



تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرس طباطبایی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۱۴۰۱-۰۲

جلسه هفتاد و هشتم؛ سه شنبه ۱۴۰۱/۱۲/۱۶ (جلسه بیستم فقه خلق پول)

همان‌طور که گذشت سید یزدی اعلی الله مقامه فرمودند قاعده این است که ضامن به مجرد عقد ضمان می‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند. منتها ایشان در مسئله طبق قاعده مذکور فتوا ندادند و فرمودند از اجماع و نیز موثقه ابن بکیر استفاده می‌شود که ضامن قبل از پرداخت نمی‌تواند به مضمون‌عنه مراجعه کند. اما سید بروجردی اعلی الله مقامه و فی‌الجمله بعضی دیگر از اعلام فرمودند چنین اجماعی وجود ندارد و بلکه چه بسا مشهور قائل به عکس این مطلب باشند. ما نیز عبارات شیخ طوسی رحمته الله و برخی دیگر از اعلام را ذکر کردیم و معلوم شد هرچند به آن نحوی که سید بروجردی و برخی دیگر اشکال کردند نیست، اما واقعاً اجماعی در مسئله وجود ندارد.

و از موثقه ابن بکیر هم که فرمود «لَيْسَ لَهُ إِلَّا الَّذِي صَاحَ عَلَيْهِ» فی‌الجمله اینچنین جواب دادیم که از این روایت بیش از این استفاده نمی‌شود که ذمه مضمون‌عنه به همان مقداری که ضامن أداء می‌کند مشغول می‌شود، اما اینکه آیا ضامن فقط بعد از أداء می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند یا قبل آن هم می‌تواند رجوع کند، چیزی بیشتر از اشعاری که حجت نیست از روایت استفاده نمی‌شود. إلا اینکه بعضی بیان دیگری ارائه داده و گفته‌اند از این موثقه استفاده می‌شود که ضامن قبل از أداء نمی‌تواند رجوع به مضمون‌عنه کند. این بیان چنین است:

بیان دیگری در عدم جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از أداء و پاسخ آن

اگر ضامن به مجرد عقد بتواند رجوع به مضمون‌عنه کند و ذمه مضمون‌عنه مشغول به ضامن باشد، معنایش این

است که اگر مضمون‌له بعداً ضامن را نسبت به کل آن مال یا بخشی از آن إبراء کرد و یا مصالحه به أقل کرد، ذمه مضمون‌عنه به ضامن بعد از اینکه مشغول شده، بی دلیل ساقط شود، در حالی که چنین چیزی معقول نیست.^۱

جواب این بیان از ما ذکرنا روشن می‌شود؛ زیرا یک فرض و احتمال این است که گفته شود ابتدا ذمه نسبت به کل آن مال مشغول شده و سپس ساقط می‌شود، اما ما این احتمال را نپذیرفتم و گفتیم از ابتدا ذمه مضمون‌عنه نسبت به آنچه که بناست بعداً ضامن ادا کند مشغول می‌شود. حال اگر بدانیم بنا نیست ضامن بعداً مصالحه به کمتر کند، ذمه مضمون‌عنه به کل آن مال مشغول است. و اگر از ابتدا بدانیم ضامن بناست مصالحه به کمتر کند، ذمه مضمون‌عنه هم به همان مقدار مشغول می‌شود و ضامن نمی‌تواند از مضمون‌عنه بیشتر بگیرد. و اگر هم در جایی ندانیم که بعداً مصالحه به کمتر می‌شود یا خیر، در چنین جایی با استصحاب استقبالی می‌توان گفت این اشتغال ذمه نسبت به کل مال باقی خواهد ماند و لذا ضامن کل آن مال را می‌تواند از مضمون‌عنه مطالبه کند و اگر هم بعداً کشف خلاف شد و مصالحه به کمتر شد، کشف می‌کنیم که از ابتدا ذمه به کمتر مشغول بوده و مضمون‌عنه مقدار زائد را می‌تواند پس بگیرد.

بنابراین نمی‌توان به این موثقه استدلال کرد که ذمه مضمون‌عنه قبل از پرداخت ضامن مشغول نمی‌شود، هرچند استیناسی از آن می‌شود. بنابراین دلیلی در مسئله باقی نمی‌ماند مگر قاعده‌ای که سید یزدی رحمته‌الله ادعا فرمودند. در بررسی این کلام می‌گوییم:

بررسی قاعده مورد ادعای سید یزدی رحمته‌الله در جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه به صرف ضمان

اگر قاعده‌ای که سید یزدی رحمته‌الله ادعا کردند درست باشد باید بگوییم ذمه مضمون‌عنه از ابتدا مشغول است و در صورتی که ضامن یقین یا حتی شک داشته باشد که همان مقدار باقی خواهد ماند، [می‌تواند قبل از پرداخت به مضمون‌عنه رجوع کند و کل آن مبلغ را بگیرد و اگر احياناً بعداً مصالحه به کمتر کرد یا مضمون‌له ذمه او را

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۱، ص ۴۲۵:

قوله (و خصوص الخیر):

و هو موثق عمر بن یزید، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه». و نحوه موثقة ابن بكير.

حيث إن الاستفادة من قوله (عليه السلام): «ليس له إلا الذي صالح عليه» كون المصالحة و أدائه للأقل هي السبب في الضمان و اشتغال ذمة المضمون عنه له، و هو ما يعني براءة ذمته قبل المصالحة و الأداء كما هو واضح، و إلا لكان الحكم إسقاطاً لما ثبت في ذمة الغير، و هو ما يباه ظاهر النص.

بريء کرد] کشف خلاف می شود که مقداری از آن مال یا کلس اشتباه شده است. منتها باید بررسی کنیم آیا مقتضای قاعده همین مطلبی است که سید یزدی رحمته ادعا فرمودند و یا اینکه مقتضای قاعده چیز دیگری است؟ بعضی از اعلام^۲ گفته اند قاعده خلاف آن چیزی است که سید یزدی رحمته أعلى الله مقامه بیان کردند. ایشان ابتدا مقدمه ای ذکر کرده اند که بدیهی است ذمه بی جهت مشغول نمی شود و اشتغال ذمه نیاز به سببی مانند «عقد، اتلاف یا تلف» آن هم با شروط خودش دارد. در ما نحن فیه هم حکم به اشتغال ذمه مضمون عنه قبل از أداء، دلیلی ندارد و این اشتغال ذمه بی جهت است و در نتیجه کلام سید یزدی رحمته قابل پذیرش نیست.

از طرف دیگر ممکن است بعضی^۳ بگویند همانطور که سید یزدی رحمته فرمود، قاعده این است که ذمه

۲. مبانی العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۴۵:

بل مقتضی القاعدة هو الأول، إذ لا بد في اشتغال ذمة الغير من سبب له من عقد أو إتلاف أو تلف في بعض الموارد- وإلا فالضمان من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

و من هنا في حيث ان الأمر بالضمان و اقدم الضامن عليه، لا يعني إلا براءة ذمة المدين من الدين و اشتغال ذمة الضامن به، فلا وجه للقول باقتضاءه بنفسه للضمان و اشتغال ذمة المضمون عنه تجاه الضامن إذ لا ملازمة بينهما بالمرّة. و دعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن فيشملة حديث لا ضرر.

واضح الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر- كما نحن فيه. بل الضمان انما يثبت في موارد أداء الضامن للدين بالسيرة العقلانية القطعية فإن مقتضاها- حتى مع الإغماض عن النصوص- لزوم جبران الأمر للخسارة و النقص الواردين على مال الضامن المستندين إلى أمره، فإن هذه الناحية هي العمدة في الدليل على اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن في المقام. هذا مضافاً إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الواردة في المقام على ما ستعرف بيانه.

۳. مستمسك العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۹۴:

قال في المسالك: «قد عرفت أن الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان». و في الجواهر نسب الوجه المذكور إلى المسالك و غيرها، ثم قال: «و لعله الأقوى». لكن في الشرائع: «إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن فقد قضى ما عليه». و ظاهره اشتغال الذمة بمجرد الضمان بالاذن. و لكن حمله في المسالك على خلاف ظاهره، و يظهر منه عدم احتمال ذلك.

يعني: لما كان اشتغال ذمة الضامن بالضمان كان بأمر المضمون عنه، و كان ذلك ضرراً على الضامن، كان مضموناً على المضمون عنه. و علله في الجواهر: بأن الضمان نوع أداء، و الفرض حصوله بإذنه، فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه، فيصح حينئذ الدفع له وفاء، كما يصح للضامن إبراء ذمة المضمون عنه قبل الأداء. انتهى. لكنه أشكل عليه: بأنه لم يثبت كون الضمان أداء بالنسبة إلى ذلك، و إن كان هو كالأداء بالنسبة إلى إبراء ذمة المضمون عنه، فلا سبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالاذن بالضمان، لقاعدة احترام مال المسلم. انتهى.

و كل من التعليل و إشكاله مبني على كون سبب ضمان المضمون عنه للضامن هو أداؤه، فالتعليل مبني على أن الضمان أداء، و الاشكال راجع إلى نفي ذلك. و فيه: أنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، بل من الجائز أن يكون السبب هو الضمان الإيقاعي بإذن المضمون عنه، لأنه المأذون فيه و المأمور به، و به يكون خلاص المضمون عنه من الدين الذي عليه للمضمون له، و الأداء لا يتعلق به بوجه، و إنما يتعلق بالضامن و به إفراغ ذمته.

مضمونٌ عنه مشغولٌ باشد؛ زیرا علی الفرض مضمونٌ عنه از ضامن درخواست کرده یا اذن گرفته که ضمانت او را کند و این ضمانت به این معناست که ضامن از حین ضمانت درگیر باشد و ذمه مضمون عنه منتقل به او شود و رابطه پولی مضمونٌ له فقط با ضامن باشد و در مقابل، ذمه مضمونٌ عنه فقط مشغول به ضامن باشد و رابطه پولی با مضمونٌ له نداشته باشد. و این اتفاق از همان ابتدا و حین ضمان محقق می‌شود و همین مقدار کافی است که ضامن بتواند قبل از أداء به مضمونٌ عنه رجوع کند و ظاهراً نظر سید یزدی رحمته الله هم به این بیان باشد.

و اگر گفته شود موجب و قابل در عقد ضمان، ضامن و مضمونٌ له هستند؛ زیرا مفاد عقد ضمان این است که ضامن می‌گوید «ذمه من به جای مضمونٌ عنه به مضمونٌ له مشغول باشد و ذمه مضمونٌ عنه مشغول نباشد» و اگر مضمونٌ له هم قبول کند تمام است. بنابراین ارکان عقد ضمان، ضامن و مضمونٌ له هستند و بیش از این هم از عقد ضمان استفاده نمی‌شود. بله، برای جواز رجوع، شرطش این است که مضمونٌ عنه هم بپذیرد، اما مضمونٌ عنه جزء ارکان عقد نیست.

و في حاشية بعض الأعظم: ان القاعدة تقتضي ذلك، من جهة أن اشتغال ذمة المضمون عنه إنما يكون باستيفائه لمال الضامن، و هو إنما يحصل بالأداء، و قبله لا استيفاء. انتهى. و الاشكال فيه ظاهر مما عرفت فإن أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، و إنما يرتبط بالضامن و به فراغ ذمته. و أما ما يرتبط بالمضمون عنه و يكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، و هو الذي أذن له فيه و أمره به، و بنفس الضامن تكون الخسارة المالية على الضامن، و هي بأمر المضمون عنه، فيكون ضامناً لها.

قال في التذكرة: «و إن لم يكن (يعني: الضامن) متبرعاً بالضامن و ضمن بسؤال المضمون عنه، فهل يثبت للضامن حق عليه و يوجب علقه بينهما؟ للشافعية وجهان: أحدهما: أنه يثبت، لأنه اشغلت ذمته بالحق كمالاً لما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل. و الثاني: لا يثبت لأنه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم. إذا عرفت هذا فان كان المضمون له يطالب الضامن بأداء المال فهل للضامن مطالبة الأصيل بتخليصه؟ قال أكثر الشافعية: نعم، كما أنه يغرم إذا غرم.

و قال النفال: لا يملك مطالبته به. و هو الأقوى عندي إذ الضامن انما يرجع بما أدى فقبل الأداء لا يستحق الرجوع، فلا يستحق المطالبة ..»
و من أمعن النظر في الوجهين الذين ذكرهما الشافعية يتضح له أن الأوجه أولهما، و أن العلامة إنما رجح ثانيهما لعدم وجوب شيء على المضمون عنه إلا ما أداه الضامن حسب ما دل عليه الدليل بالخصوص، فكأنه لأجله لم يرفع اليد عن القاعدة المقتضية لجواز الرجوع من أول الأمر. لكن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا بما أداه، و كذا النص لم يدل على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الأداء، و قد عرفت عبارة الشرائع الظاهرة في ثبوت الاستحقاق على المضمون عنه بمجرد ضمان الضامن. و أما الخبر فسيأتي بيانه.

و هو موثق عمر بن يزيد، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه قال (ع): ليس له الذي صالح عليه.»
و نحوه موثق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله (ع). و هذا الخبر لا يدل على عدم اشتغال الذمة حين الضمان، و إنما يدل على عدم اشتغال الذمة بما لم يؤد أو ما لم يصلح عليه و كذلك خبر الحسين بن خالد المتقدم يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه و لو لأجل كونه مشغول الذمة بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا دلالة له عليه. فالنصوص قاصرة عن إثبات الوجه الثالث، لأنها دلالة على الوجه الأول، و تكون موجبة لخلاف القواعد.

در جواب گفته می‌شود هرچند عقد ضمان بیش از نقل ذمه مضمون‌عنه به ضامن و قبول مضمون‌له نیست، متنها برای جواز رجوع شرطش این است که مضمون‌عنه هم راضی باشد. پس عقد ضمان هم مثل بسیاری از عقود دیگر شرطی دارد و لذا باید طبق آن شرط عمل شود. و ظاهراً هیچ کس قائل نشده که کسی ضامن دیگری شود فقط به عقدی که بین او و طرف مقابل واقع شده بدون اینکه مضمون‌عنه اذن بدهد به گونه‌ای که است بدون اذن مضمون‌عنه، و در عین حال امکان رجوع به مضمون‌عنه هم برای ضامن باشد.

بنابراین این بیان که «عقد ضمان بیش از این بیان نمی‌کند که ذمه مضمون‌عنه منتقل به ضامن می‌شود»، به تنهایی کافی نیست.

نظر برگزیده در مقتضای قاعده: عدم جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از أداء

می‌توان گفت درست است که عقد ضمان، امر مضمون‌عنه و اذن ضامن را لازم دارد، اما از آنجا که آیه و روایتی نداریم که حقیقت عقد ضمان را تبیین کرده باشد، لذا باید ببینیم عرفاً عقد ضمان چیست. و وقتی به عرف مراجعه می‌کنیم مطمئنیم که وقتی کسی ضامن دیگری می‌شود، به مجرد عقد ضمان خود را طلبکار از مضمون‌عنه - حتی با اذن او - نمی‌داند و یا حداقل نسبت به این مطلب شک داریم. و معمولاً نزد عرف اینچنین است که مضمون‌عنه به ضامن می‌گوید «فلانی از من طلبکار است و تو بدهی من را بپرداز و من به تو خواهم پرداخت» و سیره عقلانیه بر این است. بنابراین یا می‌دانیم عقد ضمان عرفاً به این معناست یا لااقل شک داریم بیش از این باشد، لامحاله وقتی بیش از این شک داشتیم، استصحاب عدم اشتغال ذمه مضمون‌عنه قبل از پرداخت جاری است. بدین جهت کلام سید یزدی رحمته‌الله که فرمود مقتضای قاعده آن است که به مجرد عقد ضمان، ذمه مضمون‌عنه نسبت به ضامن مشغول می‌شود، قابل پذیرش نیست و بلکه بنابر اظهر، نزد عرف و عقلاء سیره آن است که بعد از اینکه ضامن پرداخت، ذمه مضمون‌عنه نسبت به او مشغول می‌شود، [کما اینکه در زبان فارسی گفته می‌شود «بپرداز و من می‌پردازم»].

بنابراین عدم جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از پرداخت، مطابق قاعده است و لذا در جواب سؤالی که قبلاً مطرح شد که آیا بانک‌ها می‌توانند قبل از اینکه دین مضمون‌عنه را پرداخت کنند به او رجوع کنند، می‌گوییم قبل از پرداخت نمی‌توانند آن پول را از مضمون‌عنه بگیرند و در نتیجه در اینجا یک سیاست انقباضی کوچکی درست می‌شود که نمی‌گذارد حجم پول اضافه شود. بله، در یک فرض خاص، استدراکی داریم که

نتیجه‌اش آن می‌شود که حجم پول اضافه می‌شود و آن اینکه:

استدراکی از مقتضای قاعده: جواز رجوع ضامن به مضمون‌عنه قبل از پرداخت، با شرط ضمن عقد

اگر ضامن شرط کند در صورتی ضمانت - به نحو شرعی که همان «نقل ذمه» است - می‌کند که مضمون‌عنه فوراً بعد از عقد، پول را بپردازد و یا حداقل حق رجوع به او داشته باشد، [در این صورت ضامن قبل از پرداخت حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد]. متنها این بیان در صورتی تمام است که اولاً: در اینجا شرط صادق باشد و ثانياً: خلاف شرع یا خلاف مقتضای عقد هم لازم نیاید، در این صورت نافذ بوده و مشمول «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» است، لذا باید این دو جهت را بررسی کنیم.

ابتدا در بررسی جهت دوم می‌گوییم: چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نیست؛ زیرا گفتیم عقد ضمان عرفاً به این معناست که ضامن به مضمون‌له بگوید «دین فلانی به عهده من است» و مضمون‌له هم قبول کند؛ لذا اگر ضامن شرط دیگری در ضمن عقد ذکر کرد که فوراً بعد از عقد مضمون‌عنه پول را بپردازد و یا حداقل حق رجوع به او داشته باشد، چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نیست. کما اینکه صاحب عروه^۴ می‌فرماید اگر ضامن شرط کند که مضمون‌عنه کاری برای او انجام دهد و یا مبلغی به خاطر این ضمانت به او بپردازد مانعی ندارد و عموم «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» چنین شرطی را دربرمی‌گیرد؛ مثلاً بگوید «من ضمانت تو را قبول می‌کنم به شرط اینکه فلان مبلغ به من بپردازی». بیشتر معاریف محشین عروه هم با این کلام سید یزدی^۵ موافقت کرده‌اند.^۵

و حتی ممکن است ذمه مضمون‌عنه به عنوان ضمان مشغول نشود، به این نحو که ضامن بگوید پول را زودتر بپرداز و نزد من به عنوان قرض باشد و زمانی که به مضمون‌له پرداخت کردم آن وقت ملک من بشود. و یا حتی اگر به نحو دیگری هم باشد مثلاً به عنوان ودیعه و ملک خودش یعنی مضمون‌عنه باشد مانعی ندارد.

۴. العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۶۵:

مسألة يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن و المضمون له لعموم أدلة الشروط و الظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما كما إذا قال الضامن أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً أو قال المضمون له أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا و مع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

۵. برخی هم اشکال کرده‌اند. (مقرر)

✓ العروة الوثقی (المحشى)، ج ۵، ص ۴۱۴:

يشكل جوازه و لو قيل به ففي كون التخلّف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلّف عما تضمّنه عقد النكاح وجهان والأظهر الثاني. (النائبي).

کما اینکه خلاف شرعی هم در این موارد لازم نمی‌آید؛ زیرا اینکه مضمون‌عنه چند روز زودتر پول را به کسی - نهایت به عنوان قرض - بدهد تا وقتی که ذمه‌اش نسبت به او مشغول شد آن پول را بردارد یا تهاثراً ملک ضامن شود، خلاف شرعی لازم نمی‌آید.

عمده بحثی که وجود دارد و ندیدم فقهاء متعرض آن شده باشند این است که آیا واقعاً در اینجا صدق شرط می‌کند یا خیر؟ چراکه حقیقت شرط «التزام فی التزام» است و باید یک عقدی باشد که در ضمن آن شرط ذکر شود. اما آیا بین مضمون‌عنه و ضامن عقدی محقق شده است؟ می‌گوییم فرض این است که در اینجا بیش از عقد ضمان و نیز إذن یا رضایت ضامن وجود ندارد. و نهایت این است که چون ضامن آن پول را می‌پردازد و سیره عقلائیه هم بر این است که اگر کسی به امر دیگری هزینه‌ای کرد و اماره‌ای بر مجانیت نبود - چه رسد به اینکه تصریح کند که باید بپردازد - باید جبران کند. متنها این یک قاعده عقلائیه غیر مردوعه است و باید دید آیا این مقدار برای صدق شرط کافی است در صورتی که ضامن بگوید «من ضمانت می‌کنم به شرط اینکه فوراً بعد از عقد بپردازی یا حق رجوع به تو داشته باشم» یا اینکه شرط به معنای «التزام فی التزام» صادق نیست؟

می‌گوییم: بعید نیست در اینجا صدق شرط کند؛ زیرا هرچند عقدی [بین مضمون‌عنه و ضامن] وجود ندارد اما شرط ابتدایی هم نیست. شرط ابتدایی مانند آن است که مثلاً کسی ابتدائاً بگوید فردا پنجاه هزار تومان به فلانی می‌دهم، اما اگر بگوید «فلان کار را بکن و من مزدت را می‌دهم و یک چیزی هم اضافه می‌دهم»، این ظاهراً یا مصداق شرط است و یا نهایت اینکه یک سیره عقلائیه غیر مردوعه در مورد آن وجود دارد که باید طبقش عمل شود. ما نحن فیه هم چنین است، وقتی ضامن تقاضا می‌کند که مضمون‌عنه زودتر پول را به او بپردازد و یا خود مضمون‌عنه بگوید زودتر پول را می‌دهم، بعید نیست صدق شرط کند و یا لاقفل در خصوص مورد سیره عقلائیه غیر مردوعه وجود داشته باشد. و لذا اگر بانک‌ها از ابتدا شرط کرده باشند [که مضمون‌عنه فوراً بعد از عقد پول را بدهد یا لاقفل حق رجوع به او داشته باشد]، ظاهر آن است که مشکلی ندارد. البته یک تأملی در اینجا داریم ولی فعلاً وجه اشکالی که جدی باشد وجود ندارد هرچند باید احتیاط کرد.

خلاصه مطلب این شد که به حسب طبع اولی ضامن نمی‌تواند قبل از پرداخت به مضمون‌عنه مراجعه کند و ذمه مضمون‌عنه نسبت به او مشغول نیست و تنها بعد از پرداخت است که ذمه او مشغول می‌شود. دلیل بر این مطلب هم نه اجماع است و نه روایت، بلکه قاعده اولیه چنین است و بیش از این هم از عقد ضمان استفاده

نمی‌شود. منتها مانعی ندارد که با شرط در ضمن خود عقد ضمان فضلاً از شرط در ضمن عقد دیگر - که قطعاً چنین شرطی جایز است و بحثی در آن وجود ندارد - این شرط را انجام داد.

اما در مورد قضیه حواله که مقداری مهم‌تر است و همان‌طور که اشاره کردیم سید یزدی ^۶ خیلی جدی به آن پرداخته و فرموده چون اجماع و روایتی وجود ندارد، لذا محال‌علیه به مجرد حواله می‌تواند رجوع به محیل کند و حتی اگر محتال ابراء کند یا مصالحه به کمتر کند محال‌علیه می‌تواند تمام آنچه را که به او حواله شده از محیل بگیرد، می‌گوییم:

والحمد لله رب العالمين

تقریر و تنظیم: جواد احمدی

منابع یابی: فرید قیاسی

۶. العروة الوثقی (للسید الیزدی)، ج ۲، ص ۷۹۰:

مسألة قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا أحال عليه فقبل و أدى فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء إن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء فقبله و إن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء و الأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له و حصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً و مقتضى القاعدة في الضمان أيضا تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه إلا أن الإجماع و خبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه و في المقام لا إجماع و لا خبر بل لم يتعرضوا لهذه المسألة و على هذا فله الرجوع على المحيل و لو قبل الأداء بل و كذا لو أبرأه المحتال أو وفاة بالأقل أو صالحه بالأقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقا إذا كان بريئاً.