ماهية الضمان في الفقه الإسلامي

What is the guarantee in Islamic jurisprudence?

أ. م. د. شذى مظفر حسين

كلية القانون / جامعة القادسية

shatha.hussien@qu.edu.iq

الكلمات الافتتاحية :
الضمان، الإحسان، التضامن، الذمة، نقل الذمة، ضم الذمة.

Keywords :
guarantee, benevolence, solidarity, responsibility, transfer of responsibility, annexation of responsibility.

Abstract: Jurisprudential opinions differed on the nature of the guarantee, depending on the purpose for which the guarantee was legislated, based on two opinions. Most of the Imami hold that the purpose of it is benevolence to the guaranteed person (the debtor) by discharging him from the debt and transferring it to the guarantor. For them, the guarantee means the transfer of the covenant, and on the other hand, the jurists of the public held that the purpose of the guarantor is to protect the guaranteed person and to be in solidarity with him, because the guarantee for them means to join the covenant. The guaranteed person can claim the debt from the guarantor and the guaranteed debt together. The focus of the research is to answer the following question, the purpose of the guarantee legislation? Is it the transfer of responsibility, which is consistent with the linguistic concept of guarantee, which means the guarantee of something for something and its condition in the case of guarantee and mortgage in their statement of documentation and benevolence?! This is through extrapolation of jurisprudential opinions, and sometimes we refer to the law Iraqi civilian.

الملخص

تباينت الآراء الفقهية في ماهية الضمان تبعاً للغاية التي شُرِع الضمان لأجلها على رأيين، فذهب أغلب الإمامية إلى أن الغاية منه هي الإحسان إلى المضمون عنه (المديون)

بإبراء ذمته من الدين وانتقالها إلى ذمة الضامن؛ فالضمان عندهم يعني نقل الذمة، وفي المقابل ذهب فقهاء الجمهور إلى أن الغاية من الضامن هي حماية المضمون له والتضامن معه لأن الضمان عندهم يعني ضم الذمة؛ فالمضمون له يتمكن مطالبة الضامن والمضمون عنه بالدين معاً. إن محور هذا البحث يكون في الإجابة عن السؤال عن غاية تشريع الضمان هل هو نقل الذمة والتي تتفق والمفهوم اللغوي للضمان والذي يعني تضمن شيء لشيء وحاله حال الكفالة والرهن في إفادتهما التوثيق والإحسان؟!. وذلك من خلال استقراء الآراء الفقهية ومقارنتها.

المقدمة : إن حاجة البشر للتأمين على الإلتزامات والحقوق الناجمة من إبرام العقود بين أبناء البشر كانت وراء إيجاد عقد الضمان، وهو من العقود التي من شانها حفظ وصيانة الحقوق والأموال؛ وهو أمر أقرته الشرائع والأديان خاصة التشريع الإسلامي، والذي أعده من الحلول العقلائية التي يبحث عنه كأساس عرفي في الملكية الفردية والإجتماعية، الأمر الذي جعله يحظى بالمقبولية عند الشعوب على مر العصور. أهمية الموضوع: على الرغم من كثرة الأبحاث في الضمان في الفقه الإسلامي لكن البحث في مجال الخلاف في مفهومه والغاية من تشريعه قائم إلى يومنا هذا، ويحتاج إلى المزيد. مشكلة البحث: إن الخلاف الفقهي حول ماهية الضمان ربما يعود إلى تعدد مصاديقه بسبب إختلاف موجباته، الأمر الذي جعل بعضهم يذهب إلى القول بأن الضمان يعني التعهد وآخرون قالوا إنه إلتزام وإلزام وأحياناً يستعملون الضمان وأخرى يستعملون ألفاظاً أخرى مكانه؛ ومن الواضح إن أهمية هذا النوع من الضمان، وذلك:

- باعتباره ابتلائياً أكثر من غيره.
- قلّة بحثه والتعرّض له من قبل الفقهاء.

الدراسات السابقة:

فيما يتعلق بالدراسات السابقة للضمان، فإننا نجد أن الضمان من البحوث القديمة الحديثة في آنٍ واحد، خاصة فيما يتعلق البحث بخصوص حقيقته لم يتطرق إليها الباحثين وهو الذي دعانا للبحث فيه من خلال تقصي الآراء في ذلك. منهج البحث: إن البحث في ماهية الضمان يستلزم الوقوف على الآراء اللغوية والفقهية وذلك يتطلب بحثه باتباع النهج التحليلي الإستقرائي المقارن.. من خلال الرجوع إلى الكتب اللغوية والفقهية المعتبرة.

خطة البحث: يتكون البحث من المقدمة ومبحثان:

المبحث الأول: مفهوم الضمان.

المبحث الثاني: النظريات الفقهية في الغاية من الضمان

وتليهما الخاتمة والتي تتضمن بيان النتائج والتوصيات، ثم الهوامش والمصادر.

المبحث الأول : مفهوم الضمان يتطلب البحث في مفهوم الضمان بيان معناه اللغوي والإصطلاحي، وبيان المائز بينه وبين بعض الألفاظ ذات الصلة به، وذلك في مطلبين منفصلين: -

المطلب الأول : تعريف الضمان : أولاً: الضمان لغة :تعددت معاني الضمان في اللغة، فقال بعضهم: أن الضمان من ضمن الشئ كفله، وضمنته الشئ تضميناً فتضمنه عني: غرمته فالتزمه، وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه، والمضامين: ما في أصلاب الفحول(١)...وضَمَّنَ الشيءَ الشيءَ: أَوْدَعه إياه كَمَا تُودِعُ الوعاءَ المتاعَ (٢). وأنه يعني التعهد، الإلتزام، و احتواء الشيء وحفظه (٣)، وورد بمعنى العهدة(٤)، والضمان يعني الإلتزام والتعهد والكفالة ودخول شيء بشيء وإحاطته به (٥). وذكر بعض العلماء أن هناك خلاف في جهة اشتقاق كلمة الضمان، فقال بعضهم: و قولُ بعضِ الفُقَهاء :الضَّمانُ مأخُوذٌ من الضم غَلَطٌ من جهَة الاشْتِقاق(٦).. فالضمان من الضم، إلا أن جهة الإشتقاق لا تساعد عليه لأن نونه أصلية والضم لا نون فيه (٧)،ولهذا الإختلاف آثار تترتب على الضمان سيأتي بحث بعضها من خلال البحث.

ثانياً: الضمان إصطلاحاً : لفقهاء المسلمين في معنى الضمان ومادة اشتقاقه قولان: القول الأول: يعود إلى الإمامية والظاهرية: فقد اعتبروا الضمان عقداً شُرّع للتعهّد بمال(٨)، وأنه:" مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان في ذمته من المال، ويجعله في ضمن ذمة أخرى" (٩). فالإمامية يرون الضمان يعني النقل: (نقل الدين أو الحق) إلى ذمة الضامن وتفرغ به ذمة المدين الأصلي.. وقال في التذكرة لابد في الضمان من صيغة تدل على الالتزام، مثل: ضمنت لك ما لك على فلان، أو: تكفلت به، أو: تحملته، أو: تقلدته، أو: التزمته، أو: أنا بهذا المال ضمين، أو كفيل، أو ضامن، أو زعيم(١٠). الظاهرية ذهبت إلى هذا ال، قال في المحلى:".. فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أي وجه كان حالا أو إلى أجل سواء كان الذى عليه الحق حيا أو ميتا فضمن له ذلك الحق انسان لا شئ عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذى له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته ابدا بشئ من ذلك الحق ..مما ضمن عنه أصلا "(١١). القول الثاني: لأغلب فقهاء الجمهور: فقد قالوا إن الضمان مشتق من الضم: ومنهم (الحنفية) عرفوه أنه:" ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين(١٢)، وتبعهم المالكية فقالوا : الضمان شغل ذمة أخرى بالحق(١٣)، والحنابلة قالوا أن الضمان :" مشتقّ من الضمّ ، فإنّ الضامن قد ضمّ ذمّته إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحقّ ، فيثبت في ذمّتهما جميعاً، فلصاحب الحقّ مطالبة مَنْ شاء منهما "(١٤)، وكذلك الشافعية يرونه عبارة عن: عقد يقتضي إلتزام حق ثابت في ذمة الغير(١٥).

بعض فقهاء الإمامية ذكروا في الضمان أنه:

– هو اعتبار خاص يترتب عليه آثار تكليفاً ووضعاً ممّن قال بذلك المحقق الخراساني: « ولا يخفى أنّ الضمان هو اعتبار خاص يترتّب عليه آثار تكليفاً ووضعاً، منها: أداء المضمون إلى المضمون له لو تمكّن منه أو أداء بدله من قيمته أو مثله لو لم يتمكن من أدائه، لتلف ونحوه، وهو بهذا المعنى لا يكاد يكون في مال نفس الضامن، بل في مال غيره... " (١٦)، هو نفس المعنى اللغوي وأراد بالاعتبار الخاص هنا: الالتزام والعهدة التي يلتزمها الضامن تجاه مال الغير، .. هو ما ذكره المحقق الخراساني من إنّه لا ضمان في مال نفس الإنسان؛ لأنّ العقلاء لا يعتبرون المالك

ضامناً لأمواله الشخصية (١٧)... فالضمان الذي يعني التعهد هو حكم وضعي، كونه سبباً لإشتغال الذمة بالدين ينشئ حكماً تكليفياً.. وهو وجوب الوفاء بدين المضمون عنه.
-بعضهم عريف الضمان بلوازمه فقال: والذي يقصد بالضمان هو درك الخسارة (التعويض) التي تنشأ من مخالفة ألزمها الشارع(١٨)؛ فقد صريح المحقق النائيني بكون الخسارة من لوازم الضمان وآثاره لا أنّها هي معناه الحقيقي(١٩)، قال صاحب الحدائق: وقيل : سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله(٢٠). ولدى بعض فقهاء الجمهور: الضّمَانُ وَالْكَفَالَةُ قَدْ يُسْتَعْمَلاَنِ بِمَعْنًى وَاحِدٍ(٢١)، أن الضمان والكفالة مترادفان وضعا لمطلق التعهد سواءاً بالمال أو بالنفس وتشخيص كل واحد منهما يكون بالقرينة (٢٢)،إلا أن من الفقهاء كالشافعية (٢٣) : يرون أن الكفالة تعني التعهد بالنفس كما في النص القرآني الْكَفَالَةُ: الضّمان كما في قوله تعالى" وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا (٢٤)المعنى: تضمّنها (٢٥). وقوله عز وجل:" وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"(٢٦). فالكفالة في القرآن الكريم معناها التعهد بالنفس برعاية مصالحها لا مجرد الضم (٢٧). ومما تقدم بيانه فإن البحث يرجح تعريف السيد اليزدي كونه أجمع التعاريف، حيث قال: " وهو من الضمن ؛ لأنّه موجب لتضمّن ذمّة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له . فالنون فيه أصلية . كما يشهد له سائر تصرّفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما . وما قيل من احتمال كونه من الضمّ فتكون النون زائدة واضح الفساد ؛ إذ مع منافاته لسائر مشتقاته لازمه كون الميم مشدّدة "(٢٨). المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالضمان : هناك ألفاظ ذُكرت ولها صلة بالضمان من أهم تلك الألفاظ والتي لها صلة ببحثنا هذا: "العهدة والذمة " وذلك ما سنتناوله في المطلب الثاني:
أولاً: العهدة : تعددت الآراء في بيان معنى العهدة ومنها أنه: يقال للشيء الذي فيه ضعف أو نقص أوفساد: أن فيه لعهدة، ولما يحكم بعد.. و سوء خلق(٢٩).. قال في الحدائق:" يقال في الأمر: عهدة بالضم : أى لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف . فكان الضامن ضمن ضعف العقد . والتزم ما يحتاج اليه فيه من عزم (٣٠). ومن معانيها : الأمانُ واليمينُ(٣١). والعَهْدُ جمْع العَهْدَة . وهو الميثَاقُ و اليَمِينُ التي تَستَوثِقُ بها مِّن يُعاهِدُكَ . والعَهْد: الحِفَاظُ ورِعَايَةُ الحُرْمَة.. العَهْد: الأَمَانُ. وكذلك الذِّمَّة.. وإِنَّمَا سُمِّيَ اليَهودُ والنَّصَارَى أَهلَ العَهْدِ لِلذِّمّة الّتي أَعطُوهَا. فإذا أَسْلموا سَقَطَ عنهم اسمُ العَهْد(٣٢).. وفي الإصطلاح: فسر المحقق الأصفهاني الضمان بالعهدة قال : " والعهدة في كلّ مقام لها آثار تكليفية أو وضعية ولكنه لا يختلف معنى العهدة باختلافها"(٣٣). فالعهدة ـ وهي الضمان ـ في كلّ مورد لها آثار تكليفية ووضعية (٣٤)... ولعلماء المسلمين آراء في العهدة على أنها الذمة كما سيأتي في بحث الذمة...
ثانياً: الذمة: تعددت معان الذمة في اللغة وقرئت بقراءات عدة، ولكل منها معنى خاص بها، قال في النهاية: الذِّمَّة والذِّمَام وهُما بِمَعْنَى العَهْد، والأَمَانِ، والحُرمَة، والحقّ. وسُمِّي أَهْلُ الذِّمَّة لدخُولهم فِي عَهْدِ الْمُسْلِمِينَ وَأَمَانِهِمْ. (٣٥).
وقال الطريحي: ومنه سمي المعاهد ذمّيّاً: نسبة إلى الذِّمَّة بمعنى العهد(٣٦). والذمة في الإصطلاح: فقد ذكر الفقهاء آراءاً في: تحديدها ووقت وجودها: بعضهم يراها صفة في الإنسان يصير بها الإنسان صالحاً لما له ولما عليه، بل لا يراد بها إلا نفس الإنسان أو الذات

التي لها عهد :" المراد بالذمة العهد المتعلق بالإنسان فقولهم في ذمته كذا، أي في نفسه باعتبار عهدها المتعلق بها فقولهم ضم ذمة إلى ذمة معناه ضم شخص إلى شخص إلى شخص في التعهد بالحق، وبه قال الخفيف: أن الذمة في اللغة العهد وسمي بذلك لأن نقضه يوجب الذم .... وعند العلماء يراد بها نفس الشخص وهي محل لما لها وما عليها من الحقوق والالتزامات، وأن ذمة الميت مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه (٣٧). وفي موضع آخر أشار إلى تعريف آخر للذمة وقال :أن الذمة يراد بها نفس الإنسان، وأن هذا الإطلاق إطلاق إسم الشيء الذي حل فيه، لأن الذمة هي العهد ولما كانت نفس الإنسان محلاً لعهدها أطلق عليها اسم العهد إطلاقاً مجازياً أصبح فيما بعد حقيقة عرفية، فكانت الذمة نفس الإنسان وهي محل لجميع حقوقه والتزاماته (٣٨) . وبعضهم يرى في الذمة أنها أهلية المعاملة (٣٩).وإنها: وصف شرعي يعني الأهلية لوجوب ماله وما عليه، .. ذهب إليه أغلب الفقهاء (٤٠). ومن فقهاء الإمامية يعنون بها المحل أو الوعاء الإعتباري الذي يقع ظرفاً للديون والحقوق الثابتة على الإنسان فيصير موضوعاً للإلزام والإلتزام وصالحاً لما له وما عليه من الواجبات ولما كانت الذمة وصفاً تصدر عنه الحقوق والواجبات مجال استعمالاتها تكون في شتى الموضوعات.. أكد ذلك السيد الحائري فقال الذمة: .. وعاء اعتباريّ افترضه العقلاء للأموال الرمزيّة التي لا وجود لها في الخارج كي يكون موطناً لتلك الأموال التي تتّخذ كرمز للأموال الخارجيّة، وتطبّق حين التنفيذ والأداء على الخارج تطبيقاً للرمز على ذي الرمز، ..إن لهذا الإعتبار للذمة من قبل العقلاء جاء تسييراً للمعاملات وتكييفاً عقلائيّاً لها، وتسهيلا لتمشية الأمور، فقد يحتاج الشخص إلى إيقاع المعاملة على شيء لا يمتلكه خارجاً، فيبيع عيناً غير مملوكة له ، أو يشتري بثمن لا يمتلكه ، فيكون طريق حلّ الإشكال في هذه المعاملة هو البيع في الذمّة أو الشراء بالذمّة (٤١) بعض الفقهاء ميّز بين الذمة والعهدة وقال: « إنّ الفرق الجوهري بينهما هو أنّ الأموال الخارجية أو أداءها تكون في العهدة لا في الذمّة ، والذمّة وعاء للأموال الكلية فحسب "(٤٢) وعليه ، فإنّ الضمان يكون دائماً في الذمّة ؛ لأنّ ظرف الأموال الخارجية الذي يقع موضوعاً للضمان هو العهدة لا الذمّة ، فإنّ الذمّة ظرف للمال الكلّي الذي لا وجود له خارجاً هذه هي القاعدة العامة(٤٣) أما وجود الذمة فهي توجد بوجود الإنسان وتنتهي بانتهاء حياته على رأي فريق من الفقهاء، أو هي توجد حيث يصح توجيه التكليف إليه على رأي فريق آخر منهم، والذمة على هذا لا تثبت لغير الإنسان ولا قبل وجوده حياً(٤٤). يقول السيد الحائري: أنّ الإسلام يرى أنّ الدَين عبارة عن مال موجود في الذمّة، ويرى أنّ ذمّة الشخص لا تموت بموت الشخص، فإنـّها وعاء اعتباري قابل للبقاء حتّى بعد الموت، ولذا لا حاجة إلى قيام المورّث مقام الوارث في الدَين، ..ولذا عرف الفقه الإسلامي انتقال الحقّ في باب الإرث، وأمّا بلحاظ الديون الثابتة على الميّت فذمّة الميّت باقية على حالها ما لم يوفّ دينه، ولا مجال لقيام الوارث مقامه، ويوفّى دينه من تركته ثمّ يورّث المال كما قال تعالى: ﴿من بعد وصيّة يوصى بها أو دين﴾(٤٥)، وعلى هذا الأساس لا يقول الإسلام بما جاء في الفقه الغربي من انتقال ديون الميّت إلى الورثة وأدائهم إيّاها بمقدار ما ورثوه من التركة، بل يقول: إنّ دَين الميّت لا علاقة له بالورثة.. والصحيح أنّ التركة تبقى ملكاً للميّت، ويوفّى دينه الثابت في ذمّته بها لا أنّ

الدَين يتعلّق بالتركة، وإن لم تفِ تركته بمقدار دَينه بقيت ذمّته مشغولة إلى أن يتبرع عنه متبرع.(٤٦).

المبحث الثاني :النظريات الفقهية في الغاية من الضمان : لفقهاء المسلمين في الغاية من الضمان نظريتان: الأولى: ترى أن الغاية من تشريع الضمان " نقل الذمة"، وبراءة الذمة الأصلية، والثانية: ترى أن الغاية من الضمان "ضم الذمة "، وتوثيق الدين بنحو يمكن المضمون له أن يطالب كل من الضامن والمضمون عنه، ولكل من النظريتان أدلتها الخاصة بها؛ هذه الأمور تشكل مطالب المبحث الثاني، وذلك في مطلبين منفصلين: الأول: في نظرية نقل الذمة وأدلتها، والثاني: في نظرية ضم الذمة وأدلتهما..

المطلب الأول :نظرية نقل الذمة وأدلتها :يتطلب البحث في المطلب الأول بيان آراء فقهاء المسلمين في الغاية من عقد الضمان حسب نظرية نقل الذمة وممن تبناها. وذلك ضمن الآتي:

أولاً: مفاد نظرية "نقل الذمة " : قال في الوسيلة:" الضمان إثبات مال في الذمة بعقد... لأن الضمان ينقل المال إلى ذمة الضامن"(٤٧). وإن نقل الذمة عبارة عن براءة الذمة الأصلية، لأن الضمان بني على الارفاق و تسهيل الأمر على المضمون عنه؛ قال في المسالك:" عقد الضمان مبنيّا على الارتفاق، و القصد منه استيفاء الدّين من الضامن(٤٨). وفي مفتاح الكرامة أن الضمان:"... مشتقّ من الضمن، لأنّه يجعل ما كان في ذمّته من المال في ضمن ذمّة اخرى، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ. فالنون فيه أصلية بناء على أنّه ينقل المال من الذمّة إلى الذمّة"(٤٩). قال في الجواهر:" (مع تحقق الضمان) الجامع لشرائط الصحة (ينتقل المال إلى ذمة الضامن ويبرأ المضمون عنه و) حينئذ (تسقط المطالبة) من المضمون له (عنه) لعدم الحق له في ذمته، بلا خلاف في شئ من ذلك عندنا ولا إشكال، بل الاجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الفقه(٥٠). ومعنى براءة المضمون عنه براءته من حقّ المضمون له لا مطلق البراءة، فإنّ الضامن يرجع عليه بما أدّاه إذا ضمن بإذنه(٥١). ويؤيد معنى نقل الذمة أنه :" لو أبرأ المستحق للدين ذمة الأصيل، لم يبرأ الضامن؛ لأن الحق سقط عن ذمة الأصيل بالنسبة إلى صاحب الدين، فلا يصادف الإبراء استحقاقا فلا يكون صحيحاً، ولو أبرأ الضامن، لم يبرأ الأصيل عندهم؛ لأن إبراءه إسقاط للوثيقة، وذلك لا يقتضي سقوط أصل الدين كفك الرهن وهذا بناء على بقاء الدين في ذمة الأصيل، وقد بينا بطلانه (٥٢). ذهب إلى ذلك الظاهرية أيضاً فقال ابن حزم في الضمان: فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه...وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة وأبو ثور، وأبو سليمان وجميع أصحابنا كما قلنا من أن الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه ولا سبيل للمضمون له إليه أبدا وانما حقه عند الضامن(٥٣). ثانياً: إشكال وجواب: من فقهاء الإمامية مَن تأثر في بيان ماهية وحقيقة الضمان والغاية منه برؤيتهم لطبيعة الدين والنظرية العامة للملكية (٥٤)؛ فذهبوا إلى أن الضمان كالدين ناقل للذمة؛ لأن الدين أمراً خارجياً لا اعتبارياً، ومن المحال تصور استقرار الدين في الذمة، وآخرون بناءاً على الرأي السابق قالوا أن الضمان يبدل الدين تعهداً بدلياً فالضمان ليس الا التعهد بالدين واشتغال الذمة به، من دون تعرض الى نقل الدين.. نقول في بيانه: الإشكال أنه: إذا كان الضمان يفك الدين، فأي دينٍ ينتقل إلى ذمة الضامن هل الدين ذاته (الذي على عهدة المديون)

أم أن الضمان يسقط الدين كونه تعهداً؛ واستنتجوا بأن التعبيرعن أن الضمان بكونه ناقلاً للذمة؛ تعبيراً مجازياً.. وذكروا لحل هذا الإشكال إجابتين: الإجابة الأولى: إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه، لأنه بمنزلة الوفاء(٥٥)، ودليلهم في ذلك القول بتعدد الدين: قال في المسالك:" تعدد الدَّين، لإنّ ما في ذمّة الضامن من الدَّين، ليس ما كان في ذمّة المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران، غاية الأمر أنّ أحدهما يقوم مقام الآخر، بمعنى سقوط دين المضمون عنه وانعدامه مقابل حدوث الدَّين الجديد في ذمّة الضامن.." (٥٦)، وقال السيد الخوئي: وهو الصحيح: لتعدد الدين في المقام، فإن ما في ذمة الضامن من الدين ليس هو ما كان في ذمة المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغايران غاية الأمر أن أحدهما يقوم مقام الآخر بمعنى سقوط دين المضمون عنه وانعدامه بإزاء حدوث الدين الجديد في ذمة الضامن، والتعبير بانتقال الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن تعبير مسامحي جزماً، فإن الموجود في ذمته بالفعل ليس هو الدين الأول والذي كان ثابتا في ذمة المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، وإنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول وسقوطه (٥٧)... وهو يشبه ما يعبر عنه بمفهوم (تبديل التعهد) باعتبار تبدل المديون، وبه (الضمان) يسقط الدين... وهذا القول عليه أكثر الفقهاء (٥٨) وهو من جملة الموارد التي أوضحها في الشرائع:" الرابعة: إذا كان له على رجلين مال (٣٥)، فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه، تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه، ولو قضى أحدهما ما ضمنه، برأ وبقي على الآخر ما ضمنه عنه ولو أبرأ الغريم (٣٧) أحدهما، برأ مما ضمنه دون شريكه(٥٩). الإجابة الثانية: يرى بعضهم أنه لا أداء ولا وفاء لأن الضمان ينقل الدين، و هو ما قال به السيد الحكيم :" وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمة إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على وفائه بقي على حاله، لعدم الوفاء، وإن كان على إفراغ ذمة المديون بطل، لفراغ ذمته بالضمان (٦٠). وهو بذلك يرى أن انتقال الدين من آثار عقد الضمان.

ثالثاً: أدلة نقل الذمة ومناقشتها

١/ الأدلة النقلية: استدل فقهاء الإمامية لإثبات نظرية نقل الذمة بروايات ويمكن تصنيفها بالآتي منها:

- أ/ رواية احتضار عبد اللّه بن الحسين: روي أنه احتضر عبداللّه بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم ، فقال لهم : ما عندي ما اعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي عليّ بن الحسين أو عبداللّه بن جعفر ، فقال الغرماء : أما عبداللّه بن جعفر فمليّ مطول ، وأما عليّ بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا ، فارسل إليه فأخبره الخبر ، فقال (عليه السلام) : اضمن لكم المال إلى غلة ، ولم يكن له غلة ، فقال القوم ، قد رضينا فضمنه ، فلما أتت الغلة أتاح اللّه تعالى له المال فأداه (٦١).

فالرواية فيها تصريح وبيان أن عبد الله كان عاجزاً عن أداء دينه فتعهد به الإمام علي بن الحسين (ع) وضمنه عنه.. وفيها دلالة واضحة على أن الضمان لا يمكن أن يكون عبارة عن ضم الذمة.

- ب/ رواية احتضار محمد بن أسامة:

- عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لما حضر محمد بن أسامة الموت دخلت عليه بنو هاشم فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعليَ دين فأحب أن تضمنوه عني فقال علي بن الحسين عليهما السلام:

أما والله ثلث دينك علي ثم سكت وسكتوا. فقال علي بن الحسين عليهما السلام: علي دينك كله ثم قال علي بن الحسين عليه السلام: أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أولا إلا كراهة أن تقولوا: سبقنا(١٢).

في هذه الرواية دلالة واضحة على أن الضمان يعني نقل الذمة.

-ج/ رواية الخدري في امتناع النبي (ص) عن الصلاة على المتوفى المدين:

عن أبي سعيد الخدري، قال: كنا مع رسول الله (صلى‌الله‌عليه وآله) في جنازة. فلما وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم. فقال علي عليه السلام: هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن. فقام رسول الله(صلى‌الله‌عليه وآله) فصلى عليه، ثم أقبل على علي عليه السلام. فقال: جزاك الله عن الاسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك (١٣). الرواية تدل على أن الضمان بمعنى نقل الذمة.

قال في الجواهر:" .... ولكن لا يلزم (الضمان) إلا برضى المضمون له وبأن النبي صلى الله عليه وآله قد قبل، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، وبحصول إذن الفحوى من المضمون له، وبغير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته، وأنها برئت بالضمان(١٤).

قال البجنوردي: فقوله صلى الله عليه وآله لأمير المؤمنين بعد أن ضمن عن الميت بدينه " فك رهانك كما فككت رهان أخيك " دليل قاطع على أن الضمان يوجب براءة ذمة المضمون عنه وسقوط الدين عن ذمته(١٥).

- د/ حديث " الزعيم غارم"

روى أبو أمامة الباهلي أن النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته: العارية مؤداة و المنحة مردودة، و الدين مقضي، و الزعيم غارم يعني الكفيل (١٦).

يقول البجنوردي ظاهر هذه الجملة - أي جملة الزعيم غارم التي في الحديث الشريف.. وإن كانت بظاهرها جملة خبرية، ولكن حيث انه صلى الله عليه وآله في مقام إنشاء الحكم فاستعمل الجملة الخبرية في الإنشاء. وقد بينا في الأصول أن الجملة الخبرية التي استعملت في مقام الإنشاء إن كانت موجبة تكون آكد في الوجوب من الجملة الطلبية الإنشائية. .. فالحديث يدل على وجوب أداء الزعيم ما تعهد به (١٧).

وعليه إن الرواية تدل على كون الضمان يعني نقل الذمة..
وأورد بعضهم عدة إشكالات حول هذه الأدلة منها: -
١-أنّ امتناع النبيّ (ص) من الصلاة على المديونين كان في ابتداء الإسلام ، ولم يكن (ص) يصلّي على مَنْ لا يخلّف وفاءً عن ديونه ؛ لأنّ صلاته عليه شفاعة موجبة للمغفرة ، ولم يكن حينئذٍ في الأموال سعة ، فلمّا فتح الله تعالى الفتوح قال (ص) : " أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم "(٦٨).
٢- هناك تعارض بين الروايات في إعتبار وعدم اعتبار (رضا الضامن والمضمون له)؛ ففي بعضها جاء التصريح بلزوم قبول المضمون له كما هو الحال في صحيحة ابن سنان (٦٩)
٣-في النصوص بيان أن ضمان الدين كان من الميت أو من أشرف على الموت، أومن توفي دون أن يترك تركة أو أن تركته لم تكن كافية لسداد الدين، وعلى هذا الأساس لا يمكن تعديتها لديون الأحياء، خاصة أن الضمان موارده كثيرة خاصة في التجارة وأمور أخرى يقتضيها العرف والعادة.
٤-الروايات فيها دلالة على وجود حالات استثنائية وخاصة، ولا يمكن الإستدلال بها على حكم كلي، فإن الضمان يكون ناقلاً للذمة وخاصة بالنسبة لرواية (الزعيم غارم) تدل على اشتغال الذمة بالدين لا إنتقاله.
٢/ دليل العقل
استدل بعض الفقهاء ممن ذهب إلى أن الضمان هو نقل الذمة بدليل (العقل) (٧٠)على أن إشتغال ذمتين أو أكثر بمال واحد في آنٍ واحد من المحالات العقلية، ولا يمكن تصوره (٧١)... لأن "ضمُ الذمة" يقتضي إشتغال ذمة كل من الضامن والمدين بالدين؛ بدليل أن (المضمون له) مخيراً في مطالبة أي منهما، وهو أمرٌ لا يمكن تصوره عقلاً؛ لصعوبة تصور شغل ذمتين بمالٍ واحد بأن يكون كل واحد من الضامنين ضامناً لذلك المال في عرض ضمان الآخر، وعليه فإن من يقول بضم الذمة يواجه المحذور العقلي.. والواقع أن ذمة المضمون عنه تبرأ بالضمان، وينتقل الدين إلى ذمة الضامن، وهذا معنى كون الضمان ناقلاً للدين وبهذا فإن القول بضم الذمة لا أساس له (٧٢).
و علل في الجواهرالإستحالة العقلية وهي: أن وقوع شيء واحد في مكانين وفي آن واحد أمراً ممتنعاً عقلاً، وحكم العقل لا يقبل التخصيص سواءاً كان أمراً تكوينياً أم إعتبارياً، إذ أن اشتغال ذمة كل من الضامن والمديون يستلزم المحال الممتنع، فالدين أمر واحد ولا يجوز أن يستقر في عهدة شخصين(٧٣).
وبه قال الآملي أيضاً :"إستحالة الضمان العرضي مع تعدد الضمناء ... حيث اثبتنا استحالة كون مال واحد في ذمتين عرضا كاستحالة قراره في مكانين خارجيين" (٧٤)
وردَ بعضهم هذا الإستدلال بـ:
١-إن إشتغال ذمم متعددة بمال واحد أمراً جائزاً، على أن يكون بعضها بدلاً عن الآخر، وذلك يحصل في الحكم التكليفي "الواجب الكفائي والتخييري"، وفي تعاقب الأيدي في الأحكام الوضعية، فإن العين المغصوبة إذا تعاقبت عليها الأيدي كان كل واحد من ذوي الأيدي ضامناً لها على السواء، قال في مستمسك العروة:" لا مانع من اشتغال ذمم متعددة بمالٍ واحدٍ على

أن يكون بعضها بدلاً عن الآخر... ونظير ذلك الوجوب الكفائي. فإنه يتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب ، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولا فرق إلا من حيث التكليف والوضع ، فالواجب الكفائي مع أنه واحد ثابت على كل واحد من المكلفين أو في ذمته، والمضمون في تعاقب الأيدي أيضاً ثابت في ذمة كل واحد من ذوي الأيدي (٧٥).

٢- أن المستشكل يرى أن كل من الدين والذمة أمران حقيقيان، و ذكر اليزدي ذلك: "امتناع كون الشيء الواحد في مكانين يختص بالأمور الحقيقة، ولا يجري في الأمور الاعتبارية التي هي وجودات ادعائية اعتبرت عند العقلاء لأسباب اقتضت ذلك الاعتبار(٧٦).

هذا الأمر (كون الضمان بمعنى ضم الذمة لم يأخذ به القانون الوضعي أيضاً ...

٣-الإجماع: واستدل فقهاء الإمامية بالإجماع كدليل على إثبات مدعاهم على أن الضمان هو نقل الذمة لا ضمها وذلك طبقاً لما ذكره العلامة في التذكرة: وقد أجمع المسلمون كافّة على جوازه (٧٧)، وفي المسالك :عندنا موضع وفاق (٧٨)، وكذلك في الجواهر(٧٩).

ويرد على هذا الإستدلال: نظراً لوجود الكثير من الروايات التي يمكن الرجوع إليها، فلا يمكن الإستدلال بالإجماع، فنقول أمّا الإجماع فالظّاهر أنّ مدرك المجمعين هو أدلّة الضمانات و لا يكشف عن قول المعصوم و لا عن دليل معتبر سواها (٨٠)؛ ويعد هكذا إجماعاً مدركياً؛ والإجماع المدركي أو محتمل المدركيّة ليسا من الإجماع الإصطلاحي ، إذ انّ الإجماع الاصطلاحي يكشف بطريق الإن عن دخول المعصوم (عليه السلام) في ضمن المجمعين أو يكون كاشفا عن وجود دليل معتبر، وذلك بواسطة الحدس أو قاعدة اللطف ، والإجماع المدركي لا يصلح لذلك بعد أن كان مدركه محرزا (٨١).

المطلب الثاني :نظرية "ضم الذمة" وأدلتها :أولاً: مفاد النظرية: ذهب فقهاء الجمهور أن غاية عقد اضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت الدين في ذمتهما معاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما واشتقاقه من الضم ... فالضمان عندهم كما ذكر كثيرون أنه يوثق الدين الأصلي، وأساسه بناء العقلاء لأن كل من الضامن والمضمون له لا يقصدان من عقد الضمان إبراء ذمة المديون لا عرفاً ولا عقلاً ، وأن ما يقصده المضمون له هو أن يحصل على وثيقة لدينه وبالنتيجة لم ينوي من العقد إبراء ذمة المديون، فبالتوثيق يحصل المضمون له على الراحة والإطمئنان، لأن الضمان وثيقة بالحق تنحل باستيفاء الحق ... فالمضمون عنه يبقى مشغول الذمة لأن الدين مازال مستقراً في ذمته، وللدائن مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه (٨٢). وكما ذكر السرخسي أن الضمان هو: الضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالأصيل (٨٣). ذهب إلى ذلك أكثر فقهاء الجمهور(٨٤) "...إِنّ الْفُقَهَاءَ مُتّفِقُونَ عَلَى أَنّهُ إذَا أَعْدَمَ الْمَضْمُونُ أَوْ غَابَ أَنّ الضّامِنَ يَغْرَمُ الْمَال.... (٨٥). لكن الفقهاء من أخذوا بهذه النظرية اختلفوا في تفسيرهم للضم على رأيين، قال ابن القيم:" اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي الضّمَانِ، هَلْ هُوَ تَعَدٍّ لِمَحَلّ الْحَقّ وَقِيَامٌ لِلضّمِينِ مَقَامَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ أَوْ هُوَ اسْتِيثَاقٌ بِمَنْزِلَةِ الرّهْنِ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ، وَهُمَا رِوَايَتَانِ عَنْ مَالِك، يَظْهَرُ أَثَرُهُمَا فِي مُطَالَبَةِ الضّامِنِ مَعَ التّمَكّنِ مِنْ مُطَالَبَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، فَمَنْ قَالَ بِالْقَوْلِ الْأَوّلِ - وَهُمْ الْجُمْهُورُ - قَالُوا :لِصَاحِبِ الْحَقّ

مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا عَلَى السّوَاءِ، وَمَنْ قَالَ بِالْقَوْلِ الثّانِي قَالَ :لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الضّامِنِ إلّا إذَا تَعَذّرَ عَلَيْهِ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ(٨٦).. أ: نظرية الضم الطولي : ذهب بعض فقهاء الجمهور(٨٧) إلى أن الضامن لا يطالب بالدين إلا عند تعذر الوصول إلى المديون (المضمون عنه)، باي سبب كان كالإفلاس أو الإعسار أو الغيبة أو أي سبب آخر يؤدي إلى عدم الوصول إلى المديون (الأصلي)، فالضمان هنا يمكن الدائن من الرجوع إلى الضامن (المديون التبعي) لاستيفاء أمواله منه... (٨٨). أخذ بهذا القول كل من مالك وابن القاسم وإبن وهب عن ابن رشد (٨٩)، وأخذ بهذا القول ابن القيم وقواه بذكر الأدلة وذكر المبنى والأساس في أنه استيثاق بمنزلة الرهن(٩٠)... وهي نظرية تقوم على أساس الترتيب في المطالبة. واستدل الفقهاء ممن ذهبوا إلى نظرية الضمان الطولي، وأن لا يطالب الضامن بالدين إلا عند التعذر بثلاثة أدلة أشار إليها ابن القيم(٩١):

١/ :أَنّ الضّامِنَ فَرْعٌ، وَالْمَضْمُونُ عَنْهُ أَصْلٌ" وذكر في رد هذا الإستدلال: أنه لا مجال للقياس لوجود النص:" وَقَاعِدَةُ الشّرِيعَةِ أَنّ الْفُرُوعَ وَالْأَبْدَالَ لَا يُصَارُ إلَيْهَا إلّا عِنْدَ تَعَذّرِ الْأُصُولِ كَالتّرَابِ فِي الطّهَارَةِ وَالصّوْمِ فِي كَفّارَةِ الْيَمِينِ" .

٢/: أَنّ الْكَفَالَةَ تَوْثِقَةٌ وَحِفْظٌ لِلْحَقّ، فَهِيَ جَارِيَةٌ مَجْرَى الرّهْنِ.... وَالرّهْنُ لَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ إلّا مَعَ تَعَذّرِ الِاسْتِيفَاءِ مِنْ الرّاهِنِ، فَكَذَا الضّمِينُ. (٩٢)... ثم قال في رده: أن الضمان له حكم الوثيقة كالرهن:" وَلِهَذَا كَثِيرًا مَا يَقْتَرِنُ الرّهْنُ وَالضّمِينُ لِتُوَاخِيهِمَا وَتَشَابُهِهِمَا وَحُصُولِ الِاسْتِيثَاقِ بِكُلّ مِنْهُمَا... وفي الموسوعة الفقهية :" لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْكَفِيلَ مَعَ وُجُودِ الأَصِيلِ إِلاَّ إِذَا تَعَذَّرَتْ مُطَالَبَةُ الأَصِيلِ؛ لأَنَّ الْكَفَالَةَ لِلتَّوَثُّقِ فَلاَ يُسْتَوْفَى الْحَقُّ مِنَ الْكَفِيلِ إِلاَّ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الأَصِيلِ كَالرَّهْنِ(٩٣).

٣/ :أَنّ الضّامِنَ فِي الْأَصْلِ لَمْ يُوضَعْ لِتَعَدُّدِ مَحَلّ الْحَقّ كَمَا لَمْ يُوضَعْ لِنَقْلِهِ، وَإِنّمَا وُضِعَ لِيَحْفَظَ صَاحِبُ الْحَقّ حَقّهُ مِنْ التّوَى وَالْهَلَاكِ. إن القانون المدني لم يذكر مصطلح الضمان الطولي، ولم يذكر له الشروح ، إلا أن الفقهاء ذكروا له صور بعنوان "تعدد الضامنين" منها: صورة "تداول الأيدي أو تعاقبها، وبعبارة أوضح فإن تعاقب الأيدي، هو مورد من موارد الضمان الطولي وليس ذاته(٩٤)، أما من حيث المضمون فقد ورد مضمونه في موارد متعددة منها: الغصب(٩٥)، فالضمان الطولي هو حكم ينشأ جراء تعاقب على عين أو دين، حيث يكون ضامن أول لتلك العين أو ذلك الدين، ثم ينشأ بعده ضامن لاحق وهذا هو معنى الطولية في الضمان، ومعنى ذلك أن هناك ضامن لاحق يمثل امتداد لما كان يجب أن يؤديه الضامن الأول إلى المالك أو الدائن، دون نقص وذلك مسؤولية الضامن الأول.. وقد أخذ به بعض فقهاء الإمامية ذكر ذلك اليزدي في العروة: أن الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية.. ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية (٩٦) وبناءاً على ما تقدم فالضمان يوثق الدين وبه يتعهد الضامن عن الأصيل طبقاً لقاعدة "عند تعذر الأصل يصار إلى البدل"(٩٧) وإلا لو كان الضامن في نظر العرف هو المطالب بالدين حاله كحال الديون الأصيل لما أقدم على الضمان، وهو ما أشار إليه ابن القيم فقال:" يَرْجِعُ إلَيْهِ عِنْدَ تَعَذّرِ الِاسْتِيفَاءِ مِنْ مَحَلّهِ الْأَصْلِيّ، وَلَمْ يُنَصّبْ

الضّامِنُ نَفْسَهُ لَأَنْ يُطَالِبَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ مَعَ وُجُودِ الْأَصِيلِ وَيَسْرَتِهِ وَالتَّمَكُّنِ مِنْ مُطَالَبَتِهِ.وَالنّاسُ يَسْتَقْبِحُونَ هَذَا، وَيُعِدُّونَ فَاعِلَهُ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَعْذُرُونَهُ بِالْمُطَالَبَةِ، حَتَّى إذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ عَذَرُوهُ بِمُطَالَبَةِ الضّامِنِ وَكَانُوا عَوْنًا لَهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا أَمْرٌ مُسْتَقِرٌّ فِي فِطَرِ النّاسِ وَمُعَامَلَاتِهِمْ بِحَيْثُ لَوْ طَالَبَ الضّامِنَ وَالْمَضْمُونُ عَنْهُ إلَى جَانِبِهِ وَالدَّرَاهِمُ فِي كُمِّهِ وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ مُطَالَبَتِهِ لَاسْتَقْبَحُوا ذَلِكَ غَايَةَ الِاسْتِقْبَاحِ (٩٨). ب: نظرية الضمان العرضي: ذهب إلى هذا الرأي بعض الفقهاء (٩٩) على أن للمضمون له مطالبة أي من الضامن والمضمون عنه، سواءً تعذرت مطالبة الأصيل أم لم تتعذر فللدائن أن يطالب أيهما شاء على السواء، والضمان عندهم هو التضامن مع الدائن.

واستدل القائلون باشتراك الذمتين بالضمان بأدلة نقلية ولغوية منها:

١/ الأدلة النقلية: منها حديث بردت عليه جلدته:

أ: في خبر أبي قتادة: عَنْ عَبْدِ اللّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: تُوُفِّيَ رَجُلٌ فَغَسَّلْنَاهُ، وَحَنَّطْنَاهُ، وَكَفَّنَّاهُ، ثُمَّ أَتَيْنَا بِهِ رَسُولَ اللّهِ (ص) يُصَلِّي عَلَيْهِ، فَقُلْنَا: تُصَلِّي عَلَيْهِ؟ فَخَطَا خُطًى، ثُمَّ قَالَ: " أَعَلَيْهِ دَيْنٌ؟ " قُلْنَا: دِينَارَانِ، فَانْصَرَفَ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ، فَأَتَيْنَاهُ، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: الدِّينَارَانِ عَلَيَّ، فَقَالَ رَسُولُ اللّهِ (ص): " حَقُّ الْغَرِيمِ، وَبَرِئَ مِنْهُمَا الْمَيِّتُ؟ " قَالَ: نَعَمْ، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: " مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟ "فَقَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ، قَالَ: فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ، فَقَالَ: لَقَدْ قَضَيْتُهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللّهِ ص: " الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ "(١٠٠). قالوا في بيان الإستدلال: إن قول الرسول (ص) في خبر قتادة." الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ " دليل على بقاء الدين في ذمة المتوفى حتى الوفاة، فبمجرد الضمان لا ينتقل الدين إلى ذمة المضمون عنه ولذلك جاءت عبارة (الآن بردت جلده) بالضمان (١٠١)...رد بعضهم الإستدلال بهذا الحديث بـ:

١/ / لا يراد من قوله " الآن بردت جلدته " أن الميت في عذاب أن لصلاة النبي (ص) على المتوفى مغفرة وهي قبل قوله " الآن برئت ذمته"(١٠٢).

٢/ عبارة (وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما) معناها أن الضمان تبرعي ولا يتمكن المضمون له الرجوع للمضمون عنه، وهذه المسألة سبب عدم تمكن الميت من الأداء كونه لم يترك تركه وهذه الحالة من قبيل أتى أمر الله فلا تستعجلوه (١٠٣). فأتى: على الرغم من كونه ماضٍ لكنه له مفهوم المضارع فصار قطعي التحقق والوقوع(١٠٤)؛ يعني أن المضمون له لم ييأس من أداء دينه كون الميت ليس له تركة فبالضمان ، كأن المضمون له حصل على دينه ووثقه (١٠٥).

٣/إجمال الحديث: "هو مجمل من حيث براءة المضمون عنه" " أنه قد يكون تبريد زائد دخل عليه حين القضاء عنه وإن كان لم يكن قبل ذلك في حر كما تقول لقد سرني فعلك وان لم تكن قبل ذلك في هم ولا حزن. وكما لو تصدق عن الميت بصدقة لكان قد دخل عليه بها روح زائد ولا بد وان لم يكن قبل ذلك في كرب ولا غم"(١٠٦)

٤/ إن الرواية تحث الناس على الإسراع بأداء الدين وعدم التهاون في سداده، كما ذكر في المحلى:" جاءت الأحاديث في تشديد أمر الدين (ثم يقول.... وأما حديث أبي قتادة عَنْ عَبْدِ اللّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ، عَنْ جَابِرٍ فأعظم حجة عليهم لو كان لهم مسكة انصاف لان فيه

نصا قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم للضامن عن الميت: (حق الغريم عليك وبرئ منهما الميت. قال الضامن: نعم) أليس في هذا كفاية لمن له مسكة دين أو أقل تمييز؟ (١٠٧).

ب: حديث الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم):" نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"(١٠٨).

إستدل بعضهم بهذا الحديث على أن الضمان وحده غير كاف في براءة ذمة المضمون عنه، مالم يقضى عنه (١٠٩)... ويمكن ردَ هذا الإستدلال بـ:

١/عليه فإن الحديث يعني أن قضاء الدين على نحو التأدية المادية، ولا يؤيد نظرية الضم، بل العكس، بقرينة صلاة الرسول (ص) بمجرد الضمان، فالضمان يقصد به التأدية الغير المادية؛ فقد ورد في الموسوعة الفقهية: .. وَرَوَى الْبُخَارِيُّ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ الأَكْوَعِ أَنّ النَّبِيّ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ أُتِيَ بِرَجُلٍ لِيُصَلّيَ عَلَيْهِ، فَقَالَ: هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ قَالُوا: نَعَمْ دِينَارَانِ، قَالَ: هَلْ تَرَكَ لَهُمَا وَفَاءً؟ قَالُوا: لاَ. فَتَأَخّرَ فَقِيلَ: لِمَ لاَ تُصَلّي عَلَيْهِ؟ فَقَالَ: مَا تَنْفَعُهُ صَلاَتِي وَذِمّتُهُ مَرْهُونَةٌ إلاّ إنْ قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ. فَقَامَ أَبُو قَتَادَةَ فَقَالَ: هُمَا عَلَيّ يَا رَسُولَ اللّهِ فَصَلّى عَلَيْهِ النّبِيّ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ(١١٠).

٢/ ورده في المحلى عن أبو محمد: وهذا من العجب (١) احتجاجهم بأخبار هي أعظم حجة عليهم... أما نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه فليس فيه أنه حكم المضمون عنه.... ففي هذا جاءت الأحاديث في تشديد أمر الدين"(١١١).

٢/ الأدلة اللغوية:

قال ابن قدامة: إن الضمان مشتق من الضم ، فهو يعني ضم ذمة إلى أخرى، ويقتضي اشتراكهما في المضمون به (١١٢)... ورد بعضهم هذا الإستدلال بـ: أن الضمان مشتق من الضمين لا من الضم وأنه: لَوْ كَانَ مُشْتَقًّا مِنْ الضّمّ فَالضّمّ قَدْرٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ ضَمّ يُطَالِبُ مَعَهُ اسْتِقْلَالًا وَبَدَلًا، وَالْأَعَمُّ لَا يَسْتَلْزِمُ الْأَخَصّ.. (١١٣).

-إن البحث يرى:

١- أن جميع ما ذكر من الأدلة في بيان حقيقة الضمان سواءً فيما يتعلق بضمان نقل الذمة أو ضم الذمة إلى أخرى غير دقيقة ولا يمكن التمسك بها ؛ ويمكن الإستدلال على صحة عقد الضمان مطلقاً بالأدلة العامة التي تدل على صحة العقود مثل: قوله تعالى: "أوفوا بالعقود"(١١٤) فقد ذكر البجنوردي:" فالظاهر منه هو وجوب الوفاء بمضمون كل عقد، ومضمون عقد الضمان – بقوله: أنا ضامن لما على فلان – عبارة عن نقل ما في ذمته إلى ذمة نفسه (١١٥) قوله (ص):" المؤمنون عند شروطهم(١١٦)، "وقاعدة الصحة". وكل ذلك فيه دلالة على الحكم بصحة الضمان في كلا الحالتين النقل أو الضم.

٢-كما ذكر ابن القيم:" وَلَا يَمْنَعُ تَعْلِيقُ الضّمَانِ بِالشّرْطِ وَقَدْ صَرّحَ الْقُرْآنُ بِتَعْلِيقِهِ بِالشّرْطِ، فَإِنّهُ الْتِزَامٌ، فَجَازَ تَعْلِيقُهُ بِالشّرْطِ كَالنّذُورِ، وَالْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إلّا شَرْطًا أَحَلّ حَرَامًا أَوْ حَرّمَ حَلَالًا (١١٧)

وعليه فإن الراجح هو أن ظاهر بعض الأدلة الشرعية، وخاصة خبر ضمان الإمام علي (عليه السلام)، وأبي قتادة: أن الضمان يفيد النقل إلى ذمة الضامن عند الإطلاق وهذا هو ما نرجحه من بين النظريات المذكورة والعرف يؤيده: و التحقيق و إن كان خارجا عن المقام صحّة

الضّمان إذا كان القصد ضمّ ذمة إلى ذمّة كما هو مذهب العامة لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إن كان خارجا عن الضمان المصطلح فكون الضمان عند الخاصّة نقل الذمة على ما هو المستفاد من الأخبار لا ينافي صحّة قسم آخر أيضا إذا شمله العمومات الأوّلية كأوفوا و المؤمنون و نحوهما (١١٨) وكذلك قول البجنوردي:".. والمعنى العرفي للضمان هو التعهد بمال ثابت في ذمة غيره، بمعنى انتقاله إلى ذمة الضامن وبراءة ذمة المضمون عنه التى كانت مشغولة بذلك المال قبل الضمان(١١٩). ..

الخاتمة

أولاً: النتائج

١/إن الضمان من المواضيع التي حظيت باهتمام جميع الشرائع والإسلام منها، كونه يمس القضايا الإنسانية فكان مدعاة، لاهتمام الفقه الإسلامي به، من أجل إيجاد الحلول الناجعة لكل ما يستجد من الأمور في جميع المجالات، فالضمان هو اعتبار خاص يترتب عليه آثار تكليفاً ووضعاً هو نفس المعنى اللغوي

والذي يعني تضمن شيء لشيء آخر وهو سبباً في تضمن لما هو موضوع الضمان وهو يعني إلتزام بدين لآخر؛ أي دون أي قيد كـ "نقل الذمة أو ضم الذمة"، كونهما خارجان عن ماهيته، ولأنه أعم منها فلا يستلزم أحدها.

٢/إن الضمان وثيقة حالها حال الكفالة والرهن، في تضمنهما لمعنى المعروف والإحسان ولم نشهد من يعترض على ذلك.

٣/أن العرف يرى الضمان وثيقة إعتبارية وليست حقيقية وما يقوم به الضامن ما هو إلا عبارة عن تعهد فرعي تبعي؛ فلو لم يكن كذلك فإن الضامن سيتفاجأ فيما لو أحس بعد ضمانه للدين، أنه المطلوب الوحيد للدائن ولا مائز بينه والمديون (المضمون عنه).

٤/ عند إجراء عقد الضمان يكون مضمون العقد أو الشرط هو المتبع للعمومات، لقوله عز وجل: (أوفوا بالعقود)(١٢٠)، وقوله (صلى اللّه عليه وآله) المؤمنون عند شروطهم(١٢١) وغيرها مما يمكن الإستعانة بها على توجيه الكثير من المسائل الفقهية المستجدة منها.

٥/: الضامن يَرْجِعُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الاسْتِيفَاءِ مِنْ مَحَلِّهِ الْأَصْلِيِّ، وَلَمْ يُنَصِّبْ الضَّامِنُ نَفْسَهُ لِأَنْ يُطَالِبَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ مَعَ وُجُودِ الْأَصِيلِ وَيَسَرَتِهِ وَالتَّمَكُّنِ مِنْ مُطَالَبَتِهِ، وَالنَّاسُ يَسْتَقْبِحُونَ هَذَا، وَيُعِدُّونَ فَاعِلَهُ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَعْذُرُونَهُ بِالْمُطَالَبَةِ، حَتَّى إذَا تَعَذَّرَ عَلَيْهِ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ عَذَرُوهُ بِمُطَالَبَةِ الضَّامِنِ وَكَانُوا عَوْنًا لَهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا أَمْرٌ مُسْتَقِرٌّ فِي فِطَرِ النَّاسِ وَمُعَامَلَاتِهِمْ.

التوصيات

١-ضرورة أن تكون هناك دراسات علمية تقوم بالبحث والتحقيق في موضوع الضمان الذي تباينت الآراء فقهاً وقانوناً في تعريفه وبيان أقسامه، لعلاقته بجميع مجالات حياة البشرالإجتماعية منها والفردية..

٢-إعمام موضوع الضمان وعدم حصره بموضوع تعدد الضامنين فقط، بل ضرورة أن يشمل مطلق الضامنين سواءاً في المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

٣-إن بحث الضمان اليوم أصبح من المواضيع التي لها إرتباط بالعدالة ومن الضروري أن يوثق بالفقه، لأن عدم تمتينه بالفقه سيؤدي إلى إضعاف قدرات الفقه في تنظيم علاقات عادلة في المجتمع لاسيما وأن تشابك المجتمع واختلاف طبقاته الاجتماعية فيه يستلزم رؤية عليمة ثاقبة ويضاعف من الحاجة إلى القيام ببحوث في جميع المجالات خاصة في موضوع الضمان وما يتصل به من المستجدات.

الهوامش

[١] الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، الخزانة السلطانية الملكية الناصرية الصلاحية الرسولية، دار العلم، بيروت، ج٤/ ٢٤٣.

[٢] ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ج١٣/ ٢٥٧.

[٣] الفيومي، أحمد بن محمد (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية، ج٢/ ٣٦٤، ابن منظور، لسان العرب، ج١٣/ ٢٥٧.

[٤] الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٦، ص ٥١. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس، دار الفكر، (د. ط)، (د. ت)، ج١٨/ ٣٤٧.

[٥] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (مصدر سابق)، ج٤/ ٢٤٣. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، (مصدر سابق)، ج٢/ ٣٦٤، ابن منظور، لسان العرب، (مصدر سابق) ـ ج١٣/ ٢٥٨، ١٤١٠هـ.

[٦] الزبيدي، تاج العروس، (مصدر سابق)، ج١٨/ ٣٥٠.

[٧] الطريحي، فخر الدين، (ت ١٠٨٧هـ)، مجمع البحرين، تحقيق: أحمد الحسيني، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، ط٢، ١٤٠٨هـ/ ١٣٦ش، ج٣/٢٨.

[٨] العلامة الحلي، حسن بن يوسف (٧٢٦هـ)، تذكرة الفقهاء قم المقدسة، مؤسسة آل البيت، ط١، ١٤١٤هـ، ج١٤/ ٢٧٩.

[٩] (اليزدي، محمد كاظم، (ت ١٣٣٧هـ)، العروة الوثقى، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٧ هـ، ج٥/ ٣٥٩- والنجفي، محمد حسن، (ت ١٢٦٦هـ)، جواهر الكلام، تحقيق: علي الآخوندي، قم المقدسة، دار الكتب الإسلامية، ط٦، ١٣٦٤هـ، ج٢٦/ ١١٣.

[١٠] العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء (مصدر سابق)، ج١٤/ ٢٧٩.

[١١] ابن حزم، ابومحمد على بن احمد بن سعيد، (ت٤٥٦ هـ)، المحلّى، دار الجيل، بيروت، (د.ط)، (د. ت)، ج٨/ ١١١.

[١٢] الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة بحاشية (ومذهب أهل البيت) للسيد محمد الغروي، والشيخ ياسر مازح، بيروت، دار الثقلين للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، ج٣/ ٢٦٥، هامش رقم (١).

[١٣] فضل الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت، مكتبة دار التراث، ط١، ١٤٠٣هـ، ص١٤.

[١٤] إبن قدامة، عبد الله، (ت٦٣٠هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج٥/ ٧١.

[١٥] الجزيري، عبد الرحمن (ت ١٣٦٠هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، بيروت، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٢٤ هـ، ج٣/ ٢٦٧.

[١٦] الخراساني، محمد كاظم، حاشية المكاسب، صححه وعلق عليه سيد مهدي شمس الدين، ط١، ١٤٠٦هـ، ص ٣٠. . مغنية محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، ط١، (دون تاريخ)، ج١/ ٦٣٠.

[١٧] ينظر: الخراساني، حاشية المكاسب (لمصدر نفسه)، ص ٣٠.

[١٨] ينظر: الأنصاري، كتاب المكاسب، ط تراث الشيخ الأعظم، مجمع الفكر الإسلامي، قم ج٣/ ١٨٣.

[١٩]) النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، تقرير بحث الميرزا النائيني، الناشر: المكتبة المحمدية، ج١/ ١١٨٨.
[٢٠]) البحراني، يوسف بن أحمد (ت ١١٨٦ هـ)، الحدائق الناضرة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم ، ١٤٠٥هـ، ج٢١/ ٣٩.
[٢١]) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية دار السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٢هـ، ج٦/ ١٧٠.
[٢٢]) السرخسي، شمس الدين (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ، ج١٩/ ١٦١.
[٢٣]) ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي (ت ٨٠٤هـ)، تحفة المحتاج، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦ت، ج٥/ ٢٦٨.
[٢٤]) سورة آل عمران/ ٣٧.
[٢٥]) الراغب، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط١ ،١٤١٢ هـ، ج١/ ٧١٧.
[٢٦]) سورة يوسف/ ٧٢.
[٢٧]) الرازي، محمد بن عمر (ت ٦٠٦هـ)، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٤٢٠هـ، ج٨/ ٢٠٦.
– الطبرسي، (ت٥٤٨هـ)، مجمع البيان، تحقيق: لجنة من العلماء والمحققين، ط ١، ١٤١٥ - ١٩٩٥ م، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ج٢/ ٢٨٣.
[٢٨]) اليزدي، محمد كاظم، العروة الوثقى، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط ٢ قديمة،١٤٠٩هـ، ج٢/ ٧٥٩.
[٢٩]) الفراهيدي، الخليل بن احمد (ت ١٧٥ ه)، كتاب العين، تحقيق الدكتور مهدى المخزومي الدكتور ابراهيم السامرائي، إيران، مؤسسة دار الهجرة، ط٢، ١٤٠٩ه، ج١/ ١٠٣.
[٣٠]) البحراني، يوسف بن أحمد، الحدائق الناضرة، (مصدر سابق)، ج٢١/ ٣٩.
[٣١]) الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد، (ت ٣٩٣ق)، الصحاح، تحقيق: عطار، احمد عبد الغفور، بيروت، دار العلم للملايين، ط٤، ١٤٠٧ق، ج٢/ ٥١٥.
[٣٢]) الزبيدي، جواهر القاموس، (مصدر سابق)، ج٥/ ١٤٥.
[٣٣]) الأصفهاني، محمد حسين، (ت ١٣٦١هـ)، حاشية المكاسب، تحقيق الشيخ عباس القطيفي، ط١، ١٤١٩ ه ق، دار المصطفى (ص) لإحياء التراث، ١٤١٩هـ، ج١/ ٣٠٨.
[٣٤]) (المصدر السابق نفسه، ج١/ ٣٠٢.
[٣٥]) إبن أثير، المبارك بن محمد، (ت ٦٠٦هـ)، النهاية، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، ١٩٧٩م، ج٢/ ١٦٨.
[٣٦]) الطريحي، مجمع البحرين، (مصدر سابق)، ج٦/ ٦٧.
[٣٧]) الخفيف، علي، كتاب الحق والذمة وأثر الموت، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤٣١هـ، ص ١١٧.
[٣٨]) المصدر السابق نفسه، ص ١٤٩.
[٣٩]) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت ٦٨٤هـ) الفروق، الناشر: عالم الكتب، ١٤٠٤هـ، ج٣/ ٢٣٠
[٤٠]) أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي، دمشق، دار الفكر، ط٢، ١٤٠٨هـ، ص ١٣٧- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (مصدر سابق)، ج٣/ ٢٢٣.
[٤١]) الحائري، كاظم، فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)، مجمع الفكر الإسلامي، ط٥، ١٤٣٣هـ، ج١/ ٥١
[٤٢]) الخوانساري، منية الطالب (تقريرات بحوث المحقق النائيني)، (مصدر سابق)، ج١/ ١٤١.
[٤٣]) الحائري، فقه العقود، (مصدر سابق)، ص ٥٣.

٤٤) الصافي، علي عبد الحكيم، الضمان في الفقه الإسلامي، مركز الدراسات العلمية، طهران، ط١، ١٤٣١هـ، ص ٢٥٥.
٤٥) سورة النساء/ ١٢.
٤٦) الحائري، فقه العقود (مصدر سابق)، ج١/ من ص ٦٩..
٤٧) ابن حمزة، محمد بن علي (ت ٥٦٠هـ)، الوسيلة، تحقيق: محمد الحسون، مطبعة الخيام، قم ط١، ١٤٠٨هـ، ص ٢٨٠.
٤٨) الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، مؤسسة المعارف الإسلامية، (دون طبعة وتاريخ)، ج٤/ ١٨٤.
٤٩) الحسيني العاملي، سيد جواد، (ت ١٢٢٦هـ)، مفتاح الكرامة، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ج١٦/٣٤٤.
٥٠) النجفي، محمد حسن (ت ١٢٦٦هـ)، جواهر الكلام، تحقيق: الشيخ علي الآخوندي، دار الكتب الإسلامية، ج٢٦/ ١٢٧.الطوسي محمد بن الحسن (ت ٤٦٠هـ)، النهاية، انتشارات قدس، قم، ٣١٤.الشيخ المفيد، محمد بن محمد (ت ٤١٣هـ)، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي، ط٢، ١٤١٠هـ، ٨١٤.
٥١) الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، (مصدر سابق)، ج٤/ ١٨٢
٥٢) العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، (ت ٧٢٦هـ)، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث، ط١، ١٤٢٣هـ، ج١٤/ ٣٢٦.
٥٣) ابن حزم، ابومحمد على بن احمد بن سعيد (٣٨٤-٤٥٦ ق)، المحلى بالآثار، تحقيق: شاكر، احمد محمد، بيروت، دار الجيل، (ب. ط)، (ب. ت)، ج٨/ ١١١.
٥٤) الطباطبائي، مستمسك العروة، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي قم - إيران ١٤٠٤ هـ ق، ج١٣/ ٢٥٧: "دعوى الفرق بين الضمان والاستدانة: بأن الاستدانة موجبة لملكيته".
٥٥) الشهيد الثاني، مسالك الأفهام (مصدر سابق)، ج٤/ ٢٠٣. والنجفي، جواهر الكلام، (مصدر سابق)، ج٢٦/ ١٥٠.
٥٦) الشهيد الثاني، مسالك الأفهام (مصدر سابق)، ج٤/ ١٨٢.
٥٧) السيد الخوئي، أبو القاسم، مباني العروة الوثقى تقريرا لبحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي كتاب المساقات الأول، منشورات مدرسة دار العلم (لـ) ط١، ١٤٠٩هـ، ص ١٦٢. الخوئي، أبو القاسم، موسوعة الإمام الخوئي في شرح العروة، (بدون طبعة وتاريخ)، ج٣١/ ٤٢٦، المسألة ٢٣.
٥٨) اليزدي، محمد كاظم (ت ١٣٣٧هـ)، العروة الوثقى، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ، ج٥/ ٤١٨:" لا وجه للإشكال إذا كان وثيقة لدين في ذمة شخصه (آقا ضياء). * لكن الفك هو الأقوى. (الإمام الخميني). * الظاهر أنه لا إشكال فيه. (الگلپايگاني). * ولكنه الأقوى. (النائيني)..
٥٩) المحقق الحلي، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، تحقيق: السيد صادق الحسيني الشيرازي، طهران، ط٢/ ١٤٠٩هـ، ج٢/ ٣٥٩:"المثال:.. زيد) يطلب عمرو ألف دينار، ويطلب عليا خمسمئة فضمن علي عمرا، وضمن عمرو عليا، انتقل الألف إلى ذمة علي وانتقل الخمسمئة إلى ذمة عمرو. يعني: (في المثال) لو أعطي عمرو الخمسمئة التي ضمنها برأت ذمته عن الألف لضمان علي عنه، وعن الخمسمئة لإعطائه إياها. وهكذا لو أعطي علي الألف الذي ضمنه برأت ذمته عن الألف، وعن الخمسمئة .(الغريم) يعني: الدائن، لو قال لأحدهما: أبرأت ذمتك، برأ من ما ضمنه، ولم يبرأ مما ضمنه الآخر (وهذا كله) مقتضى انتقال الذمة
٦٠) الحكيم، محسن، مستمسك العروة (مصدر سابق) ج١٣/ ٣٠٨، مسألة ٢٣.
٦١) الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، ج١٣/ ١٥١.
٦٢) المجلسي، محمد باقر، بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء بيروت، ج ٤٦/ ١٣٧.
٦٣) الحر العاملي، وسائل الشيعة، (مصدر سابق)، ج١٣/ ١٥١.
٦٤ النجفي، جواهر الكلام، ج٢٦/ ١٢٤.

[٦٥] البجنوردي، حسن، القواعد الفقهية، تحقيق محمد درايتي، ومهدي ومهريزي، نشر الهادي، قم، ط١، ١٣٧٧، ج٦/ ١٠٢.
[٦٦] الشيخ الطوسي، محمد بن حسن، (٤٦٠هـ)، المبسوط، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران، ط٣، ١٣٨٧ش، ج٢/ ٣٢٢.
[٦٧] البجنوردي، القواعد الفقهية، (مصدر سابق)، ج٦/ ٩٧.
[٦٨] العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، (مصدر سابق)، ج١٤/ ٢٨٣.
[٦٩] الطباطبائي، مستمسك العروة، (مصدر سابق) ج١٣/ ٢٦٨: نقل عن الخلاف أنه: " ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له أو المضمون عنه " وعن الشرائع: " لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان والظاهر منه الامتياز المصحح للقصد إلى الضمان " في مقابل الابهام المانع من القصد إلى الضمان، كما فسره به في الجواهر. لكن في المسالك حمل التمييز على التمييز التفصيلي، فأشكل عليه: بأن القصد إلى الضمان غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: إني أستحق في ذمة شخص مائة درهم، فقال له آخر: ضمنتها لك، كان قاصدا إلى عقد الضمان عن أي من كان عليه الدين، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.... ".
[٧٠] بحر العلوم، محمد، بلغة الفقيه، طهران، مكتبة الصادق، ط٤، ١٤٠٣هـ.
[٧١] ينظر: النجفي، جواهر الكلام، (مصدر سابق)، ج٢٦/ ١١٣
[٧٢] البجنوردي، القواعد الفقهية: (مصدر سابق)، ج٦/ ١٠١- ١٠٢.
[٧٣] ينظر: النجفي، جواهر الكلام، (مصدر سابق)، ج٢٦/ ١١٣
[٧٤] الآملي، محمد تقي، المكاسب والبيع تقرير أبحاث الاستاذ الاعظم الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٣هـ، ج٢/ ٢٩٦. -وبحر العلوم، بلغة الفقيه: (مصدر سابق)، ج٢/ ٣٥٣.
[٧٥] الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، (مصدر سابق)، ج١٣/ ٢٧٣- ٢٧٤. - الآملي، بلغة الفقيه، (مصدر سابق)، ج٢/ ٣٥٣
[٧٦] الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، (مصدر سابق)، ج١٣/ ٢٧٣- ٢٧٤.
[٧٧] العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء (مصدر سابق)، ج١٤/ ٢٨٢.
[٧٨] الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، (مصدر سابق)، ج٤/ ١٨٢.
[٧٩] النجفي، جواهر الكلام، (مصدر سابق)، ج٢٦/ ١٢٧. والطباطبائي (الحكيم)، العروة الوثقى، (مصدر سابق)، ج١٣/ ٢٧٣.
[٨٠] النجفي الخوانساري، منية الطالب، (مصدر سابق)، ج١/ ١٣٥.
[٨١] البحراني، محمد، المعجم الأصولي، منشورات نقش، ط٢، ١٤٢٦هـ، ج١/ ٥٧ و:"هو اجماع الفقهاء على حكم مسألة مع احراز مدرك اجماعهم على حكم تلك المسألة، ولا يختلف الحال بين اتّفاقهم على مدرك واحد أو انّهم مختلفون فيما هو مدرك حكم المسألة مع اتّفاقهم في النتيجة فإنّ الإجماع في كلا الصورتين يكون مدركيّا
[٨٢] ابن قدامة، المغني، (مصدر سابق)، ج٥/ ٧٠. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـ)، بداية النهاية، تصحيح: مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م، ج٢/ ١٨٧. النووي، محي الدين، (ت ٦٧٦هـ)، المجموع، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت)، ج١٤/ ٢٧.
[٨٣] السرخسي، المبسوط، (مصدر سابق)، ج١٩/ ١٦١.
[٨٤] الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (مصدر سابق)، ج٣/ ١٩٥.الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٤ هـ، ج٥/ ٢٦٩.والمرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، (ت٥٩٣هـ)، الهداية، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج٥/ ٩٦.
[٨٥] وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، مصدر سابق، ج١٤/ ١٤٢.
[٨٦] ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (٧٥١هـ)، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ج٣/ ٣٠٩.

[٨٧] الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (مصدر سابق)، ج٣/ ١٩٥.
[٨٨] الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد، حاشية الدسوقي، بدن تاريخ، ج٣/ ٣٣٧: أن الطالب مخير بين طلب الغريم أو طلب الضامن قال بن وبه جرى العمل بفاس وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق. قوله: (إن حضر الغريم موسرا) أما إن حل الاجل وكان الغريم غائبا أو مات أو حاضرا وهو معسر كان الطلب على الضامن.
[٨٩] المصدر السابق نفسه، ج٣/ ٣٣٧.
[٩٠] ابن القيم، إعلام الموقعين، (مصدر سابق)، ج٣/ ٤١١.
[٩١] ابن القيم، إعلام الموقعين، (مصدر سابق)، ج٣/ ٤١١.
[٩٢] المصدر السابق نفسه، ج٣/ ٤١١.
[٩٣] وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، مصدر سابق، ج١٤/ ١٤٢.
[٩٤] المادة (١٣٤/ ١) مدني:" – إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان يتقض العقد بعد زوال
الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان يتقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يسترددها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها.
[٩٥] المادة (١٩٨/ ١) مدني:" غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب، فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه او اتلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الاول، كان لهذا ان يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الاول.
[٩٦] اليزدي، العروة الوثقى، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ، ج٥/ ٤٠٠.
[٩٧] الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ، ج١/ ٥١٨.
[٩٨] ابن القيم، إعلام الموقعين، (مصدر سابق)، ج٣/ ٤١١.
[٩٩] الشوكاني، نيل الأوطار، (مصدر سابق)، ج٥/ ٢٨٥، و البرهانبوري البلخي، الشيخ النظام، الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، ط٢، ١٣١٠ هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر (وصورتها دار الفكر بيروت وغيرها) ج٦/ ٣٣٠، وابن عابدين، محمد، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، دون ط، ١٤١٥ هـ، ج٥/ ٤٤٩.
[١٠٠] إبن حنبل، أحمد بن محمد، (ت ٢٤١هـ)، مسند بن حنبل: تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م، ج٢٢/ ٦٥.
[١٠١] النووي، المجموع (مصدر سابق)، ج١٤/ ٢٤.
[١٠٢] ابن حزم، (ت٤٥٦هـ)، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الفكر، ج٨/ ١١٦
[١٠٣] سورة النحل/ ١.
[١٠٤] ينظر: الطباطبائي، تفسير الميزان، منشورات إسماعيليان، ج١٢/ ٢٠٢ و٢٢٢.
[١٠٥] الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي، (مصدر سابق)، ص ١٩٨.
[١٠٦] ابن حزم، المحلى، (مصدر سابق)، ج٨/ ١١٦.
[١٠٧] المصدر السابق نفسه، ج٨/ ١١٥.
[١٠٨] ابن قدامة، المغني، (مصدر سابق)، ج٤/ ٤٩١. والبهوتي، منصور، (ت ١٥هـ، كشاف القناع، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٣/٤٣٠.
[١٠٩] الصافي، الضمان، مصدر سابق، ج ٢٦٦
[١١٠] الموسوعة الفقهية الكويتية، (مصدر سابق)، ج١٤/ ١٤١.
[١١١] ابن حزم، (ت٤٥٦هـ)، المحلى، (مصدر سابق)، ج٨/ ١١٥.

[١١٢] ابن قدامة، المغني، (مصدر سابق) ج٥/ ٨٣.
[١١٣] ابن القيم، أعلام الموقعين، (مصدر سابق)، ج٣/ ٣١٠.
[١١٤] سورة المائدة/ ١.
[١١٥] البجنوردي، القواعد الفقهية، (مصدر سابق) ج٦/ ١١٨.
[١١٦] الحر العاملي، وسائل الشيعة، (مصدر سابق)، ج١٥/ ص٣٠.
[١١٧] ابن القيم، أعلام الموقعين، (مصدر سابق)، ج٣/ ٣١٠.
[١١٨] اليزدي، حاشية المكاسب، (مصدر سابق، ج١/ ١٨٤.
[١١٩] البجنوردي، القواعد الفقهية، (مصدر سابق) ج٦/ ١١٨.
[١٢٠] سورة المائدة/ ١.
[١٢١] الحر العاملي، وسائل الشيعة، مصدر سابق، ج١٥/ ٣٠.

المصادر

القرآن الكريم

التفاسير

- الرازي، محمد بن عمر (ت ٦٠٦هـ)، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٤٢٠هـ.
– الطبرسي، الفضل بن الحسن (ت٥٤٨هـ)، مجمع البيان، تحقيق: لجنة من العلماء، ط ١، ١٤١٥ مؤسسة الأعلمي للمطبوعات.

المعاجم:

١. إبن أثير، المبارك بن محمد، (ت ٦٠٦هـ)، النهاية، تحقيق: طاهر أحمد - محمود محمد الطناحي، بيروت، المكتبة العلمية، ١٩٧٩م.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.
٣. أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي، دمشق، دار الفكر، ط٢، ١٤٠٨هـ.
٤. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط دار الشؤون الثقافية، بغداد، ١٩٨٦.
٥. الجوهري، إسماعيل بن حماد، (ت ٣٩٣ق)، الصحاح، تحقيق: عطار، احمد عبد الغفور، بيروت، دار العلم للملايين، ط٤، ١٤٠٧ق.
٦. الراغب، الحسين بن محمد، المفردات، تحقيق: صفوان عدنان، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٢ هـ.
٧. الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس، دار الفكر، (د. ط)، (د. ت).
٨. الطريحي، فخر الدين، (ت ١٠٨٧هـ)، مجمع البحرين، تحقيق: أحمد الحسيني، مكتب نشر الثقافة الإسلامية، ط٢، ١٤٠٨.
٩. الفراهيدي، الخليل بن احمد (ت ١٧٥ ه)، كتاب العين، تحقيق الدكتور مهدى المخزومي الدكتور ابراهيم السامرائي، إيران، مؤسسة دار الهجرة، ط٢، ١٤٠٩هـ.
١٠. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، الخزانة السلطانية الملكية الناصرية، دار العلم، بيروت.
١١. الفيومي، أحمد بن محمد (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية.
١٢. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت ٦٨٤هـ) الفروق، الناشر: عالم الكتب، ١٤٠٤هـ.
١٣. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية دار السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٢هـ.

بقية الكتب:

١. ابن القيم، محمد بن أبي بكر، (٧٥١هـ)، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ.
٢. ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي (ت ٨٠٤هـ)، تحفة المحتاج، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦ت.
٣. ابن حزم، على بن احمد (٣٨٤-٤٥٦ ق)، المحلى بالآثار، تحقيق: شاكر، احمد، بيروت، دار الجيل، (د. ط)، (د. ت).
٤. ابن حمزة، محمد بن علي (ت ٥٦٠هـ)، الوسيلة، تحقيق: محمد الحسون، مطبعة الخيام، قم، ط١، ١٤٠٨هـ.
٥. إبن حنبل، أحمد بن محمد، (ت ٢٤١هـ)، مسند بن حنبل: تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م.
٦. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (ت ٥٩٥هـــ)، بداية النهاية، تصحيح: مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
٧. ابن عابدين، محمد، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، دون ط، ١٤١٥ هـ.
٨. إبن قدامة، عبد الله، (ت٦٣٠هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
٩. الأصفهاني، محمد حسين، (ت ١٣٦١هـ)، حاشية المكاسب، تحقيق الشيخ عباس القطيفي، ط١، ١٤١٩ ه ق، دار المصطفى (ص) لإحياء التراث، ١٤١٩هـ.
١٠. الآملي، محمد تقي، المكاسب والبيع تقرير أبحاث الاستاذ الاعظم الميرزا النائيني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٣هـ.
١١. الأنصاري، مرتضى، كتاب المكاسب، ط تراث الشيخ الأعظم، مجمع الفكر الإسلامي، قم.
١٢. البجنوردي، حسن، القواعد الفقهية، تحقيق محمد درايتي، ومهدي ومهريزي، نشر الهادي، قم، ط١، ١٣٧٧.
١٣. بحر العلوم، محمد، بلغة الفقيه، طهران، مكتبة الصادق، ط٤، ١٤٠٣هـ.
١٤. البحراني، محمد، المعجم الأصولي، منشورات نقش، ط٢، ١٤٢٦هـ.
١٥. البحراني، يوسف بن أحمد (ت ١١٨٦ هـ)، الحدائق الناضرة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم ، ١٤٠٥هـ.
١٦. البرهانبوري البلخي، الشيخ النظام، الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، ط٢، ١٣١٠ هـ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر (وصَوّرتها دار الفكر بيروت وغيرها).
١٧. البهوتي، منصور، (ت ١٥٥ه)، كشاف القناع، تحقيق: محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٨. الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة بحاشـــية (ومذهب أهل البيت) للســـيد محمد الغروي، والشيخ ياسر مازح، بيروت، دار الثقلين للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
١٩. الحائري، كاظم، فقه العقود (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي)، مجمع الفكر الإسلامي، ط٥، ١٤٣٣هـ.
٢٠. الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم.
٢١. الحسيني العاملي، سيد جواد، (ت ١٢٢٦هـ)، مفتاح الكرامة، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم.
٢٢. الخراساني، محمد كاظم، حاشية المكاسب، صححه وعلق عليه سيد مهدي شمس الدين، ط١، ١٤٠٦هـ.
٢٣. الخفيف، علي، كتاب الحق والذمة وأثر الموت، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤٣١هـ.
٢٤. الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد، حاشية الدسوقي، (د.ط)، (د.ت).
٢٥. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ.

٢٦. السرخسي، شمس الدين (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ.
٢٧. السيد الخوئي، أبو القاسم،
- مباني العروة الوثقى تقريرا لبحث آية الله العظمى السيد أبو القاسم الخوئي كتاب المساقات الأول، منشورات مدرسة دار العلم (١٤) ط١، ١٤٠٩هـ.
- السيد الخوئي، أبو القاسم، موسوعة الإمام الخوئي في شرح العروة، (بدون طبعة وتاريخ).
٢٨. الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، مؤسسة المعارف الإسلامية، (د.ط) (د.ت).
٢٩. الشوكاني، محمد بن علي، (ت ١٢٥٠هـ)، نيل الأوطار، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط١، ١٤١٤ هـ.
٣٠. الشيخ الطوسي محمد بن الحسن (ت ٤٦٠هـ)
- النهاية، انتشارات قدس، قم.
- المبسوط، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران، ط٣، ١٣٨٧ش.
٣١. الشيخ المفيد، محمد بن محمد (ت ٤١٣هـ)، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي، ط٢، ١٤١٠هـ.
٣٢. الصافي، علي عبد الحكيم، الضمان في الفقه الإسلامي، مركز الدراسات العلمية، طهران، ط١، ١٤٣١هـ.
٣٣. الطباطبائي، السيد محسن، مستمسك العروة، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي قم ، ١٤٠٤ هـ.
٣٤. العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، (ت ٧٢٦هـ)، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث، ط١، ١٤٢٣هـ.
٣٥. فضل الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، الكويت، مكتبة دار التراث، ط١، ١٤٠٣هـ.
٣٦. المجلسي، محمد باقر، بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء، بيروت، (د.ط)، (د.ت).
٣٧. المحقق الحلي، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، تحقيق: السيد صادق الحسيني الشيرازي، طهران، ط٢/ ١٤٠٩هـ.
٣٨. المرغيناني، علي بن أبي بكر، (ت٥٩٣هـ)، الهداية، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت.
٣٩. مغنية محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، ط١، (د.ت).
٤٠. النجفي الخوانساري، الشيخ موسى، تقرير بحث الميرزا النائيني، الناشر: المكتبة المحمدية، (د.ط)، (د.ت).
٤١. النجفي، محمد حسن، (ت ١٢٦٦هـ)، جواهر الكلام، تحقيق: علي الآخوندي، قم المقدسة، دار الكتب الإسلامية، ط٦، ١٣٦٤هـ.
٤٢. النووي، محي الدين، (ت ٦٧٦هـ)، المجموع، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت).
٤٣. اليزدي، محمد كاظم (ت ١٣٣٧هـ)، العروة الوثقى، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ

القوانين:

-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.