



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۱۴۰۱-۰۲

جلسه شصت و ششم؛ سه شنبه ۱۴۰۱/۱۱/۱۱ (جلسه هفدهم خلق پول - ویرایش اولیه)

فرع دوم فقهی: آیا حواله بر بری صحیح است؟

بیان کردیم برخی تسهیلاتی را که بانک به وام گیرندگان می دهد، یا در قالب حواله عملیاتی می کند و یا در قالب ضمان. و اشاره کردیم تسهیلاتی که در قالب حواله است چون ذمه بانک بری می باشد، در حقیقت حواله بر بری است که از این جهت مشکلی وجود ندارد. حال اگر محیل (یعنی کسی که چک می کشد) ابتدا اقدام به خرید کند و بعد از اینکه ذمه اش مشغول شد، محتال را با چک حواله به بانک بدهد یا پولی را از حسابش به حساب او حواله کند، مشکلی ندارد. اما اگر محیل قبل از اینکه ذمه اش مشغول شود محتال را حواله به بانک بدهد یا از حسابش پولی را برای او حواله کند، این فرض مبتلای به اشکال است؛ چراکه فقهاء^۱ فرموده اند وقتی محیل می تواند کسی را حواله به دیگری بدهد که ذمه اش نسبت به آن

۱. تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، ج ۲، ص ۵۷۷:

السابع: شرط الحواله ثبوت الحقّ فی ذمة المحیل، فلو أحاله بما يعرضه فی المستقبل لم تصحّ إجماع.

✓ تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثة)، ج ۱۴، ص ۴۴۴:

إذا أحال زيد عمراً علی بکر بألف، فلا یخلو إما أن تكون ذمة زيد مشغولة بألف لعمرو، أو لا، و علی كلا التقديرین فإما أن یكون بکر بری الذمة منها أو مشغولها، فالأقسام أربعة:

أ- أن تكون ذمة زيد و بکر مشغولتین، و لا خلاف هنا فی صحة الحواله.

ب- قسیم هذا، و هو أن تكون ذمتهما بریة، فإذا أحال زيد- و هو بری الذمة- عمراً- و لا ذین له علیه- علی بکر، و هو بری الذمة، لم یکن ذلك إحالة صحیحة؛ لأنّ الحواله إنما تكون بدین، و هنا لم یوجد، بل یكون ذلك وكالة فی اقتراض، و إنما جازت الوكالة هنا بلفظ الحواله؛ لاشتراكهما فی المعنی، و هو استحقاق الوکیل أن یفعل ما أمره الموكّل من الاقتراض، و أن یطالبه من المحال علیه، كما یتحقّق المحتال مطالبة المحال علیه.

ج- أن یكون المحیل بری الذمة و المحال علیه مشغولها، (فیحیل من لا ذین علیه من لا ذین له علی من للمحیل علیه ذین) بقبضه، فلا یكون

شخص مشغول باشد، در حالی که در فرض مسئله ذمه محیل مشغول نیست و حواله ابتدایی می کند.

بنابراین با احتساب اشکال اول، در حقیقت دو اشکال در اینجا وجود دارد؛

از یک طرف علی الغرض بانک به قرض گیرنده بدهکار نیست و فقط برای او حسابی باز کرده و تسهیلات قرضی را واریز به آن حساب کرده است و چون آن فرد تسهیلات را قبض نکرده، لذا قرض که شرطش قبض است محقق نشده است. بنابراین هر چند گفتیم اقراض کلی مانعی ندارد، منتها در اینجا از ناحیه دیگری یعنی عدم قبض، مشکل وجود دارد و این یعنی اصلاً قرضی محقق نشده است و مشتری بانک مالک چیزی نشده است. و از طرف دیگر محتمل است یعنی کسی که او را به دیگری حواله می دهند، طلبکار نیست و محیل ابتدائاً او را به بانک حواله می دهد؛ در حالی که تقریباً اجماع وجود دارد که چنین حواله ای صحیح نیست.

بدین جهت بسیاری از اعلام^۲ گفته اند در این فرض، حواله صحیح نیست، از جمله مرحوم نراقی^۳،

ذلك أيضاً حواله؛ لأنّ الحواله مأخوذة من تحوّل الحقّ وانتقاله، ولا حقّ [هاهنا] ينتقل و يتحوّل، بل يكون ذلك في الحقيقة وكالة في الاستيفاء؛ لاشترائهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدّين، كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه، و تحوّل ذلك إلى الوكيل كتحوّله إلى المحيل.
د- أن يكون المحيل مشغولاً الذمّة و المحال عليه بريء الذمّة.

و في صحّة هذه الحواله إشكال أقرب: الصحّة - و به قال أبو حنيفة و أصحابه لأنّ المحال عليه إذا قبلها، صار كأنه قضى دّين غيره بدمته؛ لأنّ الحواله بمنزلة الحقّ المقبوض، و إذا قبض حقاً من غيره، صحّ و سقط عن غيره، كذا هنا، لكن يكون ذلك بالضمان أشبه.

✓ إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، ج ۱، ص ۴۰۲؛

و يشترط: رضا الثلاثة، و ملاءة المحال عليه أو علم المحتال بالإعسار، و العلم بالمال، و ثبوته في ذمّة المحيل.

۲. مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، ص ۳۰۹؛

(الثالث) ثبوت المال في ذمّة المحيل للمحتال و العلم بتعيينه للثلاثة، و نقل على الثبوت، الإجماع، فإنه لو لم يكن المحيل مشغول الذمّة لم تصح الحواله و لم تتحقق، بل لو أحوال على شخص حينئذ، فإن كان غير مشغول الذمّة، فحاصله وكالة بصيغة الحواله و هي جائزة بكل لفظ للقرض منه، و ان كان مشغولاً فوكالة في الاستيفاء.

و اما العلم به، فهو ليعلم ما يعطى و ما يؤخذ. و في التعيين تأمل يعلم مما تقدم في الضمان، و لعله لا خلاف في الاشتراط هنا.

✓ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، ص ۵۲؛

من شروط الحواله رضی الثلاثة المتقدم ذكرهم ... و منها ثبوت المال في ذمّة المحيل للمحتال إجماعاً، فلو لم يكن المحيل مشغول الذمّة للمحتال لم تصح الحواله و لم تتحقق.

✓ كتاب المناهل، ص ۱۵۴؛

منهل يشترط في صحة المال به ان يكون ثابتاً في ذمّة المحيل للمحتال فلو لم يكن المحيل مشغول الذمّة للمحتال لم يصح الحواله فالحواله من البرىء غير صحيحة و قد صرح باشتراط ذلك في الشرائع و شد و التلخيص و ير و كره و عد و لك و مجمع الفائدة و الرياض و ربما يظهر من الكفاية المخالفة و الاشارة الى وجود المخالف حيث صرح بان المشهور انه يشترط في المال ان يكون ثابتاً في الذمّة من غير اشارة الى رضائه به و هو ضعيف بل المعتمد هو ما عليه المعظم من كون ذلك شرطاً و لهم وجوه منها الاصل و منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المتقدمة

مرحوم وحید بهبهانی^۴ و بنابراین اگر ذمه محیل مشغول محتال نباشد، اصلاً حواله متحقق نمی شود «لو لم يكن المحیل مشغول الذمة، لم تصح الحوالة و لم تتحقق». و لذا طبق این تقریب اگر زید بخواهد پولی را به کسی قرض بدهد یا هبه کند، از طریق حواله به بانک نمی توان آن را تصحیح کرد، در حالی که تخریج ما در اینجا علی الفرض تخریج حواله ای بود. منتها عملاً این فرآیند در خارج اتفاق می افتد و بانک هم قبول می کند، لذا باید دید آیا حلی برای این قضیه وجود دارد یا خیر؟

کلام صاحب حدائق^۵ در تصحیح حواله در فرض مذکور

صاحب حدائق^۵ در اینجا مطلبی دارند و می خواهند مشکل را حل کنند - برخی دیگر از اعلام^۶ نیز به

المصرحة بالاشتراط حيث لم تنبه على خلاف و لا اشكال فيه بل صرح بنفي الخلاف في الرياض فاذن لا عبرة بما يستفاد من الكفاية مع عدم صراحته في المخالفة بل لا ظهور فيه على وجه يعتد به و منها انه حكى في الرياض عن بعض انه حكى عن التذكرة دعوى الاجماع عليه و بعضه تصريح بعض الاجلة بدعوى الاجماع عليه و منها ما تمسك به في التذكرة من ان الحوالة مأخوذة من تحول الحق و لا حق هنا ينتقل و يتحول.

۳. أنيس التاجر (محشى)، ص ۳۷۹:

مسألة بازدهم: در صحت حواله شرط است که حق در ذمه محیل ثابت باشد. مثلاً هرگاه زید عمرو را حواله کند که ده تومان از بکر بگیرد، وقتی آن حواله صحیح است که آن ده تومان از مال عمرو محتال بر ذمه زید محیل باشد. پس هرگاه آن ده تومان بر ذمه زید محیل نباشد، اما عمرو خواسته باشد که ده تومان پول را از زید به عنوان قرض بگیرد و هنوز صیغه قرض نگفته باشند که زید عمرو را حواله کند که ده تومان از بکر بگیرد، تا بعد از گرفتن آن ده تومان را به عمرو به قرض بدهد و صیغه قرض را بگویند، این حواله صحیح نیست و صورت شرع ندارد.

۴. ایشان عبارتی در «حاشیه مجمع الفائدة» دارند که اشتراط اشتغال ذمه محیل در حواله، از آن استفاده می شود. (مقرر)

✓ حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ص ۱۸۴:

قوله: و الروایتان تدلان على عدم اشتراط شغل ذمة المحال عليه في تحقق الحوالة كما شرطه الأكثر. إلى آخره.

[أقول: دلالة الرواية فرع أن يكون الحوالة لغة و عرفاً أعم من أن يكون على البريء و غير البريء، مع أنه في «القاموس»: (أحال الغريم: زجّاه عنه] إلى غريم آخر، و الاسم: الحوالة، كسحابة). انتهى.

و أما العرف، فلم يتعارف الحوالة على البريء، بل المتعارف الائتماس منه في قبوله انتقال المال إلى ذمته، و بعد قبوله يحال الغريم عليه، و معلوم أنه بمجرد رضا يصير ضامناً عندهم، بل و شرعاً أيضاً، كما ستعرف.

مع أنه لو كان الصيغة شرطاً في الضمان، فهو شرط شرعاً بلا تأمل، فمجرد الرضا بالضمان عرفاً البتة، ثم بعد الضمان يقولون: جعل حوالة الدين عليه.

على أننا لو سلمنا العموم، لكن غالب ما يتحقق إنما هو على غير البريء، و الروایات محمولة على الأفراد الغالبة.

على أن الذي يظهر من الروایتين عدم اعتبار رضا المحال عليه، فيظهر كونه مشغول الذمة، إلا أن يقول: الإجماع واقع على اعتبار رضا، و إن ما قال الشهيد الثاني باطل.

۵. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثية)، ج ۲، ص ۵۷۷:

العاشر: إذا أحال من لا دين عليه رجلاً على آخر له عليه دين كان توكيلاً، و ليس حواله تثبت فيها أحكام الوكالة، و لو أحال من عليه دين على من لا دين عليه، فقد بيّننا جواز ذلك، و أنه حواله صحيحة، و قيل: ليس حواله، و إنما هو اقتراض، فإن قبض المحتال منه الدين، رجع على المحيل،

این مطلب اشاره کرده‌اند - ایشان می‌فرماید:

نعم لو أحال على شخص و الحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمة،
فإن هذه الحوالة تصير وكالة في القرض منه. فهي وكالة، و ان كانت بهذا اللفظ فإنها جائزة بكل
لفظ دل على ذلك، و ان كان مشغول الذمة فهي وكالة أيضا، لكن في الاستيفاء.^٦

یعنی اگر محیل در حالی که ذمه‌اش مشغول نیست، محتال را حواله به شخصی - که در بحث ما اعم از شخص حقیقی و حقوقی است، هرچند مراد ایشان شخص حقیقی است - بدهد، دو شق در اینجا متصور است که البته این تحقیق تأثیری در بحث ندارد و ایشان برای تبیین مطلب چنین می‌فرماید. شق اول اینکه محال‌علیه بری بوده و ذمه‌اش مشغول به محیل نباشد که عمده مشکل ما در این فرض است، در این صورت محتال در حقیقت وکیل او می‌شود که نزد بانک برود و برای خودش قرض بگیرد. شق دوم اینکه محال‌علیه بری نبوده بلکه بدهکار به محیل باشد که در این صورت در حقیقت به محتال وکالت می‌دهد که استیفاء قرض او از بانک کند و سپس آن را برای خودش بردارد.

شق دوم که ایشان مطرح کردند چندان مهم نیست، مهم شق اول است که ایشان می‌فرماید اگر محیل بری الذمه باشد و کسی را حواله به دیگری بدهد، این در حقیقت حواله نیست بلکه وکالت در قرض گرفتن از محال‌الیه است.

بررسی راه حل صاحب حدائق رحمته الله

در بررسی کلام ایشان می‌گوییم:

اگر محیل تصریح کند که آن فرد وکیل اوست که به بانک مراجعه کرده و برای او قرض بگیرد و سپس برای خودش بردارد، در این صورت مشکلی وجود ندارد. و در حقیقت وکیل در اینجا دو قرض انجام

لأنه قرض، و إن أبرأه منه، و لم يقبض شيئا، لم تصح البراءة، لأنها براءة لمن لا دين عليه، و إن قبض منه الدين ثم وهبه إياه، رجع المحال عليه على المحيل، لأنه قد غرم عنه، و إنما عاد المال بعقد مستأنف، و يحتمل عدم الرجوع.

٦. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ٢١، ص ٥٣:

نعم لو أحال على شخص و الحال هذه فان كان ذلك الشخص المحال عليه غير مشغول الذمة، فإن هذه الحوالة تصير وكالة في القرض منه. فهي وكالة، و ان كانت بهذا اللفظ: فإنها جائزة بكل لفظ دل على ذلك، و ان كان مشغول الذمة فهي وكالة أيضا، لكن في الاستيفاء.

و بالجملة فإن ما لم يكن ثابتا في الذمة لا تجزى الحوالة فيه، و ان وجد سببه كمال الجمالة قبل العمل، فإنه لا يصح احالة الجاعل به للمجعول له، لعدم ثبوته، أما لو أحال به المجعول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت، فإنه يجوز، بناء على القول بصحة الحوالة على البريء.

می‌دهد؛ ابتدا استقراض از بانک برای موکّش می‌کند و سپس استقراض برای خودش از موکّش. بنابراین در اصل اینکه این قضیه قابلیت وکالت دارد شکی نیست، منتها اینکه ایشان فرمودند «حتّی اگر به لفظ حواله هم باشد باز برگشتش به وکالت در قرض است؛ چراکه وکالت به هر لفظی که دالّ بر آن باشد جایز است»، این کلام جای تأمل است که برگشت حواله به وکالت باشد آن هم وکالت دو قبضه.

بله، ما کبرای کلام ایشان را قبول داریم که وکالت در استقراض احتیاج به لفظ خاصی ندارد و هر لفظی که دالّ بر آن باشد کافی است، منتها بحث در این است که لفظ «حواله» دلالتی بر وکالت در قرض ندارد، بلکه بر این دلالت دارد که بانک به آن فرد پول بدهد و محیل ضامنش باشد. بنابراین هرچند ممکن است حواله در بعض موارد نتیجه قرض داشته باشد، اما همیشه این چنین نیست و لفظ حواله دلالتی بر وکالت در قرض آن هم دو استقراض ندارد.

بدین جهت اگر به نوعی برای اطراف روشن باشد که مثلاً بانک در جایی که بریء است و محتال طلبکار نیست، می‌خواهد از طریق وکالت در استقراض به او پول دهد، این مانعی ندارد، منتها همان‌طور که اشاره شد ظاهراً این چنین نیست و نمی‌توان این روش را پذیرفت. مگر در جایی که دالّی بر مطلب مزبور وجود داشته باشد.

بررسی حلّ مشکل در فرض عملیاتی کردن تسهیلات در قالب ضمان

راه دیگری که وجود دارد و قبلاً به آن اشاره کردیم، از طریق ضمان است. مشهور در مسئله ضمان شروط متعدده‌ای ذکر کرده‌اند، از جمله اینکه گفته‌اند^۷ ضمان مربوط به جایی است که ذمه مضمون^۸ عنه به

۷. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۳۲۵.

... و أما الضرب الثالث فهو الحق الذي ليس بلازم في الحال و لا يؤول إلى اللزوم و ذلك مثل مال الكتابة لأنه لا يلزم العبد في الحال لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابة للعجز، و لا يؤول إلى اللزوم أيضا لأنه إذا أده عتق و إذا عتق خرج من أن يكون مكاتباً فلا يتصور أن يلزمه في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لأن الضمان إثبات مال في الذمة و التزام لأدائه و هو فرع للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم و يكون في الفرع لازماً فلماذا منعنا من صحة ضمانه و هذا لا خلاف فيه.

۸. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۹۰.

الثاني في الحق المضمون و هو كل مال ثابت في الذمة سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار أو معرضاً للسلطان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن. و لو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع و كذا ما ليس بلازم لكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط و كمال السبق و الرماية على تردد.

۹. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية (ط - الحديثة)، ج ۲، ص ۵۵۱.

لا يصح ضمان ما ليس بلازم، و لا يؤول إلى اللزوم، مثل ضمان الدين قبل تحقّقه، بأن يقول: ضمنت عنه ما يستدينه منك، أو ما تعطيه فهو من

مضموناً له مشغول باشد؛ مثلاً زید بدهکار به بانک است و عمرو به بانک می‌گوید من ضامن زید شدم و ذمه او منتقل به من شد و من بدهکار تو هستم، یا زید بدهکار به عمرو است و بانک ضامن زید می‌شود؛ یعنی نقل می‌شود ذمه زید به بانک و عمرو دیگر نمی‌تواند به زید در استیفاء دین مراجعه کند و فقط می‌تواند به بانک مراجعه کند.

در مباحث گذشته توضیح دادیم که مشهور قائل هستند ضمان فقهی مشهور فقط به نحو «نقل ذمه الى ذمه» است برخلاف عامه که می‌گویند به نحو «ضم ذمه الى ذمه» است. ولی ما در مسئله تعاقب ایدی^۸ که وارد بحث ضمان شدیم و نسبتاً بعض مباحث را مفصل بحث کردیم، تبعاً للسید الیزدی^۹ و غیر ایشان رحمهم پذیرفتیم هرگونه ضمان که مصداق عقد باشد از آنجا که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود، شرعاً صحیح است؛ چراکه مکرر در بحث بیع و غیر بیع تذکر دادیم که کریمه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اختصاص به عقود رایج زمان رسول اکرم صلی الله علیه و آله یا زمان نزول قرآن کریم ندارد، بلکه هر عقدی را شامل می‌شود. بدین جهت ضمان حتی اگر به نحو «ضم ذمه الى ذمه» باشد نیز مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌باشد.

مثلاً یک فرعی در فقه وجود دارد که آن زمان‌ها مورد ابتلاء بوده و ظاهراً اختلافی در آن نیست. گفته‌اند اگر کشتی مثلاً گرفتار طوفان شود و خطر غرق وجود داشته باشد و کسی به غرض سبک شدن کشتی و نجات اهلش از غرق شدن بگوید این بارهای کشتی که موجب سنگینی آن شده را در دریا بریزید و من ضامنش هستم «أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلَيَّ ضَمَانُهُ»، فی ما أعلم همه گفته‌اند این ضمان صحیح است.^{۱۰}

ضماني، سواء أطلق أو عين، مثل ضمانت ما تعطيه من درهم إلى عشرة.

✓ كفاية الأحكام، ج ۱، ص ۵۹۴:

الثاني في الحق المضمون

و هو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار، و في ضمان مال الجعالة قبل فعل ما شرط خلاف بينهم.

✓ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، ص ۲۶:

يشترط في المال المضمون أن يكون ثابتاً في الذمة و ان لم يكن مستقراً، كالثمن في مدة الخيار فيصح ضمانه.

؟؟؟؟^۸

۹. العروة الوثقى (السید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۶۴:

مسألة إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن و تبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع و النصوص خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو و يمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات.

۱۰. المبسوط في فقه الإمامية، ج ۷، ص ۱۷۰:

إذا كانوا في سفينة فنقلت و نزلت في الماء و خافوا الهلاك و الغرق فألقى بعض ما فيها لتخف رجاء للسلامة ففيها ثلث مسائل:

منتها این ضمان دلیل خاصی ندارد، بلکه چون یک عقد است و غرض عقلایی هم بر آن مترتب است، گفته‌اند صحیح می‌باشد. فرقی هم نمی‌کند این عقد را عقد ضمان بدانیم و یا اینکه بگوییم خودش یک عقد مستقلی است، به هر حال این عقد تحت عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قرار می‌گیرد.

ما نحن فيه نیز چنین است؛ فرضاً زید که برای کسی چک می‌کشد و ذمه‌اش نسبت به او بری است و بانک هم ذمه‌اش نسبت به زید بری است، وقتی زید آن فرد را با چک حواله به بانک می‌دهد کأن معنایش این است که «أقرض فلاناً یا هب فلاناً بهذا المقدار وأنا ضامن» و این عقد ضمان همان‌طور که اشاره شد مانعی ندارد.

بنابراین ضمان کسی که چک را صادر می‌کند یا از طریق دیگری کسی را حواله به بانک می‌دهد، از طریق تمسک به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» درست می‌شود و همان‌طور که سید یزدی^{۱۱} در عروه تصریح

الأولى إذا ألقى بعضهم متاع نفسه فلا ضمان على أحد سلموا من ذلك أو لم يسلموا لأنه اختار إتلاف ماله لغرض له فيه. الثانية أخذ مال غيره فألقاه في البحر بغير إذن صاحبه، فعليه ضمانه، سلموا أو لم يسلموا، لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه من غير أن يلجئه صاحب المال إليه كما لو أتلف غير هذا المال.

الثالثة قال واحد منهم لبعض أرباب الأموال ألق متاعك في البحر ليخف عنا ما نحن فيه، فقبل منه فلا ضمان على من سأله، سواء نجوا أو هلكوا لأنه استدعى منه إتلاف ماله من غير عوض ضمنه له، كما لو قال له أعتق عبدك فأعتق أو طلق زوجته فطلق فلا شيء عليه وإذا قال له ألق متاعك في البحر و علي ضمانه، فألقاه فإن عليه ضمانه بلا خلاف إلا أبا ثور، فإنه قال لا ضمان عليه، لأنه ضمان ما لم يجب.

✓ المهذب (لابن البراج)، ج ۲، ص ۴۶:

و كذلك لو قال: له و هو في سفينة البحر «ألق متاعك في البحر و علي ضمان قيمته» صح، إذا كان غرضه تخفيف السفينة و خلاص النفوس من الغرق، فإذا فعل ذلك كان عليه قيمة المتاع لصاحبه.

✓ المؤلفات من المختلف بين أئمة السلف، ج ۲، ص ۳۵۵:

إذا قال لغيره و قد خافوا الغرق: ألق متاعك في البحر و علي ضمانه فألقاه، فإنه عليه ضمانه، و به قال جميع الفقهاء، إلا أبا ثور فإنه قال: لا ضمان عليه. و في المسألة إجماع الأمة، فإن خلاف أبي ثور لا يعتد به.

✓ شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، ص ۲۴۱:

و لو قال ألق متاعك في البحر لتسلم السفينة فألقاه فلا ضمان و لو قال و علي ضمانه ضمن دفعاً لضرورة الخوف و لو لم يكن خوف فقال ألقه و علي ضمانه ففي الضمان تردد أقربه أنه لا يضمن و كذا لو قال مزق ثوبك و علي ضمانه أو اجرح نفسك لأنه ضمان ما لم يجب و لا ضرورة فيه و لو قال عند الخوف ألق متاعك و علي ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فإن قال أردت التساوي قبل و لزمه بحصته و الركبان إن رضوا لزمهم الضمان و إلا فلا و لو قال و قد أذنوا لي فأنكروا بعد الإلقاء صدقوا مع اليمين و ضمن هو الجميع.

✓ قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۶۶۴:

و لو أشرفت سفينة على الغرق فقال الخائف على نفسه أو غيره: ألق متاعك في البحر و علي ضمانه ضمن دفعاً للخوف. و لو لم يقل: و علي ضمانه بل قال: ألق متاعك لتسلم السفينة فألقاه فلا ضمان. و لو لم يكن خوف فقال: ألقه و علي ضمانه فالأقرب عدم الضمان.

۱۱. العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ج ۲، ص ۷۷۹:

فرمودند و کثیری از محشین هم امضاء کرده‌اند - هرچند بعضی^{۱۲} اشکال کرده‌اند - اصلاً نمی‌توان بین مسئله «أَلْقِي مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلِيٌّ ضَمَانُهُ» و بین ما نحن فيه که در حقیقت می‌گوید «أَقْرَضُ أَوْ أَطْعَمُ أَوْ هَبْتُ فَلَاناً وَ عَلِيٌّ ضَمَانُهُ أَوْ قِيمَتُهُ» فرق گذاشت.

البته همان‌طور که اشاره شد عده‌ای با این نحو ضمان مخالفت کرده‌اند و بلکه مرحوم علامه^{رحمته} در تذکرة، ادعای اجماع بر بطلان چنین ضمانی کرده و فرموده:

«و لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليٌّ، لم يصح أيضاً عند علمائنا أجمع»^{۱۳}

یعنی اگر کسی به دیگری بگوید «هرگاه به فلانی چیزی دادی ضمانش بر عهده من باشد»، این ضمان اجماعاً صحیح نیست. منتها باید توجه داشت فرض مذکور دقیقاً مانند ما نحن فيه نیست، و احتمال دارد وجه مرحوم علامه^{رحمته} بر حکم به بطلان، به خاطر تعلیق و عدم تنجیز عقد باشد؛ چراکه گفته «هر وقت پرداختی» و در این عبارت علاوه بر آنکه مقدار مورد ضمان مجهول است، تنجیز هم ندارد. برخلاف ما نحن فيه که اولاً: منجز است چون دستور پرداخت با صدور برگه چک داده است و ثانياً: مجهول نیست و مبلغش تعیین شده است.

علاوه آنکه فرضاً عقد ضمان در ما نحن فيه مشتمل بر تعلیق باشد و ضامن چنین گفته باشد «اگر فقیری آمد و مبلغی به او پرداختی، من ضامن هستم»، چنین ضمانی بنابر أظهر مانعی ندارد؛ زیرا ما حتی در عقد بیع و بعض عقود دیگر که این اجماع بر بطلان تعلیق در مورد آنها ادعا شده بود، به سختی اشتراط تنجیز را درست کردیم و در آخر هم احتیاط واجب کردیم. و از آنجا که اجماع دلیل لَبِّي است، باید به قدر متیقن از

مسألة لو قال عند خوف غرق السفينة ألقى متاعك في البحر و علي ضمانه صح بلا خلاف بينهم. بل الظاهر الإجماع عليه و هو الدليل عندهم و أما إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها فلا يصح عندهم و مقتضى العمومات صحته أيضاً. تتمه: قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية أن ما ذكره في أول الفصل من تعريف الضمان و أنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى و أنه لا يصح في غير الدين و لا في غير الثابت حين الضمان لا وجه له و أنه أعم من ذلك حسب ما فصل.

۱۲. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۳، ص ۳۶۲:

لكن عرفت إشكاله، و أن الضمان في الموارد التي أشار إليها ليس من الضمان المصطلح، بل بالمعنى العرفي، الذي يدل على صحته العمومات، و لا سيما و أنه متداول عند العرف. فراجع.

✓ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۱، ص ۴۷۷:

حيث قد عرفت التفصيل بين الضمان المصطلح و غيره، و اعتبار ما ذكره (قدس سره) في الأول دون الثاني، فإنه يصح في الأعيان الخارجية، و موارد عدم ثبوت الحق حين الضمان مما قامت السيرة العقلية عليه، كدرك الثمن أو المثمن.

۱۳. تذكرة الفقهاء (ط - الحديث)، ج ۱۴، ص ۳۱۱.

آن در مثل عقد بیع و سایر عقودی که این اجماع در مورد آنها ادعا شده اکتفاء کنیم، اما در آنچه که عرف آن را عقد می‌داند و ارکانش به حسب عرف تمام است و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شاملش می‌شود و اجماعی بر بطلان آن وجود ندارد، نمی‌توانیم حکم به بطلان به جهت عدم تنجیز کنیم و نهایت اینکه احتیاط کنیم.

به هر حال اشکال تعلیق در اینجا مهم نیست؛ زیرا هرچند ما احتیاط کردیم، منتها آنچه در ما نحن فیه واقع می‌شود منجز است، لذا از طریق عقد ضمان می‌توان مسئله را حل کرد. و حتی نسبت به فرمایش صاحب حدائق رحمته الله که از طریق وکالت خواستند قضیه را درست کنند، می‌گوییم: آنجا هم در حقیقت ضمان است نه وکالت. مثلاً وقتی زید فردی را حواله به بانک یا شخص دیگری می‌دهد و می‌گوید برو این پول را از او بگیر، چون ذمه بانک یا آن شخص ثالث بری است لذا در حقیقت معنایش این است که زید به بانک یا آن شخص ثالث می‌گوید «پول را به محتال پرداز و من ضامن هستم». بنابراین در آنجا هم حقیقتش ضمان است، البته مانعی ندارد که عنوان حواله هم بر آن صادق باشد، کما اینکه سید یزدی رحمته الله در ضمن مبحثی در عروه اشاره به این مطلب دارد که ممکن است در جایی دو عنوان صادق باشد و اگر این دو عنوان احکام متفاوت داشته باشند که همپوشانی نداشته باشند، باید هر دو حکم را تطبیق کرد. و در عین حال بر حسب عقدی که محقق می‌شود، ذمه ضامن می‌تواند منفرداً مشغول به قرض دهنده باشد و ذمه وام گیرنده اصلاً مشغول نباشد و یا آنکه در صورت عدم پرداخت وام گیرنده، ذمه ضامن مشغول باشد و یا آنکه ذمه هر دو هم‌زمان مشغول باشد الا اینکه استقرار ضمان بر مستقرض باشد و اینکه دو ذمه هم‌زمان به این نحو مشغول باشد، عقلانی است و محذوری ندارد.

والحمد لله رب العالمین

تقریر و تنظیم: جواد احمدی

منابع یابی: فرید قیاسی

۱۴. العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۶۲:

التاسع أن لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس فالتاني الكفالة و الأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة و إن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص لكن لا دليل على هذا الشرط فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضماناً فإن كان بإذنه يتهاثران بعد أداء مال الضمان و إلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه و تفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً و ليس من الحوالة لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة و مع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.