيار أو تقايل أو تلف مبيع أو تبعض صفقة. ولا فرق بين مسألة المقام والمسألة السابقة عليها، فإنه قال في المسألة السابقة: يجوز عندهم ضمان درك الثمن للمشتري وهو مطلق، وغير مقيد بما قاله بعد ذلك من قوله: إذا ظهر كون المبيع [أي كله] مستحقاً للغير. وصرح هناك بالتعدية إلىٰ ما لو كان البيع صحيحاً وحصل فسخ أو انفساخ أو تقايل، وقال بشمول ضمان عهدة الثمن للثمن بعد الفسخ بخيار أو انفساخ أو تقايل. ولا فرق في الفسخ بالخيار بين خيار العيب أو الغبن أو الاشتراط أو تبعض الصفقة. **وإنما خصص الماتنﷺ** هنا بهذه المسألة من جهة أنه ليس له الرجوع علىٰ الضامن في الجميع من جهة كون ظهور بعض المبيع مستحقاً للغير، **فإن ظهور بعض المبيع مستحقاً للغير** إنّما يجوّز رجوع المشتري علىٰ الضامن بخصوص ما كان مستحقاً للغير، لا بجميع الثمن ما لم يفسخ. وأما أنه إذا فسخ بخيار تبعض الصفقة فيها لا يدخل في ضمان عهدة الثمن المضمون في هذه المسألة فلا.

(١) لأنّه من ضمان ما لم يجب بناءً علىٰ أن المراد من الضمان المعنىٰ المصطلح، وإن كان المراد من الضمان معنىٰ التعهد فهو صحيح. كما تقدم تفصيل ذلك في المسألة ٣٨ [٣٦٠٥].

(٢) هذه هي المصادرة في المقام وهي تخصيص ضمان عهدة الثمن بما إذا ظهر مستحقاً للغير، والحال أن ضمان عهدة الثمن مطلق وغير مقيد بما إذا ظهر بعضه مستحقاً للغير، وإنما ظهور بعضه مستحقاً للغير أحد أفراد ضمان عهدة الثمن، وفرده الآخر ما لو فسخ المشتري بخيار سواء كان هو خيار تبعض الصفقة أم غيره.

(٣) تقدم ما في هذا المفروض، ثمّ إنّه لم يبين السيد الأُستاذﷺ التنافي بين كلامي الماتن هذا وما تقدم منه في المسألة ٣٨ [٣٦٠٥] لأنّه فرض محل كلام في ضمان عهدة الثمن في خصوص ما

﴿لو ظهر بعض المبيع مستحقاً، والمسألة أعم، والفاء فاء التفريع، فإن ما ذكر هنا من ضمان عهدة الثمن ثمّ ظهر بعضه مستحقاً إنما يناسب مذهب المشهور، وأما الماتن﴿ **فإنه تقدم منه في المسألة ٣٨** أنّه يصح ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما، **وقال إن الوجه في الصحة : هو أنّها علىٰ مقتضىٰ القاعدة**، إذ لا دليل علىٰ بطلان ضمان ما لم يجب، فيصح أن يضمن أمراً متأخراً وإن لم‌تكن ذمّة الضامن مشغولة به فعلاً، ولا شك في كفاية وجود المقتضي في الحكم بصحة الضمان عنده وإن لم تشتغل به الذمّة فعلاً للعمومات.

ومقتضىٰ هذا الكلام منه الحكم بصحة الضمان في المقام الذي عنونه في المسألة ٤٠ [٣٦٠٧] فإنه قال (إذا ضمن عهدة الثمن)، وضمان عهدة الثمن ضمان لعهدة الثمن لا لخصوص ما ظهر منه مستحقاً للغير، ففرض الكلام فيما إذا ظهر بعضه مستحقاً لا يوجب اختصاص الضمان بعهدة الثمن بخصوص ما ظهر منه مستحقاً للغير، فهل يضمن جميع الثمن أو خصوص ما ظهر منه مستحقاً للغير؟ (وليس متعلق الضمان خصوص ما ظهر من الثمن مستحقاً للغير)، **فهل الكلام** دائر بين هذين وهو هل يضمن جميع الثمن أو يضمن خصوص ما ظهر منه مستحقاً للغير لو لم يفسخ؟ **ومقتضىٰ ما ذكره من صحة ضمان ما لم يجب وكفاية المقتضي للضمان** لعمومات صحة الضمان هو أنّه يضمن جميع الثمن لو فسخ في الباقي لتعلق الضمان به وصحته، ولذا حكم الماتن﴿ بالضمان في فرض الفسخ علىٰ ما تقدم، **فكيف حكم الماتن﴿ في المقام باختصاص الضمان** بخصوص ما ظهر مستحقاً للغير، وأشكل علىٰ الشيخ لقوله بصحة ضمان جميع الثمن، **ومن هنا قال السيد الحكيم﴿** «وبالجملة الجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض» **المستمسك ١٣ : ٢٠٦ طبعة بيروت**.

نعم، ما ذكره السيد الأُستاذ﴿ من عدم صحة ضمان جميع الثمن واختصاص الضمان بخصوص ما ظهر مستحقاً للغير **صحيح** علىٰ مذهبه، وهو مذهب المشهور الذي هو عدم صحة ضمان ما لم يجب، ولذا قال في الجواهر: «رجع علىٰ الضامن بما قابل ما ظهر منه مستحقاً للغير بلا خلاف ولا إشكال» **الجواهر ١٦ : ١٤٨**. لأن غيره العقد فيه صحيح، ولم يكن ثابتاً في الذمّة، لأنّه إنما يثبت في ذمّة البائع بالفسخ والضمان قبل أن يفسخ، فهو من ضمان ما ﴿

﴿لم يجب. وأما الذي ظهر مستحقاً للغير فهو الذي كان أحد أفراد المضمون وكان ثابتاً في الذمّة، فلذا صح ضمانه خاصة. فما قام به السيد الأُستاذ﴿دام ظله﴾ شبه تبرير لمخالفة الماتن مبناه في هذه المسألة، أو أن السيد الأُستاذ﴿دام ظله﴾ يريد التعريض بما ذكره **السيد الحكيم**﴿قدس سره﴾ من قوله: «وبالجملة الجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض» وليس ما ذكره السيد الأُستاذ﴿دام ظله﴾ جمعاً لكلامي المصنف في المسألتين أبداً.

إذن فالقاعدة تقتضي أن يوجه السيد الأُستاذ﴿دام ظله﴾ سؤال الفرق بين المسألتين للماتن﴿قدس سره﴾، وإلّا فالاشكال عليه محكّم. والدليل عنده المقتضي للصحة قائم وموجود، وهي عمومات صحة الضمان، وعدم قيام دليل من نص أو إجماع عنده على عدم صحة ضمان ما لم يجب، بل وصحة الضمان المعلّق عنده.

ومن هنا يتوضح أنّ ما ذكره السيد السبزواري﴿قدس سره﴾ حيث قال تعليقاً على قول الماتن: «وعن الشيخ﴿قدس سره﴾ جواز الرجوع على الضامن بالجميع ولا وجه له» **بما نصه:** «لعدم جواز المتقضي للرجوع إليه بالنسبة إلى الجميع، لكون الضمان مقيداً بما ظهر مستحقاً للغير، وهو البعض دون الجميع، وبهذا يدفع الإشكال على الماتن بما ذكره بعض الشراح من أن مقتضى مبنى الماتن﴿قدس سره﴾ حيث قال بصحة الضمان في المقام هو صحة الرجوع إلى الجميع، وجه الدفع أن القول بأن الضمان مقيد في الواقع بما ظهر مستحقاً للغير بعضاً كان أو جميعاً» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٨٨.**

ليس صحيحاً أيضاً، فإنه ليس الضمان الذي ذكره الماتن﴿قدس سره﴾ مقيداً لا في الواقع ولا في الظاهر بما ظهر مستحقاً للغير، لأن الضمان الذي ذكره الماتن ليس هو إلّا «إذا ضمن عهدة الثمن» وهو مطلق. والتفريع ـ وهو المصّدر بفاء التفريع ـ ليس تقييداً للمطلق، بل فرض من فروض ضمان عهدة الثمن ومورد من موارده، وهو لا يقتضي تقييد الضمان به أصلاً وأبداً.

ثمّ إن مقتضى مبنى الماتن﴿قدس سره﴾ هو القول بصحة الضمان في الذي ظهر مستحقاً للغير، وصحة الضمان للباقي من الثمن إذا فسخ بخيار تبعض الصفقة على ما تقدم منه في المسألة المتقدمة في البحث الثاني منها، وهو قوله: وأما لو كان البيع صحيحًا ـ إلى قوله ـ بكفاية وجود السبب.

فإن علم بوسيلة من الوسائل المتاحة لنا بأن الضمان إنما كان لخصوص ما لو ظهر بعض

[٣٦٠٨] «مسألة ٤١» : الأقوىٰ ـ وفاقاً للشهيدين ـ صحّة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقّة للغير وقلع البناء والغرس ، فيضمن الأرش ، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع[1] ، خلافاً للمشهور لأنه ضمان ما لم يجب ، وقد عرفت كفاية السبب ، هذا .

---

(١) **في هذه المسألة ثلاثة بحوث :**

البحث الأوّل : لو اشترىٰ أرضاً فبنىٰ فيها داراً أو غرس فيها أشجاراً أو نحو ذلك من التصرفات ، **ثمّ ظهر أن الأرض لغير البائع** ، ولا يرضىٰ المالك ببقاء البناء أو الأشجار في أرضه فيجب علىٰ مالك البناء أو الأشجار أن يخلي بين مالك الأرض وأرضه فيقلع الزرع والبناء ، **وبطبيعة الحال يخسر المشتري في ذلك** ، لأن البناء أو الأشجار بعد القلع أقل قيمة منها قبل القلع ، **فإذا فرض أن البائع كان معتقداً أن الأرض له** ، وأنها مثلاً ورثها من أبيه أو اشتراها من شخص آخر أو غير ذلك ، **فالبائع غير عالم بأن الأرض ليست له ، ففي مثل ذلك لا يكون ضمان علىٰ البائع للأرش ـ لا ثمن الأرض ـ بلا إشكال ولا خلاف** ، ويكون الضرر المتوجه إلىٰ المشتري علىٰ المشتري ، لأنه هو بنفسه أوقع نفسه في هذا الضرر لاعتقاده أن المال ـ الأرض ـ للبائع ، وليس هنا أي غرر أو غرور من البائع ، ولذلك يكون الضرر علىٰ المشتري نفسه . **وأما إذا فرض هناك غرور من البائع** ، وكان البائع عالماً بأن الأرض لغيره ، وأنه كان غاصباً لها وباعها بغير إذن المالك وكان المشتري جاهلاً بذلك ، فلا شك يكون الضرر الواقع علىٰ المشتري بغرور من البائع ، فالبائع غار لعلمه والمشتري مغرور لجهله كما هو المفروض ، فيضمن البائع الأرش أيضاً لقاعدة الغرور كما هو المعروف والمشهور . **وبناءً علىٰ صحّة القاعدة ـ** وعدم المناقشة فيها كما ناقشنا فيها سابقاً وقلنا : إن قاعدة الغرور لم تثبت علىٰ نحو الكبرىٰ الكلية[1] ، ولكن بناءً علىٰ صحتها ـ

المبيع مستحقاً للغير كان ذلك تقييداً مقيده العلم ، لا أن ذلك مقيد في كلام الماتن .

ومن الواضح أن الفرق بين قولنا «إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً» ، **وبين قولنا** «إذا ضمن عهدة الثمن في خصوص ما لو ظهر بعض المبيع مستحقاً للغير فظهر بعض المبيع مستحقاً للغير» **أوضح من الشمس في رابعة النهار** ، فكيف يقال : أن المراد من الأوّل هو الثاني؟!

(١) تقدم ذلك من السيد الأستاذ علىٰ نحو الإشارة ومنّا في الهامش علىٰ نحو التفصيل في الواضح ١٤ : ١٩ ـ ٣١ في هامش المسألة ١٨ الرقم العام **[٣٥١٠]** فراجع .

فهل لثالث أن يضمن عن البائع في حال البيع أو قبله التفاوتَ ما بين المغروس والمقلوع، أو ما بين المواد والبناء عن البائع أم لا؟

ذهب جماعة إلىٰ عدم صحة هذا الضمان[١].

وذهب جماعة آخرون منهم الشهيدان[٢] **ـ ووافقهما الماتنﷺ ـ إلىٰ جواز هذا الضمان وصحته باعتبار كفاية** تحقق سبب الضمان حال العقد **وهو الغرور، وعدم قيام دليل من نص أو إجماع علىٰ عدم صحّة ضمان ما لم يجب**، فتشمل ضمان ما لم يجب العمومات[٣].

وفيه: تقدم سابقاً أن بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياستها معها، إذا كان المراد

---

(١) لأنه من ضمان ما لم يجب، قال المحققﷺ في الشرائع: «إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح، لأنّه من ضمان ما لم يجب» **الشرائع ٢: ١٢٩**.

وأضاف إلىٰ ذلك في الجواهرﷺ بعد قوله (لأنه من ضمان ما لم يجب) «حال الضمان ضرورة عدم استحقاقه ذلك علىٰ البائع قبل البناء والغرس، بل ولا بعده، وإنّما يستحقّه عليه بعد القلع. نعم سبب ذلك ـ وهو استحقاق الأرض ـ موجود حال الضمان، لكن قد عرفت أنّ الأصحّ عدم الاكتفاء بذلك» **الجواهر ٢٦: ١٤٨ ـ ١٤٩**.

وقال العلّامةﷺ في القواعد ٢: ١٦٠: «ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح، لأنه ضمان ما لم يجب».

وقال السيد الحكيمﷺ: «والوجه في الجواز وجود السبب حال العقد، وقد عرفت الإشكال فيه، وأنّه إن أُريد الضمان المصطلح فلابدّ فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه، وهو مفقود. وإن أُريد الضمان العرفي [أي الذي هو بمعنىٰ التعهد] لم يتوقف علىٰ وجود السبب حال الضمان» **المستمسك ١٣: ٢٠٧ طبعة بيروت**.

(٢) الشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقيّة كتاب الضمان ص ٣٢٨، والشهيد الثاني في الروضة البهية كتاب الضمان ج ٤: ١٢٤.

(٣) **أقول**: ومضافاً إلىٰ ذلك يشمله الضمان المعلّق القائل بصحته الماتنﷺ فينشئ الضمان بالفعل بما تشتغل به ذمّة البائع فيما بعد.

منه اشتغال الذمّة بالفعل بما تشتغل به ذمّة البائع فيما بعد ، لأن المراد من الضمان انتقال شيء من ذمّة إلىٰ ذمّة ، **وهو لا يعقل** مع عدم اشتغال ذمّة المدين ـ أي البائع في المقام ـ بالفعل ، لأن المعدوم غير قابل للانتقال ، **وانشاء الضمان بالفعل** بما تشتغل به ذمّة البائع فيما بعد وإن كان معقولاً إلّا أنّه **من التعليق المبطل** بلا إشكال .

فهذا الضمان لا يصح جزماً أما لعدم المعقولية ، أو للتعليق المبطل في العقود بالإجماع .

ولكن يبقىٰ الكلام هنا في أمر آخر ، وهو أنه بعد بطلان الضمان عن البائع هل يصحّ الضمان للنقص المعهود من جهة أمر الآمر المشتري بشراء ما ربما يترتب عليه خسارة في الخارج أو لا ؟ **كما لو قال ثالث للمشتري** : اشتر هذه الأرض وازع فيها أو شيّد بناءً وأنا أضمن لك الفارق بين قيمة المغروس والمقلوع ، أو بين قيمة المواد والبناء إذا ظهر كون الأرض مستحقة للغير ولم يرض الغير بابقاء بنائك أو زرعك فيها ، وكان عليك القلع لذلك ؟

الظاهر الثاني ـ أي عدم صحة هذا الضمان أيضاً ـ إذ لم يثبت بناء من العقلاء علىٰ صحّة الضمان فيما يرجع إلىٰ المأمور نفسه ـ لا إلىٰ الآمر ـ كالأمر بالتجارة لنفس المأمور ، فإنه إذا خسر المأمور في تجارته ليس علىٰ الآمر شيء ، إذ لم يصدر منه إلّا الوعد المحض بأن تكون الخسارة عليه ، فلذلك لا يثبت الضمان[1] .

---

(١) **أقول** : الأمر إذا كان راجعاً إلىٰ المأمور نفسه لا إلىٰ الآمر ، فبنفسه لا يقتضي الضمان ، إذ لا سيرة عقلائية عليه إلّا إذا صرح الآمر بالتزامه بتحمل كل ضرر حاصل للمأمور نتيجة هذا الأمر ، كما صرح بذلك السيّد الأُستاذ دام ظله في المبحث الثاني من مباحث المسألة ٣٩ **[٣٦٠٦]** الأربعة المتقدمة حيث قال هناك : «نعم لو كان اقباض الثمن أو المثمن بأمر الآمر مع التزامه بتدارك ما يترتب عليه من الضرر الحاصل باحتمال تحقق الفسخ ورجوع كل من العوضين إلىٰ صاحبه كان هذا الأمر مقتضياً للضمان لأن هذا الاضرار وعدم وصول المشتري إلىٰ ثمنه الذي رجع إلىٰ ملكه ناتج عن أمر الآمر» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٧٠** وقلنا في محلّه في الهامش : إن المراد من هذا هو التعهد في الأمر وهو مقتضٍ للضمان ، فكذا في المقام ، فإن

المسألتين من باب واحد. **وكما تقدم أيضاً في المسألة ١٢ [٣٥٧٩]** قول الآمر للمدين أدِ دينك وأنا أعطيك ما أديت، وإن ذلك مقتضٍ للضمان أيضاً، وقال الماتن ذلك علىٰ أشكال، وقال السيد الأُستاذ: «الظاهر أنه لا اشكال في ذلك، وإن هذا الأمر لا يرجع إلىٰ الوعد، وإنما مرجعه إلىٰ إنابة المضمون عنه الضامن في أداء الضمان عنه تبرعاً، وكأنه هو الذي باشر ذلك بنفسه، فإنه موجب للضمان ورجوع النائب علىٰ الآمر بلا خلاف» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٢٣**. فكذا في المقام، فإن هذه المسائل الثلاثة كلها من باب واحد، فإذا كان الأمر في المقام بشراء الأرض والزرع فيها والالتزام بتحمل الفارق بين المغروس والمقلوع إذا ظهر كون الأرض مستحقة للغير ولم يرض الغير بابقاء الزرع فيها وكان علىٰ المشتري القلع فقلع، فإن هذا الأمر مقتضٍ للضمان، لقيام السيرة العقلائية علىٰ ذلك، **وليس الصادر من الآمر الوعد في المقام**، بل الأمر المقتضي الضمان. نعم لو لم يصرح بالتزامه بالتحمل المذكور، وكان الصادر مجرّد أمر الغير بما يرجع إلىٰ ذلك الغير، لا يكون هذا الأمر مقتضياً للضمان، لعدم قيام السيرة العقلائية عليه.

نعم، إذا كان الأمر من الآمر راجعاً إلىٰ مصلحة الآمر نفسه، كما لو أمره بالشراء والزرع لسد مهب الريح وحماية أرض الآمر، فالآمر بلا شك يقتضي الضمان وإن لم يصرح بتحمل الضرر الناتج من ذلك، للسيرة العقلائية.

ثمّ إن الضمان عند السيد الأُستاذ ﷺ **وبلا إشكال** وإن لم يصح بمعنىٰ الضمان المصطلح، **إلّا أنّه لا شك في صحته بمعنىٰ التعهد** الذي هو ضمان عقلائي مشمول لعمومات الصحة وسيرة العقلاء، **وقد اغفل التصريح به السيد الأُستاذ** ﷺ **ولم يذكره أصلاً، وفي عباراته المتقدمة في المسألة السابقة** ما يدل علىٰ عدم دخول ضمان الأرش في الضمان بمعنىٰ التعهد، لأنّه كرر أن الضمان بمعنىٰ التعهد يكون في الأعيان، **وتقدم منا المناقشة في اختصاصه بها** وإن كان لا يصح فيها إلّا الضمان بمعنىٰ التعهد إلّا أن ذلك ليس معناه اختصاصه بها فيشمل الضمان بمعنىٰ التعهد الذي هو معاملة عقلائية قائمة علىٰ الأعيان وعلىٰ غيرها العمومات وسيرة العقلاء.

ولعل من اكتفىٰ بالمعرضية القريبة في صحة الضمان **كالسيد السبزواري**، أو وجود المقتضي

ﷺ

ولو ضمنه البائع[١] ، قيل لا يصحّ أيضاً كالأجنبي ، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحّة عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال الضمان .

وقيل بالصحّة لأنه لازم بنفس العقد ، فلا مانع من ضمانه[٢] لما مرّ من كفاية تحقق السبب ، فيكون حينئذٍ للضمان سببان : نفس العقد ، والضمان بعقده .

---

(١) **البحث الثاني في هذه المسألة : لو قلنا بصحة الضمان الذي ذكر صحته الماتن**ﷺ وهو الضمان المصطلح أي لا من جهة أمر المشتري الذي دليله سيرة العقلاء ، بل المبتني علىٰ صحة ضمان ما لم يجب[١] ، **فهل يصح للبائع نفسه أن يضمن ذلك فيكون الضامن هو البائع للأرض** في المقام فيقول أبيعك هذه الأرض واضمن لك أنها إن ظهرت أنها للغير وورد عليك نقص أو خسارة من جهة القلع فأنا ضامن لهذا النقص أو الخسارة ، فيكون ذلك عليّ ، فهل يصح هذا الضمان أو لا ؟

استشكل فيه جماعة[٢] لأنه كضمان الأجنبي ، وقد عرفت عدم صحته مفصلاً . **وثبوت الضمان بمقتضىٰ العقد والغرر لا يقتضي صحة عقد الضمان** ، لأن صحته متوقفة علىٰ ثبوت الحق حال الضمان وهو غير ثابت . فهو من ضمان ما لم يجب أو المعلق ، وكل منهما باطل .

(٢) **واختار الماتن**ﷺ **الجواز والصحة**[٣] بدعوىٰ أن الضمان وإن كان ثابتاً له بنفس البيع ، إلّا

﴿ والسبب **كالماتن**قدس سره كان الضمان بمعنىٰ التعهد ، ووضوح جريانه عند العقلاء هو الذي أوجب ذهابهما إلىٰ ذلك لشبه الضمان بمعنىٰ التعهد لما يقولانهقدس سرهما .

(١) أو المبتني علىٰ صحة الضمان مع التعلق ، وهو الضمان الاصطلاحي بنظر الماتنﷺ .

(٢) **كالعلّامة في القواعد ٢ : ١٦٠ . ومنع منه في المسالك ٤ : ٢٠٥** وقال بعد أن استشكل : **فعدم الصحة أقوىٰ . بل ذهب إلىٰ عدم الصحة جماعة منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٢٨ ، والعلّامة في التحرير ٢ : ٥٥٦ ، وفخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢ : ٨٩ ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٤٠ .**

(٣) وفاقاً للعلّامة حيث قرّب الصحة وقال : «نمنع كون المضمون عنه غير واجب» **التذكرة ١٤ : ٣٤١ .**

وتظهر الثمرة فيما إذا اسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد ، فإنه يبقىٰ الضمان العقديّ ، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما .

أن هذا لا يمنع من أن يضمنه ضامن[1] .

وقال السيد الحكيمﷺ تعليقاً علىٰ قول الماتن (وقيل بالصحة لأنّه لازم بنفس العقد) **ما نصه** : «كذا ذكر في الشرائع ونحوه في القواعد والتذكرة . **وفيه** أن العقد بنفسه لا يقتضي الضمان ، وإنما يقتضي الغرور ، وضمان الغار إنما يكون بعد ورود الخسارة علىٰ المغرور ، وذلك إنما يكون بعد قلع البناء والشجر كما حرر ذلك في مباحث الفضولي» **المستمسك ١٣ : ٢٩٧ . طبعة بيروت .**

وما ذكرهﷺ **في الجواب هو الصحيح** ، إلّا أنّ قوله (ونحوه في القواعد) غير صحيح ، إذ إن في القواعد الإشكال في ضمان البائع له ، قالﷺ : «ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصحّ ، لأنّه ضمان ما لم يجب ، وفي ضمان البائع ذلك إشكال» **القواعد ٢ : ١٦٠ طبعة مؤسسة النشر الإسلامي . وكذا نقل ذلك عنه في الجواهر حيث قال**ﷺ : «لكن في القواعد إشكال ، وعن التذكرة أنّه قرّب الصحة . . .» **الجواهر ٢٦ : ١٤٩** .

(١) **وكذا ذكر المحقق في الشرائع ٢ : ١٢٩**، قال : «وكذا لو ضمنه البائع [أي لم يصح] والوجه الجواز ، لأنّه لازم بنفس العقد» ونحوه في **التذكرة ١٤ : ٣١٤.**

وتقدم سابقاً بناءً علىٰ عدم صحة ضمان ما لم يجب وعدم صحة الضمان المعلق بيان خطأ القول بأنه ثابت بنفس العقد ، فإن ذمّة البائع لا تشتغل بالأرش قبل الأمر بالقلع والقلع الخارجي حتّىٰ يصح نقله ، وإن كان العقد متحققاً . فالتعليل المذكور في المصدرين ليس صحيحاً ، فكما أن قاعدة الغرور بناءً علىٰ صحتها لا تقتضي اشتغال ذمّة الغار وهو البائع إلّا بعد القلع، فكذلك ذمّة الضامن لا يمكن أن ينتقل إليها شيء من ذمّة البائع بالعقد قبل القلع خارجاً حتىٰ يصح الضمان من الضامن عن البائع ، ويصح نقل ما في ذمّة البائع إلىٰ الضامن ، **فكيف بما إذا كان الضامن هو نفس البائع . فعدم الصحة هنا أولىٰ وأولىٰ** ، إذ كيف ينقل الشخص ما ليس في ذمّته إلىٰ ذمّته ، **فإنه كلام غريب من الماتن**ﷺ ، إذ مضافاً إلىٰ أنّه لا موضوع للنقل لعدم شغل الذمّة ،

فيكون للضمان سببان[١] أحدهما العقد من جهة الغرور، والثاني من جهة عقد الضمان، فإذا كان له سببان كما يمكن ذلك، **فإذا فرض أن أحد السببين سقط**، كما إذا فرضنا أن المشتري نفسه ألغىٰ ضمان البائع من جهة العقد والغرور، **فيبقىٰ الثاني علىٰ حاله**، كما هو الحال في باب الخيار الذي يمكن أن يكون من جهتين أو أكثر، فإذا فرض سقوط أحد الخيارات بمسقط تبقىٰ الخيارات الأُخرىٰ علىٰ حالها. فلو فرض أنه افترقا فسقط خيار المجلس، فيبقىٰ خيار الحيوان وخيار الغبن وخيار العيب ونحوها بحالها، فكما يمكن أن يكون الخيار الواحد له أسباب متعددة، كذلك يمكن أن يكون الضمان الواحد له أسباب متعددة أحدها العقد والغرور والآخر عقد الضمان.

هذا ما ذكره الماتنﷺ **في المقام**[٢].

والأقوىٰ عدم الصحّة كما هو المشهور مطلقاً، لا بالمعنىٰ المصطلح ولا بمعنىٰ التعهد، كما سيأتي[٣].

﴿ لا اثنينية في الذمّتين حتىٰ يقال بالنقل علىٰ فرض الاشتغال، فلا اشتغال ولا ذمّتين منقول منها وإليها.

(١) **أو يكون المراد تأكد الضمان** [ولو من حيث الأثر وهو وجوب الأداء] كما قاله في **المسالك** ٤: ٣٠٤. **ثمّ إنّه يعلم من مقولة قول الماتن**ﷺ الذي نقله السيد الأُستاذﷺ وقال: «واختار الماتن الجواز والصحة بدعوىٰ أن الضمان وإن كان ثابتاً له بنفس العقد» **أن المراد من الثبوت في نفس العقد سبب الضمان لا نفس الضمان، والذي يوضح ذلك** قوله فيما بعد ذلك: «إلّا أنّ هذا لا يمنع من أن يضمنه ضامن، فيكون للضمان سببان: أحدهما العقد من جهة الغرور، والثاني عقد الضمان».

(٢) **أقول**: وذكر نظيره الماتن فيما تقدم في المسألة ٣٧ [٣٦٠٤] في قوله تعالىٰ: ﴿**وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ**﴾ يوسف ١٢: ٧٢ حيث قال: أن ضمان الضامن تعلق بما لم يجب حيث إن الضمان تحقق والحال أن الجعل بعدُ لم يثب في ذمّة الجاعل لأنّه لم يأت بالصواع.

(٣) **تقدم الكلام حول عدم صحة الضمان بمعنىٰ التعهد للأرش الذي ادعاه السيد الأُستاذ**ﷺ

وما ذكرهﷺ **هنا لا يمكن توجيهه بوجه** ، لأن الضمان كما ذكرنا نقل شيء من ذمّة إلىٰ ذمّة ، **وفي المقام لا يمكن تحقق ذلك ، إذ لا ذمّة أُخرىٰ لينتقل الشيء إليها** ، فإذا لم تكن هنا ذمّة أُخرىٰ فما معنىٰ الانتقال ، فلا يعقل أن يضمن المدين بنفسه عن نفسه ، فإنه ليس بنفسه ذمّة غير ذمّة نفسه ، وإن أمكن أن يكون سبب الضمان أمرين كما تقدم في ضمان الغاصب وضمان الضامن عن الغاصب ، إلّا أنه في المقام لا يمكن لعدم معقولية ضمان المدين لنفسه عن نفسه ، فالضمان ثبت بالغرر وهو السبب الأوّل ، **وأما السبب الثاني للضمان فلا يمكن أن يحقق ضماناً في المقام** ، لأن الانتقال من ذمّة نفسه إلىٰ ذمة نفسه أمر غير ممكن ، فلا يمكن أن يضمن البائع عن نفسه في المقام[1] .

﴿ **وقال : إن الضمان إنما يكون في موردين ، الأوّل:** نقل ما في الذمّة وهو الضمان المصطلح . **والثاني** : ضمان الأعيان الشخصية المسمىٰ بالضمان بمعنىٰ التعهد ، وهو غير الضمان المصطلح ، **وأما غيرهما فلا يصح . فلا يصح ضمان ما ليس في الذمّة** ، ولا يصح ضمان غير الأعيان الشخصية، ومقامنا ـ وهو ضمان الأرش ـ لا أنه داخل تحت الضمان المصطلح، ولا داخل تحت الضمان بمعنىٰ التعهد .

وأجبنا سابقاً علىٰ كلامه هذا وقلنا إن الثانيـوهو الضمان بمعنىٰ التعهد ـ وإن كان جارياً في جميع الأعيان الشخصية ، إذ لا يصح فيها الضمان بالمعنىٰ المصطلح ، إلّا أنّه لا يختص بها . نعم هي تختص به ، وأما هو فلا يختص بها ، فتشملها ويشمل الأرش في المقام ، فإن الضمان بمعنىٰ التعهد الذي هو معاملة متعارفة عند العقلاء لا يختص جريانها عندهم بالأعيان الشخصية الخارجية ، بل جارية عندهم فيها وفي غيرها ،ومن غيرها الأرش في المقام ، وهو التفاوت ما بين قيمة الغرس مغروساً ومقلوعاً بعد أمر المالك بالقلع ، **فلا إشكال في صحة الضمان**. فالإرش وفيما يحدثه المشتري من بناء أو غرس بمعنىٰ ضمان التعهد لا الضمان المصطلح .

(١) **ثمّ إنه ذكر السيد السبزواري**ﷺ **ما نصه** : نسب عدم الصحة [أي عدم صحة ضمان البائع] ، **إلىٰ الشيخ وجمع من متأخري المتأخرين.**

واستدلوا لعدم الصحة بأُمور :

الأوّل : أنه من ضمان ما لم يجب .

الثاني : أنه لغو وتحصيل حاصل لثبوت الضمان بحكم الشرع، فلا وجود له حينئذٍ، فيكون مثل ضمان الشخص عن نفسه .

الثالث : استنكار العرف لذلك وعدم كفاية تعدد الجهة لتعدد الضمان .

هذه هي الأدلة التي استدل بها لعدم الصحة .

ثم قالﷺ **والكل باطل ، أما الأوّل** : فلما مرّ مراراً من أنّه لا دليل من عقل أو نقل علىٰ هذه القاعدة بنحو الكلية ، خصوصاً إذا كان في البين معرضية قريبة للثبوت بحيث يراه العرف كأنه ثابت» .

[أقول : وفيه : أن بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها عند كل من اعتبر التنجيز في المقام ، والسيد السبزواري منهم ، فإن معنىٰ الضمان هو النقل علىٰ ما تقدم أوّل الضمان ، وأنه مأخوذ من الضمن الذي هو النقل والنون فيه أصلية ، لا من الضم كما يقوله أبناء العامّة ، فإذا كان معناه النقل فالنقل للمعدوم ، وفيما لا تكون الذمّة مشغولة بشيء غير معقول حتىٰ وإن كانت هناك معرضية قريبة للثبوت في الذمّة ، فإن ذلك لا يجعلها مشغولة ، وإن كان يجعلها مشغولة فأي فرق بين المعرضية القريبة وغيرها ؟ !] .

ثم قالﷺ **وأما الثاني** : فلإمكان فرض الثمرة كما ذكر في المتن تبعاً للمسالك ، وضمان الشخص عن نفسه لا بأس به إذا فرض فيه غرض عقلائي» .

[أقول : وفيه : أن إمكان فرض الثمرة لا يصحح الضمان المصطلح للإنسان عن نفسه لعدم اشتغالها أوّلاً ، فهو من ضمان ما لم يجب ، أو توقفها علىٰ التعليق وهو باطل عند القائل ، **هذا بغض النظر** عن عدم معنىٰ للنقل من ذمّة نفس الإنسان إلىٰ ذمّة نفسه ، لاحتياج النقل إلىٰ تعدد الذمم ، فلا يمكن في الذمّة الواحدة . **وتعدد الجهة لا يوجب تغاير الذمّتين ليصح النقل]** .

ثم قالﷺ **وأما الأخير** : فلا استنكار من العرف بعد توجهه إلىٰ الثمرة في الجملة .

[أقول : وفيه : استنكار العرف لعدم معقولية أن ينقل الإنسان ما ليس في ذمّته إلىٰ ذمّته ، وهو

ﷺ

وقد يورد عليه بأنه لا معنىٰ لضمان شخص عن نفسه ، والمقام من هذا القبيل . ويمكن أن يقال : لا مانع منه مع تعدّد الجهة[١] .

---

(١) توضح لك عدم معقولية ضمان المدين عن نفسه ، وتعدد الجهة الذي أجاب به الماتن[١] لا يحقق تغايراً للذمّتين بحيث يصح النقل من إحداهما إلىٰ الأُخرىٰ[٢] .

﴿إنما يكون فيما يراد اتيانه من الضمان المصطلح . نعم لو ضمن البائع عن نفسه ضماناً بمعنىٰ التعهد لا بالمعنىٰ المصطلح يصح بلا كلام عندنا يصح وتترتب الثمرة ، فترتب الثمرة لا يصحح ما ليس بمعقول ، وإنما يصحح ما هو معقول وهو الضمان من البائع بمعنىٰ التعهد] .

ثمّ قال﴿ وأما دعوىٰ عدم كفاية تعدد الجهة بالنسبة إلىٰ شخص واحد . . .» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٨٩ .**

(١) في المقام وفي قوله تعالىٰ : ﴿**وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ**﴾ الضمان من جهتين ، فإنّ كونه ضامناً من هذه الجهة غير كونه جاعلاً من جهة الجعالة ، وكما في المقام ، فإنّ كونه ضامناً من جهة الضمان غير كونه ضامناً من جهة البيع ، فهذه تعدد الجهة تصحح الضمان وتوجب أن يصح النقل ، فكما أن الضمان يمكن أن يتعدد لمضمون واحد : ضمان من جهة الغضب وضمان من جهة الضامن وهو الثالث غيرهما ، فكذلك الضامن يمكن أن يتعدد بتعدد الجهة : ضامن من جهة أنه بائع وغار وضامن جهة أنّه عقد عقد الضمان . **فأجابه السيد الأُستاذ**﴿ بأن تعدد الجهة لا يوجب تعدد الذمّة ليصح النقل من أحدهما إلىٰ الأُخرىٰ .

(٢) **قول الماتن**﴿ : «**وقد يورد عليه بأنه لا معنىٰ لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل**» .

المورد الشيخ صاحب الجواهر﴿ ، قال﴿ : إذ هو غير معقول ، ضرورة أنّه لا وجه لأن يضمن الإنسان عن نفسه ، فمن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل في ذلك» **الجواهر ٢٦ : ١٥٠ ، والمراد من الأفاضل المحقق في الشرائع ١ : ١٢٩** حيث قال : «الوجه الجواز» **والعلّامة**﴿ **في التذكرة ١٤ : ٣٤** حيث قرّب الصحة .

ونسب السيد الحكيم﴿ **ذلك إلىٰ العلّامة** في القواعد . ولكن **أقول** : العلّامة في القواعد ٢ : ١٦٠ استشكل فيه ، لا ذهب إلىٰ صحته .

هذا كلّه إن كان بعنوان عقد الضمان وأمّا إذا اشترط ضمانه فلا بأس به[1] ، ويكون مؤكداً لما هو لازم .

هذا فيما إذا كان الضمان بعنوان عقد الضمان .

(١) **وأما لو كان الضمان بالشرط في ضمن العقد .**

وهو البحث الثالث في هذه المسألة : كما لو اشترط المشتري على البائع أنه إذا ظهرت الأرض مستحقة للغير فأنت ضامن للخسارة ، أي التفاوت ما بين البناء والمواد ، أو المغروس والمقلوع ، **فذكر الماتن**قدس سره **أنّه لا بأس به** ، لأن الشرط حينئذٍ يصبح مؤكداً لما يقتضيه العقد كما في سائر الموارد ، فإنه لو اشترى حيواناً وشرط عليه أي على البائع الخيار إلى ثلاثة أيام ، فإن الشرط هنا مؤكد لما هو ثابت بمقتضى نفس العقد ، وهو خيار الحيوان الثابت إلى مدّة ثلاثة أيام ، وهكذا .

أقول : وهذا أيضاً لا يمكن المساعدة عليه ، لأن الشرط **١ ـ إمّا أن يكون من شرط النتيجة** أي أن تشتغل ذمّة الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمّة البائع في وقته ، **فهو باطل** ، إذ لا يعقل الاشتغال الفعلي بدلاً عما هو غير مشتغل به فعلاً ، وهو ذمّة البائع ، وإنّما تشتغل ذمّة البائع به بعد القلع ، فليس هنا اشتغال ذمّة البائع بالفعل حتّى تنتقل إلى ذمّة الضامن الذي هو البائع أيضاً ، فهذا الضمان الذي هو على نحو شرط النتيجة غير صحيح ، لأنه غير ممكن[1] . **٢ ـ وأمّا أن يكون**

﴿ **وحمل الشيخ صاحب الجواهر** قول المحقق (الوجه الجواز) في عبارة الشرائع (وقيل كذا لو ضمنه البائع والوجه الجواز ، لأنّه لازم بنفس العقد) **على اشتراط المشتري على البائع الضمان في عقد البيع قال**قدس سره «قلت : يمكن إرادة المصنّف بما ذكره من أن (الوجه الجواز) اشتراط ضمان ذلك على البائع في عقد البيع ، تعريضاً بما وقع في محكي المبسوط الذي أشار إليه المصنف بلفظ (القيل) من أنّه إن شرطا ذلك في نفس البيع بطل البيع ، بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع : (وقيل : وكذا لو ضمنه البائع ولو شرطه في نفس العقد) والوجه حينئذٍ فيما ذكره المصنّف واضح ، لأن المشروط لازم للبائع بنفس العقد ، فلا مانع من اشتراطه عليه ليترتب عليه ما ذكره في المسالك من الفائدة الأولى . . .» **الجواهر ٢٦ : ١٥٠ .**

(١) الشرط الذي يقوله الماتن إذا كان على نحو شرط النتيجة هو أن تكون ذمّة المشترط عليه ﴾

الشرط من شرط الفعل أي يشترط البائع من الآن أنّه إذا خسر المشتري من جهة القلع أو التخريب ، **فيؤدي** البائع مقدار الخسارة في ذلك الوقت ، **فالشرط صحيح إلّا أنّه ليس مؤكداً لما يقتضيه العقد** ، إذ إن العقد يقتضي **اشتغال الذمّة** ، والشرط هنا **لا يقتضي اشتغالها** ، بل هو تكليف محض ، فالثابت بالعقد الوضع ، والثابت بالشرط التكليف ووجوب الأداء ليس إلّا ، فليس أحدهما مؤكداً للآخر[1] .

﴿ الضمان مشغولة بما يقتضيه العقد ، والعقد يقتضي الاشتغال لذمّة البائع حينما يقلع الزرع وحينما يقلع البناء ، وهذا ليس فيه عدم إمكان ، بل بمكان من الإمكان ـ نعم إذا كان الشرط هو أن تكون ذمّة الضامن مشتغلة فعلاً بما تشتغل به ذمّة البائع فيما بعد ، فهذا لا يمكن لعدم اشتغالها فعلاً ، وليس هذا هو مقتضىٰ شرط النتيجة ـ فشرط النتيجة الذي يقوله الماتن ممكن وصحيح لا باطل ، كشرط الفعل ، فإن شرط الفعل ليس هو أن يكون الأداء فعلاً ، بل الشرط فعلاً ومن الآن ، وأنّه إذا خسر المشتري بالقلع فيؤدي المشروط عليه الخسارة حين تحققها ، لا أن الأداء فعلاً . **فشرط النتيجة كذلك** وهو أنّه يشترط عليه من الآن أن تكون ذمّة الضامن مشغولة بما تشتغل به ذمّة البائع في وقته وحينه ، وهو بمكان من الأمكان ، وليس ذلك من التعليق في الشرط ، بل هو كقولنا لي حق الفسخ متىٰ ما شئت إلىٰ سنة ، فشاء الفسخ في الشهر السادس ففسخ ، وكقول الزوجة حين العقد أن تكون وكليه عن الزوج في طلاق نفسها متىٰ ما أصبح الزوج مدمن مخدرات أو متىٰ ما حبس ، أو متىٰ ما أُبعد من البلد أو نحو ذلك .

وعليه فليس شرط النتيجة في المقام غير ممكن ، ونتيجة صحته هو تعدد السبب ، فإذا سقط أحدهما بمسقط بقي الآخر .

(١) المراد من أنّه مؤكد لما يقتضيه العقد ولو من حيث التكليف ، فإنه كاف في المؤكدية ، وليس لازم من حيث الوضع أيضاً وإلّا فلا يصح ما ذكره السيد الأستاذ دام ظله في قوله تعالىٰ: ﴿**وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ**﴾ حيث قال في المسألة ٣٧ [٣٦٠٤] إن قوله ﴿**وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ**﴾ مؤكد للجعل الذي جعل لمن جاء بالصواع ، وإن لم يكن موجباً لشغل الذمّة مرة أُخرىٰ .

﴿ **ثمّ إن كان هذا هو المراد من قول السيد الأُستاذ**ﷺ : ولا يصح الضمان للتفاوت ما بين الثابت والمقلوع (بمعنىٰ التعهد كما سيأتي) **فمن الواضح أن اشتراط الضمان الذي** هو إما بنحو شرط النتيجة أو بنحو شرط الفعل **ليس هو الضمان بمعنىٰ التعهد أصلاً** .

فإنّ الضمان بمعنىٰ التعهد ذلك الذي يكون متعارفاً عند العقلاء ، وهو التعهد بارجاع العين مع وجودها وبدلها مع عدمها ، أو التعهد باعطاء النقيصة الحاصلة من هذه المعاملة أو الضرر الحاصل من هذه المعاملة أو غيرها ، **وقلنا بما أنّه معاملة متعارفة عقلائية قائمة بين الضامن المتعهد وبين من تُعُهد له وعقد بينهما** ، فتشملها عمومات صحة العقود مضافاً إلىٰ سيرة العقلاء القائمة عليها . **وهذا لا يختص بالأعيان وإن اختصت به** ، في قبال الضمان المصطلح ـ وإلّا فيصح فيها الضمان بمعنىٰ الأمر من الآمر ـ **وهذا الضمان الذي هو بمعنىٰ التعهد** غير الضمان المصطلح الذي هو النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وغير الضمان الناتج من أمر الآمر ، فإن لنا في الضمان ثلاثة ضمانات :

الأوّل : الضمان المصطلح وهو نقل ما في ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، أي النقل من ذمّة إلىٰ ذمّة ، وهو متوقف علىٰ الثبوت في الذمّة المنقول منها ، ودليله عمومات أدلة الضمان .

الثاني : الضمان بمعنىٰ التعهد ، وهو معاملة عقلائية متعارفة عند العقلاء يختص ضمان الأعيان بها ، ولا تختص هي به ، ودليلها عمومات صحة العقود وسيرة العقلاء .

الثالث : الضمان بمعنىٰ ما يقتضيه أمر الآمر بشيء من الماليات أو بعمل له قيمة أو شيء يرجع إلىٰ الماليات ، فيما إذا كانت هناك مصلحة عائدة إلىٰ الآمر ، كمن يأمر الخباز باعطاء خبز للفقير ، أو يأمر الحمال بحمل متاع إلىٰ بيت الآمر ، أو أمر الآمر بالمعاملة بالنسبة إلىٰ المتعاملين الراجع لمصلحة الآمر ، كالأمر بشراء هذه الأرض وغرسها بالأشجار لتكون هذه مزرعة واقية لمزرعته عند هبوب الرياح ، فما كان من خسارة في الأمثلة الثلاثة ونحوها يكون الآمر ضامناً لها بمقتضىٰ سيرة العقلاء القائمة علىٰ أن من أمر غيره بمال أو عمل له مالية أو نحو ذلك يكون الآمر بمقتضىٰ سيرة العقلاء ضامناً لذلك المال المعطىٰ أو العمل الذي له قيمة أو العمل الواقع بأمر الضامن وعليه خسارته .

﴾

﴿ **وقد ذكر هذا الضمان السيد الأُستاذ دام ظله في البحوث السابقة والآتية كثيراً** وسيأتي في المسألة الآتية أحد هذه الموارد بنحو مفصل .

وعليه فيقال في المقام : الضمان من طرف البائع بالمعنىٰ المصطلح واضح الفساد فلا يصح ذلك .

والضمان بمعنىٰ الشرط في ضمن العقد بأن يؤدي البائع الخسارة الحاصلة كما اعترف به السيد الأُستاذ دام ظله صحيح ، وإن لم يكن مؤكداً لما يقتضيه العقد ، وهو غير الضمان بمعنىٰ التعهد .

ولنا حينئذٍ ضمانان آخران :

الأوّل : الضمان بمعنىٰ التعهد ، ولا شك في صحته في المقام ، ووضوح أنّه غير الضمان بمعنىٰ الشرط في ضمن العقد ، بأن يؤدي البائع الخسارة الحاصلة علىٰ نحو شرط الفعل .

الثاني : الضمان بمعنىٰ أمر الآمر بالشراء واعطاء الثمن لمصلحة تعود إلىٰ البائع ، فإنه مقتضٍ للضمان أيضاً كما عرفت ، في قبال ما إذا كان أمر الآمر للمأمور أمراً له بما أنه واجب عليه ، فإنه لا يقتضي الضمان كأمره بأداء دينه ، أو في قبال مصلحة راجعة إلىٰ المأمور فإن أمره لا يقتضي الضمان أيضاً .

وقد اغفل السيد الأُستاذ دام ظله الضمان بمعنىٰ التعهد في هذه المسألة بالكلية وأشار فيما كتبنا إلىٰ عدم صحته ولم يبينه ، ولكن صرح بعدم صحته في المسألة السابقة في البحث الرابع منها حيث قال بعدم صحة ضمان الأرش حتىٰ بمعنىٰ التعهد ، وقد عرفت منّا صحته وجريانه في المسألة المتقدمة ، **ويجري أيضاً في مسألة المقام** .

بيان ذلك : أن السيد الأُستاذ دام ظله في البحث الرابع من بحوث المسألة السابقة قال حسبما دوّناه : «إن الصحيح أنّ الضمان إنما يصح في موردين لا ثالث لهما» .

الأوّل : أن يكون الشخص مديناً والدين ثابتاً في الذمّة فيضمنه شخص ، فينتقل من ذمّة المدين إلىٰ ذمّة الضامن ، وهذا هو المعروف والمشهور والمتسالم علىٰ صحته والمسمىٰ بالضمان المصطلح .

﴾

﴿ **الثاني** : ضمان الأعيان الشخصية بمعنىٰ أن تكون في عهدة الضامن ، وأن يكون هو المسؤول عن ردّها أو ردّ بدلها ، لا بمعنىٰ اشتغال الذمّة بشيء ـ إلىٰ أن قال ـ وأما في غير هذين الموردين ، فلا دليل علىٰ صحة الضمان ، إذ لا معنىٰ لضمان ما ليس بدين فعلاً ، ولا ما هو بمال كذلك إلّا علىٰ فرض معقولية الضمان بلا موضوع ، **ومن هذا القسم أي القسم الثالث الذي هو الضمان بلا موضوع ، والذي لا يعقل هو ضمان الأرش** ـ ثمّ بعد أن وضح أن ضمان الأرش من الضمان بلا موضوع ـ قال «وعلىٰ ضوء ذلك ليست ذمّة البائع في مفروض الكلام قبل مطالبة المشتري بالأرش مشغولة بشيء ، وليس هنا عين شخصية يضمنها الضامن حتىٰ يقال بصحة الضمان بمعنىٰ التعهد ، وتقدم أن الضمان إنما يكون ويصح في موردين لا ثالث لهما تقدما قريباً ليس منهما شيء متحقق في المقام لا الأوّل ولا الثاني . . .» **الواضح المسألة ٣٩ [٣٦٠٦]** ونحوه في **موسوعته ٣١ : ٤٧١ ـ ٤٧٢** .

والمقام هنا في المسألة ٤٠ [٣٦٠٧] أيضاً الكلام في ضمان التفاوت ما بين الثابت والمقلوع أو البناء والانقاض في المعاملة الباطلة هنا ، وهو عين الأرش في المسألة ٣٩ الذي كان في معاملة صحيحة لشيء معيب ، **في كل منهما هو التفاوت** لكن في المسألة ٣٩ في معاملة صحيحة وفي مسألة ٤٠ في معاملة فاسدة .

فهنا أيضاً التفاوت ما بين الثابت والمقلوع ليس داخلاً **لا في الضمان الأوّل** الذي هو الضمان المصطلح ، **ولا في الضمان الثاني** الذي هو ضمان الأعيان الشخصية ، إذ إنه ليس هو إلّا التفاوت ما بين الثابت والمقلوع . وليس عندنا هنا ضمان ثالث دل الدليل عليه .

والجواب عن ذلك :

أوّلاً : أن الضمان لا ينحصر بهذين الموردين ، بل له مورد ثالث وهو الضمان الحاصل من أمر الآمر ، فإن دليله هو سيرة العقلاء القائمة علىٰ أن من أمر شخصاً بأعطاء مال أو شيء متعلق بالماليات فأمتثل المأمور ذلك الأمر كان الآمر ضامناً للمأمور ما خسر ، وقد كرر السيد الأستاذ ﷺ هذا النحو من الضمان لعله أكثر من مائة مرة .

﴾

❖ **وثانياً** : أن الضمان بمعنىٰ التعهد وهو الجاري عند العقلاء والمشاهد بالعيان وهو التعهد للطرف الآخر بجبران ما يترتب علىٰ دخوله في معاملة ونحوها من خسارة للثمن أو بعضه أو ورود ضرر أو أي تبعية تكون ناتجة من ذلك ، والأعيان الشخصية أحد ما يتعلق بـه الضـمان بمعنىٰ التعهد ، نعم هي تختص بالضمان بمعنىٰ التعهد في قبال الضمان المصطلح ، إذ لا يمكن أن تدخل في الضمان المصطلح المتمثل بنقل ما في الذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ ، حيث إن الأعيان الشخصية لا تدخل الذمّة ، فيختص الضمان فيها كلها بالضمان بمعنىٰ التعهد ـ في قبال الضمان المصطلح ـ وليس معنىٰ ذلك اختصاص الضمان بمعنىٰ التعهد الموجود والدارج والمتعارف عند العقلاء بها ، بل يشملها وغيرها ، فيشمل التفاوت ما بين المغروس والمقلوع أو التفاوت ما بين المبني والمهدوم ، وهي الخسارة والضرر الوارد علىٰ المشتري ، وإن رجع إليه الثمن في المقام .

وثانياً : لو فرض تنزلاً اختصاص الضمان بمعنىٰ التعهد بالأعيان الخارجية ، فمعنىٰ التعهد بها أنها إن كانت موجودة يردها إلىٰ مالكها مع الإمكان وإن كانت تالفة كلها أو بعضها يرد بدلها علىٰ الأوّل ، ويرد النقص الوارد علىٰ العين الشخصية علىٰ الثاني مع ردّ باقي العين . **وهنا الضمان بمعنىٰ التعهد بما يحدثه المشتري** من البناء أو الغرس اللذين هما من الأعيان الشخصية معناه التعهد برد الفارق بين قيمة الغرس الثابت والمقلوع أو المواد المبنية والانقاض ، فكيف لا تكون هنا عين شخصية ليصح الضمان بمعنىٰ التعهد ؟ !

ثمّ إن الضمان بمعنىٰ التعهد بالنسبة إلىٰ ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس وتبين أن الأرض لم تكن للبائع وأمر مالكها بالقلع ، **لا تتوقف صحته علىٰ القول بقاعدة الغرور** . فحتىٰ لو لم نقل بها ـ كما لم نقل ـ يصح ضمان ما يحدثه المشتري فيها من بناء أو غرس من قبل شخص ثالث أو من قبل نفس البائع ، كما يصح الضمان **بمعنىٰ الأمر** فيما لو كان الأمر لا لمصلحة المأمور بل لمصلحة الآمر . فأمر الآمر الذي هو الثالث بالشراء والغرس أو البناء أو أمر البائع بالغرس والبناء لمصلحة راجعة إلىٰ الآمر ثم حصل نقص وهو التفاوت ما بين الثابت والمقلوع منهما ، كان الشخص الثالث **في الفرض الأوّل** ، والبائع الآمر في **الفرض الثاني** ضامنين .

[٣٦٠٩] «مسألة ٤٢» : لو قال عند خوف غرق السفينة «ألقِ متاعك في البحر وعليّ ضمانه» صحّ بلا خلاف بينهم ، بل الظاهر الإجماع عليه[١] وهو الدليل عندهم .

وأمّا إذا لم يكن لخوف الغرق ، بل لمصلحة أُخرىٰ من خفّة السفينة أو نحوها ، فلا يصحّ عندهم ، ومقتضىٰ العمومات صحّته أيضاً[٢] .

---

(١) في هذه المسألة **ثلاثة فروض** :

الفرض الأوّل : إذا كانت السفينة في معرض الغرق ، فأمر شخص غيره بأن يلقي متاعه في البحر ، **وقال : وعليّ ضمانه** لتسلم السفينة من الغرق ، **فلا خلاف بينهم في أن الآمر يضمن قيمة المتاع الملقىٰ وعليه الإجماع** ، بل الإجماع عليه عند المسلمين ظاهراً محقق بين الفريقين[١] ، إلّا من أبي ثور ، حيث قال أبو ثور بعدم الضمان[٢] .

(٢) **الفرض الثاني في هذه المسألة : ما إذا فرضنا أن السفينة ليست في معرض الغرق** ، ولكن هناك مصلحة أُخرىٰ تقتضي تخفيف حمولة السفينة ، ولو لمثل أن تصل إلىٰ المقصد في مدة أقل مما لو كانت محمّلة بتلك الحمولة حيث تصبح أخف فتسرع في السير ، فهل يثبت

---

(١) **قال في الشرائع** : «ولو قال : ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فالقاه فلا ضمان ، ولو قال وعليّ ضمانه ضمن دفعاً لضرورة الخوف» **الشرائع ٤ : ٢٦٥** .

ونحوه في القواعد ٣ : ٦٦٤ كتاب الديات .

وقال الشيخ صاحب الجواهرقدس سره : «نعم ، لو قال مع ذلك [أي مع قوله ألقِ متاعك في البحر] وعليّ ضمانه ،ضمن دفعاً لضرورة الخوف التي شرّع فيها ذلك ، **بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل وبين غيرنا** إلّا من أبي ثور ، وهو شاذّ لا يعتدّ به ، كما في محكيّ الخلاف [الخلاف ٥ : ٢٧٥ / الديات مسألة ٩٥] . **بل فيه : أن عليه إجماع الأُمة عداه ،كما في المبسوط : نفي الخلاف فيه من غيره** [المبسوط ٧ : ١٧١/الديات ، أقسام القتل] ، وكفىٰ بذلك دليلاً للمسألة» **الجواهر ٤٣ : ١٤٩ ـ ١٥٠ وظاهر الماتن أيضاً الاستدلال عليه بعمومات صحة العقود** كقوله تعالىٰ: **﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾** .

(٢) بل لو لم يكن في البين اجماع كان الآمر ضامناً ، لأنّه وكما تقدم قيام سيرة العقلاء علىٰ ضمان الآمر حينما يأمر غيره بشيء فيه تبعة مالية ، كعمل محترم أو اتلاف مال لغرض عقلائي ، أو باعطاء مال أو عروض للغير ، ولم يقصد المأمور في عمله هذا التبرع .

الضمان في مثل ذلك لو قال شخص لآخر: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، أو لا؟

التزم المشهور بعدم صحة هذا الضمان[1].

واختار الماتنقدس سره **صحة هذا الضمان** عملاً بالعمومات الدالة على صحة كل عقد ومنه العقد الحاصل بين الآمر والمأمور، فلأجل ذلك يحكم بصحة الضمان المذكور ووجوب الوفاء به.

والظاهر أنّه لا حاجة إلى التمسك بالعمومات التي استدل بها الماتن[2] ليناقش في صحّة

---

(١) **قال في الشرائع**: «ولو لم يكن خوف فقال ألقه وعليّ ضمانه، ففي الضمان تردد، أقربه: أنّه لا يضمن» **الشرائع ٤: ٢٦٥ ـ ٢٦٦**.

ونحوه في القواعد ٣: ٦٦٤.

وعقب على عبارة المحقق الشيخُ صاحب الجواهر بقوله: «وفاقاً للشيخ [المبسوط ٧: ١٧١ وقال: بلا خلاف فيه] والقاضي [المهذب ٢: ٤٩٢] والفاضل [القواعد ٣: ٦٦٤، التحرير ٥: ٥٣٤] وولده [إيضاح الفوائد ٤: ٦٧٥] والكركي [جامع المقاصد ٤: ٦٧٥] وغيرهم» **الجواهر ٤٣: ١٥٠** ولعل الشيخ صاحب الجواهر يريد من «وغيرهم» الشهيد في المسالك ١٥: ٣٨٥.

(٢) وغيره **كالسيد السبزواري**قدس سره **في مهذب الأحكام ٢٠: ٢٩٢، والسيد الحكيم**قدس سره **في المستمسك ١٣: ٢٠٩**.

وقال السيد الحكيمقدس سره مثالاً لما إذا قال: ألق متاعك في البحر لمصلحة **ما نصه**: «ومن ذلك يظهر أن إلقاء المتاع إذا كان يترتب عليه فائدة عقلائية من خفة السفينة وحسن سيرها فتقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة، وكان المتاع بحيث يحسن بذله في سبيل الفائدة عند العقلاء، جاز لصاحبه القاؤه بلا عوض، وجاز التعويض عليه من ركبان السفينة أو من بعضهم، وإذا كان لا يترتب عليه فائدة عقلائية لم يجز الالقاء مع الضمان وبدونه، وكذلك في مثل: إهدم دارك ومزق ثوبك واجرح نفسك، فإنه إذا كان يترتب فائدة عقلائية على كل واحد من الأمور المذكورة جاز فعله بلا عوض ومع العوض، ويكون ذلك من قبيل إعابة السفينة لصاحب موسى عليه السلام» **المستمسك ١٣: ٢٠٩** وهو الخضر عليه السلام في قوله تعالى: ﴿**فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا رَكِبَا فِي**

انطباق العقد في المقام وعدمه ـ**بدعوىٰ أن ذلك أمرٌ من أحد وعمل من آخر**، كأمر الحلاق بحلق

﴿ٱلسَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ **الكهف ١٨ : ٧١ وطبعاً المثال للمصلحة لا للأمر، إذ** لا أمر كما هو واضح.

وذكر في هذا المقام السيد السبزواريقدس سره **ما نصه** : «وأما تنظير المقام بقصة الخضر عليه السلام فلا ربط بها، لأن قصة الخضر من الأسرار الواقعية، وما نحن فيه في التشريعات، فلا ربط لأحدهما بالآخر، ولذلك أشكل موسىٰ عليه السلام علىٰ الخضر لأن موسىٰ كان مراعياً للشرع، والخضر كان مراعياً للأسرار الباطنية في الجملة» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٩٢**.

أقول : ما نحن فيه من التشريعات بلا كلام، إلّا أنّ تشريع الحكم للمصلحة لم يقيد في كلامهم بالظاهر، فيشمل حتىٰ الواقعية وإن لم تكن ظاهرة، **ولذا ذكر السيد الحكيم**قدس سره **المثال المذكور**، فلا ينافي المثال المذكور كون قضية الخضر من الأسرار الواقعية، ولا أنها لا ربط لها بمحل الكلام، غاية ما في الأمر أنّ الخضر كان عالماً بها **ولم يكن موسىٰ** عليه السلام **عالماً بها وذكر العلماء في وجه عدم علم موسىٰ بذلك** ثلاثة أوجه **الأوّل** جواز أن يكون نبياً أعلم من نبي عند من قال إن الخضر كان نبياً.

الثاني : أن موسىٰ عليه السلام أعلم من الخضر بجميع ما يؤدي عن الله علىٰ عباده وفي كل ما هو حجة فيه، وإنما خص الخضر بعلم ما يتعلق بالأداء.

الثالث : أن موسىٰ استعلم من جهة ذلك العلم فقط، وإن كان عنده علم ما سوىٰ ذلك. **ذكر هذه الوجوه الثلاثة الشيخ الطوسي**قدس سره **في التبيان ٧ : ٧١**.

ثمّ إن اشكال موسىٰ ظاهراً لم يكن لخرق السفينة واتلاف مال الغير، بل كان خوفاً علىٰ غرق أهلها، ولا أمر هنا حتىٰ يكون لمصلحة الآمر أو لا. وقلنا إن المثال مثال للمصلحة. **قال السيد الطباطبائي في الميزان** : «واللام في قوله تعالىٰ : ﴿**لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا**﴾ للغاية، فإن الغرق وإن كان عاقبة للخرق ولم يقصده الخضر البتة لكن العاقبة الضرورية ربما تؤخذ غاية مقصودة إدعاء لوضوحها، كما يقال : أتفعل كذا لتهلك نفسك ؟ والمعنىٰ ظاهر» **تفسير الميزان ١٣ : ٣٤٠** وفي بعض الطبعات ٣٧٠.

الرأس فحلقه ، أو أمر أحداً أن يكنس المسجد فكنسه ، **وذلك لا يحقق عقداً ـ بل صحة الضمان في المقام لأجل أن السيرة القطعية العقلائية مستقرة علىٰ الضمان في مثل المقام** مما كان فيه الأمر بعمل محترم ، أو باعطاء مال ، أو إتلافه لغرض عقلائي ، ما لم يقصد المأمور التبرع ، ولم يكن الأمر ظاهراً في المجانية ، **ولا اختصاص لذلك بالسفينة** ، بل يجري في غيرها أيضاً ، كما لو شب حريق في دار فأمر صاحب الدار غيره بالقاء غطاء عليه كي لا تسري النار ، فاحترق الغطاء أو تعيّب ، ضمن الآمر عند العقلاء بلا كلام .

ومن ذلك يظهر حكم الفرض الثالث في هذه المسألة : وهو أن الحكم بالضمان ثابت **حتىٰ فيما إذا لم يقل الآمر : وعليّ ضمانه**[1] ، بالشرطين المتقدمين ، فإن نفس الأمر موجب للضمان .

---

(١) هذا بحث لم يتعرض له الماتن‌ﷺ وهو بحث جديد ، **وفي نفس الوقت هو ردّ علىٰ ما ذكره المحقق في الشرائع** وكل من تعرض للمسألة كالشيخين والفاضلين وثاني الشهيدين وغيرهم كما حكىٰ ذلك عنهم في **الجواهر ٤٣ : ١٤٩ ، فإنه قال المحقق‌ﷺ في الشرائع** : «ولو قال ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فالقاه فلا ضمان» . **الشرائع ٤ : ٢٦٥** .

وقال السيد الحكيم‌ﷺ «ولم يتعرض المصنف (أي السيد الطباطبائي‌ﷺ في العروة) للمسألة الأُولىٰ التي ذكرها في الشرائع في صدر كلامه من أنه إذا كان خوف علىٰ السفينة فقال لصاحب المتاع : ألق متاك ، واقتصر علىٰ ذلك ولم يقل : وعليّ ضمانه ، فالقىٰ المتاع صاحبه ، لم يرجع علىٰ القائل وليس عليه ضمانه» **المستمسك ١٣ : ٢١٠** .

وقال الشيخ صاحب الجواهر معقباً علىٰ عبارة المحقق : بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له كالشيخين [بالنسبة إلىٰ المفيد فقيل : إن كتب المفيد المتوفرة خالية من ذلك ، وبالنسبة إلىٰ الشيخ فذكره في المبسوط ٧ : ١٧٠ ـ ١٧١] والفاضلين [المحقق في الشرائع والعلّامة في القواعد ٣ : ٦٦٤ ، والتحرير ٥ : ٥٣٤] وثاني الشهيدين [المسالك ١٥ : ٣٨٤] وغيرهم [كالفاضل الهندي في كشف اللثام ١١ : ٢٩٧] للأصل ، كما لو قال (اعتق عبدك) فاعتقه ، أو قال : (طلق زوجتك ، فطلقها)» **الجواهر ٤٣ : ١٤٩** .

وطبعاً فيما إذا امتثل المأمور الأمر.

وكذا لو قال **للخباز: اعط** الفقير خبزاً. ولا فرق بين الأمر بالعمل وبين الأمر باعطاء مال أو

﴿ **وقال الشهيد**ﷺ **في المسالك**: «والفرق بينه وبين قوله: أدّ ديني فأدّاه ـ حيث يرجع عليه ـ أن أداء دينه منفعة لا محالة، وإلقاء المتاع قد يفضي إلىٰ النجاة وقد لا يفضي، فلا يضمن إلّا مع التصريح» **المسالك ١٥: ٣٧٥**.

وأجاب عن ذلك الشيخ صاحب الجواهرﷺ **بقوله**: «**وهو كما ترىٰ**. نعم، قد يقال: الفارق الإجماع، أو أنّ المفهوم من الأمر بالأداء التوكيل في ذلك، فيكون حينئذٍ بالأداء كالقرض عليه، كما أنّ المفهوم من الأمر بالضمان عند الرجوع عليه، بخلاف المفروض» **الجواهر ٤٣: ١٤٩**.

وأجاب عنه السيد الحكيمﷺ **بقوله**: «وهو كما ترىٰ، فإن التمسك بالإجماع علىٰ الفرق خلاف ظاهر الاستدلال منهم علىٰ ذلك بالأصل ونحوه، كما أنّه إذا كان المفهوم من الأمر بأداء الدين التوكيل فلم لا يكون المفهوم من الأمر بالقاء المتاع ذلك؟» **المستمسك ١٣: ٢١٠**.

وقال السيد الحكيمﷺ **وجه الضمان**: «فالتحقيق أن استيفاء مال الغير وعمل الغير موجب لضمانه، وكما توجد قاعدة (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) توجد قاعدة أُخرىٰ (من استوفىٰ مال غيره فهو له ضامن)، وكما إذا قال للحلاق: (أحلق رأسي) يكون ضامناً للأُجرة، يكون ضامناً للمال الذي أدّاه إذا قال له: (أدّ ديني)، وكذلك في المقام إذا كان الأمر بالالقاء لمصحلة الآمر كان ضامناً للمتاع، وإذا كان لمصلحة المأمور لا غير ـ كما إذا كان الآمر خارج السفيه وكان الباعث له علىٰ الأمر مصلحة المأمور ـ لم يكن ضامناً، لعدم تحقق استيفاء مال الغير، ولأجل ذلك لا يضمن إذا قال له: (أدّ دينك) ويضمن إذا قال (أدّ ديني)» **المستمسك ١٣: ٢١٠**.

وهذا هو الذي يقوله السيد الأُستاذﷺ في المقام، ولكن يقول: إن الضمان فيها للأمر، **ومع بيان أن الدليل** علىٰ ذلك هو سيرة العقلاء القطعية المستقرة علىٰ الضمان في أمثال ذلك. **وأما قاعدة الاستيفاء** فقد تقدم منّا سابقاً أن الضمان لا يدور مدارها مطلقاً، نعم في الأمر هو كذلك لاعتبار الأمتثال فيه وأنّه الكاشف عن كون الأمر مقتضياً للضمان.

الأمر باتلاف مال لغرض عقلائي ، **يكون الآمر في كل ذلك ضامناً** ، وبلا فرق بين أن يقول : وعليّ ضمانه ، أو لا .

نعم ، لو كانت هناك قرينة خارجية على أن أمر الآمر مبني على عدم العوض ، وإنما هو أمر مجاني ، كما لو سأل فقير غنياً باعطائه مالاً وكان عند الغني مال للفقراء ، فقال ثالث عالم بأن عنده مال للفقراء ، أو عالم بأن المسؤول رجلاً غنياً يتمكن من اعطائه مالاً فقال للغني أعطه مالاً ، ليس لهذا الأمر ظهور بالاعطاء على أن يكون الآمر ضامناً ، بل معناه أعطه من كيسك أنت أيها الغني أو من مال الفقراء ، ففي كل مورد كانت هناك قرينة على أن الأمر بالاعطاء أو العمل مجاناً ـ أو كان المعطي نفسه قاصداً المجانية ، وإن كان الأمر ظاهراً في الضمان ـ لا يكون هنا ضمان على الآمر ، وإلّا فيثبت الضمان على القاعدة ، للسيرة العقلائية على ذلك .

«تتمّة»

[في صور التنازع]

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدّمة الاتفاقية أو الخلافية : أنّ ما ذكروه في أوّل الفصل من تعريف الضمان ، وأنّه نقل الحقّ الثابت من ذمّة إلىٰ أُخرىٰ ، وأنّه لا يصحّ في غير الدَّين ، ولا في غير الثابت حين الضمان ، لا وجه له ، وأنّه أعمّ من ذلك حسب ما فصّل[1] .

[٣٦١٠] «مسألة ١» : لو اختلف المضمون له والمضمون عنه[2] **في أصل الضمان فادعىٰ أنّه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له ، فالقول قوله .**

---

(١) **قد عرفت الفرق بين الضمان المصطلح والتعهد** ، واختصاص اعتبار ما ذكره الماتن دام ظله في الأوّل ، دون التعهد الذي يصحّ في الأعيان الخارجية ونحوها مما لا يعتبر فيه أن يكون الحق ثابتاً حال الضمان ، **والضمان بمعنىٰ** التعهد قامت عليه السيرة العقلائية القطعية[1] .

(٢) بما أن في باب الضمان الأشخاص ثلاثة ١ ـ ضامن ٢ ـ ومضمون له ٣ ـ ومضمون عنه .

فالاختلاف يمكن أن يكون بين الثاني والثالث ـ أي بين المضمون له والمضمون عنه ـ وهو الذي يتعرض له الماتن دام ظله **في هذه المسألة وهي المسألة الأُولىٰ** .

---

(١) **أقول** : أي أن الضمان بمعنىٰ التعهد ليس من الضمان بمعنىٰ النقل من ذمّة إلىٰ أُخرىٰ ، وإن كان الضمان بمعنىٰ التعهد صحيحاً وعليه السيرة ، **إلّا أنهما فردان لمعنىٰ الضمان** . وأن كان الضمان بالمعنىٰ المصطلح وضع ، وبمعنىٰ التعهد تكليف محض .

والأوّل دليله عمومات أدلة الضمان .

والثاني : دليله عمومات صحة العقود ، والسيرة العقلائية القطعية .

وهنا عندنا ضمان ثالث قد أغفل ذكره السيد الأُستاذ هنا وهو ما يقضيه أمر الآمر ، ودليله سيرة العقلاء فقط وكان المفروض ذكره وإن هذه المعاني الثلاثة أفراد لمعنىٰ الضمان .

ويمكن أن يكون الاختلاف بين الأوّل والثاني ـ أي بين الضامن والمضمون له ـ وهو الذي يتعرض له الماتن دام ظله **في المسألة الآتية وهي المسألة الثانية** .

ويمكن أن يكون الاختلاف بين الأوّل والثالث أي بين الضامن والمضمون عنه ، وهي الذي يتعرض له الماتن دام ظله **في المسألة الثالثة الآتية** .

وفعلاً الكلام في المسألة الأُولىٰ ولها خمس صور :

الصورة الأُولىٰ : فيما لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان ، فادعىٰ المضمون عنه أنّ ذمّته ليست مشغولة بشيء للمضمون له لأنه ضمنه ضامن ، وأنكر المضمون له ذلك .

هكذا عبّر الماتن دام ظله .

وفي التعبير بالمضمون له والمضمون عنه مسامحة واضحة ، لأنه مع إنكار الضمان لا مضمون عنه ولا مضمون له ثابت أنّه كذلك ، فالأولىٰ التعبير بالدائن والمدين .

وعلىٰ كل حال ، ففي مثل ذلك لا شك أن مدعي الضمان ـ وهو المدين ـ لابدّ له من اثبات الضمان ، وإلّا فيجب علىٰ المدين أن يخرج عن عهدة دينه ، فما لم يثبت براءة ذمّته من الدين بضمان شخص آخر ، فلابدّ وأن يؤدي ما كان عليه من الدين ، **فالقول قول الدائن بيمينه في هذا التنازع**[1] .

---

(١) **أما كون مدعي الضمان هو المدعي** والدائن هو المنكر فالقول قول الدائن مع يمينه ، **فلما تقدم من السيد الأُستاذ** دام ظله في عدّة موارد (وإن لم يوضح ذلك هنا) .

منها : في الواضح ١٠ : ٣٣٤ ـ ٣٣٦ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٢٦ ـ ٤٢٧ . وكذا في عدة موارد أُخرىٰ من الواضح سيأتي بعضها قريباً أيضاً .

ومنها : في القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ من إنّ الروايات الواردة في باب القضاء علىٰ كثرتها لم

﴿ يذكر ولا في رواية واحدة منها ولو ضعيفة بيان معنىٰ المدعي والمنكر وتشخيصهما ، وأن المدعي من هو والمنكر من هو ، بل غالب هذه الروايات إنما هي في بيان أحكام المدعي والمنكر ، ككون البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكر ، وأما تشخيص المدعي والمنكر فلم يرد في شيء من الروايات ، **ومن هنا قيل في معناهما عدة أقوال :**

منها : أن المدعي من يخالف قوله الحجة أو الأصل ، وهو المشهور بينهم .

وقيل : إنّ المدعي من يخالف قوله الظاهر .

أو أنّ المدعي من لو ترك ترك .

ولذا ذكر المشهور أن القول هنا قول الدائن لأن قوله يطابق الحجة أي الأصل ، بخلاف قول خصمه الذي هو المديون لأن قوله خلاف الحجة أو الأصل ، فإن الحجة في المقام هي أصالة عدم الضمان العارية بلا معارض . فقول المضمون عنه بان ضامناً ضمن ديني محتاج إلىٰ اثبات ، فلذا يكون هو المدعي والمضمون له هو المنكر ، والقول قول المنكر مع عدم اثبات المدعي دعواه بما يثبتها .

وعلىٰ كل حال ، ليس لأي واحد من هذه الأقوال دليل معتبر . وذكر الجواب عنها كلها السيد الأُستاذ ﷺ في بحث القضاء والشهادات المشار إليه فمثلاً كون المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر من يوافق قوله الأصل ردّه السيد الأُستاذ بما سيأتي نصه بعد ست صفحات **ومعنىٰ عدم ورود شيء من الروايات في تشخيص المدعي والمنكر الذي تقدم منّا ذكره ، والظاهر منه** هو ايكال تشخيصهما إلىٰ العرف والعقلاء واعتماده عليهم ، فكأنه واضح عندهم ولذا لم يذكر في الروايات ، فمن يرونه مدعياً هو الذي له أحكام المدعي من البيّنة ونحوها ، ومن يرونه منكراً هو الذي تترتب عليه أحكام المنكر من اليمين ونحوه .

والمدعي عند العرف والعقلاء هو الذي يكون ملزِماً للآخر بشيء ويكون ملزَماً عندهم باثبات ما يقوله ، ويكون مطالباً عندهم باثبات ذلك ، والمنكر بخلافه وهو الذي لا يكون ملزماً عندهم باثبات ما يقوله ، ولا يكون مطالَباً عندهم باثبات ذلك ، فيكفيه نفي الدعوىٰ عليه .

والذي يطالبه العقلاء باثبات ما يدعيه وما يقوله إنما يتحقق في موردين لا ثالث لهما :

﴾

الأوّل : ما لو ادعىٰ علىٰ أحد مالاً أو حقاً ـ كنفقة الأقارب ـ أو ما شابههما كزوجية مثلاً ويريد الزامه به ، كما لو ادعىٰ علىٰ أحد أنّه باعه شيئاً ويطالبه بالثمن ويلزمه ، به أو أقرضه شيئاً ويطالبه ويلزمه بايفائه ، أو يدعي علىٰ امرأة زوجية ويطالبها ويلزمها بحق الاستمتاع ، أو تدعيها هي عليه وتطالبه وتلزمه بالنفقة ، فالعقلاء والعرف هنا يلزمون من يريد إلزام الغير بمال أو حق أو ما شابههما باثبات ذلك الشيء ، فيلزمون مدعي البيع باثبات البيع ، ولا يلزمون منكره باثبات عدم البيع ، بل يكتفون منه بانكار هذا البيع . وكذا يلزمون الرجل المدعي للزوجية والذي يلزم المرأة بالاستمتاع باثبات الزوجية بما يثبتها ، ولا يلزمون المرأة باثبات عدم الزوجية ، بل يكتفون منها بأنكارها فقط . وكذا يلزموها هي حينما تدعي الزوجية وتطالب بالنفقة باثبات الزوجة بما يثبتها ، ولا يلزمون الزوج باثبات عدم الزوجية ، بل يكتفون منه بأنكارها فقط . وكذا يلزمون مدعي الدين باثباته ، ولا يلزمون المدين باثبات عدم الدين ، **هذا هو المورد الأول من المدعي عند العرف والعقلاء .**

الثاني : ما لو ثبت عليه مال أو حق أو دين إلّا أنّه يدعي أداءه وايفاءه ، فهنا يلزم العقلاء مدعي الأداء والإيفاء باثبات ذلك بعد اعترافه بالدين أو المال أو الحق عليه ، فمن يعترف بأنه أخذ من زيد مالاً قرضاً إلّا أنّه يدعي أنه وفاه ، أو أن الدائن ابرأه من الدين ، **فهنا يلزم العقلاء هذا الشخص باثبات الوفاء أو الإبراء** ، ولا يلزمون الدائن باثبات عدم الأداء وعدم الإبراء ، أي قبل الاعتراف بالدين الذي يوجب ثبوته عليه . ولو كان المدين منكراً للدين فكانت وظيفته الحلف ، لكن بعد اعترافه بالدين يدعي أنّه اداه أو ابراه الدائن ، ينقلب من كونه منكراً إلىٰ كونه مدعياً ، فليزمه العرف والعقلاء باثبات الأداء أو الإيفاء أو الابراء .

وهذا هو الميزان عندهم في المدعي ، فالمدعي أحد هذين والمنكر بخلافه .

ومقامنا هنا وهو أن المضمون عنه (أي المدين) يدعي أنه ضمنه ضامن إلىٰ المضمون له بعد اعترافه بالدين داخل في **القسم الثاني** الذي هو أنه يعترف بالدين ويدعي براءة ذمّته منه بضمان ضامن ، فيطالبه العرف باثبات ذلك ، ولا يطالبون المضمون له باثبات عدم الضمان ، فالمدين هو المدعي والدائن هو المدعىٰ عليه ، فما لم يثبت المدين الضمان بما يثبته يكون

وكذا لو ادّعىٰ أنّه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له[1] ، لأصالة بقاء ما كان عليه .

---

(١) **وكذلك القول قول المضمون له[1] في الصورة الثانية : وهي فيما إذا اختلفا في مقدار الضمان** بعد اعتراف المضمون له أن الضامن قد ضمن ، **ولكن يدعي الدائن وهو المضمون له** أنه ضمن بعض ديونه التي علىٰ الناس دون بعضها الآخر ، أو يدعي المضمون له أنّه ضمن نصف الدين الذي له علىٰ فلان مثلاً ، وأما النصف الآخر فباق في ذمّة المضمون عنه ، ويدعي المضمون عنه أن الضامن قد ضمن جميع ديونه التي علىٰ الناس ، أو جميع دينه الذي علىٰ فلان لا نصفه ، فبالنسبة إلىٰ المقدار الآخر المختلف فيه الذي هو المشكوك ، فلابدّ للمضمون عنه من اثبات أن الضامن ضمنه ، وإلّا فيجب عليه أن يخرج عن العهدة[2] .

﴿القول قول الدائن بيمينه علىٰ مقتضىٰ قواعد القضاء . وهذا وإن لم يقله السيد الأُستاذ ﷾ في المقام إلّا أن كلامه مبتنٍ عليه .

(١) **التعبير بالمضمون له والمضمون عنه هنا ليس فيه مسامحة ـ بخلاف الفرض الأوّل** ـ لأن النزاع هنا في ضمان تمام الديون لا في أصل الضمان ، فالدائن يصدق عليه حقيقة مضمون له والمدين يصدق عليه حقيقة مضمون عنه ، إلّا أنَّ النزاع في مقدار ما ضمن .

(٢) **في هذا وما قبله الدليل علىٰ تقديم قول الدائن عند الماتن** ﷾ والمشهور أصالة بقاء ما كان عليه من الدين وعدم انتقاله عنه ، المقتضية لأن يكون من يخالف قوله الأصل مدعياً فلابدّ له من الاثبات ، وإلّا فيكون القول قول من يطابق قوله الأصل أي المنكر وهو الدائن .

وعند السيد الأُستاذ ﷾ لأن العرف يرىٰ أن المطالب بالاثبات هو المدين أي المضمون عنه ، فهو المدعي ولابدّ له من اثبات مدعاه ، فإن اثبت فهو ، وإلّا فالقول قول الدائن الذي هو المنكر علىٰ ما تقدم مراراً من معنىٰ المدعي والمدعىٰ عليه عند السيد الأُستاذ ﷾ ومنها ما تقدم قريباً في التعليقة السابقة . **ومن ذلك يظهر لك أن ما ذكره السيد الأُستاذ** ﷾ **في الموسوعة من التعليق علىٰ قول الماتن** ﷾ (لأصالة بقاء ما كان عليه) **بقوله** : «خرجنا عنها بالنسبة إلىٰ ما يعترف المضمون له ـ [وهو] القدر المتيقن ـ لفراغ ذمّته منه جزماً ، ولابدّ له بالنسبة إلىٰ الزائد [علىٰ] ما يدعيه هو من إثبات البراءة ، وإلّا فهو ملزم بالخروج عن عهدته كما عرفت» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٧٨ ليس في محله** ، لأن معناه أن المدعي من يخالف قوله الأصل ، وهو ﷺ

ولو اختلفا في إعسار الضامن[١] حين العقد ويساره فادّعىٰ المضمون له إعساره فالقول قول المضمون عنه[٢].

هذا كله إذا اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الضمان.

وأما إذا اختلفا في اعسار الضامن حين الضمان أو يساره فهو الآتي في التعليقة الآتية.

(١) **الصورة الثالثة**: وهي لو كان أصل الضمان ومقداره أيضاً متيقناً ومتسالماً عليه بينهما إلّا أنّ المضمون له يدعي أن الضامن حين الضمان كان معسراً فيثبت للمضمون له الخيار في فسخ عقد الضمان، بناءً علىٰ ما تقدم من الماتن وجماعة قدّس الله أسرارهم من ثبوت الخيار للمضمون له لو تبيّن اعسار الضامن حال الضمان، وتقدمت المناقشة فيه[١]. وقلنا إنّه لا دليل علىٰ اعتبار ذلك، ويصح ضمان الضامن إذا ضمن، وينتقل الدين من ذمّة المضمون عنه إلىٰ ذمّة الضامن سواء كان الضامن معسراً حال الضمان أم موسراً، فيكون الضامن هو المطالب بهذا المال. ولم يدل أي دليل علىٰ اعتبار كونه موسراً، فلا أثر لإعسار الضامن، فلا أثر لهذا الاختلاف علىٰ ما اخترناه، نعم له أثر علىٰ مسلكهم. **فإذا ادعىٰ المضمون له أن الضامن كان معسراً حال الضمان فله الخيار في فسخ عقد الضمان والرجوع علىٰ المضمون عنه، وادعىٰ المضمون عنه عدم ذلك**، فليس للمضمون له الخيار، لأن الضامن حال ضمانه كان موسراً، **ففي مثل ذلك ذكر الماتن﴿ره﴾ أن القول قول المضمون عنه**، وهي الآتي في التعليقة الآتية.

(٢) **فلابدّ لمدعي الاعسار ـ وهو المضمون له** ـ من اثبات الإعسار ليثبت له الخيار في فسخ عقد الضمان ليرجع الدين إلىٰ ذمّة المضمون عنه كما كان أوّلاً.

والكلام في هذه المسألة ـ بناءً علىٰ مسلكهم[٢] ـ **تارة فيما إذا علم سبق اليسار** وشك في

﴿ مبنى لم يقبله السيد الأستاذ﴿ره﴾ وردّه في عدة موارد، **منها في الواضح والقضاء والشهادات المشار إليهما قبل قليل** من التعليقات.

(١) تقدمت المناقشة في ذلك في المسألة ٤ [٣٥٧١]. موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤١٣ ـ ٤١٦.

(٢) **الظاهر من قوله﴿ره﴾** (والكلام في هذه المسألة بناء علىٰ مسلكهم) قد يقال الأوّل وهلة أنّه هو مسلكهم في ثبوت الخيار للمضمون له في فسخ عقد الضمان مع كون الضامن حال الضمان ﴾

الاعسار بعد ذلك ، **وأُخرىٰ فيما إذا علم سبق الاعسار** وشك في حدوث اليسار بعد ذلك ، **وثالثة فيما إذا تعاقبت الحالتان** ولم يعلم سبق إحداهما وتأخر الأُخرىٰ .

فلنفرض أوّلاً أن عقد الضمان كان يوم السبت ونعلم أن يوم الأربعاء الذي قبله كان الضامن موسراً ، ولكن المضمون له يدعي أن أمواله تلفت ، فأصبح الضامن يوم السبت وحال الضمان معسراً ، والضامن يدعي عدم الإعسار يوم السبت وفي حال الضمان ، وإنما أصبح معسراً بعد الضمان ، **قال الماتن**ﷺ **هنا : إنّ القول قول المضمون عنه** المنكر لثبوت الخيار ، باعتبار أن الضامن كان موسراً بمقتضىٰ الاستصحاب[1] ، فمدعي الإعسار حال الضمان هو المضمون له فلابدّ

معسراً ، **إلّا إن الظاهر من تكرار قول السيد الأُستاذ**ﷺ **بناء علىٰ مسلكهم في المدعي والمنكر في كلامه الآتي أنّه يريد من (مسلكهم)** هو مسلكهم في المدعي والمنكر ، وأن المدعي من يخالف قوله الأصل أو الحجة ، والمنكر بخلافه ، **بل يمكن يقال أنّه لا ظهور لغيره ، لأن غيره هو مما تبتني عليه المسألة التي هي محلّ الذكر** .

(١) الذي يظهر من السيد الأُستاذﷺ لحاجة في نفسه يريد بيانها أنّه يريد أن يتكلم علىٰ مسلكهم حتىٰ في المدعي والمنكر أيضاً ، لا فقط في ثبوت الخيار في الإعسار ، **ولذا قال** : (فالقول قول المضمون عنه المدعي للزوم العقد باعتبار أن الضامن كان موسراً بمقتضىٰ الاستصحاب) فالمخالف قوله للأصل هو المضمون له وهو المدعي ، والمضمون عنه هو المنكر ، فإذا لم يكن للمدعي بيّنة علىٰ الإعسار فالقول قول المضمون عنه (المنكر) مع يمينه . **وإلّا فالكلام علىٰ مسلك السيد الأُستاذ**ﷺ في تشخصيص المدعي والمنكر **يقتضي أن يقول** : فلأن العرف والعقلاء يلزمون المضمون له باثبات الإعسار حال الضمان ، ولا يلزمون المضمون عنه بإثبات عدم الإعسار حال الضمان . فالمضون له مدع ، إن لم يثبت قوله بالبيّنة يكون القول قول المنكر وهو المضمون عنه بيمينه علىٰ مقتضىٰ قواعد القضاء .

إلّا أن الظاهر أن السيد الأُستاذﷺ يريد أن يتكلم علىٰ مقتضىٰ ما يشخصونه هم من المدعي والمنكر ، فلذا ذكر الكلام المتقدم **في هذا الفرض وفي الفرض الثاني** وهو استصحاب العسر ،

له من الاثبات. لأنه هو المدعي فما لم يثبت يكون القول قول المضمون عنه.

وما ذكره الماتنﷺ **هنا هو الصحيح** علىٰ وفق مسلكهم في المدعي والمنكر، وأن المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر بخلافه.

ونفرض ثانياً أن الأمر بالعكس بأن كان يوم الأربعاء التي قبل السبت معسراً يقيناً، ولكن المضمون عنه يدعي أنه بعد الأربعاء وقبل السبت الذي بعدها أيسر بإرث أو تجارة أو نحوهما، فكان يوم السبت موسراً.

قال الماتن هنا أيضاً بأن القول قول المضمون عنه بمقتضىٰ اطلاق كلامه، حيث قال إن في صورة النزاع هذا بين المضمون له والمضون عنه القول «قول المضمون عنه» مطلقاً، أي في الصورة الأُولىٰ والثانية، بل والثالثة التي ستأتي أيضاً.

والصحيح علىٰ مسلكهم من أن المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر بخلافه في الفرض الثاني هذا أن يكون القول **قول المضمون له الذي هو المنكر هنا** ـ عكس ما ذكره الماتنﷺ ـ لأن

﴿ **وفي الفرض الثالث** أيضاً وهو تعارض الاستصحابين وتساقطهما الذي يلزمهم به في الإشكال علىٰ مسلك المدعي عندهم علىٰ ما سيأتي.

ثمّ إن حكم الفرضين الأولين علىٰ مسلك السيد الأُستاذﷺ في تشخيص المدعي والمنكر هو ما ذكر أيضاً، ولكن لا لأجل أن المدعي في الفرض الأوّل من يخالف قوله الاستصحاب وهو المضمون له، ولا أن المدعي ففي الفرض الثاني من يخالف قوله الاستصحاب وهو المضمون عنه، **بل لأن المضمون له في الفرض الأوّل والمضمون عنه في الفرض الثاني** هما اللذان يطالبان عند العرف باثبات ما يدعيانه، فإن اثبتناه فهو، وإلّا كان القول في الفرض الأوّل والثاني قول المنكر، وهو يختلف، ففي الفرض الأوّل هو المضمون عنه، وفي الفرض الثاني هو المضمون له.

وأما في الفرض الثالث فسيأتي ما يقتضيه مسلك الماتن والمشهور وما يقتضيه مسلك السيد الأُستاذ السيد الخوئي (قدّس الله أسرارهم جميعاً)، ويأتي السرّ في ردّ مسلك المشهور في المدعي والمنكر.

استصحاب العسر إلىٰ زمان الضمان يثبت موضوع الخيار، فيكون المضمون عنه هو المدعي لعدم الخيار ولزوم العقد، فقوله خلاف الأصل فعليه الاثبات. فما لم يثبت يكون القول قول المضمون له.

ونفرض ثالثاً الحالة السابقة هي كلا الأمرين ـ كان موسراً وكان معسراً ـ لكن لم يعلم تقدم أيهما علىٰ الآخر، نعلم بأنه في هذا الأسبوع كان في أيام موسراً وفي أيام معسراً، إلّا أنه يشك في المتقدم والمتأخر، **فهنا إمّا** أن لا يجري الاستصحابان أصلاً كما اختاره صاحب الكفاية قدس سره لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك، **وإمّا** أن يجريا ولكن يسقطان بالتعارض كما نقوله نحن، فعدم الجريان لثبوت المانع لا لعدم المقتضي وهو عدم اتصال زمان الشك بزمان اليقين، **وعلىٰ كل منهما النتيجة في المقام ـ لا في غيره ـ واحدة.**

وإن كانت تظهر الثمرة بين ما اخترناه وبين ما اختاره صاحب الكفاية في بعض الموارد، إلّا أن في المقام لا ثمرة ولا أثر للاختلاف هنا، فإن الاستصحابين لا يجريان ولا يؤثران إما لعدم المتقضي أو لوجود المانع، إذن فأي حالة تقدم علىٰ الأُخرىٰ، وأي منهما يكون مدعياً، وأي منهما يكون منكراً.

اختار الماتن قدس سره في المقام وهو الفرض الثالث أن المدعي إنّما هو المضمون له، فما لم يثبت قوله ببيّنة **فالقول قول المضمون عنه** بمقتضىٰ اطلاق كلامه قدس سره حيث قال: «فالقول قول المضمون عنه» علىٰ ما تقدمت الإشارة إليه فيكون المضمون عنه منكراً والمضمون له مدعياً، مطلقاً في جميع الفروض الثلاثة.

واستشكل فيه بعض[1] **وقال:** بأنّه لا مقتضي ولا موجب لجعل المدعي هو المضمون له،

---

(١) **المستشكل السيد الحكيم قدس سره حيث** قال: «الظاهر أنّه مع سبق اعسار الضامن يجري استصحابه فيثبت إعساره حال الضمان، فيكون مدعيه منكراً لا مدعياً، بل مع سبق العلم باليسار يجري استصحاب اليسار، إلىٰ أن قال: **فمع تعاقب الحالتين يكون كل من المضمون له والمضمون عنه مدعياً، لعدم قيام الحجة علىٰ أحد الأمرين» المستمسك ١٣: ٣٦٤ أو (ص ٢١٢ طبعة بيروت).**

ولا قول غيره موافقاً للأصل، فليس أي منهما مدعياً، وليس لكل منهما حجة علىٰ ما يدعيه، فيكون المقام من باب التداعي. ويكون كل منهما مدعياً.

أقول: ما ذكره المصنفﷺ في هذا الفرض الثالث من القول بأن المدعي هو المضمون له، والمنكر هو المضمون عنه غير صحيح[1]، فإنه يخالف مسلكه في المدعي والمنكر.

نعم ما ذكره من أن المدعي هو المضمون له والمنكر هو المضمون عنه **صحيح علىٰ مسلكنا وذلك لأنّا ذكرنا في بحث القضاء**[2] **أنّه لم يذكر في الروايات الواردة في حلّ الخصومة بالبينات والأيمان تعريف للمدعي والمنكر**، والمعروف عند جماعة أن من طابق قوله الأصل هو المنكر والآخر هو المدعي، وهذا وإن كان غالباً كذلك، إلّا أنّه لم يثبت علىٰ نحو الكلية، ولم يدل عليه دليل[3]، **بل الظاهر الرجوع إلىٰ العرف في تشخيص ذلك، فمن يطالِب الآخر بشيء ـ والآخر لا يطالبه بشيء ـ ويطالَب بالاثبات عند العرف هو المدعي**، والآخر وهو من لا يطالِب بشيء هو المنكر. **فلو فرض أن زيداً يدعي علىٰ عمرو قرضاً أو يدعي عليه أنّه أتلف ماله**، فزيد هو الذي يأخذ برقبة عمرو إلىٰ المحكمة ويدعي عليه شيئاً، فيطالب عند العقلاء باثبات ذلك، وأمّا عمرو فلا يطالب باثبات عدم القرض أو عدم الاتلاف، فهو المدعىٰ عليه. فالمدعي من يطالِب الآخر بشيء ويكون هو المطالَب بإثبات ذلك عند العرف، **دون الآخر** الذي لا يكون مطالباً ولا يُلزم ولا يطالب بالاثبات عند العرف، فهو المدعىٰ عليه.

---

(١) سيأتي مزيد توضيح في الهامش عند انتهاء كلام السيد الأُستاذﷺ من هذه المسألة.

(٢) كتاب القضاء والشهادات ١: ١٤٣ ـ ١٤٥، موسوعة الإمام الخوئي ٤١: ٥١.

(٣) **وقيل غير ذلك، فمن هذه الأقوال**: أن المدعي من لو ترك تُرك والمنكر بخلافه. **ومنها**: أن المدعي من خالف قوله الظاهر، والمنكر بخلافه، **ومنها**: ما أختاره السيد الأُستاذﷺ في الشرح أعلاه من الرجوع في تشخيص المدعي والمنكر إلىٰ العرف، **وذكرنا ذلك أيضاً في كتابنا القضاء والشهادات ١: ١٤٣ ـ ١٤٥**. وستأتي تكملة لهذا البحث في آخر الفرض الثالث هذا.

نعم ، يستثنىٰ من ذلك ما إذا اعترف المدعىٰ عليه بأصل الحق ولكن ادعىٰ وفاءه ، كما لو اعترف عمرو بالقرض ولكن ادعىٰ أنّه وفاه ، ولكن الدائن يدعي عدم الوفاء ، فباعتراف عمرو بأصل الحق تنقلب الدعوىٰ ، ويكون هو المدعي للوفاء وزيد هو المنكر ، فيطالب العقلاء عمراً بالاثبات ، فيكون هو المدعي ، **هذا هو الميزان الكلي** .

وفي المقام الذي يدعي فراغ ذمّة الضامن واشتغال ذمّة المضمون عنه هو المطالب بالاثبات عند العقلاء ، لأن المضمون عنه قد برئت ذمّته بمقتضىٰ الضمان يقيناً ، فارجاع الدين إليها من جهة الخيار بدعوىٰ أن الضامن حال الضمان كان معسراً ، يحتاج إلىٰ دليل ، **فالمطالب باثبات ذلك عند العقلاء هو المدعي** وهو المضمون له ، والآخر وهو المضمون عنه هو المنكر ، **فالمقام من باب المدعي والمنكر** ، لا من باب التداعي[1] .

---

(١) **التعريف عند المشهور للمدعي والمنكر** ومنهم الماتن والسيد الحكيم قدّس الله أسرارهم حسبما تقدم منه كثيراً ـ ومنها أول هذه المسألة ـ إنما هو : أن المدعي من يخالف قوله الأصل والحجة ، والمنكر بخلافه وهو من يطابق قوله الأصل والحجة .

وهذا التعريف أشكل عليه السيد الأُستاذ دام ظله **في كتاب القضاء بما نصه** : «وأما القول بأن المدعي من خالف قوله الأصل [والمنكر بخلافه] فهو صحيح في كثير من الموارد أيضاً ، كما في مثال القرض المتقدم ، فإن مدعي القرض يخالف قوله أصالة عدم القرض الموافقة لقول المنكر ، وكذا لو ادعىٰ المدعىٰ عليه أنّه أدّاه فهو مدع ، لأن الأصل عدم الأداء ، إلّا أنّه غير صحيح في بعض الموارد ـ ومعنىٰ ذلك أنّه لا يتم علىٰ الاطلاق ـ كما لو فرضنا أن زيداً اقترض من عمرو مالاً ثمّ أدّاه ، وهكذا ثلاث أو أربع مرات ، واختلفا في المرة الأخيرة ، فقال أحدهما إن الأخير كان هو القرض وبعد لم يؤد فيجب عليه الأداء ، وقال الآخر أن المرة الأخيرة كانت هي الوفاء ، ولم اقترض بعدُ ، **فهذا من توارد الحالتين الذي تعرضنا له في بحث الاستصحاب** . واختار صاحب الكفاية فيه عدم جريان الاستصحاب ، لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشك ، وقلنا هناك إن الاستصحاب يجري في كل منهما ويسقط من جهة المعارضة ، أي أن عدم

﴿ الجريان لأجل المانع لا لعدم المقتضي .

وعلىٰ كل حال ، فالاستصحاب غير موجود لا في القرض ولا في الأداء ، فليس هنا أصل ليوافق قول أحدهما ويخالف قول الآخر .

وكذا يتصور توارد الحالتين في دعوىٰ الزوجية ، بأن تزوجها متعة ثمّ انقضت المدة [أو وهبها] وتزوجها ثانية فانقضت المدة أو وهبها أياها وهكذا ثلاث أو أربع مرات ، ثمّ وقع النزاع بينهما في أن الأخير كان هو الإبراء أو الزوجية ، فيدعي الزوج أنّه بعد التزويج الأخير لم يبرئ المدة ، وتدعي المرأة أن الأخير كان هو الإبراء وبعده لم تتزوج ، **فهنا أي منهما** يخالف قوله الأصل والآخر يوافقه ، مع أنّه لا إشكال في أنّ الزوج هو المدعي ، ولابدّ له من الإثبات» . **القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ ـ ١٤٤ . ولكن السيد الأستاذ**ﷺ حينما قال هنا (ذكرنا في البحث القضاء) إنما يشر إلىٰ ما ذكره في موسوعته ٤١ : ٥١ ، لا إلىٰ ما ذكرنا نحن في كتاب القضاء والشهادات ، لأنه درّس ما كتبه في بحث القضاء بعد ما أكمل مباحث العروة ، فهو وقت تدريسه لكتاب الضمان لم يكن قد ذكر ما ذكرناه في بحث القضاء والشهادات بهذا التفصيل الذي ذكرناه ، وإنما ذكر ملخص رأيه هو بلا ذكر لرد بقية الأقوال في تعريف المدعي والمنكر **موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥١** وبما أنا ذكرنا مفصله فيما بعد وذكرنا وجه ردّ بقية تعريفات المدعي والمنكر فذكرنا المفصل ، وإن لم يكن في وقته قد قاله .

وعلىٰ كل حال ، مقامنا في الفرض الثالث من الفروض الثلاثة المتقدمة هو الذي أشكل فيه السيد الأستاذ عليهم ـ أي علىٰ المشهور ـ بعدم صحة تعريفهم للمدعي والمنكر ، بأن المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر بخلافه ، وهو توارد الحالتين الاعسار واليسار ولم يعلم المتقدم منهما والمتأخر ، **فإنه علىٰ تعريفهم** كيف يشخص المدعي والمنكر ؟ ! **ومن هنا يتوضح** عدم صحة مسلكهم وتعريفهم للمدعى والمنكر ، فإنه وصلنا إلىٰ المحل الذي ينكشف به عدم صحة تشخيصهم للمدعي والمنكر فيما عرفوه لهما .

ولذا نراهم هنا اضطرب كلامهم .

الماتن يدعي أن المضمون له هو المدعي والمضمون عنه هو المنكر .

﴿

﴿ **وهو لا ينطبق علىٰ تعريفهم ، لأن المضمون له** حينما يكون مدعياً فلابدّ وأن يكون قوله خلاف الأصل ، وأي أصل يكون قوله مخالفاً له ، فإنه كما عرفت هنا لا أصل لا للاعسار ولا لليسار لتوارد الحالتين وعدم جريان الاستصحابين أو جريانهما وتساقطهما ، **والمضمون عنه** حينما يكون منكراً لابدّ وأن يكون قوله موافقاً للأصل ، وأي أصل يكون قول المضمون عنه موافقاً له ، بعد أن عرفت أنه لا أصل في المقام ، لتوارد الحالتين اليسار والاعسار وعدم معرفة المتقدم منهما والمتأخر وجريان الاستصحابين وتساقطهما .

ولذا أشكل السيد الحكيمقدس سره على قول الماتن بأن المضمون له هو المدعي والمضمون عنه هو المنكر لا يطابق مبناهما الذي هو : أن المدعي من يخالف قوله الأصل والحجة والمنكر من يوافق قوله الأصل والحجة .

ولأجل الفرار من المشكلة التي واجهتم هنا قال السيد الحكيمقدس سره : «فمع تعاقب الحالتين يكون كل من المضمون له والمضمون عنه مدعياً ، **لعدم قيام الحجة علىٰ أحد الأمرين» المستمسك ١٣ : ٢١٢ طبعة بيروت .**

وهذا أيضاً لا ينفع في الفرار ولا يوجب أن يكون التداعي ممّا ينطبق عليه تعريفهم ، لأن تعريفهم هو أن المدعي من يخالف قوله الأصل والحجة ، والمنكر من يكون قوله موافقاً للأصل والحجة ، **ومع اعتراف السيد الحكيم**قدس سره بعدم قيام الحجة علىٰ أحد الأمرين كيف يكون قول كل منهما مخالفاً للحجة حتىٰ يكون مدعياً ، وكيف يكون قول كل منهما موافقاً للحجة حتىٰ يكون كل منهما منكراً أيضاً ، فإنه لا أصل ولا حجة ، لجريان الاستصحاب في كل منها وسقوطه .

ولذا لا يمكن للمشهور الخروج من محنة توارد الحالتين بناء علىٰ أن المدعي هو من يخالف قوله الأصل والحجة ، والمنكر من يوافق قوله الأصل والحجة .

وقد يقال : إنه في صورة توارد الحالتين وسقوط الاستصحابين يرجع إلىٰ أصالة اللزوم ، فمن يكون قوله خلاف أصالة اللزوم فهو المدعي ، ومن يكون قوله علىٰ وفق أصالة اللزوم يكون منكراً ، **وتكون النتيجة** أنه مع وجود الاستصحاب وجريانه وعدم سقوطه المتبع هو ، وهو ﴾

المتقدم علىٰ أصالة اللزوم ، وأما مع عدم جريانه أو جريانه في كل من اليسار والإعسار وسقوطه ، **فيرجع إلىٰ أصالة اللزوم** ويكون قول المضمون له إن الضامن حال الضمان كان معسراً خلاف أصالة اللزوم فهو مدع والمضمون عنه قوله بأنه كان موسراً موافق لأصالة اللزوم فيكون منكراً ، فما لم يثبت المضمون له الإعسار حال الضمان يكون القول قول المضمون عنه ، فالصحيح هنا ما يقوله الماتن‌ﷺ .

وفيه : أنه لو كانت الشبهة في المقام مفهومية كأن كان عندنا شك في مفهوم الاعسار كان لذلك مجال واسع . أما والحال إن الشبهة في المقام مصداقية ، لأنه لا شك عندنا في مفهوم الاعسار ولا في مفهوم اليسار ، وإنما الشك في أن المصداق المحقق أي منهما فالشبهة مصداقية . وأصالة اللزوم مرجعها إلىٰ عموم اللزوم ، ولا يمكن التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية . فالرجوع إلىٰ أصالة اللزوم في موارد توارد الحالتين غير ممكن أيضاً ، خصوصاً مع القول بأن المعيار في كون أحد المتنازعين مدعياً أو مدعىٰ عليه هو مصب الدعوىٰ ، فلا رجوع إلىٰ أصالة اللزوم التي هي أصل حكمي ، إذ لا أصل حكمي إذ لا أثر لها في الاعتبار واليسار ، وإنما اللازم الرجوع إلىٰ أصل موضوعي في الاعسار واليسار ، ولا أصل موضوعي مع تعاقب الحالتين . لعدم كون قول كل منهما مخالفاً للحجة حتىٰ يكون مدعياً ، إذ لا حجة حتّىٰ يكون قوله مخالفاً لها ، كما ليس قول كل منهما موافقاً للحجة ، إذ لا حجة حتّىٰ يكون قول كل منهما موافقاً لها حتىٰ يكون منكراً أيضاً ، فليس ميزان التداعي هنا موجودا أيضاً .

ولا ينفع في هذا ما قيل من أن الماتن‌ﷺ قال بالرجوع حينئذٍ ـ أي حين تعاقب الحالتين وعدم العلم بالسابق منهما من اللاحق ـ إلىٰ أصالة اللزوم في بحث الربا من الجزء الثالث من العروة صريحاً **الضمانات الفقهية وأسبابها : ١١٥** . لأنه من التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية وما قيل من أن الماتن‌ﷺ قائل بصحة التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية يأتي عدم صحته مفصلاً في النكاح المسألة ٥٠ [٣٦٨٢] ، ولو كان قائلاً به فهو غير صحيح أيضاً .

والسيد الأُستاذ‌ﷺ إنما تكلم علىٰ مسلكهم في المدعي والمنكر في الفرضين الأولين ـ الأوّل والثاني ـ ليبين عدم إمكان جريان مسلكهم في الفرض الثالث ، والإشكال الذي يواجههم هو الذي

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه فإنّ القول قول المضمون عنه[١]،

---

(١) **الصورة الرابعة : ومما ذكرنا في التعليقة السابقة يظهر الحال فيما إذا ادعىٰ المضمون له أنه جعل لنفسه الخيار في عقد الضمان** ـ بناءً علىٰ صحّة جعل الخيار في عقد الضمان كما اختاره الماتن دام ظله وتقدم منا المناقشة في ذلك ـ وقال المضمون عنه أنّه لم يجعل لنفسه الخيار ، فإن المطالب عند العرف والعقلاء باثبات ذلك إنّما هو المضمون له[١] .

من أجله لم يقبل السيد الأُستاذ دام ظله تعريف المشهور ، واختار القول الآخر هنا وفي غيره الذي اعتمد عليه الشارع في عدم بيانه وعدم تشخصيه للمدعي والمنكر وهو اعتماده علىٰ العرف والعقلاء في تشخيص المدعي والمنكر ، وإلّا لما كان يحسن منه عدم بيانه ، ولم ترد حتىٰ رواية ضعيفة في بيانه ، ومعنىٰ ذلك أن الشارع اعتمد علىٰ ما يراه العرف والعقلاء مدعياً وما يراه منكراً ، وما يراه العرف مدعياً وما يراه منكراً قد بيناه في الهوامش السابقة قريباً .

وأما قول السيد الأُستاذ دام ظله : نعم ما ذكره الماتن من أن المدعي هو المضمون له والمنكر هو المضمون عنه صحيح علىٰ مسلكنا .

نعم صحيح علىٰ مسلكه في المدعي والمنكر ، ولكن لا مجال لمسلكه في هذا النزاع هنا ، لأنه لا يرىٰ أن الإعسار حال الضمان موجب للخيار . فعلىٰ أي شيء يأتي مسلكه هنا ؟ هل يأتي علىٰ ما لا موضوع له ؟ ! وفرض أن له موضوع ليس عملياً ، وإنما هو فرضي محض لا أثر له .

(١) هذا هو نص ما عبّر به السيد الأُستاذ دام ظله في الدرس ، وقد عرفت أن المدعي عند السيد الأُستاذ دام ظله هو من يكون ملزِماً للآخر بشيء ومطالَباً عند العرف والعقلاء باثبات ذلك ، والمضمون له في المقام ملزم للمضمون عنه بشيء ومطالَب عند العرف والعقلاء باثبات ذلك فهو المدعي ، فما لم يثبت يكون القول قول المضمون عنه بيمينه .

ولكن مسلك السيد الأُستاذ دام ظله في المدعي والمنكر وإن كان صحيحاً ، إلّا أنه لا مجال له في المقام ، لأن المقام عنده أي اشتراط الخيار للمضمون له غير صحيح ، ولا يوجب ثبوت حق له ، **إذ إن الضمان لا يدخله الخيار ولا التقايل ، وتقدم سابقاً الوجه في ذلك** .

وكذا لو اختلفا في صحّة الضمان وعدمها[1] .

---

(١) **الصورة الخامسة : وأيضاً من قبيل الاختلاف المتقدم ، وكون القول قول المضمون عنه** (التي هي في الواقع الصورة التاسعة) ما إذا ادعىٰ المضمون له أن عقد الضمان كان عقداً فاسداً لكون الضامن مكرهاً علىٰ ذلك مثلاً أو لشيء آخر ممّا يوجب فساد عقد الضمان ، وقال المضمون عنه إن عقد الضمان صحيح وليس فيه أي شيء يقتضي فساده ، فعلىٰ من يدعي الفساد بعد الاعتراف بأصل عقد الضمان ـ وهو المضمون له ـ اثبات الفساد لأنّه هو الملزم بذلك ، لأن أصالة الصحة جارية وحاكمة بالصحة ، فمن يدعي فساد ذلك فعليه الاثبات ، فيكون المضمون له

﴿ **وهو أن الخيار والتقايل إنما يدخلان في العقود التي يكون الحق فيها للمتعاقدين خاصة** ، فبما أن الحق لا يعدوهما فلهما جعل الخيار ولهما التقايل أو نحو ذلك ، فلذا يصح كل ذلك في البيع أو الإجارة وما شابهما من العقود التي لا يعدو الحق فيها غير المتعاقدين ، **وأما في المقام وهو الضمان فالحق يعدو المتعاقدين إلىٰ غيرهما وهو المضمون عنه ، فإن العقد إنما هو بين الضامن والمضمون له** ، فإن كان الحق لا يعدوهما فلهما جعل الخيار ولهما التقايل . وأما لو كان الحق يعدوهما إلىٰ ثالث كما في عقد الضمان فلا يدخله الخيار ولا التقايل ، **والثالث هو المضمون عنه** ، لأنّه بالفسخ بالخيار أو التقايل يرجع الدين إلىٰ المضمون عنه ، وتشتغل ذمّته به ثانياً بعد أن أصبحت بالضمان بريئة ، ولا دليل علىٰ اشتغالها ثانياً بعد برئها بالضمان فبما أن الحق في عقد الضمان يعدوهما إلىٰ ثالث ولا ولاية لهما عليه ، فلا يدخله الخيار ولا التقايل .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المقرر في موسوعة الإمام الخوئيﷺ في المقام التزم بما عبّر به السيد الأُستاذ ، فإنه قال تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ (فالقول قول المضمون عنه) **ما نصه** : «لكونه منكراً باعتبار أنّ خصمه المضمون له هو الذي يطالبه بشيء ويلزمه الإثبات عند العقلاء» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٨١** .

والصحيح والمناسب في المقام أن يتكمل السيد الأُستاذﷺ علىٰ مسلكهم في المدعي والمنكر ، وهو أن يقول إن المدعي في هذا النزاع هو المضمون له لأصالة عدم الاشتراط ، ومن يخالف قوله الأصل هو المدعي عندهم ، فإن لم يثبت المضمون له قوله ببيّنة كان القول قول المضمون عنه بيمينه .

المدعي للفساد أيضاً هو الملزم بالاثبات عند العرف ، فما لم يثبت **يكون القول قول المضمون عنه مع يمينه**[١] .

والمتحصل : أن في جميع هذه الموارد ـ أي في موارد الاختلاف في إعسار الضامن ويساره حال الضمان وما بعده من الموارد[٢] لا ما قبله ـ **يكون المضمون له مدعياً والمضمون عنه منكراً ومدعى عليه إلّا في صورة واحدة استثناها الماتنﷺ وهي ما إذا كان الضامن معسراً سابقاً ويدعي المضمون عنه أنّه أيسر قبل الضمان أو كان حال الضمان موسراً** ، فإنه في خصوص هذه الصورة يكون المدعي هو المضمون عنه ، فما لم يثبت ذلك بمثت يكون القول قول المضمون له مع

---

(١) **أيضاً هنا السيد الأُستاذ وافق الماتن** في كون القول قول المضمون عنه ، ولم يبين مسلكه في ذلك عدا قوله : «هو الملزم بالاثبات عند العرف» ، وإنما تكلم في أوّل كلامه ووسطه على مسلك المشهور من أن المضمون له مدعٍ لأن قوله خلاف أصالة الصحة ، ومن يكون قوله خلاف الأصل والحجة هو المدعي وهو المضمون له ، والذي يكون قوله على وفق الأصل والحجة هو المنكر وهو هنا المضمون عنه ، فما لم يثبت المضمون له قوله بحجة أو بينة يكون القول قول المنكر بيمينه وهو المضمون عنه ، نعم في آخره إشار إلى مبناه .

والمفروض أن السيد الأُستاذﷺ يقول إن ما ذكره الماتن من أن القول قول المضمون عنه صحيح ، ولكن لا من جهة أن قوله يوافق الأصل وقول المدعي الذي لا اثبات له يخالف الأصل ، فإن هذا المسلك في تعريف المدعي والمنكر غير صحيح عندنا ، والوجه الصحيح في كون المضمون له مدعياً هو أنّه يلزم المضمون له المضمونَ عنه بالدين فيطالبه العرف والعقلاء بالاثبات ـ أي اثبات فساد عقد الضمان ـ فما لم يثبت يكون القول قول المنكر ، وهو من لا يلزمه العرف والعقلاء باثبات الصحة وهو المضمون عنه .

(٢) أي في الاختلاف في اشتراط الخيار للمضمون له بناءً على صحته ، أو كان الاختلاف في صحة الضمان وعدم صحته ، لا ما إذا كان الاختلاف في أصل الضمان أو مقداره ، فإن القول فيما إذا كان الاختلاف في أصل الضمان أو مقداره قول المضمون له لا قول المضمون عنه ، والمضمون عنه فيهما مدعٍ .

[٣٦١١] «مسألة ٢» : لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان[١] ، أو في ثبوت الدَّين وعدمه ، أو في مقداره ، أو في مقدار ما ضمن ، أو في اشتراط تعجيله ، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجَّلاً ، أو في اشتراط شيء عليه زائداً علىٰ أصل الدَّين ، فالقول قول الضامن .

يمينه[١] .

(١) تقدم في المسألة الأُولىٰ ـ أي السابقة ـ الإشارة إلىٰ أن في باب الضمان بما أن الأشخاص فيه ثلاثة أ ـ ضامن ب ـ ومضمون عنه ج ـ ومضمون له .

فقد يكون الاختلاف بين المضمون له والمضمون عنه أي بين **الثالث والثاني** ، وتقدم الكلام فيه في المسألة الأُولىٰ المتقدمة .

وقد يكون الاختلاف بين الضامن والمضمون عنه أي بين **الأوّل والثاني** وهو الآتي في المسألة الثالثة .

وقد يكون الاختلاف بين المضمون له والضامن أي بين الثالث والأوّل ، وهو الذي يتعرض له الماتن دام ظله في هذه المسألة[٢] .

فإنه قد يدعي :

١ ـ دائن زيد مالاً ـ كألف دينار مثلاً ـ علىٰ عمرو أنك قد ضمنت دين زيد الذي هو ألف دينار ، وعمرو ينكر ذلك ولا يعترف بالضمان فالقول قول المنكر وهو عمرو ، ودائن زيد مدع[٣] .

---

(١) هذه هي الصور الخمسة للنزاع بين المضمون له والمضمون عنه .

(٢) وله سبع صور يكون المدعي فيها المضمون له ، وسبع صور أُخرىٰ يكون المدعي فيها الضامن . أما السبعة الأُولىٰ فتأتي في الشرح أعلاه مرقمات .

(٣) **هنا لم يعبّر السيد الأُستاذ دام ظله** بالاختلاف بين الضامن والمضمون له وإن عبّر به الماتن ، التزاماً من السيد الأُستاذ دام ظله بما أشكله علىٰ الماتن في المسألة السابقة حيث إنه في المسألة السابقة ، قال : «في التعبير بالمضمون له والمضمون عنه مسامحة واضحة ، لأنه مع انكار الضمان لا مضمون عنه ولا مضمون له ، فالأولىٰ التعبير بالدائن والمدين» .

٢ ـ أو يعترف بالضمان ولكن لا بمقدار الألف ، بل بمقدار خمسمائة دينار وينكر ضمان الألف مع اعترافه بأنّ الدين ألف ، فالقول قول الضامن المنكر وهو عمرو ، والمضمون له مدعٍ[1] .

﴿ **فلذا السيد الأُستاذ هنا فيما دوّناه أيضاً التزم بما التزم به في المسألة السابقة .**

ولكن الذي ذكره مقرر الموسوعة خلاف ذلك ، فإنه قال معلقاً على قول الماتن﵀ (فالقول قول الضامن) **بما نصه** «كما هو واضح ، فإن المضمون له مدّع فعليه الاثبات ، وإلّا فمقتضى أصالة عدم الضمان أو الدين أو الزائد عما يعترف به الضامن من الدين أو الضمان . . .» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٨١** . وهو وإن جمع الصور السبع إلّا أن صورتين منها لا يصح فيهما التعبير المذكور .

(١) هنا التعبير بالضامن والمضمون له صحيح .

ثمّ إنّ هنا صوراً أُخرى يكون المدعي فيها المضمون له ، لم يتعرض لها الماتن﵀ ، إذ لا يمكنه القول فيها بأن المدعي هو المضمون له وأن القول قول الضامن إن لم يكن للمدعي بينة ، لعدم انطباق تعريفه للمدعي عليه .

منها : ما لو ضمن بعض دين زيد كعشرة مثلاً وبعد ذلك أبرأة المضون له أو وفّى الضامن مال الضمان ، وهكذا مرة ثانية وثالثة وهكذا ، واختلفا في المرة الأخيرة فيدعي المضمون له أنّها كانت الضمان للعشرة الأُخر ويدعي الضامن أنّها كانت الوفاء أو الإبراء للعشرة التي قبلها ولم يضمن جزأ آخراً .

فهنا وهي صورة تعاقب الحالتين وعدم العلم بالسابق منهما واللاحق لا مجال للتمسك باستصحاب الضمان أو الابراء أو الوفاء معاً .

إما لعدم جريان الاستصحاب لما ذكره صاحب الكفاية﵀ من عدم وجود المقتضي له ، الكفاية : ٤٢٠ ـ ٤٢١ إذ لا اتصال لزمان اليقين بزمان الشك ، أو لجريانه في كل منهما وتساقطه بالمعارضة أي إنّ عدم جريان الاستصحاب لا لعدم وجود المقتضي بل لوجود المانع منه كما يقوله السيد الأُستاذ السيد الخوئي﵀ ، **موسوعة الإمام الخوئي ٤٨ : ٢١٧** .

﴾

٣ ـ أو يكون الاختلاف بينهما في مقدار الدين الذي قد ضمن ، فيدعي المضمون له الدين

﴿ **والنتيجة** علىٰ كل منهما في المقام واحدة وهي عدم وجود أصل واستصحاب حجة حتّىٰ يكون قول المضمون له مخالفاً فيكون مدعياً ، ومع عدم البينة له يكون القول قول المنكر وهو الضامن مع يمينه .

فهل يقدّم قول المضمون له أو قول الضامن ، أو يكون المقام من التداعي كما قال في مثله السيد الحكيم قدس سره في الصورة الثالثة من صور المسألة الأُولىٰ من مسائل التنازع وهي ما لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في يسار الضامن أو اعساره بعد تعاقب الحالتين وعدم العلم بالسابق منهما واللاحق ، فإدعىٰ المضمون له اعساره حال الضمان وعدم علم المضمون له بالاعسار فله خيار فسخ الضمان ، وادعىٰ المضمون عنه يساره فلا خيار للمضمون له بناء علىٰ دخول الخيار في عقد الضمان الذي منعناه سابقاً .

وقد تقدم منّا سابقاً أنّ في صورة تعاقب الحالتين كما في المقام **تعسّرَ** علىٰ القائلين بأن المدعي من يكون قوله خلاف الأصل والمنكر من يكون قوله وفق الأصل **تشخيص** أنّ المدعي في المقام من هو ، إذ لا أصل ليكون المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر من يكون قوله علىٰ طبق الأصل . **وإذا لم يكن المقام من باب المدعي والمنكر** علىٰ وفق تعريف المشهور **فكونه ليس من باب التداعي يكون بطريق أولىٰ** ، إذ لابدّ وإن يكون قول كل منهما خلاف الأصل وقول صاحبه علىٰ وفق الأصل ، ولا أصل في المقام حتّىٰ يكون قول كل منهما علىٰ خلاف الأصل وقول الآخر علىٰ وفق الأصل .

وأما بناءً علىٰ ما هو الصحيح في تشخصيص المدعي والمنكر ـ بعد عدم وجود الحقيقة الشرعية أو المشترعية لهما ـ وهو كون المدعي من يلزم الغير بشيء ويكون مطالباً عند العرف والعقلاء باثبات ذلك والمنكر بخلافه ، **هو كون المضمون له مدعياً** والضامن منكراً ، لأنّ المضمون له هو الذي يلزم الضامن بالمال فيلزمه العقلاء باثبات الضمان ، وأمّا الضامن فلا يلزم المضمون له بشيء ولا يطالبه العقلاء باثبات عدم الضمان ، فالمضمون له علىٰ مسلكنا مدع ومع عدم اثبات قوله ببينة يكون القول قول الضامن في عدم الضمان مع يمينه .

المضمون كله ألف ويدعي الضامن وهو عمرو أنه كلّه خمسمائة ، فالقول قول المنكر الضامن وهو عمرو ، والمضمون له مدعٍ[١] .

٤ ـ أو يكون الاختلاف بينهما في موضوع الضمان ، فيدعي عمرو أن لا موضوع للضمان ، إذ لا دين وقد كان الضمان علىٰ تقدير وجود الدين ، وتقدم أنّه لا يعتبر في الضمان العلم بوجود الدين[٢] . فالقول قول عمرو ، ويكون مدعي الضمان وهو زيد مدعياً[٣] .

٥ ـ أو يدعي المضمون له اشتراط تعجيل الضمان ، والضامن ينكر ذلك ، فالقول قول الضامن المنكر للتعجيل وهو عمرو ، ويكون مدعي التعجيل وهو المضمون عنه مدعياً .

٦ ـ أو يدعي المضمون له اشتراط تنقيص الأجل إذا كان مؤجلاً ، والضامن ينكر التنقيص ، أيضاً يكون القول قول الضامن وهو عمرو ، ويكون مدعي التعجيل وهو المضمون له مدعياً[٤] .

٧ ـ أو يدعي المضمون له اشتراط شيء زائد علىٰ أصل الدين[٥] والضامن ينكر ذلك .

فيكون الاختلاف بينهما كما ذكره الماتنﷺ في صور سبع : ١ ـ في أصل الضمان ٢ ـ أو في مقداره ٣ ـ أو في مقدار الدين ٤ ـ أو في موضوع الضمان وأصل الدين ٥ ـ أو في اشتراط التعجيل ٦ ـ أو تنقيص الأجل ٧ ـ أو اشتراط شيء زائد علىٰ أصل الدين .

---

(١) هنا أيضاً التعبير بالضامن والمضمون عنه صحيح .

(٢) في المسألة ٢٨ الرقم العام [٣٥٩٥] .

(٣) هنا التعبير بالضامن والمضمون له غير صحيح ، ولم يعبر به السيد الأُستاذﷺ ، وأما باقي الصور الثلاث الآتية فالتعبير فيها بالضامن والمضمون عنه صحيح .

(٤) **قد يقال** : هذه الصورة هي نفس الصورة الخامسة فعدها صورة سادسة غير صحيح .

فالقول : التعجيل أي جعل المؤجل إلىٰ سنة مثلاً حالاً . وتنقيص الأجل : أي جعل المؤجل إلىٰ سنة جعله إلىٰ ستة أشهر أو أقل أو أكثر أو نحو ذلك ، لا جعله حالاً ، فالفرق بينهما واضح .

(٥) كخياطة ثوب مثلاً .

وفي كل ذلك القول قول الضامن(١)، ولابدّ للمضمون له ـ الذي هو المدعي ـ من إثبات ما يدعيه من أحد الموارد السبعة، **وإلّا فالقول قول الضامن** مع يمينه على مقتضى قواعد القضاء، **لأن المضمون له هو المدعي، حيث إنه هو الذي يكون عند العقلاء ملزماً باثبات ما يقوله ويدعيه ويلزم به الضامن**(٢).

---

(١) وإن كان في التعبير بالضامن والمضمون له في بعضها مسامحة وهي الصورة الأُولى والرابعة.

(٢) **ولكن في موسوعة السيد الأُستاذ**ﷺ تعليقاً على قول الماتنﷺ (فالقول قول الضامن) **ما نصه**: «كما هو واضح، فإن المضمون له مدّعٍ فعليه الاثبات، **وإلّا فمقتضى أصالة عدم الضمان أو الدين** [أي أصالة عدم الدين] **أو الزائد** [أي أصالة عدم ضمان الزائد] عما يعترف به الضامن من الدين أو الضمان، **أو تعجيله** [أي أصالة عدم تعجيله] **أو تنقيص الأجل** [أي أصالة عدم تنقيص الأجل] **أو الأمر الزائد عن أصل الدين** [أي أصالة عدم الأمر الزائد على أصل الدين] تقديم قول المنكر.

نعم للمضمون له تحليفه على ذلك على ما تقتضيه قواعد القضاء» **موسوعة الإمام الخوئي** ٣١: ٤٨١.

وهذا كله إنما هو على رأي المشهور في تشخيص المدعي والمنكر لا على مبناهﷺ، **وإلّا فعلى مبناه لابد من التقييد بما قاله مما دوّناه في الشرح أعلاه، وهو قوله** «لأن المضمون له هو المدعي حيث إنّه هو الذي يراه العرف ويكون عند العقلاء ملزماً باثبات ما يقوله ويدعيه ويلزم به الضامن».

وأمّا سرّ الاختلاف في كثير من هذه الموارد بين ما كتبناه وما هو الموجود في موسوعة السيد الأُستاذﷺ من التعبيرات المذكورة والتي هي على حسب التعريف المشهور للمدعي والمنكر مع أن السيد الأُستاذﷺ لم يقبل تعريفهم ورده وله مسلك آخر في تعريف المدعي والمنكر، **فهو أنّه لم يكن لتعبير السيد الأُستاذ**ﷺ حينما يعبر بما دوناه من قوله في المقام «إن الضامن هو المدعي وهو الذي يلزمه العرف والعقلاء باثبات الأداء أو الإبراء كما هو الحال في

بقية الديون ، فما لم يثبت ذلك يكون القول قول المضمون له مع يمينه» **لم يكن له مشخصات ومميزات تكشف عن اختلافه كثيراً** عند السامع والطالب عن تعريف المشهور للمدعي من كون قوله يخالف الأصل ، فلابدّ وأن يثبت ما يقوله ، وإلّا فيكون القول قول المضمون له ، فلذا يلخصه المقرر بما ذكرناه عنه وهو بما يذكره المشهور من تشخصيص المدعي ، ولو كنا نحن أردنا التلخيص في وقته لم يكن بعيداً أن نلخص كما لخص المقرر ، وإن كنا ملتزمين بالتخليص بنص عبارات السيد الأُستاذ في موارده ، غاية ما في الأمر لم يكن تلخيصنا مما يورد عليه على السيد الأُستاذ ، وإن لم يكن واضحاً كما هو الآن . **لأن السيد الأُستاذ** لم يكن قد بيّن عندما درّس هذه الكتب رأيه في المدعي والمنكر ، إلّا فيما ذكره وكتبه هو من مبحث القضاء في الجزء ٤١من الموسوعة ، وهو مباني تكملة منهاج الصالحين ، فكان قد قال فيه «فصل في أحكام الدعاوي «مسألة ٥١» المدّعي هو الذي يدّعي شيئاً على آخر ويكون ملزماً باثباته عند العقلاء ، كأن يدعي عليه شيئاً من مال أو حق أو غيرهما أو يدعي وفاء دين أو أداء عين كان واجباً عليه ونحو ذلك» وقال في شرح هذه المسألة في مباني تكملة المنهاج «وقع الخلاف بين الأصحاب في تعريف المدعي ، فقيل :إنّه هو الذي يكون قوله على خلاف الأصل ، وقيل : إنّه هو الذي يكون قوله خلاف الظاهر . والصحيح هو ما ذكرنا ، ومستند الصحة أن الوارد في الروايات أنّ البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه ، وليس لهذين اللفظين حقيقة شرعية ولا متشرعية ، فالمرجع فيهما إلى العرف ، والمفهوم العرفي منه ـ المدّعي ـ هو ما ذكرناه» **موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥١ ، وإلّا في مناسبات عابرة تقدمت** . ولم يكن قد درّس كتاب القضاء وشرح فيه مفصلاً ما ذكرناه عنه في بحث القضاء والشهادات قريباً من التعرض لتعريف المشهور والإشكال فيه وعدم قبوله . والدليل الذي ذكره على مدعاه هو :من أن المدعي هو من يُلزم الغير بمال أو حق أو نحوها ويُلزمه العرف بالإثبات وأن ذلك إنما يتم في موردين لا ثالث لهما ، **لأنّه كان قد درّس كتاب القضاء بعد الانتهاء من هذه البحوث ، وبعد الانتهاء من كل كتب العروة وبعد أن أكمل كتاب الحج بعد الانتهاء من مباحث العروة أيضاً ـ حيث إن الحج في العروة ذكرت بعض مباحثه لا كلها ـ وبعد أن شرع**

بعد تكملة مباحث الحج التي لم توجد في العروة في تدريس كتاب الإرث ودرّس شطراً منه ليس بالقليل، إلّا أن بعض الأشخاص حينما لم يستسغ بحوث الإرث لما فيها من الحساب والدقة أخذ يلح علىٰ السيد الأُستاذ ﷺ، ولعله غيره أيضاً ألحّ أيضاً بتدبيل بحث الإرث إلىٰ بحث آخر لا يهم هذا البعض بين أن يكون المباحث الذي يدرسها السيد الأُستاذ ﷺ لم يكن قد درّسها ولا كتبها وبين المباحث التي كتبها السيد الأُستاذ ولم يدرسها فنقلنا من هذا البحث الذي لم يدرّسه السيد الأُستاذ ولم يكتبه وهو بحث الإرث الذي طبع منه ما درّسه في الجزء ٤٩ من موسوعة الإمام الخوئي إلىٰ بحث كان كان قد كتبه **وهو بحث القضاء**، فحرمنا من تكملة كتاب الإرث، **وحينما درس بحث القضاء ووصل إلىٰ هذه المسألة المشار إليها في مباني تكملة المنهاج فشرحها مفصلاً**، فصار الفرق بين ما ذكره من أن المدعي الذي يلزم الغير بشيء ويلزمه العرف والعقلاء بالاثبات له مشخصات ومميزات تكشف عن افتراقه عند السامع والطالب عن تعريف المشهور للمدعي من كون قوله خلاف الأصل اختلافاً كبيراً. **وأما نحن** فكنا نحافظ علىٰ نفس تعبيرات السيد الأُستاذ حين كتابتنا للدروس أثناء الدرس، وحينما درسنا هذه الكتب كان الافتراق عندنا كبيراً وواضحاً، لأن تدريسنا لهذه الكتب بهذا النحو الموسع بعد كتابتنا لبحث القضاء والشهادات وطبعه أيضاً، **فلذا بقيت تعبيرات السيد الأُستاذ ﷺ** علىٰ ما هي عليه، وإن كان بعض الأحيان السيد الأُستاذ أيضاً قد يعبر وفيما دوناه أيضاً بما يرجع إلىٰ تعريف المشهور للمدعي غفلة أو تسامحاً، إلّا أنّه نادر لا في كل هذه الموارد. فهذه الموارد التي ذكرت سابقاً وستأتي لاحقاً أيضاً كلها التعبير المذكور في الموسوعة من قوله خلاف الأصل كله تقريباً لا تحقيقاً، فهم المقرر لا ما قاله السيد الأُستاذ ﷺ عدا بعض الموارد التي قد يتقيد المقرر بذكر نص عبارة السيد الأُستاذ **وتقدم بعضها**، وهو فيما إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في جعل الخيار للمضمون له فادّعاه المضمون له وأنكره المضمون عنه، فقال فيه المقرر تعليقاً علىٰ قول الماتن (فالقول قول المضمون عنه) **ما نصه**: «لكونه منكراً باعتبار أن خصمه المضمون له هو الذي يطالبه بشيء ويلزمه الاثبات عند العقلاء» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨١** وهو علىٰ طبق تعريف السيد الأُستاذ للمدعي لا علىٰ ما هو عند المشهور، إلّا أن تقييده بذكر نص ما قاله السيد الأُستاذ نادر.

وقد ينعكس الأمر[١] ويكون الضامن هو المدعي ويكون المضمون له منكراً كما.

١ ـ إذا اعترف الضامن بأصل الضمان أو بمقداره، ولكن يدعي أنّه أدّاه كله أو بعضه والمضمون له ينكر ذلك.

٢ ـ أو يدعي الضامن أن المضمون له أبرأه من الدين كله أو بعضه، والمضمون له ينكر ذلك، **ففي مثل ذلك في الصورتين**[٢] **من المعلوم أن الضامن هو المدعي**، وهو الذي يلزمه العرف والعقلاء باثبات الأداء للكل أو البعض أو الإبراء للكل أو البعض، **كما هو الحال في بقية الديون، فما لم يثبت ذلك بمثبت يكون القول** قول المضمون له مع يمينه[٣].

---

(١) هذه الصور السبع الثانية التي أُشير إليها في أوّل الدرس والتي يكون المدعي فيها الضامن لا المضمون له، هذا هو موضوع كلام الماتنﷺ الآتي، قدّمه السيد الأُستاذﷺ لمصلحة ترتيب البحث.

(٢) بفرعيهما.

(٣) **ولكن في موسوعة الإمام الخوئيﷺ تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ** (قدم قول المضمون له) في الصور السبع التي يكون الضامن فيها مدعياً ـ لا خصوص الصورتين المتقدمتين ـ **ما نصه**: «كل ذلك لكون الضامن مدعياً في قوله فعليه الاثبات، **وإلّا فمقتضىٰ أصالة عدم كلّ ذلك لزوم الخروج عن عهدة الدين الثابت في ذمّته بأصل الضمان» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨٢.**

وهذا أيضاً إنما هو علىٰ رأي المشهور في تشخيص المدعي والمنكر لا علىٰ مبنىٰ السيد الأُستاذﷺ، **وإلّا فعلىٰ مبناه لابدّ من التقييد بما قاله مما دوناه أعلاه** وهو قوله: «ففي مثل ذلك من المعلوم أن الضامن هو المدعي، وهو الذي يلزمه العرف والعقلاء باثبات الأداء أو الإبراء، كما هو الحال في بقية الديون، فما لم يثبت ذلك بمثبت يكون القول قول المضمون له مع يمينه» **وهذا من السيد الأُستاذﷺ** تصريح بمبناه من أن المدعي عند العرف هو من يلزم الغير بمال أو حق أو نحوهما يطالبه العقلاء بالاثبات، ومطالبة العقلاء لمن يلزم الغير بشيء بالاثبات

.....

٣ ـ وكذا إذا كان الدين حالاً فضمنه الضامن فطالبه المضمون له ، فادعىٰ الضامن أنه في

﴿إنما تكون في أحد فردين لا ثالث لهما :

الأوّل : هو من يلزم الغير بمال أقرضه له مثلاً ، أو امرأة تلزم زيداً بمال هو نفقة زوجية دائمة وزيد ينكر الزوجية ، فلا شك يلزم العرف والعقلاء المدعي علىٰ زيد قرضاً أو نفقة باثبات القرض أو الزوجية ، فإن لم يثبت فالقول قول زيد ،ومن يطالبه العرف والعقلاء باثبات ما يلزم به الطرف الآخر هو المدعي والآخر هو المنكر ، وهو الذي لا يطالبه العرف باثبات عدم القرض أو عدم الزوجية .

الثاني : ما لو اعترف زيد المنكر في الدعوىٰ الأُولىٰ بالدين ولكن قال إنه أدىٰ القرض أو وهبه إياه المقرض ، أو اعترف بالزوجية الدائمة ولكنه قال إنّه طلقها وانتهت العدة ، فحينئذٍ ينقلب زيد من كونه منكراً إلىٰ كونه مدعياً ، لأن العرف يطالبه باثبات الأداء أو الإبراء في الدعوىٰ الأُولىٰ بعد أن اعترف بالقرض ، وباثبات الطلاق وانتهاء العدة في الدعوىٰ الثانية بعد أن اعترف بالزوجية ، ومن يلزمه العرف والعقلاء بالاثبات هو المدعي والآخر هو المنكر ، وزيد كما عرفت يطالبه العرف والعقلاء بالاثبات فهو المدعي ، وأما المقرض لزيد أو المدعىٰ عليه الزوجية فلا يطالبهما العرف باثبات عدم الوفاء أو عدم الابراء أو عدم الطلاق ، فهم المنكرون .

ومقامنا من القسم الثاني ، فلذا يكون الضامن المعترف بالضمان كزيد المعترف بالدين مدعياً لوفاء مال الضمان إلىٰ المضمون له ، أو مدعياً لابراء المضمون له هذا الضمان فيلزمه العرف والعقلاء بالاثبات ، وأما المضمون له فلا يطالبه العرف باثبات عدم الإبراء أو عدم الوفاء ، فلذا هو المنكر ، **لا أن الضامن** يكون مدعياً لأن قوله أنّه أوفىٰ الدين أو ابرأه المضمون له خلاف أصالة عدم كل ذلك ، لأن هذا مبنىٰ المشهور في المدعي والمنكر ، وقد تقدم ردّ السيد الأُستاذ دام ظله له وعدم قبوله ، فلا يصح له ذكره في المقام إلّا إن الاشكال ليس وارداً علىٰ السيد الأُستاذ دام ظله ، وإنّما هو وارد علىٰ مقرر درسه في الموسوعة ، لأنك قد عرفت تعليل السيد الأُستاذ دام ظله وهو ما ذكرناه في الشرح أعلاه ، والتعليل المذكور في الموسوعة إنما هو فهم المقرر عفا الله عنه .

مقام الضمان اشترط الأجل أي ضمنه مؤجلاً ـ وتقدم[١] أنّه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً مع رضا المضمون له ـ والمضمون له ينكر ذلك ، فالقول قول المضمون له ، ولابدّ للضامن من اثبات التأجيل ، وكذا إذا كان الدين مؤجلاً وادعىٰ الضامن زيادة الأجل والمضمون له ينكر ذلك .

٤ ـ وكذا إذا ادعىٰ الضامن اشتراط شيء علىٰ المضمون له[٢] ، والمضمون له ينكر ذلك ، فلابدّ للضامن من الاثبات .

٥ ـ وكذا إذا ادعىٰ الضامن أن ضمانه كان مقيداً بالأداء من مال خاص وقد تلف ذلك المال ، بناء علىٰ مبنىٰ الماتن من بطلان الضمان حينئذٍ ، وانتقال الدين إلىٰ ذمّة المضمون عنه[٣] وإلّا فقد تقدم منّا أنّه لا معنىٰ محصل للتقييد[٤] وأن مرجع التقييد إلىٰ الاشتراط بحسب الارتكاز العرفي ، ونتيجة ذلك ليس إلّا الزامه بالعمل بالشرط ، فمع فرض تلف المال أو عدم امكان اجباره لابدّ من الأداء من مال آخر ، ولا يثبت الخيار بذلك .

وكذا بقية الفروض الآتية وهي :

٦ ـ دعوىٰ اشترط الضامن خيار الفسخ علىٰ المضمون له[٥] .

---

(١) في المسألة ٧ **[٣٥٧٥]** موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٩ ـ ٤٢٠ ، وتقدم في الواضح هنا أي في الجزء ١٧ ، في المسألة ٧ الرقم العام **[٣٥٧٤]** أن جواز ضمان الحال مؤجلاً مع رضا المضمون له متفق عليه ، ولم يخالف فيه أحد فراجع .

(٢) كخياطة ثوب أو صلاة ركعتين أو زيارة الإمام الحسين عليه السلام أو نحو ذلك .

(٣) في التقرير المطبوع ضمن الموسوعة ٣١ : ٤٨٢ س ٩(الضامن) بدل (المضمون عنه) قال تعليقاً علىٰ قول الماتن : (أو تقييده بكونه من مال معين) ما نصه : (بناءً علىٰ مختاره من بطلان الضمان حينئذٍ وانتقال الدين إلىٰ ذمّة الضامن) **والصحيح** : وانتقال الدين إلىٰ ذمّة المضمون عنه .

(٤) تقدم من السيد الأستاذ ذلك في شرح المسألة ٢٤ الرقم العام **[٣٥٩١] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٣٧ الواضح الجزء الذي بأيدينا في المسألة ٢٤ المذكورة** ، وتقدم منّا في الهامش صحة التقييد ، لا أنّه لا معنىٰ محصل له ، ولا أن مرجع التقييد إلىٰ الاشتراط .

(٥) علىٰ مبنىٰ الماتن من صحة هذا الشرط ، وتقدم منا في شرح المسألة ٥ **[٣٥٧٢]** عدم دخول الخيار في الضمان ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٨ ، الواضح المسألة ٥ المشار إليها .

ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً ، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً ، أو وفاء أو ابراء المضمون له عن جميعه أو بعضه ، أو تقييده بكونه من مال معيّن والمفروض تلفه[1] ، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن[2] ، أو اشتراط شيء علىٰ المضمون له ، أو اشتراط كون

---

٧ ـ دعوىٰ اشتراط الضامن علىٰ المضمون له كون الضمان بما يساوي الأقل من الدين ، فإن في كل ذلك يكون القول قول المضمون له ، ولابدّ للضامن من الاثبات ، **لأن الضامن هو الذي يطالبه العرف والعقلاء باثبات ما يقوله ويدعيه ويلزم الغير به** ، فما لم يثبت بمثبت يكون القول قول المضمون له بيمينه[1] .

(١) **علىٰ مبناه** من بطلان الضمان وانتقال الدين إلىٰ ذمّة المضمون عنه ، **وأما علىٰ مبنانا** فقد تقدم أنه لا معنىٰ محصل للتقييد بالأداء من مال معين[2] إلّا أن يرجع إلىٰ الاشتراط بحسب الارتكاز العرفي ، ومع رجوعه إلىٰ الاشتراط فلا شك تكون نتيجته ليست إلّا الزام المشروط عليه بالعمل بالشرط ، فمع تلف المال المعين لابدّ له من الأداء من مال آخر .

(٢) **علىٰ مبناه أيضاً** من صحّة الشرط المذكور ، **وتقدم[3] منّا عدم صحّته** .

---

(١) **لا أن القول قول المضمون له بيمينه لأن قوله موافق للأصل وقول الضامن مخالف للأصل كما يقوله السيّد الحكيم** والمشهور قدّس الله أسرارهم فإن السيد الحكيم قال : «فإن الأصل في جميع ذلك [أي في جمع الصور السبعة الثانية] يوافق قول المضمون له...» **المستمسك ١٣: ٣٦٥، والمستمسك ١٣: ٢١٢ طبعة بيروت ، لأن كون من يخالف قوله الأصل** (وهو الضامن) مدعياً ، ومن يكون قوله موافقاً للأصل (وهو المضمون له) منكراً **تعريف خاطئ للمدعي والمنكر** ، ذكرنا فساده في كتاب **القضاء والشهادات ١ : ١٤٣** . وهذا إشكال علىٰ السيد الحكيم مبنائي ليس له أهمية كثيرة .

وأما الأشكال بذلك علىٰ السيد الأُستاذ فقد عرفت عدم وروده عليه ، وإنما هو وارد علىٰ مقرر درسه في موسوعته لأن الذي علل به السيد الأُستاذ في الدرس هو كون الضامن مدعياً لأنه يلزم المضمون له بشيء ويطالبه العقلاء بالاثبات ، وأما المضمون عنه فلا يطالبه العقلاء باثبات عدم التأجيل أو عدم زيادة الأجل ونحو ذلك .

(٢) تقدم ذلك من السيد الأُستاذ في شرح المسألة ٢٤ الرقم العام [٣٥٩١] وتقدم منّا في الهامش في الواضح صحة التقييد لا عدم صحته ، ولا أنّه لا معنىٰ محصل لصحته .

(٣) في المسألة ٥ الرقم العام [٣٥٧٢] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٨ . الواضح ١٧ : ٥ .

الضمان بما يساوي أقلّ من الدَّين[١] قدِّم قول المضمون له[٢] .

[٣٦١٢] «مسألة ٣» : لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه ، أو في وفاء الضامن حتىٰ يجوز له الرجوع وعدمه ، أو في مقدار الدَّين الذي ضمن ، وأنكر المضمون عنه الزيادة ، أو في اشتراط شيء علىٰ المضمون عنه ، أو اشتراط الخيار للضامن قُدِّم قول المضمون عنه[٣] .

---

(١) كما لو كان الدين مائة دينار ، فيضمنه ضامن ، واشترط علىٰ المضمون له أنه في مقام الأداء يعطي بدل مائة دينار مائة منٍّ من الحنطة ، مع فرض أن مائة منٍّ من الحنطة أقل قيمة من مائة دينار .

(٢) **في الجميع[١] أيضاً** ، لأن الضامن وهو المدعي في المقام[٢] لأنّه هو المكلّف عند العرف والعقلاء باثبات ما يدعيه ويلزم به الطرف الآخر من اشتراط التأجيل ، أو زيادة الأجل مع كونه مؤجلاً ، أو أنّه «أي الضامن» وفّاه ، أو أبرأه المضمون له عن جميع دينه أو بعضه ، أو تقييد الأداء من مال معين ـ علىٰ مبنىٰ الماتن ـ مع فرض تلف ذلك المال ، أو اشتراط الفسخ له ـ علىٰ مبنىٰ الماتن أيضاً ـ أو اشتراط شيء علىٰ المضمون له كخياطة ثوب أو بناء دار ، أو اشتراط كون الضمان بما يساوي أقل من الدين ، وإلّا فله مطالبة المنكر بالحلف .

(٣) **في الاختلاف بين الضامن والمضمون عنه** وهو المشار إليه أنّه يأتي في المسألة الثالثة[٣] ، **فهو كما لو فرض :**

---

(١) في اثنين مما تقدم وهي الصورة الخامسة والسادسة لا يأتي قول السيد الأُستاذ كون الضامن هو المكلف بالاثبات عند العرف والعقلاء أي باثبات ما يدعيه ويلزم به الطرف الآخر ، لأن هذا النزاع لا يأتي علىٰ مسلك السيد الأُستاذ ، فقوله في الجميع لمجازية التغليب .

(٢) **كما هو الغالب** ، وإلّا فقد يكون المدعي هو المضمون له ، كما لو أتىٰ الضامن بالدين في وقت كثرت فيه السرقة وشاع عدم الأمن ولا يمكن حفظ المال فضلاً عن غيره ، وأراد اعطاءه إلىٰ المضمون له ليبرئ ذمّته فامتنع المضمون له من تسلّمه لذلك أيضاً ، بدعوىٰ أن الضمان مشروط بأجل ولم يأت أجله ، فالقول حينئذٍ قول الضامن إلّا أن يثبت المضمون له التأجيل .

(٣) وله خمس صور المدعي فيها الضامن وصورتان المدعي فيها المضمون عنه .

١ ـ أن الضامن ضمن ويعترف المضمون عنه بأصل الضمان ، ولكن يدعي أن الضمان لم يكن بأمره ، وإنما ضمن الضامن تبرعاً ومجاناً ، فلم يصدر ضمان يجوز فيه رجوع الضامن إلىٰ المضمون عنه بعد أداء الدين ، والضامن ينكر ذلك ويدعي الإذن في الضمان .

٢ ـ أو يعترف الضامن بالضمان والإذن معاً ، ولكن لا يعترف بأداء الضامن للدين ويدعي بقاء الدين علىٰ حاله وعدم خروج الضامن عن عهدته[١] ، وما لم يدفع الدين ويخرج عن عهدته ويؤدّه[٢] ليس له أن يرجع علىٰ المضمون عنه به ، والضامن ينكر ذلك ويدعي الأداء والخروج عن عهدته[٣] .

والحكم في هاتين الصورتين واضح ، لأن رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه إنما يكون بعد الأداء فيما إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه ، فإذا لم يثبت أن الضمان بإذنه أو لم يثبت أداء الضامن للدين خارجاً ، فلا تشتغل ذمّة المضمون عنه بالبدل ، **بعد ما برءت ذمّة المضمون عنه بالضمان جزماً ، بل الضمان يوجب براءة المضمون عنه عن الدين واشتغال ذمّة الضامن به ، لا اشتغال ذمّة المضمون عنه ببدل الدين** ، فمطالبة الضامن المضمون عنه ، ببدل الدين والزامه به يتوقف علىٰ ان يثبت الضامن أن ضمانه بإذن المضمون عنه لأن العقلاء والعرف يطالبونه باثبات ذلك ، وإن يثبت أيضاً ما يطالبه العقلاء باثباته وهو أنّه قد أدىٰ مال الضمان خارجاً[٤] ، فإذا لم

---

(١) أو إبراء المضمون له الضامن من مال الضمان أو ما شابه ذلك كما لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً أو وفاه غير تبرعاً .

(٢) وما يثبت أنّه أبرأه المضمون له أو تبرع عنه ضامن تبرعاً أو وفّىٰ دينه موفٍ تبرعاً .

(٣) أو ينكر أنّه أبرأه المضمون له أو تبرع عنه ضامن أو تبرع عنه موفٍ تبرعاً .

(٤) لا أنّه أبرأه المضمون له ، ولا أنّه ضمن عنه ضامن تبرعاً ، ولا أنّه تبرع متبرع بالأداء عنه مجاناً.

ثمّ إنّه لابدّ من التنبيه إلىٰ أنه ليس من المثبتات عند العقلاء لأداء المال إلىٰ المضمون له بالنسبة إلىٰ المضمون عنه اعتراف المضمون له بأداء الضامن المال للمضمون له . فإن هذا الإقرار من المضمون له إنما ينفذ ويكون حجة عليه **لا علىٰ المضمون** عنه ، بل علىٰ خصوص

يثبتهما عند العقلاء معاً أو لم يثبت أحدهما فلا تشتغل ذمّة المضمون عنه بشيء، فهو أي الضامن هو المدعي، ولابّد لمدعي أن الضمان كان مع إذن المضمون عنه أو أنه أدّاه خارجاً من اثبات ذلك عند العقلاء، فما لم يثبت يكون القول قول المضمون عنه الذي هو المنكر[1].

٣ ـ وكذا لو كان الضمان بإذن المضمون عنه وتحقق الأداء خارجاً، ولكن المضمون عنه يدعي أن الدين الذي ضمن بإذن وأدي خارجاً كان مائة دينار لا أكثر، والضامن يدعي أنه كان مائة

المقر عند العقلاء، لأن اقرار العقلاء على أنفسهم جائز إنما هو جائز ونافذ على أنفسهم لا على غيرهم، فلا يتمكن الضامن من الرجوع إلى المضمون عنه باعتراف المضمون له بأداء الضامن إليه. **وما نقل عن العلّامة**قدس سره **من الاكتفاء بذلك** في جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه بالمال وإلزامه به **احتمال ليس إلّا**، وكونه احتمالاً بلا كلام حاملاً بين طياته دليل ضعفه، **والوجه فيه ظاهر**، فإنه لو كان الإقرار نافذاً في حق غير المقر لكان يجزم به العلّامةقدس سره لا أنه يحتمله. فلا محيص من القول بأن الإقرار المذكور لا يسوّغ رجوع الضامن على المضمون عنه والزامه بالمال المضمون. وتقدم في **المسألة ٢٨ [٣٥٩٥] موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٤٩ ما يشابه المقام**.

(١) **ولكن ذكر المقرر في الموسوعة** تعليقاً على قول الماتن (قدَّم قول المضمون عنه) **ما نصه**: «لكونه منكراً لما يدعيه الضامن، فإن اشغال ذمّته بالدَّين ثانياً بعد فراغها منه قطعاً يحتاج إلى الاثبات، وإلّا فمقتضى أصالة عدمه، تقديم قوله في كلّ ذلك» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨٢ ـ ٤٨٣**. وقد عرفت أن هذا الذي ذكر في الموسوعة من قوله (وإلّا فمقتضى أصالة عدمه) خلاف مبنى السيد الأستاذقدس سره، ورده في كتاب القضاء في مباني تكلمة المنهاج، وفي كتاب القضاء والشهادات، وفي بحوث فقهية متعددة تقدمت. **وتقدم أيضاً** أن هذا ـ أي ما ذكر في الموسوعة ـ إنما هو من فهم المقررقدس سره لا الذي قاله السيد الأستاذقدس سره، **وتقدم أيضاً السرّ** في فهم المقرر ذلك في هامش **المسألة ٢ [٣٦١١] من الواضح فراجع**، وعلى كل حال، الاشكال على ما في موسوعة السيد الأستاذقدس سره بأن ما ذكرت خلاف لمبناك في المدعي والمنكر إنّما هو وارد على المقرر لا على السيد الأستاذقدس سره، لما عرفت من صريح عبارة السيد الأستاذقدس سره.

وخمسين ديناراً، فليس للضامن الرجوع على المضمون عنه إلّا بالمائة، والضامن يدعي حق رجوعه بالمائة والخمسين معاً. فإن القول هنا أيضاً قول المضمون عنه، ولابدّ للضامن من اثبات أن الدين كان مائة وخمسين ديناراً، لأنه هو المطالب عند العقلاء باثبات ذلك فهو المدعي، وما لم يثبت ذلك ببينة يكون القول قول المنكر وهو المضمون عنه.

٤ ـ وكذا لو ادعى الضامن أنه اشترط على المضمون عنه عند الضمان الذي كان بإذنه أن يخيط المضمون عنه للضامن ثوبه مثلاً، بأن قال له: اضمن لك دينك على أن تخيط لي ثوبي، وهو شرط سائغ، وانكر المضمون عنه ذلك، **فإن القول قول المضمون عنه**، لأن الضامن يلزم المضمون عنه بالشرط أي خياطة الثوب ويلزمه العرف والعقلاء باثبات ذلك، ومن يُلزم الغير بشيء ويُلزمه العقلاء والعرف باثبات ذلك هو المدعي على ما عرفت، فما لم يثبت الضامن ذلك يكون القول قول خصمه وهو المضمون عنه (المنكر) بيمينه.

وأما أنّه ليس هذا الشرط في عقد الضمان على المضمون عنه، كما توهم وقيل إن المضمون عنه خارج عن عقد الضمان، لان عقد الضمان بين الضامن والمضمون له، وأما المضمون عنه فهو خارج عن عقد الضمان، فلا معنى لهذا الاشتراط عليه[1].

فجوابه أنّ هذا إنما هو اشتراط عند أمر المضمون عنه الضامن في المقام بالضمان، لا عند عقد الضمان كما توهم، وبما أن الضمان عمل محترم فلا مانع من الاشتراط على المضمون عنه

---

(١) **القائل السيد الحكيم**ﷺ حيث قال: «المضمون عنه ليس طرفاً لعقد الضمان، فلا يصح اشتراط شيء على المضمون عنه. نعم يمكن اشتراط ذلك في عقد آخر غير عقد الضمان، لكنه خارج عن محل الكلام»، **المستمسك ١٣: ٣٦٦ أو (٢١٣ طبعة بيروت)**.

وكذا السيد السبزواريﷺ فإنه قال ما نصه: «ثمّ إنّ نزاعهما في اشتراط شيء على المضمون عنه لابدّ وأن يتصور في ضمن عقد آخر، وإلّا فهو [أي المضمون عنه] ليس طرفاً في عقد الضمان حتى يشترط عليه وفي ضمنه، فاطلاق كلام الماتنﷺ لابدّ وأن يقيد» **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٩٥**.

فيه كما في سائر الأعمال[١]، فيدعي الضامن أنه اشترط على المضمون عنه شيئاً، وأنكر المضمون عنه ذلك، فلابدّ للضامن من الإثبات، لأنه هو المكلف بنظر العرف والعقلاء باثبات ما يقوله ويلزم به الطرف الآخر، فإن أثبت فهو، وإلّا فالقول قول المضمون عنه بيمينه لأنه هو المنكر.

٥ ـ وكذا لو ادعىٰ الضامن أن ضمانه كان ضماناً خيارياً، أي جعل لنفسه الخيار بناءً علىٰ صحّة هذا الشرط كما اختاره الماتنﷺ، وقد تقدمت المناقشة فيه[٢].

ولكن بناءً علىٰ صحته لو ادعىٰ الضامن أنه جعل الخيار لنفسه ففسخ فالمشتغل ذمّته بالدين المضمون عنه لا هو ـ أي لا الضامن ـ والمضمون عنه ينكر ذلك أي ينكر اشتراط الخيار ويدعي براءة ذمّته من الدين، **فأيضاً الحال كذلك**، لابدّ للضامن عند العرف والعقلاء من إثبات ما يدعيه وإلّا فالقول قول **المضمون عنه (المنكر)، لأن** ذمّة المضمون عنه بريئة من الدين بالضمان، ومطالبته بشيء من الدين لابدّ له من سبب، ولم يثبت السبب في المقام بعد مطالبة العقلاء له في المقام بذلك[٣].

---

(١) وكما أن هذا الأمر مقتضي للضمان وعليه سيرة العقلاء كذلك يقتضي لزوم الشرط الذي في ضمنه لقيام سيرة العقلاء عليه كذلك.

(٢) في المسألة الخامسة الرقم العام [٣٥٧٢]. **الواضح الجزء الذي بأيدينا صفحة ٥، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤١٨.**

(٣) ويكون فرقها عن الصورة السادسة من السبعة الثانية من المسألة المتقدمة أي المسألة ٢ الرقم العام [٣٦١١] مع أنهما متشابهتان، هو: كون النزاع في (الصورة المتقدمة): **بين الضامن الذي يدعي لنفسه جعل الخيار في الضمان وبين المضمون له**، فإن الضامن هو الذي يطالبه العرف باثبات جعل الخيار في عقد الضمان بعد اعترافه بالضمان، فإنه كمدعي أداء الدين إلىٰ المديون يكون عند العقلاء ملزماً بالاثبات، فإن أثبت فهو، وإلّا كان القول قول المضمون له. وهو أي الضامن عند المشهور قوله خلاف الأصل فهو المدعي عندهم، وما لم يثبت المدعي دعواه

والمتحصل : أن الضامن في جميع ذلك مدع ، فيلزمه بعد اعترافه بالضمان اثبات أنّه كان باذن المضمون عنه عند العرف والعقلاء ، أو اثبات الوفاء إلىٰ المضمون له ، أو اثبات الزيادة ، أو اثبات الشيء المشروط علىٰ المضمون عنه كالخياطة مثلاً ، أو المشروط للضامن علىٰ المضمون له كالخيار بناءً علىٰ صحّة هذا الاشتراط ، لمطالبة العقلاء له باثبات انتقال الدين من ذمّته إلىٰ ذمّة المضمون عنه بالخيار ، أو لأن قوله مخالف لاصالة عدم الوفاء ، أو عدم الزيارة أو عدم الإذن أو عدم الشرط أو نحو ذلك علىٰ رأي المشهور[1] ، فما لم يثبت ذلك يكون القول قول (المنكر) أي

يكون القول قول من يوافق قوله الأصل وهو المضمون له .

بينما هذه الصورة وهي الصورة الخامسة في المسألة ٣ [٣٦١٢] النزاع بين الضامن والمضمون عنه ، فإنه أيضاً الضامن هو الذي يلزمه العرف والعقلاء باثبات جعل الخيار في عقد الضمان ، فإن اثبت فهو ، وإلّا كان القول قول المضمون عنه الذي لا يطالبه العرف والعقلاء باثبات عدم الخيار في الضمان غاية الأمر مع يمينه لنصوص القضاء ، وهو أي الضامن عند المشهور قوله خلاف الأصل فهو المدعي عندهم ، وما لم يثبت المدعي عندهم قوله ببينة يكون القول قول من يوافق قوله الأصل وهو المضمون عنه ، فإن قوله موافق مع أصالة عدم الخيار في عقد الضمان .

وأيضاً يكون فرقها مع الصورة الخامسة من صور المسألة الأُولىٰ [٣٦١٠] مع أنهما متشابهتان في اشتراط الخيار في عقد الضمان هو كون النزاع في الصورة الخامسة من المسألة الأُولىٰ بين المضمون له والمضمون عنه ، وهنا النزاع بين الضامن والمضمون عنه .

(١) **ومن هنا يظهر أنّ ما ذكر في موسوعة السيد الأُستاذ** ـ **من الوجه في تقديم قول المضمون عنه** من جهة أن قوله يوافق أصالة عدم الوفاء أو عدم الإذن أو عدم الشرط ونحو ذلك : **إنما هو علىٰ مسلك المشهور** ، لأن الضامن علىٰ مسلك المشهور يخالف قوله أصالة عدم كل ذلك فهو المدعي ، والمضمون عنه يوافق قوله أصالة العدم فهو المنكر ـ **فإن المقرر في الموسوعة قال معلقاً علىٰ قول الماتن** (قدّم قول المضمون عنه) **ما نصه** : «لكونه منكراً

ولو اختلفا في أصل الضمان، أو في مقدار الدَّين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن[1].

المضمون عنه، لأن الضمان يوجب براءة ذمّة المضمون عنه، فاشغالها ثانياً بما يترتب عليه بجميع شراشره يحتاج إلىٰ دليل.

(١) ثمّ إن هنا صورتين ينعكس فيهما الفرض، فيكون المدعي فيهما المضمون عنه، ويكون القول فيهما قول الضامن إن لم يثبت المدعي فيهما قوله ببينة، وهما **صورة رقم ٦** ـ وهي ما إذا فرضنا أن المدين ادعىٰ علىٰ أحد أنّه ضمن دينه وأنكر الآخر الضمان، **فالقول قول الآخر**[1].

لما يدعيه الضامن، فإن اشغال ذمّته بالدين ثانياً بعد فراغها منه قطعاً يحتاج إلىٰ الاثبات، وإلّا فمقتضىٰ أصالة عدمه تقديم قوله في كلّ ذلك» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨٢ ـ ٤٨٣، وأما علىٰ مسلك السيد الأُستاذ قدس سره فإنما يقدم** قول المضمون عنه، لأن من يطالبه العقلاء بالزام المضمون عنه بالزيادة أو نحوها وهو المدعي عندهم لا بينة له، فالقول قول المنكر وهو من لم يطالبه العرف باثبات ما يقوله، لا لأن قوله موافق للأصل. **وتقدم السرّ في تعبير مقرر موسوعة السيد الأُستاذ قدس سره بما ذكرناه عنها، وأن هذا إنما هو فهمه، لا أنّ هذا هو ما قاله السيد الأُستاذ قدس سره، بل أن الذي قاله السيد الأُستاذ هو ما ذكرناه. فالاشكال علىٰ ما في الموسوعة من التعليل المذكور إنما هو علىٰ المقرر لا علىٰ السيد الأُستاذ قدس سرهما.**

(١) **في التعبير بالضامن والمضمون عنه كما عبّر به الماتن قدس سره بمقتضىٰ قوله «ولو اختلفا»**، مع كون الاختلاف في أصل الضمان **مسامحة ظاهرة**، ولذا راعينا في التعبير ذلك ولم نعبر بالضامن والمضمون عنه لئلا يشكل علىٰ السيد الأُستاذ قدس سره ما أشكله هو علىٰ الماتن في **المسألة الأُولىٰ الرقم العام [٣٦١٠] موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٧٨** حيث قال معلقاً علىٰ قول الماتن قدس سره (لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان) **ما نصه**: «لا يخفىٰ ما في التعبير باختلاف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان من المسامحة، إذ مع انكار الأوّل من أساسه كيف يصح التعبير عنه بالمضمون له. وحق العبارة أن يقال: لو اختلف الدائن والمدين في أصل الضمان».

ولكن الموجود في الموسوعة في هذه المسألة وهي المسألة ٣ [٣٦١٢] تعليقاً علىٰ قول

وكذا الصورة رقم ٧ ـ وهي ما لو ادعىٰ المضمون عنه أن الضامن ضمن جميع الدين وهو ألف دينار، **وأنكر الضامن ضمان** الجميع، وإنما ضمن نصف الدين أي نصف الألف لا جميع الألف. **فالقول هنا قول الضامن**، لأن اشغال ذمّة الضامن بشيء أو بالزائد علىٰ ما يعترف به الضامن يحتاج إلىٰ الاثبات بنظر العقلاء «العرف»، فما لم يثبت المضمون عنه ذلك حيث يلزمه العقلاء بالاثبات كان القول قول المنكر وهو الضامن[1] الذي لا يطالبه العرف باثبات عدم ضمان الجميع.

الماتن (ولو اختلفا في أصل الضمان أو في مقدار الدين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن) **ما نصه**: «فإن اشتغال ذمّته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به يحتاج إلىٰ دليل، والأصل يقتضي عدمه» **موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨٣، ومعنىٰ ذلك قبول تعبير الماتن قدس سره الذي هو لو اختلفا [أي الضامن والمضمون عنه] في أصل الضمان.**

(١) **مع يمينه، وذلك أيضاً علىٰ مبنىٰ السيد الأُستاذ قدس سره. وأمّا علىٰ مبنىٰ المشهور كان القول قول الضامن لموافقة قوله لأصالة عدمه. فما في موسوعة السيد الأُستاذ قدس سره** من التعليق علىٰ قول الماتن (فالقول قول الضامن) **بما نصه**: «فإن اشغال ذمّته بأصل الدين أو الزيادة عما يعترف به يحتاج إلىٰ دليل، **والأصل يقتضي عدمه» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٨٣ مع كون السيد الأُستاذ قدس سره** لم يقبل تعريف المشهور للمدعى والمنكر، **إنما هو فهم المقرر** من كلام السيد الأُستاذ قدس سره فذكره بعنوان أنّه كلام السيد الأُستاذ. وليس ذلك صحيحاً، بل المفروض ذكر نص كلام السيد الأُستاذ قدس سره، **وقد تقدم السرّ في فهم المقرر ذلك**، وتلخيص كلام السيد الأُستاذ بما فهمه هو أي المقرر.

ثمّ إن فرق هذه الصورة وهي الصورة السابعة من المسألة ٣ [٣٦١٢] عن الصورة الثانية من المسألة الأُولىٰ [٣٦١٠] مع أنهما متشابهتان.

هو أن النزاع في الصورة الثانية من المسألة الأُولىٰ بين المضمون عنه والمضمون له في مقدار الدين المضمون بعد اعتراف الضامن بالضمان، غاية الأمر المضمون له يقول إن الضامن ضمن بعض الدين الذي علىٰ المضمون عنه، وأما البعض الآخر منه فباقٍ علىٰ ذمّة المضمون عنه في

[٣٦١٣] «مسألة ٤» : إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفي الحقّ منه بالبيِّنة ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه المنكر للأذن أو الدَّين[1] لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً .

---

(١) **في هذه المسألة من مسائل النزاع بحوث أربعة :**

البحث الأوّل في هذه المسألة : إذا ادعي علىٰ شخص أنّه ضامن لدين شخص آخر ، وأنكر المدعىٰ عليه الضمان وشهدت البيّنة علىٰ الضمان ، فاستوفي الحق منه بذلك بالقوة ، وأخذ منه مقدار ما شهدت البيّنة بضمانه له .

فذكر الماتن﴿ره﴾ هنا أنه ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه إذا كان المضمون عنه منكراً للإذن في الضمان أو منكراً لأصل الدين ، وذلك لأن الضامن معترف بأخذ المال منه ظلماً ،

﴿حين أن المضمون عنه يدعي أن الضامن ضمن جميع الدين لا بعضه ، **فبالنسبة إلىٰ البعض الآخر من الدين غير ما يعترف به المضمون له لابدّ للمضمون عنه من اثبات أن الضامن ضمنه أي ضمن جميع الدين** ، فما لم يثبت ذلك ببينة عند العقلاء الذين يطالبونه بالاثبات لابدّ له من الخروج عن عهدته ، فالمضمون عنه مدع والمضمون له منكر ، والمضمون عنه قوله خلاف الأصل علىٰ مسلك المشهور ، والمضمون له قوله علىٰ طبق الأصل .

بينما في الصورة السابعة في هذه المسألة وهي المسألة الثالثة النزاع بين المضمون عنه والضامن ، المضمون عنه يدعي أن الضامن ضمن جميع الدين ، وينكر الضامن ذلك ويدعي أنّه ضمن نصف الدين ، فالعقلاء والعرف هنا إنما يطالبون المضمون عنه باثبات أن الضامن ضمن جميع الدين وباثبات اشغال ذمّة الضامن بتمام الدين ، فهو أي المضمون عنه المدعي ، فما لم يثبت قوله ببيّنة يكون القول قول الضامن الذي لا يطالبه العرف والعقلاء باثبات عدم ضمان النصف الآخر ، وأيضاً مسلك المشهور يكون قول المضمون عنه إن الضامن ضمن جميع الدين علىٰ خلاف الأصل ، ويكون قول الضامن علىٰ طبق الأصل .

وأما لو انعكس الأمر بأن يدعي الضامن أنه ضمن جميع الدين ليرجع علىٰ المضمون عنه بتمامه ، ويدعي المضمون عنه أنّه ضمن نصف الدين ، فالقول قول المضمون عنه ، ولا يكون القول قول الضامن ليدخل في موضوع القسم الثاني من المسألة الثالثة وهو أن يكون القول قول الضامن إن لم يثبت المدعي ـ وهو المضمون عنه ـ قوله ببيّنة .

وأنه لم يضمن أو لم يكن دين في الوجود أصلاً.

ومقتضىٰ ظاهر كلام الماتنﷺ اختصاص عدم جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه بما إذا كان المضمون عنه منكراً للإذن أو منكراً للدين كما هو مقتضىٰ التقييد بهما، **ومعنىٰ ذلك جواز الرجوع عليه إذا كان معترفاً بالاذن أو بالدين**، مع أنه من الواضح عدم الفرق بين اعتراف المضمون عنه بالإذن أو بالدين وعدمه، **فإن مجرد** الاعتراف بالإذن بالضمان مثلاً غير كاف في جواز الرجوع عليه، بل لابدّ في جواز الرجوع مع ذلك من تحقق **١ ـ الضمان خارجاً، ٢ ـ والأداء بعده، فإذا كان من ادعي عليه الضمان قد أنكر الضمان أو أنكر أصل الدين، فكيف يمكن أن يرجع علىٰ المضمون عنه**، اعترف المضمون عنه بالإذن بالضمان أو لا، اعترف بالدين أو لا[1].

بل الظاهر عدم جواز الرجوع حتّىٰ مع القطع باعترافه بالدين أو بالإذن بالضمان، فضلاً عن اعترافه بذلك، فلو فرض العلم بأن المدين المعترف بالدين، أذن لشخص أن يضمن عنه **ولكنه لم يضمن خارجاً** وإنّما أُخذ منه المال قهراً لقيام البيّنة علىٰ الضمان، **فكيف مع اعترافه بعدم الضمان** أن يرجع علىٰ المضمون عنه.

وعليه فتقييد الماتنﷺ **عدم جواز الرجوع بما إذا أنكر المضمون عنه** الإذن أو الدين **لا وجه له**، بل الحكم بعدم جواز الرجوع لا فرق فيه بين إنكاره للإذن أو الدين أو اعترافه بهما، لما عرفت[2].

---

(١) اعترف المضمون عنه بالدين أو لا.

(٢) **أقول**: رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه يكون في هذه المسألة علىٰ نحوين: **الأوّل**: رجوع عليه ببدل مال الضمان الذي دفعه إلىٰ المضمون له. **الثاني**: رجوع علىٰ المضمون تقاصاً من مال المضمون له.

والنحو الأوّل هو الذي يرد عليه إشكال السيد الأستاذﷺ، فإن مقتضىٰ تقييد الماتن عدم جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه بما إذا كان المضمون عنه منكراً للإذن في الضمان أو منكراً

لأصل الدين هو جواز الرجوع عليه فيما إذا كان معترفاً بالإذن في الضمان أو معترفاًبالدين ، مع أنّه من الواضح عدم الفرق بين الاعتراف بالاذن أو بالدين وعدمه ، لأن مجرد ذلك غير كاف في جواز الرجوع عليه ما لم يكن ١ ـ ضمان خارجاً ٢ ـ وأداء للمال إلىٰ المضمون له ، فمع فرض أن من أُخذ منه المال لأجل البيّنة منكر للإذن في الضمان ، أو منكر لأصل الدين ، أو معترف بهما ، لا يمكن له الرجوع علىٰ المضمون عنه والمطالبة ببدل مال الضمان لأجل أنه لا ضمان ، لأن المأخوذ منه المال بالبينة ينكر كونه ضامناً ، فمع عدم الضمان لا فرق بين كون المضمون عنه منكراً للضمان أو معترفاً به منكراً للدين أو معترفاً به .

وأما النحو الثاني وهو أنه ليس للمأخوذ منه المال قهراً للبيّنة الرجوع علىٰ المضمون عنه والأخذ من مال المضمون له ، فلا يرد عليه اشكال السيد الأُستاذ ، لأن عدم جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه إنما هو فيما إذا كان المضمون عنه منكراً للدين ، حيث إنه يقول بانكاره للدين أن لا وجود لمال المضمون له عنده حيث لا دين في المقام أصلاً ، **وأما إذا كان معترفاً بالدين فهنا لا إشكال في صحة رجوع المأخوذ منه المال قهراً للبينة علىٰ المضمون عنه ، والأخذ من مال المضمون له الموجود عنه المضمون عنه تقاصاً** ، فإن المنكر للضمان المآخوذ منه المال قهراً للبينة علىٰ الضمان لا شك يعتقد أن المال المأخوذ منه غصباً ظلماً وباق علىٰ ملكيته ، وإن انتقل خارجاً إلىٰ يد المضمون له ، ويمنع المضمون له المنكر للضمان من أخذه ، فلا شك في صحة مقاصته له والأخذ من ماله الموجود عنه المضمون عنه ، وهو إنما يكون فيما إذا كان المضمون عنه معترفاًبالدين ، فالتقيد في عدم صحة رجوع المنكر للضمان المأخوذ منه المال قهراً للبينة بما إذا كان المضمون عنه منكراً للدين في محله . فاشكال السيد الأُستاذ عـلىٰ الماتن في هذه الصورة لا شك ليس صحيحاً .

ولذا الماتن يقول في البحث الثالث الآتي أنه لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو بالاذن بالضمان ، وثبت عليه ذلك بالبينة ، فيجوز رجوع النكر للضمان المظلوم المأخوذ ماله قهراً علىٰ المضمون عنه ، والأخذ منه مقاصة من مال المضمون له ، حيث قامت البينة علىٰ الضمان أو إذن المضمون عنه بالضمان الكاشفين عن وجود دين للمضمون له عند المضمون عنه ، فتصح

نعم ، لو كان مدّعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان ، ولم يكن منكراً لأصل الدَّين ، وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدَّين والإذن في الضمان جاز له الرجوع عليه[1] ، إذ لامنافاة بين انكار الضمان وادعاء الاذن في الأداء ، فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنّه يقول إنّ ذلك للإذن في الأداء ، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان ، فهو كما لو ادّعىٰ علىٰ شخص أنّه يطلب منه عشر قرانات قرضاً ، والمدّعىٰ عليه ينكر القرض ويقول : إنه يطلبه من باب ثمن المبيع ، فأصل الطلب معلوم .

---

(١) **البحث الثاني في هذه المسألة : وهو ذكر الماتن**قدس سره **أن هنا صورة يجوز له فيها الرجوع علىٰ المضمون عنه وأخذ البدل منه وهي** : أنّ المنكر للضمان والذي أُخذ منه المال قهراً للبيّنة ، إن كان يدعي أن المضمون عنه قد أذن له وأمره بأداء هذا الدين خارجاً ، وإن لم يأذن له في الضمان ، **والمدين يدعي الأذن في الضمان ، فهنا يقول الماتن**قدس سره **إنّ هذا المنكر للضمان والمدعي للإذن بالأداء خارجاً** والمأخوذ منه المال قهراً للبيّنة علىٰ الضمان ، **يجوز له الرجوع علىٰ المدين وأخذ المال منه ، لأن جواز الرجوع علىٰ المدين معلوم ، وإن كان السبب في جواز الرجوع عليه مجهولاً وأنه هل هو الإذن في الضمان أو الإذن في الأداء الخارجي** ، فالمؤدي للمال يدعي الإذن في الأداء الخارجي ، والمدين يدعي الإذن في الضمان ، مع اعترافهما معاً بالدين .

قال الماتنقدس سره : **ولا منافاة بين** إنكار من أُخذ المال منه قهراً للضمان **وادعائه الإذن في الأداء** . **وقال الماتن أيضاً** : إن جواز الرجوع هذا نظير ما اذا ادعىٰ أحد أنّه مدين لزيد عشر قرانات ، ولكنه أنكر كونه مديناً بذلك لأجل القرض ، ويقول إنه مدين له عشر قرانات لأجل أنّه ثمن مبيع ، والآخر يقول هو مدين لي عشر قرانات هو قرض لا أنّه ثمن مبيع ، **فكما أن هنا أصل الدين معلوم وإن كان سببه مجهولاً ، ويجب أداء عشر قرانات** ، لأن وجوب الأداء ليس من آثار القرض فقط ، بل الأعم منه ومن البيع ، **كذلك في جواز الرجوع** في المقام علىٰ المدين فإنه معلوم وإن كان سببه مجهولاً ، فيقول من أُخذ منه المال قهراً : إن سبب ذلك هو إذن المدين بالأداء ، ويقول المدين : إن

ﻫ معه المقاصة حينئذٍ ولكن من مال المضمون له . وليس في عبارة الماتن في البحث الثالث في هذه المسألة سقط ولا خطأ ولا تشويش ولا شيء آخر .

سبب ذلك اذنه في الضمان .

أقول : مما ذكرنا في البحث الأوّل ـ من عدم كفاية مجرد الاذن في الضمان حتىٰ مع القطع به فضلاً عن اعترافه بذلك في جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه[1] **ـ يظهر فساد ما ذكره الماتنﷺ من جواز الرجوع علىٰ المدين ، وبطلان تنظيره** بدعوىٰ شخص علىٰ آخر عشر قرانات قرضاً ، وانكار المدعىٰ عليه القرض وادعاؤه أن ذلك من باب ثمن المبيع ، **وذلك لأن المدّعىٰ عليه في النظير معترف** بأنّه مدين للمدعي بذلك المال ، وإنما الاختلاف في سببه ، **فأصل اشتغال الذمّة معلوم وإن كان سببه مجهولاً** ، ولا أثر للسبب . **وهذابخلاف المقام فإنه ليس جواز الرجوع معلوماً علىٰ كل تقدير ، بل إنّما هو علىٰ تقدير أنّه كان قد أذن بالأداء** كما يدعيه من أُخذ منه المال ظلماً ، فله الرجوع علىٰ المدين بعد الأداء لذلك ، ولو من جهة مقدمة كاذبة ـ وهي أنّه ضمن ذلك والحال إنّه لم يضمن ـ **لا علىٰ تقدير أنّه قد أذن له المدين بالضمان ، أي بأن تشتغل ذمّته به ، ثمّ يفي بذلك خارجاً** ، فيرجع علىٰ المضمون عنه ، **فإن الرجوع هنا ليس من آثار الاذن في الضمان فقط** ، بل من آثار **١ ـ الضمان ، ٢ ـ والأداء الخارجي منضماً إلىٰ الإذن ، والحال إن من أخذ منه المال قهراً ينكر الضمان ، فكيف يجوز له مع ذلك الرجوع علىٰ المضمون عنه ! ؟** ويقال إن استحقاق الرجوع علىٰ المضمون عنه معلوم علىٰ كل حال[2] ! ؟

---

(١) **لأنّه لابدّ فيه من ١ ـ الضمان خارجاً أي العلم بالضمان ٢ ـ والأداء الخارجي منضماً إلىٰ الإذن** في الضمان ، وهو لا يتم مع الاعتراف بعدم الضمان .

(٢) **بل إنما هو معلوم علىٰ تقدير ، ومعلوم العدم علىٰ التقدير الآخر لاعترافه بعدم الضمان .**

نعم لو كان جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه معلوماً علىٰ كل تقدير جاز الرجوع عليه ، ولكن ليس الأمر كذلك ، لأن علىٰ تقدير أن المضمون عنه إذن له في الضمان ، فمعنىٰ ذلك أنّه لم يأذن بالأداء فقط . **والإذن في الضمان متوقف علىٰ اشغال ذمّته به ثمّ الوفاء بعد ذلك** . والحال إن من أخذ منه المال قهراً يعترف بعدم الضمان ، فكيف يكون له الرجوع علىٰ المضمون عنه علىٰ كل تقدير ؟! بل هو علىٰ التقدير الثاني معلوم العدم لا أنّه غير معلوم ، لاعترافه بعدم

الضمان ، وعلىٰ هو الأوّل هو ادعاء غير ثابت .

وأشكل السيد الحكيمقدس سره علىٰ التقدير الأوّل الذي هو الإذن في الأداء وقال : «من المعلوم أن الإذن في الأداء إنما تقتضي جواز الأداء لا وجوبه ، كما لا تقتضي ولاية الدائن علىٰ الأخذ من المأذون ، ولا جواز اجباره علىٰ الأداء ، فإذا أُجبر علىٰ الأداء لم يكن الأداء صحيحاً ، بل المال باق علىٰ ملك المالك ، ولا يدخل في ملك الدائن ، فكيف يجوز الرجوع علىٰ المضمون عنه بعد الأداء الإجباري؟ والإذن إنما يقتضي جواز الرجوع علىٰ الآذن إذا كان الأداء صحيحاً موجباً لفراغ ذمّة الآذن لا مطلقاً ، فإذا لم يكن موجب لافراغ ذمّة الآذن لا يكون مسوّغاً للرجوع عليه ، فلا مجال لرجوعه علىٰ المضمون عنه وإن اعتقد أنّه أذن في الأداء ، لكون المفروض أن هذا الأداء كلا أداء ، لعدم كونه مفرّغاً لما في ذمّته ، فالضامن يعلم بعدم استحقاقه الرجوع علىٰ المضمون عنه بما أدّاه لعدم حصول الأداء الصحيح» **المستمسك ١٣ : ٢١٤ طبعة بيروت** .

وعليه فيصح أن يقال : إن المدعىٰ عليه في النظير معترف بأنّه مدين للمدعي بذلك المال وإنما الاختلاف في سببه هل هو البيع أو القرض ، فأصل اشتغال الذمّة معلوم وإن كان سببه مجهولاً ، ولا أثر للسبب . **وأما في المقام** فجواز الرجوع **معلوم العدم علىٰ كل تقدير ، إذ علىٰ تقدير الإذن** في الأداء فقد عرفت أن الأداء غير صحيح ، والمال باق علىٰ ملك المالك الدافع وذمّة الآذن غير بريئة . وعلىٰ تقدير الإذن في الضمان فإن الرجوع ليس من آثار الإذن في الضمان فقط بل من آثار ١ ـ الضمان ٢ ـ والأداء خارجاً منضماً إلىٰ الإذن . والحال إن من أخذ منه المال ينكر الضمان ، فكيف يصح له الرجوع علىٰ المضمون عنه علىٰ هذا التقدير أيضاً ، **فضلاً عن أن يقال إن جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه معلوم علىٰ كل تقدير ، أو أنّه إنما هو علىٰ تقدير أنّه كان قد أذن له بالأداء دون ما لو أذن له بالضمان .**

وطبعاً هذا الذي قلنا إنّه لا يكون الإداء صحيحاً لأنه مجبر عليه فيما إذا لم يرض به بعد ذلك ، وإلّا فلو رضي بالأداء بعد ذلك فيصح الأداء ، فيتحقق الأداء المدعىٰ أنه المأذون فيه ، ويصح رجوعه علىٰ الآذن لو ثبت . ولكن إنما يصح الرجوع علىٰ تقدير الأداء لا علىٰ تقدير الضمان ، فلا يصح أن يقال إنه يصح الرجوع علىٰ المضمون عنه علىٰ كل تقدير . **ولعل نظر**

﴿ **السيد الأستاذ**ﷺ إلىٰ ما إذا رضي المجبور علىٰ الأداء به بعد ذلك ، وهو الظاهر .

ثمّ إن السيد الحكيمﷺ نبّه علىٰ رضا المؤدي البعدي وقال تكملة لعبارته المتقدم نقلها **ما نصه** : «نعم إذا رضي به بعد ذلك ، بناءً علىٰ صحة احتساب دينه علىٰ الغاصب وفاء عن دين الغاصب علىٰ شخص آخر ، فإذا صح هذا الوفاء فقد تحقق المأذون فيه وجاز رجوعه علىٰ الآذن ، كما أن الآذن يعلم بجواز رجوعه عليه لأنّه ضامن عن إذن المضمون عنه ، فجواز رجوعه مما يعتقده كل واحد منهما ، فلا مانع منه» **المستمسك ١٣ : ٣٦٨ أو ص ٢١٤ طبعة بيروت** .

وقولهﷺ : (كما أن الآذن يعلم بجواز رجوع عليه ، لأنّه ضامن عن إذن المضمون عنه ، فجواز رجوعه مما يعتقده كل واحد منهما ، فلا مانع منه) **إنما هو شرح منه لكلام الماتن**ﷺ ، فلا يرد عليه أنه كيف يقول (لأنه ضامن عن إذن المضمون عنه . . .) إلخ ، **لأن السيد الحكيم**ﷺ يقول في عبارته التى تأتي بعد ذلك (ولا فرق فيما ذكرنا بين إذن المضمون عنه بالضمان وعدمه ، لأنّ المفروض عدم الضمان ، فلا يقتضي الإذن فيه جواز الرجوع علىٰ الآذن) **المستمسك ١٣ : ٢١٥.**

والنتيجة : أنه علىٰ أقل تقدير لا علم للمضمون عنه باشتغال ذمّته للضامن ، والضامن إن كان قد رضي بالأداء بعد الأداء القهري والجبري فيكون الأداء صحيحاً ، وإن لم يكن له مثبت للإذن في الأداء يذهب ماله ولا يمكن له أخذه من المضمون له ، وإن لم يرض بالأداء القهري والجبري يصح له الرجوع علىٰ المضمون عنه والاقتصاص من مال المضمون له الذي في ذمّة المضمون عنه مع إجازة الحاكم الشرعي ، واعتبار إذن الحاكم الشرعي في المقاصة في المقام لخصوصية للمقام يأتي بيانها ، لا لاعتبارها في المقاصة .

ومن هنا يظهر أن ما ذكره السيد السبزواريﷺ **معلقاً علىٰ قول الماتن** (جاز له الرجوع عليه) **بما نصه** : «**حق هذا الفرع أن يعنون هكذا** : لو أنكر الضامن [أي أنكر الضامن الضمان] واعترف بالإذن في الأداء بلا ضمان ، وصدقه المضمون عنه في ذلك مع اعترافه بأصل الدين واستوفىٰ المضمون له الحق من الضامن بالبيّنة ، يجوز للضامن الرجوع إلىٰ المضمون عنه ، **ودليل صحة الرجوع حينئذٍ** واضح لفرض أن المضمون عنه استوفى مال الضامن بسبب إذنه في الأداء ، ولا ريب في أن الإذن في الأداء استيفاء لمال الغير عرفاً وشرعاً ، ولا يحتاج الاستيفاء ﴾

﴿إلىٰ عقد لازم ووجوب الأداء علىٰ المؤدي ، وقد جرت السيرة علىٰ استيفاء أموال الغير وأعمالهم بمجرد الإذن ثمّ دفع العوض ، ويصير وجود السببية لغو لثبوت الحق بتوافقهما علىٰ الإذن والأداء . نعم لو أنكر المضمون عنه الأداء تصير البيّنة حجة عليه» **مهذب الأحكام ٢٠ : ٢٩٦** .

غير صحيح من عدة جهات :

أوّلاً : لأن الإذن في الأداء لا يجعل المأخوذ منه جبراً وقهراً وبدون اختيار أداء صحيحاً ، فالمال باق علىٰ ملك المأخوذ منه قهراً بالبيّنة ، فكيف يكون المضمون عنه قد استوفى مال الضامن بحسب تعبيره﴿ ، والحال إن الدين باق علىٰ ما هو عليه ، كما هو يقوله﴿ في الفرع الأوّل من هذه المسألة فراجع .

وثانياً : أن الماتن﴿ فرض أن المدين قد أذن بالضمان ، والمأخوذ منه المال بالبيّنة يدعي الإذن في الأداء ، ولذا يقول الماتن﴿ «إذ لا منافاة بين انكار الضمان [أي من المأخوذ منه المال بالبيّنة] وادعاء الإذن في الأداء ، فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنّه يقول ذلك للإذن في الأداء ، والمضمون عنه يقول إنّه للإذن في الضمان» **فكيف يكون المضمون عنه قد صدقه في دعواه انكار الضمان والاعتراف بالإذن في الأداء** .

وثالثاً : علىٰ الفرض الذي فرضه السيد السبزواري﴿ لا يأتي حينئذٍ قول الماتن : الذي هو «فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنّه يقول : إن ذلك للإذن في الأداء ، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان ، فهو كما لو ادعي علىٰ شخص أنّه يطلب منه عشر قرانات قرضاً ، والمدعي ينكر القرض ، ويقول إنّه يطلبه من باب ثمن المبيع ، فأصل الطلب معلوم» .

ورابعاً : أن دعواه أن «دليل صحة الرجوع حينئذ واضح لفرض أن المضمون عنه استوفىٰ مال الضامن عرفاً وشرعاً» يتنافىٰ مع قوله﴿ فيما بعد في وجه رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه **بما نصه** «أخذاً له باعترافه حيث يعترف الدين ، **والإذن في الضمان تضمن للإذن في الأداء** أيضاً ما لم تكن قرينة علىٰ الخلاف عرفاً» فإن هذا التعليل للرجوع علىٰ المضمون عنه مع منافاته لدعوىٰ استيفاء المضمون عنه لمال الضامن المتقدمة منه ، ينافي اعتراف الضامن بعدم ﴾

ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الاذن فيه ، وثبت عليه ذلك بالبيِّنة ، فكذلك[1]

---

(١) **البحث الثالث في هذه المسألة : وهو أن الماتن**قدس سره **ذكر صورة ثانية لصحة رجوع الذي أُخذ منه المال قهراً علىٰ المدين وأخذ البدل منه ، وهو أنه** أنه إذا فرضنا أن المضمون عنه لا يعترف بالضمان أو بإذنه في الضمان ، ولكن ثبت عليه ذلك بالبيّنة ، وأنّه أذن في الضمان لهذا الشخص الذي هو الضامن فأخذ منه المال قهراً للبيّنة علىٰ ضمانه كما هو المفروض ـ ولا دعوىٰ هنا للإذن في الأداء ـ فهنا لمن أُخذ منه المال قهراً أن يرجع علىٰ المضمون عنه والأخذ منه لكن مقاصة عما أُخذ منه .

وهذا الذي ذكره الماتنقدس سره من الرجوع علىٰ المضمون عنه والأخذ منه مقاصة **لا يرجع إلىٰ أي معنىٰ محصل علىٰ ما تقدم قريباً** ، ولا ندري لعل في العبارة سقطاً أو تشويشاً أو خطأً ، أو شيئاً آخر ، **لأن ثبوت الضمان أو الإذن في الضمان** كما ذكرنا ليس له أي أثر شرعي ، **بل حتىٰ لو اعترف بالضمان أو بالاذن بالضمان** لا أثر شرعي له كما تقدم ، **وإنّما الأثر مترتب مضافاً إلىٰ ذلك علىٰ ١ ـ ثبوت الضمان ، ٢ ـ والأداء خارجاً** ، فما لم يثبت ذلك فمجرد ثبوت الإذن في الضمان أو اعتراف المدين بالضمان لا أثر له في جواز الرجوع علىٰ المضمون عنه ، ولا يكون موجباً لجواز الرجوع عليه أو المقاصة منه ، فالإذن في الضمان أجنبي عن ذلك بالكلية[1] .

﴿ الضمان الذي هو اعتراف منه بعدم الإذن الذي في ضمن الضمان أيضاً ، فكيف لمن يعترف بعدم الضمان وبعدم الإذن الذي في ضمنه لا يؤاخذ بما اعترف به ، في حين أنّه يؤاخذ المضمون عنه باعترافه بالدين واعترافه بالإذن في الضمان في الرجوع عليه بما أخذ من الضامن بالبيّنة .

(١) توضح مما تقدم أن المال الذي يرجع به المأخوذ منه المال انتزاعاً علىٰ المضمون عنه ليس هو بدل مال الضمان حتّىٰ يصح اشكال السيد الأُستاذ**قدس سره** علىٰ الماتن**قدس سره** ، بل هو مال المضمون له الموجود عنه المضمون عنه ، بمقتضىٰ قيام البينة علىٰ الضمان أو علىٰ الإذن بالضمان الذي يثبت أن مال المضمون له موجود عنه المضمون عنه ، فيصح الرجوع عليه مقاصة للمضمون له ، ولكن من مال المضمون له الموجود عند المضمون عنه ، وليس في العبارة سقط ولا تشويش ولا خطأ ولا أي نقص ، ولذا فهم السيد الحكيم**قدس سره** منّها ذلك .

يجوز له الرجوع عليه مقاصّة[١] عما أُخِذَ منه .

نعم ، الصورة التي يصح فيها رجوع الذي أُخذ منه المال قهراً على المدين وأخذ المال منه إنما هي ، فيما لو فرض أن من أُخذ منه المال قهراً معترف بثبوت الدين في ذمّة المضمون عنه كما أنّه معترف بعدم الضمان وإن أذن له في الضمان ، فالنتيجة الآخذ للمال ـ وهو من عبّر عنه مسامحة المضمون له ـ مشغول الذمّة لمن أُخذ منه المال قهراً ، لأنه أخذ المال منه ظلماً ، وليس في الواقع ضمان ، وإن اثبتته البيّنة ، إلّا أنّ المظلوم يعلم بكذبها ، فالمظلوم يطلب الدائن ـ أو فقل مسامحة يطلب المضمون له ـ ذلك المال ، **والمضمون له دائن للمضمون عنه ، أي له مال عنده** لعدم انتقال ما في ذمّته إلى ذمّة الغير ، فيجوز لمن أخذ منه المال أن يرجع إلى الحاكم ويستأذنه ، ويأخذ من مال المضمون له الذي عند المضمون عنه مقاصة ـ فإن المضمون عنه مشغول الذمّة للمضمون له ـ سواء كان المضمون عنه معترفاً بالاذن بالضمان أم لا ، فإن التقاص إنّما يجوز إذا كان الدين ثابتاً ، بلا دخل لاعتراف المضمون عنه بالضمان أو بالإذن بالضمان وعدمه[١] . **والإذن من الحاكم الشرعي** إنما هو لأجل أن الذي في ذمّة المضمون عنه من مال المضمون له كلي ، لذا احتاجت المقاصة هنا إلى إذن الحاكم الشرعي[٢] .

(١) قد عرفت أن في العبارة تشويشاً أو غلطاً ، والمقاصة إنّما هي مع المضمون له غاية الأمر من المال الذي عند المضمون عنه ، لا مع المضمون عنه ، بمعنى الأخذ من مال المضمون عنه[٣] .

---

(١) الاعتراف بالضمان أو الإذن بالضمان يتضمن الاعتراف بالدين ، ومن هذه الجهة كان معتبراً ، لأن صحة الرجوع وأخذ مال المضمون له من المضمون عنه متوقف على اعترافه بالدين أو ثبوت الدين عليه بالبيّنة .

(٢) **وإلّا فالتقاص في نفسه على ما هو الصحيح الآتي لايحتاج إلى إذن من الحاكم الشرعي خلافاً للمحقق في المختصر النافع : ٢٨٤ على ما ذكر ذلك السيد الأستاذ في مباني تكملة المنهاج موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥٥ ، وفي القضاء والشهادات ١ : ١٥٤ .**

(٣) **قال السيد الحكيم** : إذا لم يعترف المضمون عنه بالإذن بالضمان لكن قامت على ذلك

البينة ، فالحكم كما سبق، يجوز رجوع الضامن عليه بما أُخذ منه قهراً لكن بالمقاصة ، لأن المضمون له لمّا كان ظالماً في أخذه للمال جاز للضامن المظلوم أن يستوفي حقه من مال المضمون له الموجود في ذمّة المضمون عنه ، فيأخذه من المضمون عنه بدلاً من ماله المأخوذ منه ظلماً ، فيكون الرجوع علىٰ المضمون عنه ليس لأجل اشتغال ذمّته ـ كما في الفرض السابق ـ بل لاشتغال ذمّة المضمون له بما أخذ بغير استحقاق ، المسوغ لجواز أخذ ماله ـ أي مال المضمون له ـ الذي في ذمّة المضمون عنه ، فالمضمون عنه علىٰ هذا ليس مشغول الذمّة بشيء ولا ضامناً لشيء ، وإنما يرجع عليه ، لأن عنده مال المضمون له ، فالخسارة تكون علىٰ المضمون له لا المضمون عنه» **المستمسك ١٣ : ٢١٥ طبعة بيروت** ، وهذا هو منه شرحاً لكلام الماتن .

وعلىٰ كل حال ، لو فرض أنّه هنا يجوز للضامن الرجوع إلىٰ المضمون عنه ، والأخذ من مال المضمون له الذي هو الدين الذي عند المضمون عنه ، مقاصة بإذن الحاكم الشرعي ، فهنا يقول السيد الحكيم: **فلماذا** لا يصح الرجوع علىٰ المضمون عنه في البحث الثاني المتقدم والأخذ من مال المضمون له الذي تشتغل به ذمّة المضمون عنه ، لأن المضمون عنه معترف بالدين في البحث الثاني ، والذي أخذ منه المال بالبينة يعترف بأنّه أُخذ منه المال ظلماً . فإذا كان يجوز هنا في البحث الثالث الرجوع علىٰ المضمون عنه والأخذ من مال المضمون له الذي عنده باجازة الحاكم الشرعي مقاصة ، فلماذا لم يكن ذلك جائزاً في البحث الثاني . **قال ما نصه** : «ويشكل هذا أوّلاً : بأنه لم يظهر الفرق بين هذه الصورة [أي البحث الثالث الذي يقول الماتن فيه بصحة المقاصة] وما قبلها [أي البحث الثاني] ولأجل أي شيء لا تصح المقاصة فيما قبلها كما صحت هنا؟ ولأي جهة لم يصح الرجوع علىٰ المضمون عنه في هذه الصورة للعلم باشتغال ذمّته لأحد السببين كما صح الرجوع عليه لذلك فيما قبلها؟ وثانياً : بأنه لم تثبت المقاصة في الذمّة ، وإنما ثبتت بما في الخارج ، فالعين الخارجية المملوكة للظالم يجوز للمظلوم أخذها ، أما دين الظالم الذي له علىٰ الناس فلم يثبت **جواز أخذه مقاصة بحيث** يكون للمظلوم ولاية علىٰ تعيينه وتشخصه في الخارج ، لقصور أدلتها عن العموم لذلك ، فراجعها في

﴿ المكاسب المحرمة في أوائل كتاب التجارة من الوسائل» **المستمسك ١٣ : ٢١٥ (طبعة بيروت)**.

وبلا إشكال ولا كلام قد يقال : لا جواب للماتن على الإشكال الأوّل الذي أشكله السيد الحكيم عليه ، لأنه إذا كان يصح رجوع الضامن على المضمون عنه في البحث الثاني ، **لأنه** يعلم أنّه مشغول الذمّة لأحد سببين ، وأن لم يعلم أنه أيهما ففي البحث الثالث كذلك ، فإنه أيضاً يعلم باشتغال ذمّته أي المضمون عنه لأحد سببين ، وإن لم يعلم أنّه أيهما ، فما المانع هنا في البحث الثالث من الرجوع على المضمون عنه .

ولكن يمكن أن يقال إنّ للماتن الجواب : وهو أن في البحث الثاني المضمون عنه يعترف بالدين ويعترف بالإذن في الضمان ،فيمكن أن يكون عالماً باشتغال ذمّته ولو بضم مقدمة خاطئة وهي أن الإذن في الضمان بمفرده يقتضي الضمان ، بينما في البحث الثالث لا يعترف بالدين ولا يعترف بالإذن في الضمان ويرى كذب البينة ، فكيف يكون عالماً باشتغال ذمّته إلى الضامن لأحد سببين في البحث الثالث ، فلا يلازم العلم بالاشتغال ـ لو تحقق العلم به كما يدعيه الماتن ـ في البحث الثاني العلم بالاشتغال في البحث الثالث ، **لأن** المضمون عنه في البحث الثالث منكر للدين ومنكر للإذن بالضمان ، وإنما ثبت عليه بالبينة وهو يعلم أن البيّنة كاذبة ، فكيف يكون عالماً باشتغال ذمّته لأحد سببين؟! فلا شك يعلم بعدم اشتغالها ، وبهذا يفترق البحث الثاني عن البحث الثالث في الحكم .

نعم ، لو صحت المقاصة في البحث الثالث ، فلا فرق بينه وبين البحث الثاني في جريانها ، بل جريانها في البحث الثاني أولى من جريانها في الثالث ، لأن المضمون عنه في البحث الثاني معترف بالدين ومعترف بالإذن في الضمان ، وإن كان منكراً للإذن في الأداء ، بينما في البحث الثالث المضمون عنه منكر للدين ومنكر للإ ذن في الضمان والأداء معاً ، غاية الأمر الضامن يعلم بالدين ، فصح له مقاصة المضمون له من المال الذي له في ذمّة المضمون عنه ، وفي البحث الثاني يكفي مقاصة المظلوم من مال المضمون له الذي في ذمّة المضمون عنه ، وإن لم يكن عالماً بالدين ، لأنه يكفي اعتراف المضمون عنه بالدين في صحة المقاصة المذكورة ، ولذا

ذكرنا نحن في البحث الثاني أن الضامن إذا لم يرض بالأداء بعد الأداء الجبري فله مقاصة المضمون له من ماله الذي في ذمّة المضمون عنه، ولم نقيده بما إذا كان عالماً بالدين، لأنه يكون اعتراف المضمون عنه به في صحة المقاصة المزبورة.

وأما ما ذكره السيد السبزواريﷺ في الجواب عن إشكال السيد الحكيمﷺ بأنه لماذا لم تجر المقاصة في البحث الثاني المتقدم وهو **ما نصه**: «وأما اختصاصها [أي المقاصة] بهذا الفرض [أي في البحث الثالث] فلأنه في الفرض السابق [وهو البحث الثاني] اعترف المضمون عنه بالدين والإذن في الضمان، فيؤخذ باعترافه، ومع هذا الاعتراف لا يبقىٰ موضوع للمقاصة، لأن موضوعها الجحود والمماطلة، وهو غير جاحد ولا مماطل، فلا موضوع لها حينئذٍ في الفرع السابق [أي في البحث الثاني] بخلاف المقام [أي في البحث الثالث]» **مهذب الأحكام ٢٠: ٢٩٨**.

ففيه: ما عرفت وقاله هوﷺ من أن المقاصة إنما هي من مال المضمون له غاية الأمر من المال الذي له في ذمّة المضمون عنه، وفي البحث الثالث المضمون عنه ينكر الدين وينكر الإذن في الضمان والإذن في الأداء، لكن بما أن الضامن يعلم بالدين كما هو الذي فرض في موضوع المقاصة جاز للضامن المقاصة من مال المضمون له الذي في ذمّة المضمون عنه. وأما في البحث الثاني فحتىٰ لو فرض أن الضامن لا علم له بالدين ولم يرض بالأداء الإجباري فهو مظلوم قد ظلمه المضمون له، فيجوز له المقاصة من المضمون له من المال الذي يعترف المضمون عنه أنّه دين عنده من المضمون له، فهنا ـ أي في البحث الثاني ـ المقاصة تكون أولىٰ من المقاصة في البحث الثالث، لا أنه لا موضوع لها.

وأما الإشكال الثاني علىٰ الماتن فالجواب عنه أن الماتن لا يعتبر في المقاصة الإذن من الحاكم الشرعي، **فإنه ذكر** في المسألة ٣٦من مبحث القضاء (العروة الوثقىٰ مع تعلقات عدة من الفقهاء العظام ٦: ٧٢٧، **أن إذن الحاكم الشرعي** غير معتبر لا في التقاص في الماليات ولا في التقاص في غيرها، لأن التقاص أجازه الشارع، ومع إجازة الشارع له بمقتضىٰ الأدلة أي حاجة إلىٰ إذن الحاكم الشرعي، وهذا هو الذي ذهب إليه السيد الأُستاذ السيد الخوئيﷺ في بحث

وهل يجوز للشاهدين علىٰ الاذن في الضمان حينئذٍ أن يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن في الضمان ، أو كونه الإذن في الأداء ؟ الظاهر ذلك[1] وإن كان لا يخلو عن

---

(١) **البحث الرابع في هذه المسألة** : أنّه في الفرض المزبور وهو ما إذا أنكر المدين الأذن في الضمان[1] ، وكان هنا شاهدان علىٰ الإذن في الضمان ، فهل يجوز لهما أن يشهدا بالإذن من غير تقييد بكون متعلقه الضمان أو الأداء ، أو لابدّ من التقييد في متعلقه وأنّه هو الضمان أو الأداء .

ذكر الماتنﷺ أن الظاهر هو الجواز[2] وأنّه لا مانع من الشهادة من دون تقييد في متعلقها **علىٰ**

التقاص من كتاب القضاء ـ القضاء والشهادات ١ : ١٥٤ ، موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥٥ ـ . إلّا أن في المقام بما أن التقاص مع المضمون عنه لا من ماله ـ ولو كان من ماله ـ فلا شك في عدم اعتبار إذن الحاكم الشرعي ، وإنما هو من مال المضمون له الذي في ذمّة المضمون عنه ، ولا إشكال ولا ريب في عدم ولاية المظلوم علىٰ المضمون عنه ، **ولذا يقول السيد الحكيم** (وأما دين الظالم الذي له علىٰ الناس فلم يثبت جواز **أخذه مقاصة بحيث يكون للمظلوم ولاية علىٰ تعيينه وتشخيصه في الخارج ، لقصور أدلتها عن العموم لذلك** ، فراجعها في المكاسب المحرمة . . .) . **ولحل ذلك ودفع إشكال عدم ولاية المظلوم علىٰ المضمون عنه في تعيين مال المضمون له اعتبر السيد الأُستاذ السيد الخوئي**ﷺ إجازة الحاكم هنا لدفع ذلك ، فإذا أجاز الحاكم الشرعي ذلك ارتفع المحذور ، ولا شك في شمول أدلة المقاصة لمال المضمون له ، لكن ولاية تعيينه ليست بيد المظلوم ، ويحل ذلك بإجازة الحاكم الشرعي التي لا تعتبر اجازته إلّا في مثل المقام لدفع محذور عدم ولاية المظلوم علىٰ تعيين مال الظالم . فالإشكال الثاني للسيد الحكيمﷺ علىٰ الماتن ليس بوارد .

وقول السيد الأُستاذ : والإذن من الحاكم إنما هو لأجل أن الذي في ذمّة المضمون عنه من مال المضمون له كلي لذا احتاجت المقاصة هنا إلىٰ إذن الحاكم الشرعي ، لعله هو تعريض بكلام السيد الحكيم ، هذا .

(١) أي وادعىٰ المنكر للضمان والذي أُخذ منه المال قهر للبيّنة علىٰ الضمان ادعىٰ الإذن في الأداء .

(٢) **وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر**ﷺ حيث قال : «والظاهر أنّه يسوغ للبيّنة الشهادة بالإذن من دون

إشكال ، نظير ما إذا كان أحد مديناً لآخر والدائن يدعي أنه يطلبه قرضاً ، ولكن لا بينة له علىٰ ذلك ، وإنما له بيّنة علىٰ الدين من باب ثمن المبيع لا من باب القرض ، **فكما يجوز لها الشهادة** بكونه مديناً لزيد بلا ذكر أن سبب الدين أي شيء هو هل هو القرض أو الشراء ، **كذلك يجوز للبينة في المقام أن تشهد** من دون تقييد في متعلقها ، وأنه هل هو الأداء أو الضمان ، **ولكن علىٰ إشكال** .

ولكن الظاهر الفرق بين الموردين ، وعدم جواز الشهادة في المقام من دون ذكر المتعلق ، والوجه في ذلك أن في باب الدين ، الدين ثابت علىٰ كل حال ، سواء كان من جهة القرض **أم كان من جهة الشراء ، فذمّة** زيد مشغولة لعمرو بهذا المقدار ، ولا أثر للخصوصية وأنها شراء أو قرض ، كما أنه لا أثر لسائر الخصوصيات من زمان أو مكان ، فيجوز لهما الشهادة بالدين من دون ذكر سبب ذلك أو أي خصوصية من الخصوصيات ، إذ لا خصوصية لذكر السبب أو اي خصوصية أُخرىٰ ، فلذا هنا لا إشكال في الجواز بلا ذكر المتعلق . وما قاله الماتن علىٰ إشكال هنا[1] غير صحيح ، **وهذا بخلاف المقام ، فإنّه قد تقدم أن الأذن في الضمان لا أثر له** إلّا مع تحقق الضمان والأداء خارجاً ، فلو لم يضمن وإن كان قد أدىٰ الدين ، ليس له الرجوع علىٰ الآذن ، لأن الإذن في الضمان ما لم يضمن ويؤدِ خارجاً لا أثر له ، **وهذا بخلاف الإذن في الأداء** فإنه لا يحتاج إلىٰ أي شيء غير الأداء ، فإذا أدىٰ له أن يرجع إلىٰ الآمر والآذن في الأداء ، **وعليه**[2] **فليس للشاهدين علىٰ الاذن في الضمان الشهادة بالاذن المطلق** ، بل لابدّ من التقييد بكون الإذن كان في الضمان أو في الأداء لاختلاف أثر كل منهما عن الآخر[3] .

﴿ تعيين الضمان الذي أنكره [أي أنكر الضامن] حتّىٰ لو طالب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم» **الجواهر ٢٦ : ١٥٦** .

(١) أي في آخر عبارة هذه المسالة وهو قوله «علىٰ إشكال» .

(٢) أي مع الاختلاف في الأثر الذي يكون للشهادة علىٰ الإذن مع الأثر الذي يكون للشهادة علىٰ الضمان .

(٣) **قال السيد الحكيم**ﷺ معلقاً علىٰ قول الماتنﷺ : (الظاهر ذلك) **ما نصه** : «لا يخفىٰ أنّه لمّا ﴾

اشكال[١] ، وكذا في نظائره[٢] ، كما إذا ادّعىٰ شخص علىٰ آخر أنّه يطلب قرضاً وبيّنته تشهد بأنّه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض ، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنّه للقرض أو لثمن المبيع علىٰ اشكال[٣] .

---

(١) الاشكال في محلّه علىٰ ما عرفت في التعليقة السابقة .

(٢) قد عرفت أن ما ذكره ليس من نظائره ، وذلك لأن الدين في المثال المذكور في المتن ثابت علىٰ أي حال . سواء كان من جهة القرض أم من جهة البيع ، ولا أثر لخصوصية كونه بيعاً أو قرضاً . فللشاهدين الشهادة علىٰ أصل الطلب من دون بيان أنّه للقرض أو لثمن المبيع من دون أي شكال . **وبهذا يفترق عن الإذن في الضمان أو الاذن في الأداء** ، فليس هو نظيراً لما تقدم .

(٣) لا إشكال في ذلك في النظير كما عرفت[١] .

كان الإذن بالشيء في نفسه ليس موضوعاً لأثر شرعي ، وإنما موضوع الأثر الشرعي الإذن المتعلقة بشيء بعينه من ضمان أو أداء أو نحوهما ، فإذا شهد الشاهد بالإذن نفسه من دون ذكر المتعلق لم تسمع هذه الشهادة لعدم الأثر . وهذا بخلاف الدين فإنه بنفسه موضوع للأثر الشرعي وإن لم يذكر السبب المقتضي له من بيع أو قرض أو غيرهما ، فالفرق بين الأمرين ظاهر . ولا يجوز مقايسة أحدهما علىٰ الآخر» **المستمسك ١٣ : ٢١٦ طبعة بيروت .**

(١) **وعدنا التعرض ولو علىٰ نحو الاختصار إلىٰ أدلة المقاصة ، وهي** أي المقاصة إنما تكون فيما إذا كان الآخر ممتنعاً عن أداء مال الغير وكان امتناعه عن ظلم وعدوان ـ لا عن حق ـ سواء أكان معترفاً به أم جاحداً له ، فتجوز حينئذٍ المقاصة من أمواله بمقدار ما أُخذ منه لا أكثر ، لأذن صاحب الشريعة في ذلك ، وهل ذلك بإذن الحاكم الشرعي أو لا يحتاج إلىٰ إذنه بحث يأتي .

والدليل علىٰ المقاصة عدة روايات معتبرة :

الأُولىٰ : صحيحة داود بن زربي قال : «قلت لأبي الحسن موسىٰ عليه السلام : إنّي أعامل قوماً وربما أرسلوا إلي فأخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بها مني ، ثمّ يدور لهم مال عندي فآخذ بقدر ما أخذوا مني؟ فقال : خذ منهم بقدر ما أخذوا منك ولا تزد عليه» الوسائل ج ١٧ : ٢٧٢ باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ملحق ح ١ ، التهذيب ٦ : ٩٧٨/٣٤٧ ، وبنحو تغيير في المتن في التهذيب

﴿٦ : ٩٣٩/٣٣٨ **عن داود بن رزين** ، وكذا في الفقيه ٣ : ٤٨٩/١١٥ ، فإن في التهذيب : «إنّي أُخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها ، أو الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ، ثمّ يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزد عليه» الوسائل ج ١٧ : ٢٧٢ باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١ . وكذا ما في الفقيه ، إلّا أنّ فيه : إنّي أعامل قوماً ، الفقيه ٣ : ٤٨٩/١١٥ .

والصحيح داود بن زربي ، فإن الموجود في الطبعة القديمة من التهذيب وفي نسخة أُخرىٰ أيضاً منه مضافاً إلىٰ المورد الثاني من التهذيب **(داود بن زربي)** . **وأما داود بن رزين** فلا وجود له . وقد تكرر ذلك في عدة روايات حرّف داود بن زربي إلىٰ داود بن رزين ، راجع ترجمة داود بن رزين في معجم رجال الحديث ٨ : ١٠٤ ـ ١٠٥ طبعة طهران تحت رقم ٤٣٩٤ ، وفي طبعة بيروت تحت رقم ٤٣٨٥ ، وفي طبعة النجف . ٤٣٨٦ ومن ذلك يظهر لك ما في تعبير الشيخ صاحب الجواهر والسيد في العروة من قولهما : وصحيحتي داود بن رزين وابن زربي . **الجواهر ٤٠ : ٥٦٥ ، العروة الوثقىٰ ٦ : ٧١٥** .

الثانية : صحيحة أبي العباس البقباق : «أنّ شهاباً مارأه [أي جادله ونازعه] في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم ، قال أبو العباس : فقلت له : خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبىٰ شهاب ، قال : فدخل شهاب علىٰ أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك ، فقال : أمّا أنا فأحب أن تأخذ وتحلف» الوسائل ج ١٧ : ٢٧٢ باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ .

الثالثة : صحيحة أبي بكر الحضرمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال «قلت له : رجل كان له علىٰ رجل مال فجحده أيّاه وذهب به ، ثمّ صار بعد ذلك للرجل الذي ذهب بماله مال قبله ، أفيأخذه مكان ماله الذي ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال : نعم ، ولكن لهذا كلام يقول : اللهم إنّي آخذ هذا المال مكان مالي الذي أخذه مني ، وإنّي لم آخذ الذي أخذته خيانة ولا ظلماً» الوسائل ج ١٧ : ٢٧٤ باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٥ . وقوله اللهم . . . إلخ مستحب ، وإن أطنب العاملي في مفتاح الكرامة بدعوىٰ الوجوب الذي يمكن تحصيل الإجماع علىٰ خلافه كما في الجواهر .

﴿ **وأما صحيحة معاوية بن عمار** ـ الدالة على عدم جواز المقاصة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال «قلت له : الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ، ثمّ يستودعني مالاً ألي أن آخذ ما لي عنده؟ قال : لا ، هذه الخيانة» الوسائل ج ١٧ : ٢٧٥ باب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١١ .

فلابدّ من حملها على الكراهة لصحيحة البقباق ، ومع فرض تحقق المعارضة ـ الغير المحقق جزماً ـ وعدم امكان الحمل على الكراهة ـ الذي هو الصحيح كما سيأتي لما ورد في أهمية الوديعة ـ فمع تساقطهما فالمرجع اطلاقات ما دل على جواز المقاصة التي منها العمومات الآتية .

ويدل على جواز المقاصة أيضاً قوله تعالى : ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾ البقرة ٢ : ١٩٤ ، وقوله تعالى : ﴿**وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ**﴾ البقرة ٢ : ١٩٤ ، وقوله تعالى : ﴿**فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ**﴾ النحل ١٦ : ١٢٦ ، كل ذلك مؤيداً بعدة روايات غير نقية السند دالة على المقاصة المذكورة . **والحكم ليس محلاً للخلاف والاشكال** ، من دون فرق بين الدين وغيره ، لأن الروايات دالة على كل منهما ، فإن **صحيحة داود** ورادة في المال الشخصي وهو الجارية ، **وصحيحة أبي بكر** واردة في الدين .

وكذا لا فرق في التقاص بين التقاص من نفس الجنس الذي أُخذ منه أو من غيره ، فإن **صحيحة داود** تقول أخذوا منه جارية وهو أخذ مالاً لهم وقع في يده ، والمال معناه درهماً أو ديناراً .

وأما اعتبار إذن الحاكم الشرعي في المقاصة فالصحيح عدم اعتباره ، وإن ذهب المحقق في المختصر النافع : ٢٨٤ إلى اعتبار إذنه بدعوى أن الكلي لا يتعين إلّا بإذن المالك ، وبما أن المالك ممتنع فالحاكم الشرعي ولي الممتنع .

وجوابه واضح ، فإن المقاصة قد أجازها صاحب الشريعة بمقتضى الروايات المتقدمة ومقتضى الاطلاق فيها أنه لا حاجة إلى إذن الحاكم الشرعي بعد إذن الإمام عليه السلام فيها إلّا المقاصة في المقام وهو البحث الثالث في المسألة ٤ [٣٦١٣] فإنه اعتبر إذن الحاكم لخصوصية فيها .

وذهب بعض إلى أن جواز المقاصة إنما هو فيما إذا لم يمكن اثبات الحق بالترافع عند ﴾

[٣٦١٤] «مسألة ٥» : إذا ادّعىٰ الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه[1] إذا لم يصدقه في ذلك ، وإن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه .

---

(١) إذا إدعىٰ الضامن أنه وفّىٰ الدين وأنكر المضمون له ذلك ، وقال : إنه بعدُ لم يوّفِ الدين ، ولا تزال ذمّة الضامن به مشغولة ، وفرضنا أنه انتهىٰ الأمر إلىٰ الحلف كما لو لم يكن للضامن بيّنة علىٰ الأداء ، فطلب الحلف من المضمون له ، فحلف المضمون له علىٰ عدم الأداء فثبت عدم الأداء بالحلف ، فهل للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه ومطالبته ببدل ذلك ـ أي ببدل ما ادّعىٰ بزعمه

﴿ **القاضي** ، وأما مع إمكان ذلك فلا يصح التقاص الذي هو التصرف في مال الغير بغير إذنه ، فإنه محتاج إلىٰ دليل ، والمتيقن منه ما إذا لم يمكن تحصيل ماله بالترافع فيقتصر عليه .

وجوابه واضح ، وهو أن الأخذ بالقدر المتيقن إنما يصار إليه لو لم يكن اطلاق ، وقد عرفت الاطلاق ، فوجود القدر المتيقن وعدمه سواء ، فإنه لا يوجد في العالم مطلق إلّا وله قدر متيقن ، فوجوده لا يمنع من الأخذ بالاطلاق .

فالصحيح جواز المقاصة ، وإن كان يمكن أخذ المال من الممتنع بالترافع إلىٰ الحاكم الشرعي .

ثمّ إن المقاصة جائزة حتىٰ من الوديعة الذي ذهب بعضهم إلىٰ عدم جواز المقاصة منها إلّا أنّ المشهور والمعروف بينهم جوازها من الوديعة علىٰ كراهة ، لما ورد في عدة روايات من الاهتمام بالوديعة ، وأنه لابدّ من ردها إلىٰ أهلها حتىٰ لو كانت من آل مروان أو من بني العباس أو من قاتلي أبناء الأئمّة أو من قاتلي أولاد الأنبياء ، أو ولو إلىٰ قاتل الإمام الحسين عليه السلام أو ولو إلىٰ قاتل الإمام علي عليه السلام ، كما ورد في باب الوديعة كل ذلك ، الوسائل ج ١٩ : ٦٧ كتاب الوديعة باب ١ ، ٢ ، ٤ ، ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١٣ ، ١٤ .

وأما دعوىٰ عدم جواز المقاصة لعدم جواز التصرف في مال الغير في غير المقدار المتيقن .

فيردها أن أدلة المقاصة ناظرة إلىٰ تجويز التصرف فيما لا يجوز التصرف فيه في نفسه ، فهي حاكمة علىٰ أدلة عدم جواز التصرف في مال الغير ، فيشمل ذلك ما إذا أمكن الرجوع إلىٰ القضاء وأخذ الحق أو كان المال مال وديعة ، غاية الأمر يكون التقاص من مال الوديعة مكروهاً لروايات الوديعة الدالة علىٰ الاهتمام بها ، لا عدم جواز الاقتصاص من الوديعة .

وتقبل شهادته له بالأداء[١] إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها مما يمنع من قبول

الأداء ـ باعتبار أن الضامن يدعي الأداء[١] ، أو ليس له أن يرجع إلىٰ المضمون عنه بذلك ؟

ذكر الماتنﷺ أنه ليس للضامن الرجوع علىٰ المضمون عنه لأن رجوعه إليه متوقف علىٰ تحقق الأداء خارجاً ، **وهو لا أنّه لم يثبت فقط ، بل ثبت عدمه** . فإذا لم يكن مؤدياً لما في ذمّته من المال بحسب ضمانه فكيف يمكن أن يرجع إلىٰ المضمون عنه مع أنّه ثبت عدم أدائه ، هذا إذا لم يصدق المضمون عنه الضامن بالأداء[٢] .

نعم ، لو فرضنا أن المضمون عنه صدقه في أدائه ويشهد له بالأداء ، فهو مأخوذ باعترافه ، فللضامن أن يرجع إليه ويأخذه باعترافه ويطالبه ببدل ذلك إذا كان الضمان إذنياً[٣] ، وإن لم يثبت الأداء بل ثبت عدمه ، فإن هذا لا ينافي صحة إقرار المضمون عنه حيث اعترف بالأداء ، فإنه اعتراف منه بأن للضامن حق الرجوع عليه ، لأن المضمون عنه مأخوذ باعترافه ، فللضامن أن يرجع إليه ، **وللمضمون له الرجوع إلىٰ الضامن** باعتبار أنّه ضمن ولم يثبت الأداء[٤] .

(١) **ثمّ انتقل الماتن**ﷺ **إلىٰ أمر آخر** وهو أنّه **هل تقبل شهادة المضمون عنه** بالنسبة إلىٰ دعوىٰ الضامن الأداء إذا كانت منضمة إلىٰ شهادة عدل آخر فيحكم بثبوت الأداء ، أو أنه لا تقبل شهادة المضمون عنه في ذلك ، وإنما أثر هذه الشهادة إنما هو بالنسبة إلىٰ نفسه حيث إنه معترف بجواز رجوع الضامن عليه .

---

(١) وقبل أن يؤدي ثانياً .

(٢) قيل : إذا فرضنا الضامن أميناً للمضمون عنه ـ كما سيأتي في المسألة السادسة ـ فكيف يسع له عدم تصديقه وإن ثبت عدم ادائه بالنسبة إلىٰ المضمون له بعد حلفه» .

وفيه : التصديق والحجية لقول الأمين إنما هي حال عدم العلم بصحة قوله أو عدم صحته ، وأما مع العلم بعدم صحته فلا شك في عدم حجية قول الأمين ، وهنا المضمون عنه يعلم بعدم صحة قول الضامن بأنه أدّىٰ ، فأي معنىٰ للقول بأنّه كيف يسع المضمون عنه عدم تصديق الضامن في دعواه الأداء ؟ ! .

(٣) وقبل أن يؤدي ثانياً أيضاً .

(٤) فيجب علىٰ الضامن أن يؤدي ثانياً .

شهادته[1] .

ذكر الماتنﷺ أنه لا مانع من قبول شهادته إذا كان واجداً لشرائط الشهادة[1] من البلوغ والعقل وطهارة المولد وعدم كونه سائلاً بالكف إلىٰ غير ذلك من الشروط وكان منضماً إلىٰ عدل آخر كذلك ، فيحكم بثبوت الأداء لأجل قيام البينة علىٰ ذلك .

(١) **واستثنىٰ الماتن**ﷺ **من ذلك** ما إذا كان شهادة المضمون عنه للضامن مورداً للتهمة ، أو فاقداً لشيء من الشرائط المعتبرة في الشهادة .

ومن الواضح اشتراط شرائط الشهادة ، **وإنما الكلام في اشتراط عدم التهمة وما المراد منه** ، فإنه اعتبر جملة من الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) ومنهم المحقق في الشرائع[2] من شرائط الشهادة عدم التهمة ، وهذه الكلمة واردة في جملة من الروايات بعضها معتبر[3] وأن شهادة المتهم غير

---

(١) وفاقاً للمحقق في الشرائع ٢ : ١٣١ حيث قال : «فإن شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته مع عدم التهمة» .

وللشيخ صاحب الجواهر حيث عقب علىٰ كلام المحقق **بما نصه** : «وإن كان الضمان بالإذن لأنّه حينئذٍ شهادة علىٰ نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة علىٰ غيره . نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمة» **الجواهر ٢٦ : ١٥٧** .

وللعلّامة في القواعد والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٥٠ والشهيد في المسالك ٤ : ٢٠٩ وغيرهم .

(٢) شرائع الإسلام ٢ : ١٢٨ .

(٣) **كما في معتبرة سماعة ، قال** : «سألته عمّا يردّ من الشهود ؟ قال : المريب ، والخصم ، والشريك ، ودافع مغرم ، والأجير ، والعبد ، والتابع ، والمتّهم ، كلّ هؤلاء تردّ شهادتهم» الوسائل ج ٢٧ : ٣٧٨ باب ٣٢ من أبواب الشهادات ح ٣ .

وكذا صحيحة عبدالله بن سنان قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما يردّ من الشهود ؟ قال فقال : الظنين والمتهم» الوسائل ج ٢٧ : ٣٧٣ باب ٣٠ من أبواب الشهادات ح ١ .

وكذا صحيحة عبيدالله بن علي الحلبي قال : «سئل أبو عبدالله عليه السلام عمّا يردّ من الشهود ؟ فقال : الظنين والمتهم والخصم» ، الوسائل ج ٢٧ : ٣٧٤ باب ٣٠ من أبواب الشهادات ح ٥ .

مقبولة.

والصحيح أنه لا يعتبر كونه غير منهم بعد كونه عادلاً كما هو المفروض، وإن كانت كلمة «التهمة» واردة في جملة من الروايات ـ المعتبرة ـ مفادها أن شهادة المتهم لا تقبل، إلّا أن الكلام فيما هو المراد من هذه اللفظة[1].

نعم، لا شك أنّ المعتبر في باب الشهادة أن لا يكون الشاهد بدوره خصماً وطرفاً في

---

(١) **تعرض السيد الأُستاذ** دام ظله **لمعنىٰ هذه اللفظة أيضاً في كتاب القضاء والشهادات ١: ٢٧٤، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٤١: ١١٣. قال السيد الأُستاذ** دام ظله **في موسوعته**: «الظاهر أنّ المراد من المتّهم في هذه الروايات من لم تثبت عدالته وكانت شهادته في معرض شهادة الزور، في قبال من كان عفيفاً صائناً ثابت العدالة، فإنّ ذلك هو المتفاهم العرفي من لفظ المتّهم كما يستفاد ذلك من رواية يحيىٰ بن خالد الصيرفي عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: «كتبت إليه في رجل مات وله أُمّ ولد وقد جعل لها سيّدها شيئاً في حياته ثمّ مات، فكتب عليه السلام: لها ما أثابها به سيّدها في حياته معروف لها ذلك، تقبل علىٰ ذلك شهادة الرجل والمرأة والخدم غير المتّهمين» [الوسائل ج ٢٧: ٣٦٤ باب ٢٤ من أبواب كتاب الشهادات ح ٤٧] فإنّه من الظاهر أن المراد من المتّهمين في هذه الرواية هو ما ذكرناه [أي من لم تثبت عدالته].

ولو تنزلنا عن ذلك فلا أقل من الإجمال، فإنّ من المقطوع به أنّه ليس مطلق التهمة لشخص ـ لاحتمال أنّه يريد بشهادته إثبات أمر يرجع نفعه إليه بوجه ـ يوجب ردّ شهادته، كشهادة المرأة لزوجها وبالعكس، وشهادة الولد لأبيه أو أخيه أو سائر أقربائه وبالعكس وشهادة الصديق لصديقه ونحو ذلك» **موسوعة الإمام الخوئي ٤١: ١١٣. وقال نحوه في كتاب القضاء والشهادات ١: ٢٧٤. وذكرنا في كتاب القضاء والشهادات** أن يحيىٰ بن خالد الصيرفي كما في الوسائل غير صحيح، إذ لا وجود ليحيىٰ بن خالد الصيرفي لا في الرجال ولا في الروايات، والصحيح كما في الفقيه ٣: ٩٩/٣٢ ـ الذي روىٰ صاحب الوسائل هذه الرواية عنه ـ الحسين بن خالد الصيرفي، **وهو مجهول لم تثبت وثاقته**، ولذا عدها السيد الأُستاذ دام ظله مؤيدة حسبما دوناه في القضاء والشهادات ١: ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

الدعوىٰ ، والشهادة فيما يرجع إلىٰ نفس الشاهد من أداء حق أو أخذ شيء شهادة علىٰ الخصم في الحقيقة فلا تقبل شهادته ، كشهادة الوصي بأن الميت يطلب زيداً ديناً ، لأنه يرجع إلىٰ شيء الوصي فيه خصم ، لأنه يطالب بالثلث ، فلو فرض في المقام ظهور اعسار الضامن من حين الضمان وعدم علم المضمون له بذلك[1] وبنينا فرضاً[2] ـ كما بنىٰ عليه المشهور ـ علىٰ اعتبار عدم العسر في لزوم الضمان ، وإلّا فيكون الضمان خيارياً ، وادعاء الضامن أنّه وفىٰ المال إلىٰ المضمون له بعد ظهور اعساره ، وشهد بذلك المضمون عنه ، لا تقبل شهادته ، لأن معنىٰ قبول شهادته دفع تسلط المضمون له علىٰ الخيار عن نفسه ، لأن مقتضىٰ ثبوت الخيار ثبوت حق ابطال عقد الضمان ورجوع الدين ثانياً إلىٰ ذمّة المضمون عنه ، فيرجع إلىٰ كون المضمون عنه بدوره خصماً ، فلا تقبل شهادته بأداء المال إلىٰ المضمون له[3] .

---

(١) **ذكر هذا المثال مثالاً للتهمة المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٥٠ ، وصاحب الجواهر ٢٦ : ١٥٧ ، والشهيد في المسالك ٤ : ٢٠٩ .**

وذكر مثالاً آخر للتهمة وهو أن يكون الضامن قد تجدد الحجر عليه لفلس والمضمون عند أحد غرمائة ، فإنه بثبوت الأداء يقل الغرماء فيزداد ما يضرب به المضمون عنه .

(٢) **لأنه لم يبنِ السيد الأُستاذ دام ظله علىٰ أن انكشاف إعسار الضامن حال الضمان يوجب ثبوت الخيار للمضمون عنه إذا كان جاهلاً به حين الضمان ، وقال دام ظله** بعدم قبول الضمان للخيار وأن الضمان ليس كالبيع أو الإجارة وما شابههما ، فإن البيع والإجارة ونحوها إنّما هي من العقود التي يدخلها الخيار ولا مانع منه ، وكذا يدخلها التقايل ، لأن الحق لا يعدوهما ، فلهما جعله ولهما إعماله بالتقايل ، **وأما في العقود الذي يكون الحق فيها يعدو المتعاقدين فلا يدخلها الخيار ولا التقايل** ، لأن معنىٰ ذلك اشتغال ذمّة المضمون عنه ، والحال إنهما ـ أي الضامن والمضمون له ـ لا ولاية لهما عليه ، وقد تقدم ذلك في **المسألة ٤ [٣٥٧١] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٣ ، الواضح ١٦ : ٣٤٢ ، وفي مسألة ٥ [٣٥٧٢] ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٨ ، الواضح الجزء الذي بأيدينا ص ٥ ـ ٦ .**

(٣) **وكذا ذكر من موارد التهمة ما ذكرناه في التعليقة قبل السابقة** ، وهو تجدد الحجر علىٰ

فإن أُريد بالتهمّة ما يقابل الوثوق بدينه وأمانته وكون شهادته في معرض شهادة الزور كما هو الظاهر من روايات التهمة فهو راجع إلىٰ اعتبار العدالة والمفروض تحققها، وإلّا فالشاهد غير ثابت العدالة. **وإن أُريد بها أن لا تكون شهادته في معرض شبهة ككونه صديقاً أو قريباً، فهذا غير معتبر بلاكلام**، فانه يجوز شهادة الأب لابنه وبالعكس، والزوج لزوجته وبالعكس، والصديق لصديقه ونحو ذلك، وإن كان احتمال أن الأبوة أو الزوجية أو الصداقة هي التي دعت إلىٰ الشهادة، فإن هذا الاحتمال لا أثر له. ولفظ «التهمة» في الروايات منصرف كما هو الظاهر إلىٰ ما يقابل الموثوق به، وأن المتهم في دينه اعتقاداً أو عملاً لم يثبت عدالته فلا تقبل شهادته، **فاعتبار أن لا يكون متهماً في قبال سائر الشروط كما اعتبره الماتن** ﷺ[1] **لا وجه له**[2].

الضامن لفلس، والمضمون عنه أحد غرمائه، فإنه بثبوت الأداء بشهادة المضمون عنه يقل الغرماء فتزداد حصة ما يضرب به المضمون عنه من مال المفلس. إلّا أنّ هذه الأمثلة كلها ليست داخلة إلّا فيما ذكره السيد الأستاذ ﷺ وذكروه من اعتبار أن لا يكون الشاهد خصماً في الدعوىٰ وطرفاً فيها.

إذن فما هو المراد بالتهمة ؟ !.

(١) وغيره كالعلّامة في القواعد ٢: ١٦١ و٣: ٣٩٦ طبع مؤسسة النشر الإسلامي، والشيخ صاحب الجواهر ٢٦: ١٥٧، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٣٥، والشهيد في المسالك ٤: ٢٠٩ وغيرهم.

(٢) **أقول**: بالنسبة إلىٰ قول السيد الأستاذ ﷺ (وإلّا فالشاهد غير ثابت العدالة) نقول تكميلاً لعبارته ﷺ: والمعتبر في الشاهد العدالة لا عدم الفسق، وإن كان ظاهر بعض الصحاح هو اعتبار أن لا يكون الشاهداً فاسقاً في صحة الشهادة، كما في **صحيحة محمّد بن قيس** عن أبي جعفر عليه السلام في حديث أنّ علياً عليه السلام قال: «لا أقبل شهادة الفاسق إلّا علىٰ نفسه» الوسائل ج ٢٧: ٣٩٤ باب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٧.

وكما في صحيحة العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام ؟

﴿ قال : لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق» **نفس المصدر المتقدم ح ٦ .**

وكما في صحيحة حريز عن أبي عبدالله عليه السلام «في أربعة شهدوا علىٰ رجل محصن بالزنا ، فعدل منهم اثنان ولم يعدل الآخران ، فقال : إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة زور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأُقيم الحدّ علىٰ الذي شهدوا عليه ، إنما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا وعلموا ، وعلىٰ الوالي أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق» **نفس المصدر المتقدم ح ١٨ .**

فقد يقال لأجل هذه الصحاح : يكتفىٰ بعدم الفسق ، وعليه فتقبل شهادة الشاهد **وإن لم يكن غير ثابت العدالة** ، لأن المانع من الشهادة إنما هو الفسق وهو غير ثابت .

والجواب عن ذلك أن المعتبر في الشاهد العدالة لا عدم الفسق ، للآية المباركة ﴿**إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ**﴾ المائدة ٥ : ١٠٦ المؤيدة باعتبار العدالة في شاهدي الطلاق في قوله تعالىٰ : ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَ أَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ**﴾ الطلاق ٦٥ : ٢ . وكذا الروايات الدالة علىٰ اعتبار العدالة المتواترة إجمالاً ، وجملة منها صحاح **كصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج وصحيحة أبي بصير وصحيحة محمّد بن مسلم وصحيحة عبدالرحمن ابن أبي عبدالله وصحيحة العلاء بن سيابة وصحيحة عمار بن مروان** ، الوسائل ج ٢٧ باب ٢٣ و٤١ و٣٤ من أبواب الشهادات وباب ١٢ من أبواب كيفية الحكم . ولا يمكن الجمع بين ما دل علىٰ اشتراط العدالة في الشاهد وما دلّ علىٰ مانعية فسقه ، لأنهما من الأمرين المتضادين اللذين يكون التقابل بينهما تقابل العدم والملكة ، فإما أن يكون الفسق مانعاً أو العدالة شرطاً ، والفرق بينهما ظاهر وهو أنّه في موارد الشك ـ كما في المقام ـ يتمسك باستصحاب عدم الفسق لأن الفسق أمر حادث ، وأما إذا كانت العدالة شرطاً فلابدّ من احرازها .

والظاهر من الروايات اعتبار أن يكون الشاهد خيّراً ومرضياً وعادلاً ، وأما عدم الاعتناء بشهادة الفاسق فليس لأجل كونه فاسقاً ، بل لفقدانه شرط العدالة ، لأنه إذا كان الفسق مانعاً فيكون اعتبار العدالة لغواً ، لأن العبرة حينئذٍ لا بها بل بعدم الفسق .

﴿ **وبما أنّه لا يمكن الجمع بين الطائفتين** للتضاد فلابدّ من ترجيح الروايات الموافقة للكتاب الكريم، ورفع اليد عما دل علىٰ مانعية الفسق في الشهادة وهي الصحاح الثلاث المتقدمة وطرحها للآية المباركة، والروايات الكثيرة المعروفة والمشهورة والموافقة للكتاب. فلا تقبل شهادة مشكوك العدالة.

نعم، يمكن أن يقال إنّه لا تعتبر العدالة في القاضي المنصوب وقاضي التحكيم، وأن المعتبر فيهما ليس إلّا عدم الفسق، كما هو الذي عدل إليه السيد الأُستاذ السيد الخوئيﷺ حينما درّس القضاء بعد أن كان قد اختار في مباني تكملة المنهاج اعتبار عدالته فيهما، **موسوعة الإمام الخوئي ٤١: ١٤**، حيث قال: إن اعتبار عدالته «من دون خلاف ولا إشكال، لأن الفاسق غير قابل للإمامة ولا تقبل شهادته، فلا يسمح له بالتصدي للقضاء بطريق أولىٰ. علىٰ أن الركون إليه في حكمه ركون إلىٰ الظالم وهو منهي عنه [﴿**وَلَا تَرْكَنُوٓاْ إِلَى ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ فَتَمَسَّكُمُ ٱلنَّارُ**﴾ هود ١١: ١١٣]». إلّا أنّه اختار فيما بعد كفاية عدم الفسق في قاضي التحكيم وفي القاضي المنصوب، فيصح قضاء القاضي مطلقاً إذا كان مشكوك العدالة ما دام لم يثبت فسقه وإن لم تثبت عدالته، **وذكرنا ذلك مفصلاً في القضاء والشهادات**، فقالﷺ: «وأما اعتبار العدالة فيه [أي في قاضي التحكيم] فلم يدل عليه دليل، وعليه فلا مانع من الرجوع إلىٰ مشكوك الحال الذي لم يثبت فسقه وإن لم تثبت عدالته، إذ مع الشك في العدالة يتمسك بالاطلاق أو العموم علىٰ ما تقدم الكلام فيه مفصلاً في بحث الأُصول، وأنّه إذا كان المخصص أمراً وجودياً وشك فيه تمسك بعدمه، فيدخل المشكوك فيه في العموم أو الاطلاق. وقد استدللنا في المباني علىٰ اعتبار العدالة فيه [أي في قاضي التحكيم] بالأولوية من اعتبارها في إمام الجماعة، وفي الشاهدين في باب الترافع، ولكن لابدّ من المناقشة في ذلك لعدم ثبوتها، أما بالنسبة إلىٰ صلاة الجماعة فلأن الصلاة أمر عبادي، والإمام هو القائد أو بمنزلته، يقود الناس إلىٰ الله سبحانه ويوجههم ويحضرهم بين يدي الله، ففي مثل ذلك لابدّ أن يكون الإمام عادلاً، فالتعدي منه إلىٰ قاضي التحكيم الذي يكون فيه الاختيار بيد المترافعين يحتاج إلىٰ دليل. وأما بالنسبة إلىٰ اعتبار العادلة في الشاهدين [في الترافع] فقد دل علىٰ ذلك الكتاب ﴾

[٣٦١٥] «مسألة ٦» : لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفّىٰ ، جاز له الرجوع عليه[١] .

---

(١) **ذكر الماتن**ﷺ : **أنّه لو أمر المديون غيره بأداء دينه ولم يأمره بالضمان ، فأدّىٰ المأمور دين الآمر استحق بلا إشكال الرجوع علىٰ الآمر ببدل ما أدّىٰ .**

وهو الصحيح ، وقد تقدم الكلام فيه مراراً وقلنا **إن السيرة العقلائية الممضاة شرعاً قائمة علىٰ أن من أمر أحداً باتلاف مال** علىٰ نحو مباح ، كما لو خيف علىٰ السفينة من الغرق فأمر غيره

ﷺ الكريم كقوله تعالىٰ : ﴿**وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ [الطلاق ٦٥ : ٢] وكذا الروايات الدالة علىٰ اعتبار العدالة فيهما ، والحكمة في هذا الاعتبار لعلها واضحة ، إذ لو لم تعتبر فيهما لاختل النظام وحصلت المفاسد الكثيرة بشهادة غير المتجاهر بالفسق ، وبذلك تبطل حقوق الناس وأموالهم ولا يمكن التعدي من ذلك إلىٰ قاضي التحكيم الذي يتراضىٰ به المترافعان . إذن فلا تعتبر العدالة فيه (إلىٰ أن قال) ، **وهل تعتبر العدالة في القاضي المنصوب** ، أو أن المعتبر عدم الفسق كما هو كذلك في قاضي التحكيم ، وذلك لمعرفة حكم مشكوك الحال ، فإنه بالنسبة إلىٰ قاضي التحكيم يمكن الرجوع إليه ما لم يثبت فسقه ، لأن التقييد إنما كان بعدم نفوذ حكم الفاسق ، لأنه كون إلىٰ الظالم ، والمشكوك لم يثبت فسقه فالأصل عدمه ، فالمرجع الاطلاق ، فهل الأمر كذلك بالنسبة إلىٰ القاضي المنصوب أو لا ؟

أقول : تقدم أن كل ما يشك في اعتباره في القاضي المنصوب لابدّ من اعتباره ، لأنه هو المتقين ، فإنه ليس هنا دليل يتمسك باطلاقه ، فهل يحتمل اعتبار العدالة فيه كما هو المعروف والمشهور ، أو يكتفىٰ فيه بعدم الفسق ، فينفذ قضاء المشكوك عدالته ولم يحرز فسقه ؟ .

لا يبعد أن يقال إن اعتبار العدالة فيه موجب لاختلال النظام الذي من أجله قلنا بوجوب نصبه ، إذ للمنكر أن يقول إنّه لم تثبت عدالته عندي فتبقىٰ المخاصمة علىٰ حالها ، وهكذا بقية الناس لهم أن لا يرتبوا الأثر علىٰ ذلك باعتبار عدم ثبوت عدالته عندهم ، وبذلك يختل النظام لا محالة . **وجريان أصالة الصحة كما هو صريح كلام السيد اليزدي في قضائه** [العروة الوثقىٰ ج ٦ : ٤١٥] ، وبذلك يرتفع اختلال النظام فيجب قبول قول المدعي عند المنكر وغيره من أفراد المجتمع ، **لا يمكن المساعدة عليه . . .**» إلخ راجع **القضاء والشهادات ١ : ٣٢ ـ ٣٩** .

ولو ادّعىٰ الوفاء وأنكر الآذن قبل قول المأذون ، لأنه أمين[١] من قبله .

بالقاء متاعه في البحر كي لا تزهق النفوس مثلاً[١] ، **أو أمره بعمل محترم** ككنس المسجد أو اعطاء الفقير خبزاً فكنس أو أعطاه ، أو أمر الحمال بحمل المتاع إلىٰ المكان الفلاني فحمله ، **ولم يكن الأمر ظاهراً في المجانية** ولو لقرينة ، **ولم يكن الآتي به متبرعاً ، كان الآمر ضامناً** ، ولم يردع عن هذه السيرة شرعاً . **فإذا أمره بأداء دينه فأداه وبرأت ذمّة الآمر** من الدين كان الآمر مشغول الذمّة بالأداء بالنسبة إلىٰ المؤدي ، **ولكن لابدّ من تقييده كما ذكرنا بأمرين :**

الأوّل : أن لا يكون الأمر ظاهراً في الاستدعاء المجاني ، وإلّا فلو كانت قرينة عليه كما في طلب الفقير ممن عليه زكاة أو خمس أداء دينه ، فإنه يريد بذلك بلا كلام الأداء المجاني من الخمس أو الزكاة[٢] ، وكذا طلب مرجع الحقوق الشرعية أداء دين الفقير ممن عليه خمس أو زكاة ، بل الأمر كذلك بالنسبة إلىٰ الوالد والولد والزوج والزوجة ، كما لو قال الولد لأبيه أدِ ديني ، فإنه ظاهر في الأداء المجاني بعد كون الأب متكفلاً بشؤون ابنه وزوجته ، فكل ما كانت قرينة علىٰ الأداء المجاني فلا يكون الأمر ظاهراً في الضمان لما أداه المأمور ، **وإن لم يقصد المأمور** المجانية وقصد الرجوع علىٰ الآمر ، فإن قصده هذا لا أثر له والآمر لا يضمن .

الثاني : أن لا يكون المؤدي متبرعاً ، وإن لم يكن الأمر ظاهراً في الأداء المجاني ، إلّا أن المأمور في مقام الأداء قصد التبرع بذلك ، وعدم الرجوع علىٰ الآمر ، ففي مثل ذلك أيضاً ليس له الرجوع علىٰ الآمر ، ولا يكون الآمر ضامناً لأن المأمور هو الذي أتلف مال نفسه بقصده التبرع ، وأما لو لم يقصد المأمور المجانية والتبرع ، فلا شك في كون الآمر ضامناً للسيرة الممضاة شرعاً حيث لا ردع[٣] .

(١) ثمّ إذا فرضنا أنّ الآمر أمر بأداء دينه لا مجاناً ولم يقصد المأمور المجانية والتبرع ،

---

(١) أو لتخف السفينة فتسير أسرع مثلاً لغرض عقلائي .

(٢) في الزكاة يجوز أداء دين الفقير منها حتّىٰ لو لم يعلم الفقير وبلا إجازة من أحد ، ولكن في الخمس لابدّ من الاستجازة من الحاكم في احتساب دين الفقير السيد من الخمس .

(٣) **الثالث** : أن يكون العمل المأمور به ذا قيمة لا كقولك ناولني هذا الكتاب .

الرابع : أن يؤدي العمل أو ما أُمر به من قبل الآمر ، فإنّه هو شرط كون الأمر مقتضياً للضمان .

ولو قيّد الأداءبالاشهاد وادّعىٰ الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً[1] .

ولو علم عدم اشهاده ليس له الرجوع[2] .

فأدعىٰ المأمور أنه أداه وأنكر الآمر أو الآذن في الأداء وقال : إنه لم يؤدِ ، **فالقول قول المأمور والمأذون بأنه أدىٰ ، لأنه أمين**[1] **وهو بمنزلة الوكيل** ، ومن كان يرجع إليه العمل فعلاً وتركاً **يكون قوله حجة فيه بالسيرة العقلائية** ، كما هو الحال في سائر الوكلاء ، فإن من كان وكيلاً في بيع أو شراء أو تزويج ، فادعىٰ الوكيل أنه باع أو اشترىٰ أو زوّج يكون قوله مسموعاً ، إلّا أن يثبت خلافه ببيّنة ونحوهما .

(١) **وكذلك الحال فيما إذا كان الأمر متعلقاً بأداء خاص كما إذا أمره** بأداء دينه يوم الجمعة وادعىٰ المأمور أنه أداه يوم الجمعة ، صدّق وسمع قوله ، ولا أثر لإنكار الآمر إلّا أن يثبت قوله ببيّنة أو نحوها . **ومن الأمر مع الخصوصية ما لو قيد الآمر أمره بالأداء بأن يكون الأداء مع الإشهاد ولم يكن الأمر متعلقاً بالأداء علىٰ وجه الإطلاق** ما إذا ادعىٰ المأمور أو المأذون أنّه أداه واشهد عليه ، ولكن الشاهدين غير حاضرين بل غائبان ، أيضاً يصدّق في قوله ، وإلّا فلابدّ للآمر من اثبات خلافه ببيّنة ونحوها ، إذ لا فرق بين أن يكون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيد بقيد خاص وهو الاشهاد مثلاً فكما يقبل قوله في الأداء المطلق يقبل قوله في الأداء المقيد .

(٢) **ثمّ تعرض الماتن**ﷺ **إلىٰ فرع آخر** وهو أنّه إذا كان الأمر بالأداء مقيداً بالاشهاد ولكن علمنا بأن المأمور لم يشهد ، فإن علمنا بعدم أصل أدائه ، فليس له الرجوع علىٰ الآمر كما هو واضح ، لأنّه لم يمتثل[2] الأمر ، ولم يحقق موضوع جواز الرجوع كي يسوغ له الرجوع علىٰ الآمر .

---

(١) **في الجواهر** : «لأنه وكليه وأمينه من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه» **الجواهر ٢٦ : ١٥٦** .

وفي المستمسك تعليقاً علىٰ قول الماتنﷺ (لأنّه أمين من قبله) **ما نصه** : «كما في الجواهر ، والأمين يقبل خبره كما إذا أمر الجارية بتطهير الثوب فأخبرت بذلك ، فإنه يقبل خبرها ، وكذلك الأجير علىٰ العمل إذا أخبر بوقوعه ، كالأجير علىٰ العبادة عن ميت يقبل خبره بفعلها وهكذا ، والعمدة في ذلك سيرة العقلاء والمتشرعة» **المستمسك ١٣ : ٢١٧ طبعة بيروت** .

(٢) أي نعلم بأنّه لم يمتثل ، فلا تجري حينئذٍ سيرة العقلاء ، لأنها إنما تسمع لو شككنا ، أما لو

نعم ، لو علم أنّه وفّاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه[1] لأنّ الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه .

وأما لو علمنا بأصل وفائه وأدائه ولكن من دون إشهاد ، فهل يجوز أن يرجع إلىٰ الآمر وإن لم يشهد أو ليس له الرجوع ؟

فهنا ذكر الماتنﷺ أنّه لا يبعد الرجوع علىٰ الآمر وإن لم يشهد ، **لأن الغرض من الاشهاد هو ثبوت الأداء خارجاً من جهة شهادة الشاهدين** ، والمفروض تحققه خارجاً فحينئذٍ يجب علىٰ الآمر أداء مثل ما أداه المأمور ، لأنه فرّغ ذمّته بأمره بالأداء كما هو واضح .

(١) **وهذا الذي ذكره الماتن**ﷺ **من جواز الرجوع علىٰ الآمر مشكل جداً ، بل ممنوع** ، فإنّا إذا فرضنا أن الاشهاد قيّد ، فلم يأمره الآمر بالأداء المطلق ، وإنما أمره بالأداء مع الإشهاد بأي داع كان ، ومنها كونه لأجل ثبوت الأداء خارجاً ، ومنها كونه لأجل الاثبات فيما بعد ، ومنها دفع تهمة كونه مماطلاً في أداء دينه ، وقد تكون هناك دواعٍ أُخر ، وفيما ذكرنا الكفاية في عدم انحصار كون داعي الاشهاد وهو ثبوت الأداء خارجاً حتّىٰ يقال هو ثابت فلا حاجة إلىٰ الاشهاد ، علىٰ أنّه هناك غير ذلك من الخصوصيات ، إذ المفروض كونه قيداً ، فتخلف المأمور عن ذلك وأتىٰ بغير المأمور به ، **كما لو أمره بالأداء يوم الجمعة** ولو لا لأجل خصوصية إلّا أنّ المفروض كونه قيداً ، فأداه يوم السبت ، لا يكون الآمر ضامناً جزماً ، فكذلك في المقام لا يكون الآمر ضامناً ، لأن ما وقع في الخارج لم يكن مأموراً به ، وما أُمر به لم يقع في الخارج[1] .

ﷺ علمنا بعدم الامتثال فلا تجري .

(١) **قال الشيخ صاحب الجواهر**ﷺ : «لو قيّد الآذن إذنه بالاشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو صدّقه المستحق ، إذ يمكن أن يكون تصديقه مواطاة ، وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصل بذلك ، بل براءة الذمّة في الواقع ولم يحصل ما يدل عليها ، اللّهم إلّا أن يجعل إقراره بذلك طريقاً لها أيضاً ، علىٰ أنّ الفرض التقييد بالإشهاد ولم يحصل» **الجواهر ٢٦ : ١٥٦** .

وقال السيد الحكيمﷺ معلقاً علىٰ قول الماتن (لأن الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء) **ما نصه** : «هذا غير ظاهر ، فقد يكون الغرض من الإشهاد التخلص من دعوىٰ الدائن عدم الأداء ،

ﷺ

فلا وجه للضمان[1].

﴿ أو التخلص من تهمة الناس له بأنّه مماطل في وفاء دينه، وقد يكون الغرض أمراً آخر. **وبالجملة**: المدار في جواز الرجوع وقوع الأداء على الوجه المأذون فيه، فإذا لم يحصل لم يجز الرجوع وإن حصل الغرض، والله سبحانه العالم العاصم» **المستمسك ١٣: ٢١٧ طبعة بيروت**.

(١) **أقول: الوجه فيما ذكره السيد الأستاذ** من كون ما ذكره الماتن قيداً هو أن ما يؤخذ في الأعمال والأفعال التي منها الأداء الذي في المقام **تارة** يكون من صفات الفعل، **وأُخرى** من الأُمور المفارقة.

والأوّل كما إذا قال: استأجرتك على أن تصلي عن أبي سنة في المسجد.

والثاني كما إذا قال: استأجرتك أن تصلي عن أبي سنة بشرط أن تخيط لي ثوباً.

فاعتبار أن تكون الصلاة في المسجد في الأوّل لا شك يكون قيداً، لأن ذلك مقسّم للصلاة إلى قسمين ومنوّع لها إلى نوعين صلاة في المسجد وصلاة في غير المسجد كالمنزل أو الصحراء أو الغابات، والمستأجر عليه حصة خاصة من الصلاة وهي التي في المسجد، فتسليم التي في المنزل ونحوها تسليم لغير الصلاة المستأجر عليها، فالمستأجر عليه لم يأت به، وما أتى به غير المستأجر عليه. **وكالاجهار في أداء الزكاة**، حيث إنّه مقسم لأدائها إلى قسمين: أداء للزكاة مع الاجهار وهو مستحب، وأداء لها مع الاسرار وهو ليس فيه غير الأداء الواجب، فإن في الصحيحة في قوله تعالى: ﴿**وإن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ**﴾ البقرة ٢: ٢٧١ قال عليه السلام فيها: «هي سوى الزكاة إن الزكاة علانيه غير سرّ» الوسائل ج ٩: ٣١٠ باب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة ح ٢. فالإتيان بالأوّل في الزكاة اتيان بالشيء المستحب وبالثاني اتيان بالأداء الواجب الذي ليس فيه استحباب الاجهار.

بينما اعتبار خياطة الثوب في المثال الثاني اعتبار لشيء ليس من صفات الصلاة، فلا يوجب تقسيم الصلاة إلى قسمين، ولا أنّه ينوعها إلى نوعين، صلاة فيها خياطة الثوب ﴾

«تم كتاب الضمان»

والحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام علىٰ محمّد وآله الطيبين الطاهرين . تم في النجف الأشرف علىٰ مشرفه آلاف التحية والسلام قرب المرقد العلوي المقدس في مدرسة

وصلاة ليس فيها خياطة الثوب ، فلا شك يكون اعتبار خياطة الثوب شرطاً لأنّه ليس مقسّماً ، ومعنىٰ ذلك **أنّه علق الالتزام بالإجارة علىٰ الخياطة الخارجية** ، فإن لم يخط جاز له عدم الالتزام بالإجارة وفسخها . **أو أنه علق الإجارة علىٰ التزامه بالخياطة الخارجية** ، والتعليق هنا غير مضر لأنّه علىٰ أمر حاصل حين العقد ، وهو التزامه بالخياطة . **وقد يكون معنىٰ الشرط الأمران** معاً . فالأوّل يوجب جواز الفسخ له إذا يخط الثوب ، والثاني يوجب جواز إلزامه بالخياطة الخارجية ، ولو بالرجوع إلىٰ القضاء . والمقصود أنه لا تكون الخياطة حينئذٍ عند العرف والعقلاء قيداً ، بل تكون شرطاً بأحد المعنيين أو بكليهما ، إلّا أن يصرح بالخلاف أو يقم عليه قرينة .

ومقامنا هنا وهو اعتبار الإشهاد في الأداء من القسم الأوّل ، حيث إنّ الإشهاد من صفات الأداء ، أداء مع الإشهاد وأداء من دون اشهاد ، فهو مقسّم ومنوّع ومحصص إلىٰ حصتين ، **فالاداء الذي هو** مأمور به ومأذون فيه ذلك الذي يكون مع الإشهاد ، والذي من غير إشهاد غير مأذون به ولا مأمور به ، فما لم يشهد يكون ما أتىٰ به من الأداء غير مأذون فيه ولا مأمور به ، وما أُذن فيه لم يأت به ، فليس له الرجوع علىٰ المدين وإن أدّىٰ دينه ، إذ لم يمتثل أمره ، فلا سيرة من العقلاء علىٰ أن يكون المدين ضامناً ، علىٰ ما ذكر السيد الأُستاذ هذا البحث في كتاب الإجارة والمضاربة في عدة موارد منها في الواضح ٩ : ٣٠٧ ـ ٣٠٨ وغيره ، ولو برئت ذمّة المدين بذلك ، ويكون كما لو استأجره علىٰ أن يقضي سنة صلاة عن ميت بقيد أن يكون القضاء في المسجد فقضىٰ الأجير في المنزل ، فالصلاة المتسأجر عليها لم يأت بها ، وما أتىٰ به وتحققت به براءة ذمّة الميت لم يكن مستأجراً عليه ، فلا يستحق علىٰ من استأجره الأُجرة .

دار العلم التي أسسها السيد الأُستاذ السيد الخوئي﵀ وأزالها من الوجود النظام البائد ، وسبحان الله الذي زال هو والحال أن مدرسة الإمام الخوئي الآن هي الباقية حتّىٰ ظهور الحجّة البالغة وعامرة أيضاً بالعلم والعمل الصالح ، ورفعت مكاناً علياً حيث تشرفت بالحرم العلوي المقدس .

الشيخ محمّد الجواهري

فهرست مسائل العروة الجزء السابع عشر من الواضح (كتاب الضمان)

الرقم العام	المسألة	الصفحة
[٣٥٧٢]	مسألة ٥	٥
[٣٥٧٣]	مسألة ٦	١٤
[٣٥٧٤]	مسألة ٧	١٥
[٣٥٧٥]	مسألة ٨	٢٣
[٣٥٧٦]	مسألة ٩	٢٨
[٣٥٧٧]	مسألة ١٠	٣١
[٣٥٧٨]	مسألة ١١	٣٢
[٣٥٧٩]	مسألة ١٢	٣٤
[٣٥٨٠]	مسألة ١٣	٣٩
[٣٥٨١]	مسألة ١٤	٥٢
[٣٥٨٢]	مسألة ١٥	٥٨
[٣٥٨٣]	مسألة ١٦	٦٢
[٣٥٨٤]	مسألة ١٧	٦٦
[٣٥٨٥]	مسألة ١٨	٧٠
[٣٥٨٦]	مسألة ١٩	٧٢
[٣٥٨٧]	مسألة ٢٠	٧٣
[٣٥٨٨]	مسألة ٢١	٧٨
[٣٥٨٩]	مسألة ٢٢	٨١
[٣٥٩٠]	مسألة ٢٣	٩٠
[٣٥٩١]	مسألة ٢٤	٩٤
[٣٥٩٢]	مسألة ٢٥	١١٠
[٣٥٩٣]	مسألة ٢٦	١١٥
[٣٥٩٤]	مسألة ٢٧	١٣٠

الرقم العام	المسألة	الصفحة
[٣٥٩٥]	مسألة ٢٨	١٤٣
[٣٥٩٦]	مسألة ٢٩	١٦٢
[٣٥٩٧]	مسألة ٣٠	١٦٩
[٣٥٩٨]	مسألة ٣١	١٧٣
[٣٥٩٩]	مسألة ٣٢	١٨٠
[٣٦٠٠]	مسألة ٣٣	١٨٦
[٣٦٠١]	مسألة ٣٤	٢١٣
[٣٦٠٢]	مسألة ٣٥	٢١٧
[٣٦٠٣]	مسألة ٣٦	٢٢٩
[٣٦٠٤]	مسألة ٣٧	٢٣٣
[٣٦٠٥]	مسألة ٣٨	٢٤٦
[٣٦٠٦]	مسألة ٣٩	٢٥٦
[٣٦٠٧]	مسألة ٤٠	٢٨١
[٣٦٠٨]	مسألة ٤١	٢٨٦
[٣٦٠٩]	مسألة ٤٢	٣٠٢

صور التنازع

[٣٦١٠]	مسألة ١	٣٠٩
[٣٦١١]	مسألة ٢	٣٢٦
[٣٦١٢]	مسألة ٣	٣٣٧
[٣٦١٣]	مسألة ٤	٣٤٥
[٣٦١٤]	مسألة ٥	٣٦٣
[٣٦١٥]	مسألة ٦	٣٧١

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

يجوز اشتراط الخيار في الضمان أوّلاً ٥
الملاك في جواز جعل الخيار ٧
جواز اشتراط شيء لكل منهما علىٰ الآخر ١٠
الذي يثبت للشارط عند تخلف الشرط ليس إلّا الزام المشروط عليه به أو حتىٰ الفسخ ١١
الشرط في العقود التي لا يدخلها الخيار ١٣
هل يثبت الخيار إذا تبيّن كون الضامن مملوكاً ١٤
جواز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً ١٥
ما نسب إلىٰ بعضهم من عدم جواز ضمان الدين الحال إلّا مؤجلاً وعدم صحته ١٥
جواز ضمان الدين الحال مؤجلاً ١٧
جواز ضمان الدين المؤجل حالاً ١٨
ما ذكر من عدم جواز ضمان الدين المؤجل حالاً وجوابه ١٩
جواز ضمان الدين المؤجل بأجل مخالف ٢٢
الأجل في ضمان الدين الحال مؤجلاً للضمان لا للدين ٢٣
ما يترتب علىٰ ضمان الدين المؤجل مؤجلاً ٢٨
ما يترتب علىٰ ما لو أسقط الأجل وأدىٰ الدين قبل الأجل ٣٠
إذا ضمن الدين المؤجل حالاً باذن المضمون عنه ٣١
ما يترتب علىٰ ضمان الدين المؤجل بأقل من أجله ٣٢
إنما يجوز رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه بعد الأداء ٣٩
هل أن الرجوع بعد الأداء علىٰ القاعدة أو علىٰ خلاف القاعدة للنص ٤٣
هل اشتغال ذمّة المضمون عنه بنفس أداء الضامن أو بنفس الضمان وإن لم يؤدِ ٥١

لو حسب المضمون له علىٰ الضامن ما عليه خمساً فهل له الرجوع علىٰ المضمون عنه ٥٢
لو أخذ المضمون له المال من الضامن ثمّ رده إليه بهبة ٥٦
لو وهب المضمون له ما في ذمّة الضامن فهل هو كالابراء ٥٦
لو مات المضمون له فورثه الضامن فهل هو بمنزلة الإبراء ٥٦
لا يرجع الضامن لو أدىٰ بالأقل إلّا بمقدار ما يؤدي... ..... ٥٨
لو أدّىٰ الضامن أزيد من الدين لا يرجع إلّا بمقدار الدين ٦١
إذا دفع المضمون عنه إلىٰ الضامن مقدار ما ضمن قبل أن يؤدي الضامن بعنوان الأمانة ٦٢
إذا دفع المضمون عنه إلىٰ الضامن مقدار ما ضمن قبل أن يؤدي الضامن بعنوان الوفاء ٦٣
إذا دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له بأمر الضامن برئا معاً ٦٦
إذا دفع المضمون عنه إلىٰ المضمون له بغير إذن الضامن برئا معاً ٧٠
إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدّىٰ ، ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه ٧٢
إذا ضمن بإذن المضمون عنه فضمن عنه ضامن باذنه وأدّىٰ ليس للضامن الثاني الرجوع علىٰ المضمون عنه وإنما الذي يرجع عليه هو الضامن الأوّل بعد أن يرجع عليه الضامن الثاني ٧٢
يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له ٧٣
هل يجوز أن يضمن الدين بأكثر منه ٧٣
ذهب الماتن إلىٰ صحته ٧٣
والظاهر عدم صحته ٧٤
ما ذكره البعض من الوجه لتصحيحه أيضاً غير صحيح ٧٤
حكم الضمان بغير جنس الدين ٧٨
حكم الوفاء بغير الجنس ٧٩
حكم رجوع الضامن علىٰ المضمون عنه إذا وفىٰ بغير الجنس ٨٠
يجوز الضمان بشرط الرهانة ٨١
الضمان بشرط الرهانة علىٰ نحو شرط النتيجة ٨١
الضمان بشرط الرهانة علىٰ نحو شرط الفعل ٨٥
إذا كان علىٰ الدين الذي علىٰ المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أم لا ٩٠

اشتراط الضمان في مال معين ٩٤
اشتراط الضمان في مال معين نحو التقييد ٩٥
اشتراط الضمان في مال معين على نحو الاشتراط ٩٦
إذا جعل الضمان في نفس العين لا في الذمة مقيداً بهذه العين ولا مشروطاً فهل يصح ٩٦
توضيح أنحاء القيد والشرط ٩٧
تفصيل الكلام في جعل الضمان في نفس العين ١٠٧
إذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه ١١٠
ضمان اثنين أو أزيد عن واحد ١١٥
ضمان اثنين عن واحد متعاقباً ١١٥
ضمان اثنين عن واحد متقارناً ١١٨
فإن قبلهما معاً فهل يحكم بالصحة مع التسقيط ١٢١
أو يحكم بصحة الضمانين وكون التكليف كالواجب الكفائي ١٢١
أو يحكم ببطلان كلا الضمانين وهو الصحيح ١٢١
ضمان كل من المديونين دين الآخر ١٣٠
ثمرة ضمان كل من المديونين دين الآخر ١٣٢
إذا أطلق في مقام الأداء ولم يقصد دين نفسه أو دين المضمون عنه فهل يقسط ١٣٥
أو يقرع ١٣٧
أو لا يقع لا عن نفسه ولا عن غيره بل يبقى في ملكه ١٣٧
أو أن لأحد الدينين خصوصية دون الآخر فيقع عن ما لا خصوصية له ١٣٧
ومما له خصوصية كون أحد الدينين عليه رهن والآخر لا رهن عليه ١٤٢
هل يشترط علم الضامن بأصل الدين حين الضمان ١٤٣
هل يشترط علم الضامن بمقدار الدين حين الضمان ١٤٣
بعد فرض صحة الضمان مع عدم علم الضامن بأصل الدين فأما أن لا يثبت الدين أصلاً ١٤٥
وأما أن يثبت الدين بالبينة ١٤٦
وأما أن يثبت الدين باقرار المضمون عنه عند غير الضامن سابقاً على الضمان ١٤٦

يلزم المضمون عنه بأداء الدين إلى المضمون له عن الضامن أخذاً له باقراره ١٤٧
لو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون
له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه..... ١٥٢
لابدّ في البينة المثبة للدين من الشهادة على ثبوته حين الضمان..... ١٥٤
عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر والمناقشة فيه ١٥٥
لا غرر في الضمان الاذني وإن كان المال المضمون مجهولاً والمناقشة فيه ١٥٦
لو قال الضامن عليّ ما تشهد به البيّنة..... ١٦٢
يجوز الدور في الضمان ١٦٩
ظهور الفائدة في الدور في الضمان ١٧١
يجوز التسلسل في الضمان..... ١٧٢
إذا كان المديون فقيراً فهل يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم
أو نحوها ١٧٣
إذا ضمن الضامن أن يؤدي دين الفقير من الزكاة..... ١٧٧
إذا كان الدين الذي على الفقير زكاة أو خمساً فهل يجوز أن يضمن عنه ضامن إلى الحاكم الشرعي... ١٨٠
إذا كان الدين الذي على الفقير زكاة أو خمساً فهل يجوز أن يضمن عنه ضامن إلى آحاد الفقراء ١٨٥
إذا ضمن في مرض موته بأمر المضمون عنه ١٨٦
إذا ضمن في مرض موته ضماناً تبرعياً..... ١٨٧
منجزات المريض..... ١٩٠
أدلة خروج منجزات المريض من الأصل..... ١٩١
أدلة خروج منجزات المريض من الثلث والجواب عنها ١٩٨
إذا كان ما على المديون يعتبر فيه المباشرة فلا يصح ضمانه ٢١٣
إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون لا يصح ضمانه..... ٢١٤
إذا كان المبيع كلياً في المعين فلا يصح ضمانه ٢١٦
جواز ضمان النفقة الماضية للزوجة..... ٢١٧
نفقة الزوجة من باب التمليك ٢١٨

نفقة الأرقاب من باب التكليف لا التمليك ٢١٩
ضمان نفقة الزوجة الفعلية ٢٢١
ضمان النفقة المستقبلة للزوجة ٢٢٣
ضمان نفقة الأقارب الماضية ٢٢٥
ضمان نفقة الأقارب المستقبلة ٢٢٥
ضمان مال الكتابة المطلقة والمشروطة ٢٢٩
ما نسب إلىٰ الشيخ من منع ضمان مال الكتابة ٢٣٠
الاختلاف في مخالفة الشيخ أنها في المطلقة أو المشروطة ٢٣٠
لا وجه لمخالفة الشيخ في قسمي المكاتبة مطلقاً ٢٣١
توجيه مخالفة الشيخ وعدم صحة هذا التوجيه ٢٣٢
ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل ٢٣٣
ضمان مال السبق والرماية قبل حصول المسابقة والرماية ٢٣٣
ضمان الأعيان المضمونة كالغصب ٢٤٦
ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة ٢٥٢
ضمان درك الثمن للمشتري لو ظهر فساد البيع ٢٥٦
ضمان درك الثمن للمشتري لو احتمل حصول فسخ ٢٦٣
ضمن درك الثمن للمشتري فيما لو حصل فسخ بعيب ٢٦٩
ضمان درك الثمن بالنسبة إلىٰ مطالبة الأرش ٢٧١
إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً ٢٨١
ضمان الأجنبي لما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض ٢٨٦
القول بعدم الجواز ٢٨٧
القول بالجواز وجوابه ٢٨٧
القول بصحة الضمان من جهة الأمر وجوابه ٢٨٩
ضمان البائع لما يحدثه المشتري من بناء أو غرس ٢٩٠
الصحيح عدم صحة ضمان البائع لما يحدثه المشتري من بناء أو غرس ٢٩٢

لو قال عند خوف غرق السفنية ألقِ متاعك في البحر وعليّ ضمانه ٣٠٢
لو قال القِ متاعك في البحر وعليّ ضمانه لمصلحة أُخرىٰ غير الغرق ٣٠٢
لو قال القِ متاعك في البحر ولم يقل وعليّ ضمانه ٣٠٥

صور التنازع

«الاختلاف بين المضمون له والمضمون عنه»

إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فإدعىٰ أنّه ضمنه ضامن وأنكر المضمون له ٣٠٩
توضيح معنىٰ المدعي والمنكر ٣١١
إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في مقدار الضمان ٣١٣
إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في إعسار الضامن حين الضمان ٣١٤
ما ذكر في بحث القضاء من معنىٰ المدعي والمنكر ٣١٨
المدعي والمنكر عند العقلاء ٣١٨
إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في جعل الخيار في الضمان ٣٢٣
إذا اختلف المضمون له والمضمون عنه في صحة الضمان وعدمها ٣٢٤

«الاختلاف بين الضامن والمضمون له»

لو اختلف الضامن له والمضمون عنه في أصل الضمان أو في مقداره أو في مقدار الدين أو في موضوع الضمان وأصل الدين أو في اشتراط التعجيل أو تنقيص الأجل أو اشتراط شيء زائد علىٰ أصل الدين . ٣٢٦
سرّ الاختلاف بين ما كتبناه وما هو الموجود في موسوعة السيد الأُستاذ ٣٣٠

«الاختلاف بين الضامن والمضمون عنه»

إذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه ٣٣٧
إذا اختلف الضامن والمضمون عنه في أداء الدين ٣٣٧
إذا اختلف الضامن والمضمون عنه في مقدار الدين ٣٣٧
إذا اختلف الضامن والمضون عنه في وجود شرط في الضمان وعدمه ٣٣٧
إذا اختلف الضامن والمضمون عنه في كون الضمان خيارياً أي جعل الضامن لنفسه الخيار بناءً علىٰ صحة هكذا جعل ٣٣٧

إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفي الحقّ منه بالبينة ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه ٣٤٥
إذا ادعىٰ الضامن المنكر للضمان الذي أخذ منه المال بالبينة الإذن في الأداء بلا ضمان والمضمون عنه يدعي الإذان في الضمان ٣٤٨
لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة ٣٥٣
هل يجوز للشاهدين علىٰ الإذن في الضمان أن يشهدا بالإذن من غير بيان أنّه إذن في الضمان أو إذن في الأداء ٣٥٨
أدلة المقاصة ٣٦٠
هل يعتبر إذن الحاكم الشرعي في المقاصة ٣٦٢
هل جواز المقاصة مختص بعدم إمكان اثبات الحقّ بالترافع ٣٦٢
إذا ادعىٰ الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع علىٰ المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك ٣٦٣
إذا إدعىٰ الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف وصدق المضمون عنه الضامن وكان الوفاء بإذنه يجوز له الرجوع عليه ٣٦٤
هل تقبل شهادة المضمون عنه للضامن بالأداء مع عدم التهمة ٣٦٥
ما المراد من التهمة ٣٦٥
لا تعتبر العدالة في القاضي المنصوب وقاضي التحكيم ويكفي فيهما عدم الفسق ٣٧٠
لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفّىٰ جاز له الرجوع عليه ٣٧١
لو أمر الآمر بأداء دينه لا مجاناً ولم يقصد المأمور التبرع فأدىٰ المأمور وأنكر الآذن الأداء ٣٧٢
لو قيد الآمر بأداء دينه بالاشهاد وإدعىٰ المأمور الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل منه ٣٧٣
لو علم بالأداء من دون اشهاد فهل يجوز له الرجوع علىٰ الآمر ٣٧٣
لو أمره بأداء دينه يوم الجمعة وإدعىٰ المأمور أنه أداه يوم الجمعة وأنكر الآمر ٣٧٣
ما يؤخذ من اعتبار شيء في الضمان للاشهاد هل هو قيد أو شرط ٣٧٥
مسائل هذا الجزء ٣٧٧
الخطأ والصواب للأجزاء ج ١٠، وج ١٤ ، وج ١٦ ..... ٣٨٩
الفهرس ٣٨١

جدول الخطأ والصواب في الأجزاء ج ١٠، وج ١٤، وج ١٦

الخطأ	الصواب
ج ١٠: ص ٣٦٥ س ٢ وس ٣ الغرس	الفرس
ج ١٤: ص ٢٣ س ١٤ المغرر	المغرور
ج ١٤: ص ٢٣ س ١٥ الجواهر ٢٧ : ١٤٥	الجواهر ٣٧ : ١٤٥
ج ١٤: ص ٢٣ س ١٦ إلىٰ النبي صلى الله عليه وآله	إلىٰ النبي صلى الله عليه وآله الجواهر ٣٧ : هامش ص ١٤٥
ج ١٦: ص ٢٨٩ س ١ العين الخارجية لا تقبل الانتقال إلىٰ الذمة لا حال وجودها ولا بعد تلفها(١)، ولا يكون المستعير	مكررة تحذف هي وهامشها
ج ١٦: ص ٢٩٨ س ١٨ في المسلك	في المسالك
ج ١٦: ص ٣١١ س ١١ وبالخصوص ص ٢٨٠	وبالخصوص ص ٣٠٤
ج ١٦: ص ٣١٤ س ٤ بن الحسن	ابن الحسن
ج ١٦: ص ٣٢٦ س ١٢ فيكون ما ذكره الماتن قدس سره من التفصيل هو مقتضىٰ التحقيق	فيكون ما ذكره الماتن قدس سره من التفصيل هو مقتضىٰ التحقيق لكون الضمان الأذني من المعاملات الشبهة بالمعاوضية، إن لم يكن من المعاملات المعاوضية، لأن الأمر بنفسه يقتضي الضمان بشرط الأداء كما يذكر ذلك الماتن في المسألة ١٣ [٣٥٨٠] الآتية
ج ١٦: ص ٣١٨ س ٢١ وان لم يكن الضمان حقيقة معاملة معاوضية إلّا أنّه مشمول ملاكاً لدليل الغرر في المقام	وإن لم يكن الضمان حقيقة معاملة معاوضية إلّا أنّه مشمول ملاكاًلدليل الغرر المتقدم ، لكونه من المعاملات الشبهة بالمعاوضية ، لو فرض أنّه ليس من المعاملات المعاوضية

ج ١٦ : ص ٣٣١ س ١ ولذا كان شبيهاً بالمعاوضة

ولذا كان شبيهاً بالمعاوضة إن لم يكن معاوضة الذي هو اسقاط لما في ذمّة المدين من الدين

ج ١٦ : ص ٣٤٠ س ١٥ الذي هو اسقاط في ذمّة من الدين

ج ١٦ : ص ٣٤٦ س ٥ للمحال

للمحتال

ج ١٦ : ص ٣٤٦ س ٩ ديوان

ديون

ج ١٦ : ص ٣٥١ س ١٣ فمع التحلف

فمع التخلف

ج ١٦ : ص ٣٥١ س ١٥ وهذا الشرط الضمني الارتكازي غير موجود في المقام

وهذا الشرط الضمني الارتكازي موجود في الضمان في المقام للتساوي ومع فرض عدمه فليس هو فاحشاً يقتضي الخيار بل هو كالثمن والمثمن المتساويان تقريباً في البيع


الحمد لله رب العالمين

تم هذا الكتاب تدريساً في النجف الأشرف قرب الحضرة العلوية المقدسة
في جامع شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن صاحب الجواهر
في النصف الأول من عام 1440 هجري
الشيخ محمد الجواهري