

هَذَا كِتَابُ

إِلَى

شَرْحِ الْمَكَايِسِ

تَأليف سَمَاعَةِ أَبِيهِ الرَّبِّ
السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

الْمَجْمُوعُ الثَّالثُ

هَذَا كِتَابُ الْإِسْلَامِ

إِلَى

شَرْحِ الْمَكْسِبِ

تَأليف
سَمَاعَةَ آيَةِ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ عَفِيٍّ ابْنِ الرَّزِيِّ الدُّرِّيِّ
«دام ظله»

الجزء الثَّالِثُ



شبابك دورہ: ۹ - ۳۴ - ۲۵۶۰ - ۹۶۴ - ۹۷۸
شبابك جلد ۳: ۰ - ۳۷ - ۲۵۶۰ - ۹۶۴ - ۹۷۸

هدى الطالب إلى شرح المكاسب الجزء الثالث

- تأليف: الفقيه المحقق السيد محمد جعفر المروّج قدس سره
- الناشر: طليعة النور
- الطبعة: مركز تحقيق كتاب تبيين علوم ديني الأولى
- الكمية: ۲۰۰۰ دورة
- المطبعة: قلم
- تاريخ النشر: شعبان المعظم / ۱۴۲۸ هـ
- سعر الدورة: ۳۵۰۰۰ تومان

« حقوق الطبع والنشر محفوظة »

مركز التوزيع: مكتبة ذوي القربى، قم - شارع ارم - قيصريّة القدس، الهاتف: ۷۷۴۴۶۶۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء
و المرسلين محمد و آله الطيبين الطاهرين، لا سيما
الإمام المبين و غياث المضطر المستكين عجل الله تعالى
فرجه الشريف و اللعن المؤبد على أعدائهم أجمعين.

مركز تحقیق کتاب و تاریخ علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مسألة: (١) لو قبض ما ابتاعه

المقبوض بالعقد الفاسد

(١) هذه المسألة - بما لها من الفروع - من مهمات مسائل المعاملات، وقد تعرض لها المصنف رحمه الله بعد الفراغ من المقدمة الباحثة عما يعتبر في صيغة البيع مادةً وهيئةً، كالظهور الوضعي و تقديم الإيجاب على القبول و الموالاة بينهما و التنجيز وغيرها مما تقدم البحث فيه تفصيلاً. إذ يتجده حينئذٍ البحث عن حكم المقبوض بالعقد المختل ببعض شرائطه، بحيث لم يؤثر في النقل و التمليك.

و لا يخفى أن فساد العقد كما ينشأ من فقد شرط الصيغة، كذلك ينشأ من خلل في ما اعتبره الشارع في المتعاقدين أو العوضين، على ما إستظهره المصنف في ثامن تنبيهات المعاطاة بقوله: «لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد إختلال شروط الصيغة ... وإما ما يشمل هذا وغيره، كما هو الظاهر»^(١). و كيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد موضوع لأحكام سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى .

الأول: عدم دخوله في ملك القابض .

الثاني: كون القابض ضامناً له .

بالعقد^(١) الفاسد لم يملكه، و كان مضموناً عليه^(٢).
أما عدم الملك فلائنه مقتضى فرض الفساد^(٣).

الثالث: وجوب ردّه فوراً إلى المالك مع بقاءه. و وجوب ردّ بدله - من المثل أو القيمة على تقدير تلفه - إليه. و يتفرّع على هذا - بالنسبة إلى المثلي - حكم تعذر المثل، أو وجوده لكن بأكثر من قيمته المتعارفة. و بالنسبة إلى القيميات يقع البحث عن تعيين قيمة يوم التلف أو يوم الأداء أو غير ذلك على تقدير اختلاف قيم المقبوض بالبيع الفاسد.

الرابع: ضمان منافعه المستوفاة، بل الفائدة أيضاً. و غير ذلك ممّا سيأتي بالتفصيل إن شاء الله تعالى .

و المقصود بالبحث فعلاً هو الأولان أعني بهما عدم الملك و ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(١) الباء للسببية، يعني: أنّ القبض نشأ من البناء على سببية العقد للملكية و تأثيره فيها، فيكون القبض بعنوان الوفاء بالعقد، لا بعنوان إنشاء النقل، إذ لو علما بفساد العقد و تقابضاً بقصد إنشاء البيع كان معاطاة، على ما سبق التصريح به في ثامن تنبيهات المعاطاة بقوله: «نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المستحق بعده، تحقق المعاطاة»^(١).

(٢) كذا عنون المسألة في الشرائع^(٢). و قريب منه ما في قواعد العلامة، حيث قال: «ولو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك، و ضمن»^(٣).

(٣) لأنّ فساد الناقل عبارة عن عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عليه، كالملكية المقصودة من البيع، فمقتضى عدم تحققه هو بقاء كل من المالكين على ملك ماله.

«١» هدى الطالب، ج ٢، ص ٢٧٤

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٣

«٣» قواعد الأحكام، ص ٤٧ (الطبعة المحجّرة).

و أمّا الضمان - بمعنى^(١) كون تلفه عليه^(٢)، و هو أحد الأمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد - فهو المعروف^(٣).

و لا حاجة إلى التمسك بأصالة عدم الانتقال، و ذلك لعدم الشك حتى يجري فيه الأصل، فإنّه بعد العلم بفساد العقد واقعاً يُعلم بعدم إنتقال المالكين عن مالكيهما، و معه لا شك حتى يعالج بالأصل.

و ادّعى صاحبُ الجواهر^{رحمته} عدم الخلاف في هذا الحكم، و إستدلّ عليه «بالاجماع بقسميه و بالأصل، بعد فرض بطلان السبب الذي أريد التسبّب به إلى الانتقال، و فرض عدم إرادة غيره من أسباب الملك حتى المعاطاة»^(٤)، فراجع.

(١) هذا المعنى للضمان سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى قريباً في ما يتعلق بشرح مفردات قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده».

(٢) لا بمعنى كون إتلافه عليه، لأنّه مما لا إشكال و لا خلاف فيه، حيث إنّه مقتضى قاعدة الاتلاف، فالضمان الذي اشتهر بين الأصحاب هو بمعنى كون تلف المقبوض - بالعقد الفاسد - عليه.

مرکز تحقیق کتب متون علوم اسلامی
أدلة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

أ: الاجماع

(٣) و في الجواهر أيضاً: «بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، لعموم على اليد»^(٥). و لا يخفى أن ما في المتن من «أن الضمان هو المعروف» لا يتنافي الاجماع - المنقول عن شيخ الطائفة - على الضمان، و ذلك للفرق بين التعبير بالمعروف والمشهور، فالمشهور مُشعر بوجود قول آخر في المسألة، بل هو ظاهر فيه. بخلاف المعروف، فإنّه مساوق لتعبير الجواهر من عدم الظفر بالخلاف، و من المعلوم أن عدم وجدان الخلاف يلتزم مع الاجماع المدّعى في المبسوط.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٦

«٢» المصدر، ص ٢٥٧

و إدعى الشيخ في باب الرهن، و في موضع من البيع الاجماع عليه^(١) صريحاً. و تبعه^(٢) في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.
و في السرائر: «أن^(٣) البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في

(١) أي: على الضمان، و هذا الاجماع هو الدليل الأول في المسألة، و قد إدعاه الشيخ رحمته في مسألة ما إذا شرط أحدهما في الرهن شرطاً فاسداً، ككون العين المرهونة مبيعاً لو لم يؤد المديون الدين إلى المرتهن، قال في المبسوط: «إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين إلى شهر - على أنه إن لم يقبض إلى محله كان بيعاً منه بالدين الذي عليه - لم يصح الرهن و لا البيع إجماعاً، لأن الرهن مؤقت، و البيع متعلق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه، لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه فكيف بفاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعاً»^(١) و لا يخفى صراحة الجملة الأخيرة في كون المقبوض بالبيع الفاسد مضموناً على القابض.

و قال أيضاً في كتاب البيع - في حكم المقبوض بالعقد الفاسد - ما لفظه: «فإذا ثبت أن البيع فاسد، نُظر، فإن كان المبيع قائماً أخذه مالكه ... و إن كان تالفاً كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منها، لأن الأول لم يبرء بتسليمه إلى الثاني، لأنه سلمه بغير إذن صاحبه، و المشتري الثاني قبضه مضمون بالاجماع»^(٢).

(٢) يعني: تبع الفقيه كاشف الغطاء - في شرح القواعد - شيخ الطائفة رحمته في دعوى الاجماع صريحاً على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(٣) دلالة كلام ابن إدريس رحمته على الاجماع من جهة أنه نسب إلى محصلي الأحكام الشرعية - و هم الفقهاء - إتحاد المقبوض بالعقد الفاسد و المغصوب في الحكم بالضمان.

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٢٠٤

«٢» المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ١٥٠

الضمان»^(١). و في موضع آخر نسبته^(٢) إلى «أصحابنا»^(٣).
و يدلّ عليه^(٤) النبويّ المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٥).

(١) نسبة الضمان إلى «أصحابنا» ظاهرة في الاجماع و إن لم تكن صريحة فيه، قال في السرائر: «و من إبتاع بيعاً فاسداً، فهلك المبيع في يده، أو حَدَثَ فيه فسادٌ كان ضامناً لقيمته أكثر ما كانت إلى يوم التلف و الهلاك، و لأرث ما نقص من قيمته بفساده، لأنّه باقٍ على ملك صاحبه، ما إنتقل عنه، فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلّا في إرتفاع الاثم بإمساكه».

ب: الحديث النبوي «على اليد ...»

(٢) يعني: و يدلّ على ضمان المقبوض بالبائع الفاسد - مضافاً إلى تظافر نقل الاجماع عليه حديث «على اليد» و هذا هو الدليل الثاني. و الاستدلال به يقع في مقامين أحدهما السند، و الآخر الدلالة. أمّا الأوّل فقد ثبت عليه المصنف رحمته الله بتوصيف هذا النبوي بـ «المشهور» و مقصوده: أنّ سنده و إن كان في غاية الضعف - بل من أردء الأسناد، لكون راويه عن الرسول صلّى الله عليه وآله هو سمرة بن جندب لعنه الله، و عناده للنبي و أهل بيته عليهم السلام و وقوفه بوجهه في حديث نفي الضرر معلوم، و كذلك إفتراؤه واختلاق الأكاذيب عليه و حتّ الناس على قتال السبط الشهيد عليه السلام غير خفي على من راجع ترجمته - إلّا أن شهرة الحديث بين عامة الفقهاء و عملهم بمضمونه جابرة لضعف سنده، بناءً على ما هو الحق من عموم دليل حجّية الخبر الواحد للوثوق الخبري، و عدم إختصاصه بالوثوق الخبري.

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٨٥.

«٢» المصدر، ص ٣٢٦.

«٣» عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

و عليه فالغرض من «المشهور» هنا ليس مجرد شهرة الرواية بين الأصحاب، بل الشهرة العملية فإنها الجالبة لضعف السند، كما أن إعراضهم عن الرواية الصحيحة كاسر لصحتها. وقد نبه المصنف على هذه الجهة في قاعدة ما يضمن بقوله: «و أما خبر اليد ... و سنده منجبراً» و من المعلوم أن الجابر هو إشتهار الفتوى بمضمون الخبر. فلا وجه لطرحه بضعف روايته - بناءً على كونه مسنداً كما في كتب العامة و في الخلاف - و لا بالارسال.

وما في المتن من إنجبار الضعف بالعمل - موافق لما عليه عدة من أساطين الفقه، قال العلامة الشيخ البلاغي رحمته الله: «... لكنّه قد شاعت روايته بين الفريقين، و كثرت روايته و الاعتماد عليه بين الأصحاب، بل لم يخلُ من الاعتماد عليه في الاستدلال فيما رأيناه كتاب يتعرّض لمدارك الأحكام، و وصفه في جامع الشتات بالمشهور المقبول، بل ذكر في المضاربة وصفه بالرواية المجمع عليها. و كاشف الغطاء في شرح القواعد بالمستفيض المجمع على مضمونه. و في الرياض بالمشهور المقبول، و في غصب مفتاح الكرامة بالمشهور المعمول به في أبواب الفقه، و في وديعة المقاييس بالقوّة المعروفة المجمع عليها. و في العناوين بالمنجبر بالشهرة المتلقّى بالقبول عند العامة والخاصة، و الملحق بالقطعيّات في الصدور ... و في الجواهر أنّه مجبور بالعمل»^(١).

هذا بعض الكلام في سند الحديث، وله تنمة تذكر في التعليقة إن شاء الله تعالى. و أما المقام الثاني - و هو دلالة النبوي صلّى الله عليه وآله على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد - فتوضيحه: أن هذه الجملة و إن كانت بظاهرها إخباراً عن كون الشيء المأخوذ فوق يد الآخذ، إلّا أن المناسب لشأنه صلّى الله عليه وآله إنشاء الحكم الشرعي،

إمّا التكليفي كما نُسب إلى جمع، وإمّا الوضعي كما استظهره آخرون. و يتمّ ذلك ببيان أمرين:

الأول: أنّ المراد باليد ليس هو الجارحة الخاصة، بل المراد صاحبها، تسميةً للكل باسم الجزء، كما شاع تسمية الجاسوس عيناً، والترجمان لساناً، والمستمع أذنًا. و عليه فالمقصود باليد هو المستولي على الشيء.

الثاني: أنّ المراد بالوصول هو الشيء المأخوذ بما أنّه مال عرفاً. ولما كان المال عيناً خارجية كما هو الغالب، أو ما بحكمها - كالمنفعة و بعض الحقوق - توقّف إسناد الحكم إليها على تقدير فعلٍ مناسبٍ يتعلّق بالمال، كتقدير الأكل في حلية الطعام، والشرب في حرمة الدم و الخمر، و نحوهما ممّا ورد في الكتاب و السنة.

و في هذا النبوي يدور الأمر بين إرادة التكليف و الوضع. فعلى الأول إمّا أن يقدر وجوب الرد و الأداء بأن يكون المدلول: «يجب على ذي اليد أداء ما أخذه إلى مالكه» و إمّا أن يقدر وجوب الحفظ، بأن يكون المفاد: «يجب على ذي اليد حفظ ما أخذه إلى أن يؤدّيه إلى مالكه».

و على الثاني يكون معنى الجملة: «اليد الآخذة لمال الغير ضامنة له». و رجّح المصنف رحمه الله هذا الاحتمال، بدعوى ظهورها عرفاً في الضمان، من جهة إسناد الظرف إلى المال، لا إلى سائر الأعيان و الأفعال، للفرق بين أن يقال: «لزيدٍ عليّ دين» حيث لا يستفاد منه إلّا الاقرار بالدين و إشتغال العهدة به، و بين أن يقال: «كُتِبَ عليكم الحج أو الصوم» أو «حُرِّمَ عليكم الدّم» فإنّ الظرف - في المثال الأول - أسند إلى الفعل و هو الحج و الصوم، و لا يراد به إلّا الوجوب التكليفي، و في المثال الثاني أسند التحريم إلى عين خارجية، و هو ظاهر في النهي عن الشرب و الأكل.

و الحاصل: أنّ ظهور الجملة في الحكم الوضعي - و هو الضمان - ممّا لا يُنكر. و به يتم الاستدلال بالنبوي على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

و الخدشة^(١) في دلالة «بأن كلمة - على - ظاهرة في الحكم التكليفي،

(١) ذكر هذه الخدشة في دلالة الحديث على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد شيخ الطائفة و العلامة و الفاضل النراقي رحمته حيث إنهم استفادوا منه الحكم التكليفي لا الوضعي، فالأولان ذهبا إلى أن مفاده وجوب رد المأخوذ، و الفاضل ذهب إلى أن مدلوله وجوب الحفظ عن التلف.

أما شيخ الطائفة رحمته فيظهر منه ذلك في استدلاله بالنبوي على تحريم الغصب و وجوب رد المغصوب إلى مالكه. قال في غصب المبسوط بعد ذكر جملة من الآيات و الروايات: «و روي عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١). و قال بعده: «فإذا غصب غاصب من هذا شيئا فإن كان قائما رده، و إن كان تالفا فعليه مثله، لقوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»^(٢).

و الظاهر أنه رحمته استفاد من الحديث حكم بقاء العين المغصوبة، فاستدل بالنبوي على وجود ردّها، و استفاد وجوب رد المثل من الآية الشريفة.

و قال أيضاً في الوديعة: «و إذا ثبت ذلك فالوديعة جائزة من الطرفين، من جهة المودع متى شاء أن يستردها فعل. و من جهة المودع متى شاء أن يردها فعل، بدلالة ما تقدم من الأخبار و الآي. و روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٣). و مراده بالآيات و الأخبار هو ما دلّ على وجوب رد الأمانات و الودائع الى أهلها، فراجع.

و اما العلامة رحمته فقال في وجوب رد العين المغصوبة: «كل من غصب شيئا وجب عليه رده على المالك، سواء طالب المالك برده أولا، ما دامت العين باقية،

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٥٩ و ٦٠

«٢» سورة البقرة، الآية: ١٩٤

«٣» المبسوط في فقه الامامية، ج ٤، ص ١٣٢

فلا يدلُّ على الضَّمان^(١) «ضعيفة»^(٢) جدًّا،

بلا خلاف، لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدَّيه»^(١).
و قال في لقطة المختلف: «و قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدَّيه أوجب دفع العين»^(٢).

وأما الفاضل التراقي رحمه الله فقال - بعد المناقشة في إستظهار كل من وجوب الأداء و الضمان - ما لفظه: «فالأظهر تقدير الحفظ من الضياع و التلف، أو نحوه ... فيكون معنى الحديث: يجب على ذي اليد حفظ ما أخذت إلى زمان أدائه ...»^(٣).

و كيف كان فتقريب دلالة الحديث على مجرد الحكم التكليفي، وإختصاص مدلوله بحال بقاء العين الواقعة تحت اليد هو: أن جعل شيءٍ على شخصٍ ظاهر في التكليف، كأن يقال: إذا بلغ الصغير فعليه الصوم و الصلاة. فإن المراد بهذه العبارة هو الوجوب التكليفي. و عليه فلا يستفاد من الحديث النبوي حكم وضعي و هو إستقرار المال المأخوذ في عهدة الآخذ حتى يجب عليه دفع المثل أو القيمة إذا تلف المال بيده.
(١) يعني: في مطلق موارد وضع اليد على مال الغير، سواء في المقام و هو المقبوض بالبيع الفاسد، أم غيره.

(٢) خبر قوله: «و الخدشة» و تضعيفُ لها، و محصَّله: أن ظهور «على» في التكليف مسلَّم فيما إذا أُسند حرف الاستعلاء إلى فعلٍ كالصلاة و الصوم و الحج و نحوها، دون ما إذا أُسند إلى مالٍ من الأموال، كقوله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف﴾^(٤) فإنه ظاهر حينئذٍ في إستقرار النفقة على عهدة الوالد. و كذا الحال في الحديث النبوي، إذ المراد بالموصول في «على اليد ما أخذت»

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٨٣ (الطبعة الحجرية).

«٢» مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٨٧

«٣» عوائد الأيام، ص ١١٠، العائدة الثالثة و الثلاثون.

«٤» سورة البقرة، الآية: ٢٣٣

فإن^(١) هذا الظهور إنما هو إذا أُسند الظرف إلى فعل^(٢) من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال^(٣)، كما يقال^(٤): «عليه دينٌ» فإن لفظة «على» حينئذٍ مجرد الاستقرار في العهدة^(٥)، عيناً^(٦) كان أو ديناً^(٧).

و من هنا^(٨) كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون

هو المال، فتكون عهدة المأخوذ على الآخذ، فلو تلف ثبت بدله في ذمته، وهذا هو الضمان المبحوث عنه.

(١) هذا تقريب ضعف الخدشة، وقد عرفته آنفاً.

(٢) كالصلاة و الصوم و الزكاة و الحج و نحوها من أفعال المكلفين، فإن إسناد «على» إلى الفعل ظاهر في التكليف.

(٣) كما في الحديث النبوي.

(٤) غرضه الاستشهاد بظهور إسناد حرف الاستعلاء إلى المال في إستفادة

الحكم الوضعي لا التكليف، تحقيق كميون علوم إسلامي

(٥) فيصح الاستدلال به على الضمان، بناءً على إستقلال الأحكام الوضعية في

المجعل، و عدم إنتزاعها من التكليف.

(٦) كما إذا كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد باقية لم يطرأ عليها التلف.

(٧) كما إذا تلفت العين، أو كان المستقر في العهدة - من أول الأمر - ديناً، كالمبيع

سلفاً.

(٨) أي: و من ظهور إسناد «على» إلى المال في الضمان، يتجه الاستدلال بالنبوي

المزبور على ضمان الصبي و المجنون كالبالغ و العاقل إذا كان لهما تميز و شعور، حيث إنَّ

الأخذ ظاهر في الإرادة و الاختيار. فإن لم يكن لهما شعور لم يصدق «الأخذ» على

فعلها حتى يصحَّ الاستدلال به على الضمان. ولو كان مفاد الحديث الحكم التكليفي

إمتنع شموله للطفل و المجنون، لحديث رفع القلم عنها.

إذا لم تكن يدها ضعيفة، لعدم^١ التمييز [التمييز] والشعور.

(١) تعليل لتقييد ضمان الصبي و المجنون بعدم الضعف، إذ لو كانت يدها ضعيفة لم يصدق «الأخذ» على الاستيلاء على مال الغير، و كان الحديث النبوي قاصراً عن إثبات ضمانها حيثنذر (*).

(*) تنقيح البحث في هذه المسألة المعروفة بالمقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على بيان أمور:

الأول: في موضوعها، و هو: أن مورد البحث على ما يستفاد من كلمات الأصحاب هو كون القبض بعنوان الوفاء بالعقد و من لوازمه و آثاره. و عدم كونه بنفسه إنشاءً للملك كالمعاطاة، فإن الباء في قوله: «بالعقد الفاسد» للسببية، فالقبض بعنوان الانشاء خارج عن ظاهر كلامهم. إنا لعدم سببية المعاطاة للملك عندهم، و إنا لعدم قصد المتعاقدين لها، فمصّب كلامهم هو القبض المترتب على العقد الفاسد، و لذا قال في الجواهر: «نعم لو علم منهما ولو بالقرائن بعد ذكرهما العقد عدم إرادتهما ذلك، بل قصد الانشاء بتقابضهما و أرادا حصول الملك أو الإباحة جرى عليه حيثنذر حكم المعاطاة، و كان خارجاً عما نحن فيه. و بذلك ظهر الفرق بين البيع الفاسد و المعاطاة. لكن قد عرفت سابقاً أن قصد التملك العقدي غير مشخّص مع فرض تحقق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلاً. على أن الأصحاب قد أطلقوا عدم الملك به و إن لم يكن قصد إلا إلى البيعية. فهذا شاهد على عدم صحة بيع المعاطاة عندهم. و من هنا يتجه إطلاقهم عدم الملك»^١.

و أنت خبير بعدم شهادة إطلاق كلامهم عدم الملك بعدم صحة المعاطاة، لتوقف هذه الشهادة على كون المعاطاة عبارة عن مطلق التقابض ولو كان حاصلًا مع الصيغة الملحونة و نحوها من أفراد العقد الفاسد كما يراه الشهيد و المحقق الثانيان ^١. إذ على هذا الفرض يدل إطلاق كلامهم عدم الملك في المقبوض بالبيع الفاسد على عدم صحة

المعاطاة، حيث إنها لو كانت صحيحة كانت مملوكة، فيحصل الملك بها، ولم يكن وجه لاطلاق القول بعدم الملك.

لكن المعلوم من كلماتهم أن المعاطاة عندهم عبارة عن التقابض الذي يكون آلة لإنشاء البيع، سواء لم يكن لفظاً في البين، أم كان مع علم المتبايعين بفساده، وإنشائهما البيع بالتعاطي مع الغرض عن ذلك العقد الفاسد. و أما بدون إنشائهما البيع بالتقابض فلا يكون هنا معاطاة.

و الحاصل: أن إطلاق كلامهم المزبور لا يدل على بطلان المعاطاة. نعم يمكن أن تكون المعاطاة باطلة لفقدانها لبعض الشرائط، لكنها لا تندرج تحت عنوان المقبوض بالعقد الفاسد. فالمراد هو المقبوض المترتب قبضه على البيع الفاسد، لا المقبوض الذي نفس قبضه إنشاء للبيع.

نعم لا تختص الأحكام الآتية بالمقبوض بالعقد البيعي، بل يعم المقبوض بكل عقد فاسد يبيعاً كان أم صلحاً أم غيرهما. وقولهم: «لو قبض ما ابتاعه ... الخ» إنما هو لذكرهم هذه المسألة في كتاب البيع، ولذا قالوا: «ما ابتاعه» وإلا فالمناسب أن يقال: «لو قبض ما تملكه أو أراد تملكه بالعقد الفاسد».

فالمتحصل مما ذكرنا: عدم خصوصية بالبيع، بل العنوان عام، وهو المقبوض بالعقد الفاسد سواء أكان يبيعاً أم صلحاً أم غيرهما.

الثاني: المراد بالمقبوض هو كون الشيء تحت اليد والتصرف والاستيلاء، بحيث ليرتّب عليه أثر كصحة عقد السلم والصرف والرهن وغيرها مما يتوقف عليه صحة العقد، لترتب عليه، فالحبض هنا كالحبض في سائر الموارد.

و الحاصل: أن المراد بالمقبوض معنى يصح الاستدلال على حكمه بقاعدة اليد الآتية.

الثالث: في الحكم المترتب على المقبوض بالعقد الفاسد، وهو على قسمين تكليفي ووضعي.

أما الأول فحاصله: أن مقتضى القاعدة العقلية والنقلية حرمة التصرف وقبحه في المقبوض بالعقد الفاسد، لاناطة جوازه بطيب نفس المالك ورضاه، فيحرم على القابض التصرف فيه إلا بإذن المالك، والرضا المعاوضي المتقوم بالعقد قد إرتفع، فلا مسوغ للتصرف، إذ احتمال تجدد الرضا - بعد ثبوت فساد العقد - منفي بالأصل وهو الاستصحاب. ولو نوقش فيه فلا مانع من جريان الاستصحاب الحكمي أعني به استصحاب الحرمة.

مضافاً إلى كونه خلاف الفرض، إذ الكلام في جواز التصرف في المقبوض لأجل الرضا المعاملي، لا الرضا الحادث بعد العلم بفساد العقد، فإن الرضا الجديد غير محرز، وهو منفي بالأصل.

فدعوى بقاء الاذن والرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص، غير مسموعة، لأن الرضا ليس جنساً حتى يقال بعدم تقومه بفصل خاص، بل هو أمر بسيط ما به إمتياز عيني ما به اشتراكه. والخاص: أن التصرف في مال الغير حرام إلا بطيب نفس المالك ورضاه، ولا يجوز عقلاً إلا بعد إحراز الرضا، هذا. فما عن المحقق الأردبيلي رحمته من إباحة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد مما لم يظهر له وجه «١».

وأما الثاني: وهو الحكم الوضعي أعني به الضمان فيدل عليه - مضافاً إلى الشهرة والاجتماعات المحكية في المتن وغيره - «النبوي المشهور» كما في كلام المصنف وغيره، و«المعمول به عند الفريقين» كما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته «٢»، وغيره من أساطين الفقه. و غرضهم من نحو هذا التعبير كفاية الوثوق الخبري في العمل بالحديث، وهو متحقق في المقام، وذلك لتماثية أمرين:

«١» مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٩٢

«٢» منية الطالب، ج ١، ص ١١٦

أحدهما: إحراز استناد المشهور إلى هذا النبوي والعمل بمضمونه، و ثانيهما: كون العمل برواية ضعيفة سنداً جابراً للضعفها، وإعراضهم عن رواية قوية سنداً كاسراً لصحتها و موهناً لا اعتبارها. و الأمر كما أفادوه.

تحقيق سند النبوي «على اليد»

لكن قد نوقش في كلا الأمرين، أما في الكبرى فبمنع كون عمل المشهور جابراً، وإعراضهم كاسراً، كما تكرر في كلمات بعض الأعظم فقهاً وأصولاً^(١). و أما في الصغرى فلما في كلامه أيضاً وكلام بعض الأجلة من عدم إحراز عمل قدماء الأصحاب بهذا النبوي «فإن جمعاً منهم لم يذكروه في كتبهم كما يظهر بمراجعة نكت النهاية والمقنع والهداية والمراسم والوسيلة وجواهر الفقه.

و جمعاً منهم و إن أوردوا هذا الحديث في كتبهم كالسيدين و شيخ الطائفة، بل وابن إدريس أيضاً. إلا أن الظاهر إيراد احتجاجاً على المخالفين لا اعتماداً عليه. قال السيد في الانتصار في مسألة ضمان الصنّاع: «و مما يمكن أن يعارضوا به لأنه موجود في رواياتهم و كتبهم - ما يروونه عن النبي ﷺ: من قوله: على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لظهور كلامه في الإيراد على المخالفين بما هو مسلم عندهم، و لا يستفاد منه إستناد السيد إليه.

و قريب منه كلام السيد أبي المكارم في غصب الغنية وإجارتها، لقوله: «و يحتج على المخالف بقوله ﷺ ... الخ».

و أوردته شيخ الطائفة في غير مورد من الخلاف و المبسوط روايةً و احتجاجاً على القوم كما هو دأبه في كتابيه، لا إستناداً. ففي غصب الخلاف، مسألة ٢٠، بعد عنوانها و ذكر خلاف أبي حنيفة قال: «دليلنا أنه ثبت أن هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه،

فمن ادعى أنه زال ملكه بعد التغير فعليه الدلالة. وروى قتادة عن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه.

والظاهر أن مستنده هو الأصل خاصة. إذ لو كان مستنده هو الحديث لم يكن وقع للاستدلال بعدم الدليل على زوال ملكه، وعليه فيكون إيراد الحديث لمحض الاحتجاج على أبي حنيفة.

نعم تمسك به ابن إدريس في غصب السرائر، ونسبه جزماً إلى رسول الله ﷺ مع عدم عمله بالخبر الواحد، ثم شاع الاستدلال به بين المتأخرين من زمن العلامة. مع احتمال أن يكون ذكره احتجاجاً عليهم كما يظهر من موضع آخر من غصب السرائر، حيث قال: «و يحتج على المخالف بقوله ﷺ: على اليد. وهذا يوجب حصول الاحتمال بأن سائر الموارد من قبيل الاحتجاج عليهم، لا التمسك به، وإن كان خلاف الظاهر.

ولم أرَ إلى الآن فيما حضرني من كتب العلامة تمسكه به لاثبات حكم، وإنما نقل عن ابن الجنيد وابن إدريس التمسك به على ما حكى. و حدوث الاشتهار بعده لا يفيد شيئاً.

وعليه فالاعتماد على هذا الحديث مشكل، وترك العمل به مشكل آخر، مع جزم ابن إدريس بصدوره عن رسول الله ﷺ مع طريقته في العمل بالأخبار. مع احتمال أن يكون ذلك لاجتهاد منه وقيام قرائن عنده ربما لا تفيدنا علماً ولا عملاً. وإختلاف عبارات الحديث بحيث ربما يكشف عن تكرره وتظافره وإعتماد محققي أصحابنا من بعد ابن إدريس إلى عصرنا مع تورعهم وإلتفاتهم إلى ضعفه، ولا بد من الجبر في مثله، وهو لا يمكن إلا باعتماد قدماء الأصحاب عليه، مع إتقان متنه وفصاحته بما يورث قوة الاحتمال بأنه من كلمات رسول الله ﷺ لا سمرة. ولعل بناء العقلاء على مثله

مع تلك الشواهد لا يقصر عن العمل بخبر الثقة. لكن بعد اللتيا و آلتى في النفس تردد «١».

أقول: أما المناقشة في كبرى الجبر بالعمل فقد فرغنا من الجواب عنها بما علقناه على بحث حجية الشهرة «٢»، و محصّله: أن عمل المشهور برواية ضعيفة مع تشتت آرائهم في حجية أخبار الأحاد، و شدة ورعهم و علمهم بضعف الراوي و خبثه يوجب الوثوق العقلاني بالصدور، و هو المناط في سيرة العقلاء في العمل بالأخبار، و لا مقيّد لها بالوثوق المخبري خاصة.

و أما المناقشة في الصغرى - بمعنى عدم إحراز إستناد قدماء الأصحاب إلى هذا النبوي - فغير ظاهرة أيضاً.

أما قوله: «و الظاهر أن مستنده هو الأمر الأول ... الخ» ففيه: أن كلمات قدماء الأصحاب و متأخريهم في مقام الاستدلال مشحونة بذكر الأصل و الرواية و الاجماع في عرض واحد، فيقولون: «للأصل و لقول الصادق عليه السلام و للاجماع». مع أن الأصل ليس في رتبة الدليل، فالشيخ في الخلاف يذكر الأصل و هو الاستصحاب بقوله: «دليلنا: أنه ثبت أن هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه ... الخ» ثم يعقبه بحديث على اليد. و بقول النبي ﷺ: «لا يحل مال امرء مسلم إلا (بطيب من نفسه) عن طيب نفس منه». فهل يمكن التفكيك بين كلاميه ﷺ بأن يقال: أن الشيخ أورد الأول إحتجاجاً و الثاني إستناداً، مع وحدة السياق، و ذكره لهما بعد قوله: «دليلنا» فإن هذه اللفظة قرينة واضحة على كون ما يذكر بعدها دليلاً على الحكم و مستنداً له. فإن الإحتجاج على الخصم و إلزامه بما أُلزم به نفسه لا ينافي الاستناد. فظهور كلام الشيخ في الاستناد إلى كلا النبويين ممّا لا ينبغي إنكاره.

و نظير هذه المسألة ما أفاده الشيخ في غضب الخلاف (في المسألة ٢٢): «إذا غضب ساجدةً فبني عليها ... إلى أن قال: كان عليه ردّه ... إلى أن قال: دليلنا ما قلناه في المسألة الأولى ... إلى أن قال: و روى سمرة أن النبي ﷺ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، وهذه يدٌ قد أخذت ساجدةً، فعليها أن تؤديها. وأيضاً قوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، نفس منه، يدل عليه، لأنه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته»^(١).

فإن قوله: «و أيضاً ... الخ» يدل على أن ذكر «على اليد» كان للاستناد. مضافاً إلى أنه ذكر هذا الحديث بعد قوله: «دليلنا» فكل ما يذكره بعد هذا اللفظ يكون حجةً ومستنداً للحكم، وإلا كان عليه ﷺ أن يقول: «و يؤيده». ولو كان مقصوده الاحتجاج على العامة لكان المناسب أن يُعبر بما عبر به السيد ﷺ بقوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا به ما يروونه عن النبي ﷺ أو يقول - كما عبر به في بعض الموارد - «ويحتج على المخالف» حتى لا يُحرر استناد فتواه إلى خصوص هذا الحديث.

و نظير هذا في العمل بالحديث ما نسبته إليه العلامة في المختلف بقوله: «مسألة: إذا إرتهن الغاصب الغصب صح. قال الشيخ في الخلاف: ولا يزول الضمان، لثبوته قبل الرهن، فمن ادّعى براءته منه فعليه الدلالة. ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ثم قال العلامة: «و قد ذكرنا نحن في بعض كتبنا زوال الضمان، لأنه مأذون له في الامساك، فيسقط الضمان، و قول الشيخ لا يخلو من قوة»^(٢).

و لا يخفى دلالة كلامه في تقوية الضمان على عمله بالحديث تبعاً للشيخ، كظهور نفس عبارة الخلاف في الاستناد، و لا أثر من الاحتجاج على المخالف في كلامه. و أظهر من ذلك في الاستناد إلى الحديث كلامه في غضب المبسوط و وديعته،

«١» الخلاف، ج ٣، ص ٤٠٨ و ٤٠٩

«٢» الخلاف، ج ٣، ص ٢٢٨، مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١٧

حيث جعل الحديث النبوي في عداد ما رواه من السنة الدالة على وجوب رد المغصوب
و الوديعة إلى المالك.

هذا مضافاً إلى تصريح هذا القائل بإستدلال الشيخ بقاعدة اليد، في مسألة
المقبوض بالعقد الفاسد - في الاشكال على المصنف في ما نسبته الى الشيخ من إستدلاله
بالاقدام - حيث قال: «مع أن عبارة الشيخ في بيع المبسوط و غصبه على ما عثرت عليه
ليست كما نقلها، بل ظاهرة بضمان اليد بدليلها»^(١).

فلو كان ذكر النبوي لمجرد التأييد لا الاستناد كان إشكال شيخنا الأعظم على شيخ
الطائفة في إستدلاله بالاقدام في محله، و لا يتجه الاعتراض عليه بأن الدليل المتكرر في
بيع المبسوط و غصبه هو اليد لا الاقدام. هذا كله في إستناد شيخ الطائفة الى النبوي.
و إستند ابن الجنيّد إلى هذا النبوي على ما نقله العلامة عنه رحمته الله في عارية
المختلف، فقال: «و قال ابن الجنيّد: و ليس يضمن المَعَارُ تلف ما تلف منها إذا كانت
السلعة متاعاً، إلا أن يتعدى. و ما كان منها عيناً أو ورقاً أو حيواناً ضمن المَعَار تلف ذلك،
إلا أن يشترط المال [المالك] سقوط الضمان عنه ... إحتج بقوله عليه السلام: على اليد ما
أخذت حتى تؤدّيه»^(٢).

و أورده السيّد أبو المكارم أيضاً في الغنية^(٣)، و هو و إن كان في مقام الاحتجاج
عليهم، إلا أنه لم يُعبّر بمثل ما عبّر به السيد المرتضى من قوله: «و ممّا يمكن أن يعارضوا
به» و إنّما أسند الحديث إلى الرسول صلّى الله عليه وآله، و ظاهره القطع بصدوره عنه صلّى الله عليه وآله، لأنّه
لا يعمل بالأخبار الأحاد المفيدة للظن.

و أورده ابن إدريس في مواضع من السرائر، فإستدلّ به فيما إذا اختلف شخصان

«١» كتاب البيع، ج ١، ص ٢٧٠

«٢» مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٧٢

«٣» غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ج ٤، ص ٥٣٦، السطر ٢١ و ص ٥٣٧، السطر ٢٧

في كون مالٍ وديعةً أو قرضاً، وقال: «و يكون القول قول من إدعى أنه دين، لأنه قد أقر بأن الشيء في يده أولاً، وإدعى كونه وديعةً، والرسول ﷺ قال: على اليد ما أخذت حتى تردّه ... الخ»^١. وليس في هذا الكلام شائبة الاحتجاج على المخالفين، وإنما عارض رأي شيخ الطائفة في نهايته.

وقال أيضاً في مسألة أخرى في باب الرهن: «والرسول ﷺ قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه، إلا ما خرج بالدليل»^٢.

وقال في كتاب الغصب: «و يحتج على المخالف بقوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^٣.

وقال في كتاب الغصب أيضاً: «و من غصب ساجةً فأدخلها في بناءه، لزمه ردّها، وإن كان في ذلك قلع ما بناءه في ملكه، لمثل ما قدّمناه من الأدلة، من قوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه. وقوله ﷺ أيضاً: على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^٤.
و مبناه الأصولي في حجية الخبر غير خفي على من يتصفّح السرائر، وأنه قد لا يسند الحديث إلى المعصوم ﷺ إلا بالقطع، فقد تكرّر منه هذه الجملة في الإيراد على شيخ الطائفة رحمه الله: «وقد بينا أن أخبار الأحاد عند أصحابنا لا توجب علماً ولا عملاً، والواجب على المفتي الرجوع في صحة الفتوى إلى الأدلة القاطعة»^٥ ونحوه كلامه في باب الرهن^٦.

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٣٧

«٢» المصدر، ص ٤٢٥

«٣» المصدر، ص ٤٨١

«٤» المصدر، ص ٤٨٤

«٥» المصدر، ص ٣٢٢

«٦» المصدر، ص ٤٢٢

ولا ينافي حجية هذا الحديث عنده وإستناده اليه إيرادُه إحتجاجاً على المخالف في موضع من كتاب الغصب، لأن غايته إلزامهم بما هو حجة عندهم أيضاً. فيكون الحديث مقبولاً عند الخاصة والعامة، ولعل هذا منشأ إستظهار صاحب العناوين وغيره من إتفاق الفريقين على صدوره منه ﷺ.

وبهذا ظهر أن شبهة إيرادِه إحتجاجاً - في عبارة الغنية - غير جارية في كلام ابن إدريس في المواضع التي إستند فيها الى الحديث.

وأما العلامة ﷺ فقد أورده في المختلف والتذكرة، فإستند إلى الحديث في الكتابين، ونقل في المختلف إستدلال الشيخ في الخلاف، وإستدلال ابن الجنيد وابن إدريس به، وكذا نقل إستدلال المشهور به.

أما إستناده إلى الحديث ففي مواضع، ففي التذكرة: «كل من غصب شيئاً وجب عليه رده على المالك، سواء طالب المالك برده أو لا، ما دامت العين باقية، بلا خلاف، لقول النبي ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١) وأسندَه إليه ﷺ في الضمان بالمباشرة، فراجع^(٢).

وقال في المختلف: «إذا ادعى الراكب الاجارة والمالك العارية المضمونة بعد تلفها قبل مضي مدة لمثلها أجرة، قال الشيخ في المبسوط: القول قول الراكب مع يمينه، لأن صاحبها يدعي ضماناً في العارية فعليه البيّنة، والأصل براءة ذمة الراكب. والأقرب أن القول قول المالك، لأن الأصل تضمين مال الغير، لقوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣) ونحوه في الإستناد كلامه في باب اللقطة^(٤).

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢ و ٣٨٣

«٢» المصدر، ص ٣٧٤

«٣» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٧٧

«٤» المصدر، ص ٨٧

و نقل استدلال المشهور به بقوله: «مسألة: المشهور أن المقبوض بالسوم مضمون كالمقبوض بالبيع الفاسد. وقال ابن إدريس: لا يكون مضموناً، وهو الأقرب، وله قول آخر في باب الغصب: إنه مضمون. لنا: الأصل عدم الضمان ... إحتجوا بعموم قوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^١. وهذه الجملة الأخيرة هي المعتمدة في إحراز عمل المشهور بهذا النبوي والفتوى بمضمونه، وظاهره الاخبار الحسني بإستناد المشهور إليه، وإلا كان المناسب أن يقول: «و يحتج لهم».

وبهذا ظهر أن عدم ظفرنا بالحديث في عدة من المتون الفقهية القديمة كالمقنع والمقنعة والجواهر والكافي وغيرها غير قادح في إستنادهم إليه بعد شهادة مثل العلامة باستدلالهم به وحجيته عندهم.

كما ظهر أيضاً التأمل فيما ذكره القائل من «عدم ظفره بإستدلال العلامة بهذا النبوي، وإنما إقتصر على نقل إستدلال ابن الجنيد به» إذ قد عرفت إستناد العلامة إليه في مواضع عديدة، و نقل إستناد شيخ الطائفة وابن إدريس والمشهور به أيضاً في مواضع أخرى.

هذا مضافاً إلى أن دعوى عدم الظفر به في كلام العلامة ربما ينافي قوله في مقام آخر: «ثم شاع الاستدلال به بين المتأخرين من زمن العلامة».

هذا كله في إحراز عمل القدماء وبعض المتأخرين كالعلامة. وأما من تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم فقد أسندوه إلى الرسول ﷺ بلا تأمل، كما لا يخفى على من راجع الدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

وقد تحصّل من هذا التتبع في كلمات فقهاءنا الأبرار الوثوق بانجبار ضعف سند الحديث، بل لا تبعد دعوى كون المضمون مجمعاً عليه بينهم، وعليه لا مجال للتشكيك في عمل المشهور به كما لا مجال للمناقشة في كبرى الجبر بعملهم.

فالحقُّ أنَّ النبوي المزبور لا يكون أقلَّ من خبر الثقة، فيصح الاستناد إليه والاعتماد عليه في إستنباط الحكم الشرعي، فلا بدُّ من عطف عنان البحث إلى دلالته، فنقول وبه نستعين، وبوليَّه صلوات الله عليه نتوسل ونستجير:

محتملات حديث «على اليد»

إنَّ الوجوه المحتملة في معنى الحديث كثيرة:

الأول: أنَّه يدلُّ على الحكم التكليفي مادام المأخوذ موجوداً، فيختص بحال وجود العين، ولا يدلُّ على حكم ما بعد تلفها، وللقائلين بذلك مسلكان: أحدهما: أن يكون متعلق الحكم التكليفي ردَّ العين، فيجب ردُّ العين على من أخذها. وهذا الاحتمال يستفاد من كلام الشيخ رحمته في المبسوط، حيث إنَّه - بعد بيان تحريم الغصب وإقامة الأدلة الأربعة عليه وذكر النبوي على اليد ما أخذت ... الخ - قال: «والاجماع ثابت على أنَّ الغصب حرام، فإذا ثبت تحريم الغصب فالأموال على ضربين حيوان و غير حيوان، فأما غير الحيوان فعلى ضربين ماله مثل و ما لا مثل له، فما له مثل ما تساوت أجزاؤه، و معناه تساوت قيمة أجزائه، فكلُّ هذا له مثل كالحبوب و الأدهان و التمور و الأقطان و الخلول التي لا ماء فيها، و الأثمان و نحو هذا كله له مثل، فإذا غصب غاصب من هذا شيئاً فإن كان قائماً ردَّه، و إن كان تالفاً فعليه مثله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ إَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١) إنتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علوِّ مقامه.

و قريب منه عبارة التذكرة: «و كَلَّ من يثبت يده على مال الغير و لا حقَّ له في إمساكه و كان المال باقياً و جب عليه ردُّه على مالكه، بلا خلاف، لقول النبي ﷺ: على اليد ما أخذت حتَّى تؤدِّي. و لأنَّ حق المالك متعلق بماليته، و ماليته لا تتحقَّق إلا

برده إليه»^(١).

و لعل وجهه عدم تأصل الوضع بالجعل، و كونه منتزعا عن الأحكام التكليفية. والمناسب لكونه منشأ لانتزاع الوضع عنه هو وجوب الرد بالنسبة إلى نفس المأخوذ، لا بدله، و لا الأعم منه و من بدله، لمنافاته للغاية، و لا وجوب الحفظ.

ثانيهما: ما يفيد كلام الفاضل النراقي رحمته الله من: أن المراد به وجوب حفظ المال عن الضياع و التلف، إلى أن يرده إلى المالك. و الوجه فيه: أن الكلام محتاج إلى التقدير، و يدور المقدر بين الرد و الأداء و الضمان. و لا يجوز تقدير ما عدا الحفظ من الرد و الأداء و الضمان، لأن تقدير الأولين يوجب خروج المعنى عن السلاسة، إذ معناه حيثنذ وجوب الرد حتى يتحقق الرد. و توقف الحكم على بقاء موضوعه عقلي، و كذلك إنتفائه بانتفائه، فالغاية حيثنذ عقلية لا شرعية تعبدية.

و تقدير الأخير مناف لجعل الغاية أداء نفس المأخوذ، على ما يقتضيه رجوع الضمير المنصوب مفعولاً لـ «تؤديه» - المحذوف في بعض طرق الحديث، و المذكور في البعض الآخر كما تقدم في نقل الحديث - إلى الموصول.

وجه المنافاة: أن الضمان عبارة عن الغرامة المجعلولة في ظرف التلف، إذ لا معنى للغرامة و الخسارة مع وجود العين و ردّها، فإن رد نفس العين ليس غرامة على الآخذ، بل ردّاً للمال إلى مالكه كما لا يخفى.

الثاني: ما عن بعضهم من كون الحديث مسوقاً لبيان الحكم الوضعي، لكن بالنسبة إلى خصوص صورة التلف، من دون دلالة له على وجوب رد العين الذي هو حكم تكليفي، و لا على ضمانها ما لم تتلف.

و حاصل تقريره: أن تلف العين تحت يده سبب لتعلق الغرامة به، و المراد بالضمان هو دفع المثل أو القيمة عند التعذر، و هو المعبر عنه بتحمّل الغرامة، إذ لا يعقل

لضمان العين معنى محصل، لأن دفع عين المال إلى المالك ليس ضماناً ولا غرامة، فمعنى الحديث حينئذ: أن ضمان ما أخذته اليد ثابت عليه، وأنه لا يخرج عن الضمان إلا بدفع بدله القائم مقامه مثلاً أو قيمةً، هذا. وليس معنى الحديث «أنه يجب دفع عين المال إلى مالكة» إذ لا يحتاج إلى هذا التعبير، بل العبارة الدالة عليه: «أنه يجب دفع أموال الناس إلى ملاكها» فالتعبير بقوله: «على اليد» إنما هو لبيان معنى آخر يلائم «على اليد» وذلك المعنى هو الضمان الذي هو مجازاة لجناية اليد. وبهذه العناية أسند الحكم إلى اليد، وجعل عليها، وقيل: «على اليد، لا على أخذ المال» ثم قال هذا القائل في جملة كلامه: «وهذا المعنى - أي الضمان - مما لا يشك فيه مشكك بعد ملاحظة فهم العرف حتى من لم يتشرع بشرعنا أيضاً».

الثالث: ما حكى عن بعض، وهو: أن الحديث مسوق لافادة كل من الحكم التكليفي والوضعي، وأن كلا الحكمين مستفادان من الحديث، فيجب على الآخذ رد المأخوذ، ويكون عهده أيضاً عليه.

ولعل وجه الاستفادة هو: أن العرف يفهمون من كون العين المتمولة على شخص أن الأعم من العين والبدل يثبت على عهده، فثبتت المأخوذ في عهدة ذي اليد آثاراً تكليفية ووضعية من حفظه، وأدائه مع التمكن، وأداء بدله عند الحيلولة أو عند التلف، فإن معنى إعتباره في عهده هو كون ذي اليد مرجعاً ومأخوذاً به، فيجب عليه رده مع بقاء عينه و رد بدله مع تلفه، فبنحو الطولية يثبت الحكم التكليفي والوضعي بعد إرجاعه إلى التكليفي، هذا.

وأورد عليه بما حاصله: أن وجوب الرد إما يستفاد من قوله ﷺ: «على اليد» أو من قوله ﷺ: «حتى تؤدّي» ولا يتم المدعى على شيءٍ منهما.

أما الأول: فلأن لازم إستفادة الحكم التكليفي إنما هو تقدير الرد، ولازم الحكم الوضعي تقدير الضمان بمعنى كون المأخوذ على عهدة الآخذ، وأنه لو تلف كان عليه

بدله، إفادته للحكمين منوطة بتقديرهما معاً، وذلك مما لا يفى الكلام بإفادته، فهو أشبه شيء باستعمال الخطاب في إنشائين، بل هو منه.

وأما الثاني: فلأن المعنى - وهو لزوم الخروج عن عهدة المأخوذ على تقدير تلفه - ثابت إلى حين الأداء، وهذا يلائم وجوب الأداء قبل التلف وبعده، فهو أعم منهما، ولا دلالة للعام على تعيين الخاص، فلا بد من إثبات وجوب الرد قبل التلف بدليل آخر. إذا عرفت الاحتمالات المتطرفة في معنى الحديث المزبور، فاعلم: أن تنقيح معنى الحديث منوط ببيان أمور:

الأول: أن الأصل عدم التقدير، فإذا لم يكن صحة الكلام عقلاً منوطة بالتقدير - كقوله تعالى ﴿ واسئل القرية ﴾ أو شرعاً كقوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ - فلا وجه للالتزام به.

الثاني: أن الأصل في الظرف أن يكون مستقراً، إذ اللغوية منوطة بتقدير فعلٍ خاص ربما لا يكون لتعيين متعلقه دليل، فيصير الكلام لأجله مجعلاً، فإذا كان الظرف متعلقاً بـ «يجب» مثلاً فلا بد من تقدير متعلق له كالرّد والحفظ والضمان، ولا قرينة على أحدها، فيصير الكلام مجعلاً. بخلاف المستقر فإنه لا يحتاج إلى فعل خاص، بل العامل في الظرف هو أفعال العموم. فمع الدوران بين كون الظرف مستقراً ولغوياً يبنى على كونه مستقراً متعلقاً بفعل من أفعال العموم.

الثالث: أن الأصل في كلام الشارع أن يكون في مقام التشريع والانشاء لا التكوين والاختبار، فمع الشك في كون كلامه إنشاءً أو إخباراً يُحمل على الانشاء، فلا يصح أن يقال: إن معنى «على اليد» هو الاختبار عن كون المال تحت إستيلاء الأخذ، وأنه لا يرتفع خارجاً هذا الاستيلاء إلا بالرّد والأداء.

الرابع: أن التشريع يكون من الاعتباريات التي لها نحو وجود مغاير للوجود التكويني، فيمكن أن يكون لشيء وجود تكويني ووجود اعتباري ناشئ من تشريع

الشارع، فإذا اعتبر الشارع شيئاً من الأعيان على شخص كقوله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن﴾ فالاعتبار الشرعي يقتضي أن يكون ذلك الشيء بوجوده الاعتباري على عهده، إذ لا معنى لتعلق التشريع بالوجود التكويني، فلا بد أن يكون متعلق الاعتبار موجوداً اعتبارياً ثابتاً على العهدة. يعني: أن الثابت بالتشريع هو الموجود الاعتباري، وكون الشيء بهذا الوجود على العهدة عبارة أخرى عن الضمان، إذ لا معنى لأن يكون بوجوده الخارجي في العهدة، بل الموجودات الاعتبارية يكون وعاءها العهدة، كالموجودات الذهنية التي يكون وعاءها الذهن.

المختار في معنى حديث «على اليد»

إذا عرفت هذه الأمور تعرف: أن مقتضى كون كل من التقدير و لغوية الظرف على خلاف الأصل هو أن يكون نفس المال المأخوذ على صاحب اليد، لا وجوب رده أو حفظه أو ضمانه، لأنها مبنية على لغوية الظرف والالتزام بالتقدير اللذين هما على خلاف الأصل، كما أن مقتضى إنشائية كلام الشارع و كون التشريع من الاعتباريات هو كون المأخوذ بوجوده الاعتباري ثابتاً على عهدة الأخذ.

ففي وعاء الاعتبار يكون المأخوذ فوق يده، كما أنه بوجوده التكويني يكون تحت يده، فللمأخوذ وجودان تكويني، وبهذا الوجود يكون تحت اليد. وإعتباري ناش من التشريع، وبهذا الوجود يكون فوق اليد، لأنه مقتضى كلمة «على» الاستعلائية. وحيث إن الحاكم يكون نفس المال على العهدة هو الشارع، وثبوته الشرعي على اليد ليس إلا ثبوتاً اعتبارياً مقتضياً لكون الثابت بهذا الثبوت موجوداً اعتبارياً في العهدة، لأن العهدة وعاء الاعتباريات، فالمعنى حيث هو: أن نفس المال المأخوذ بوجوده الاعتباري ثابت على العهدة، وهذا الثبوت مستمر إلى أن يحصل الأداء. وهذا الاستمرار يستفاد من كلمة «حتى» لدالتها على ما ثبت بما قبلها من قوله ﷺ: «على اليد». و ليس هذا

إلا عبارة عن الضمان، حيث إن مصداق ذلك الموجود الاعتباري مع تلف العين هو الأقرب إلى التالف القائم مقامه، الواجد لغير خصوصياته المشخصة من الجهات النوعية والصنفية.

وقد ظهر مما ذكرنا ضعف الاحتمال الأول، أعني به كون مفاد الحديث تكليفاً محضاً، وهو وجوب رد العين، أو وجوب حفظها عن التلف، على الوجهين المتقدمين عن الشيخ والعلامة والنراقي رحمهم الله وأن الحديث متكفل للحكم التكليفي المختص بالعين حال بقائها دون حكمها بعد تلفها.

وجه الضعف: أنه مبني على لغوية الظرف، وقد عرفت أنه خلاف الأصل، ولا يصار إليه إلا بالقرينة.

كما أنه ظهر أيضاً ضعف الاحتمال الثاني، وهو كون الحديث مسوقاً لبيان الحكم الوضعي بالنسبة إلى خصوص صورة التلف، بأن يقدر الضمان، بعد قوله عَلَى يَدِهِ : «على اليد» بأن يقال: على اليد ضمان أي عرامة ما أخذته.

وجه الضعف: أن تقدير الضمان خلاف الأصل بعد كون ظاهر الكلام هو إعتبار ثبوت نفس المال المأخوذ على عهدة صاحب اليد. وحيث إن الاعتبار يتعلق بالموجودات الاعتبارية لا التكوينية، فلا بد أن يكون الثابت بهذا الاعتبار موجوداً اعتبارياً ثابتاً في العهدة. وهذا الثبوت الاعتباري مستمر حتى يحصل الأداء بعين المأخوذة التي هي مصداق حقيقي للوجود الاعتباري الذي إعتبره الشارع، لأنه واجد للمقومات النوعية والصنفية والشخصية. وببدله وهو المثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً، ومع فقد المماثل في المثلي يكون مصداق الأداء منحصراً بالمالية، هذا.

وكذا ظهر ضعف الوجه الثالث وهو الجمع بين الحكم التكليفي والوضعي، وذلك لأنه موقوف على كون الظرف لغواً حتى يتعلق بكلمة «يجب» وعلى كون المتعلق كلمتين وهما: الرد والضمان. ولا قرينة على شيء منهما، فإنه مع إمكان الظرف

المستقر لا تصل النوبة إلى الظرف اللغو.

فالمتحصل: أن النبوي الشريف يدل على كون المال في وعاء الاعتبار على عهدة الأخذ، فإن كان موجوداً رده إلى المالك، لأنه المصداق الحقيقي لرد المال، حيث إنه واجد للمقومات النوعية والصنفية والشخصية. فمفاد الحديث على هذا حكم وضعي، ولا يتكفل حكماً تكليفياً، فيرجع في حكمه التكليفي إلى ما يدل على حرمة حبس الحقوق ووجوب ردها إلى مالكيها.

و بالجملة: فاستدلال المصنف وغيره بهذا النبوي على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد في محله، هذا.

ثم إنه لا بأس بالتعرض لبعض الجهات المتعلقة بالنبوي المذكور:

١ - عدم اختصاص الأخذ بالقهر والغلبة

منها: أن الأخذ هل يكون عاماً أم مختصاً بما يكون على وجه القهر والغلبة؟ فلا يشمل الأيدي الأمانية، و يكون خروجها عن موضوع الحديث المزبور بالتخصص، فيختص الحديث بالغصب، و لا يشمل موارد إذن المالك الحقيقي كاللقطة وغيرها من الأمانات الشرعية، و تسليط المالك غيره على ماله كالوديعة وغيرها من الأمانات المالكية.

و ربما يستشهد لذلك - أي الأخذ بالقهر والغلبة - بقوله تعالى: ﴿و كذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى﴾^(١)، و قوله تعالى: ﴿و لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين﴾^(٢) و قوله تعالى: ﴿فأخذناهم أخذ عزيز مقتدر﴾^(٣) و غير ذلك من موارد

«١» سورة هود، الآية ١٢٠

«٢» سورة الحاقة، الآية: ٤٥

«٣» سورة القمر، الآية ٤٢

إستعماله في الأخذ بالقهر والغلبة. وجعل المحقق النائيني هذا المعنى هو الظاهر^١. وفيه: أن الأخذ لغة هو تناول الشيء مطلقاً وإن لم يكن عن قهر وعدوان، كقوله تعالى: ﴿ خذ العفو ﴾^٢ وقوله عز اسمه: ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾^٣ فتأمل، وقوله ﷺ: «خُذْهَا فَإِنِّي إِلَيْكَ مُعْتَذِرٌ». وغير ذلك من الموارد.

و خصوصية القهر والغلبة تستفاد من القرائن الحالية أو المقائية، من باب تعدد الدال والمدلول، وليست من خصوصيات نفس المعنى اللغوي أو العرفي. فيدل الحديث الشريف على الضمان في جميع الموارد سواء أكان هناك قهر أم لا، إلا ما خرج بالدليل كالأمانات مطلقاً.

و بالجملة: فلم يثبت كون مفهوم الأخذ عرفاً هو تناول القهري حتى يحمل اللفظ عليه، فيحمل على معناه اللغوي، و هو مطلق التناول الذي منه المقبوض بالعقد الفاسد، والمسروق، والوديعة، والعارية. فالأخذ يكون من قبيل المتواطى لا المشكك. ولو سُلِمَ التشكيك فإنما هو من قبيل التشكيك البدوي الذي لا عبرة به في رفع اليد عن إطلاق مفهومه، هذا.

٢ - إعتبار الإرادة والاختيار في الأخذ المضمّن

و منها: أن «الأخذ» لما كان فعلاً إختيارياً فلا بدّ من عدم صدوره بلا إرادة و لا إختيار، فإذا ألقي مال في حجر شخص بحيث صار تحت يده وإستيلائه من دون دخل لإرادته وإختياره في ذلك لم يصدق عليه الأخذ حتى يشمل الحديث الشريف. وكذا لا يصدق «الأخذ» على تناول الصبي غير المميّز الذي لا شعور و لا تمييز له بحيث

«١» منية الطالب، ج ١، ص ١١٧

«٢» سورة الاعراف، الآية ١٩

«٣» سورة التوبة، الآية ١٠٣

لا يلتفت إلى ما يصدر منه من الفعل و عنوانه، وكذا المجنون.
 فيظهر من إعتبار الإرادة في حال الأخذ و كون الأخذ مستشعراً مميّزاً لفعله خروج
 الصبي غير المميز و المجنون و النائم عن حيّز الحديث إذا أمسكوا على شيء من
 المنقولات و إستولوا عليه، فلا يشملهم الحديث حتى يحكم عليهم بالضمان.
 و يشمل الصبي المميز المستشعر لفعله، لصدق الأخذ الاختياري على فعله،
 وفاقاً للمصنّف رحمه الله، حيث قال: «و من هنا كان المتّجه صحة الاستدلال به على ضمان
 الصغير بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور».
 والحاصل: أنّه يعتبر في شمول الحديث كون الفاعل مختاراً في فعله، هذا.

٣ - شمول إطلاق الضمان للعلم بالحكم و الجهل به

و منها: أنّ إطلاق الحديث يشمل كون صاحب اليد عالماً بالحكم التكليفي - و هو
 وجوب الأداء - و الوضعي أعني به الضمان، و جاهلاً بهما. كما يشمل كونه عالماً
 بالموضوع و هو العلم بأنّه مال الغير أو مقصوب أو مقبوض بالعقد الفاسد، و كونه جاهلاً
 به كما إذا زعم أنّه مال نفسه أو أنّه وكيل عن مالكه أو وليّ عليه.

٤ - إطلاق الضمان لليد الأصلية و التابعة

و منها: أنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين كون اليد أصلية و بين كونها تابعة، كيد
 وكيل الغاصب مع عدم علم الوكيل بالغصب، إذ مع علمه بالغصب لا تصح الوكالة حتّى
 ظاهراً. وكذا الحال في الوكيل في قبض المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لأنّه يعتبر في صحة
 الوكالة كون متعلّقها مباحاً، و لذا قال في المسالك في ذيل قول المحقق رحمه الله: «ولو وكلّه
 في بيع فاسد لم يملك الصحيح» ما لفظه: «كما لو قال: اشتري لي كذا إلى إدراك الغلات، أو
 مقدّم الحاج، أو بعه كذلك، أو ما شاكلة. و لا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين بالفساد

و جاهلين و بالتفريق، و إنما لم يملك الصحيح، لعدم التوكيل فيه فيقع فضولياً^(١).
ففي الصورة المذكورة يكون الوكيل هو الذي يشملته الحديث دون الموكل.
لا يقال: إن المقرر عندهم أن يد الوكيل يد الموكل، وكذا يد الأمين يد الحاكم
فلا يعدُّ يد أحدهما في العرف يداً له، بل يد الموكل و الحاكم.
فإنه يقال: إن معنى كون يد الوكيل يد الموكل هو إجراء أحكام يد الموكل عليه في
التصرفات كالآثار المترتبة على قبض المالك، كفراغ ذمة المقبوض منه بقبض الوكيل،
كفراغ ذمته بقبض الموكل، فإن قبض الوكيل كقبض الموكل في تلك الآثار. وهذا لا ينافي
صدق الاستيلاء و التسلط عرفاً على يد الوكيل الموجب لضمانه، فلا وجه لما قيل من:
أن المالك لا يرجع على الوكيل، بل على الموكل، لأنه صاحب اليد.
و الحاصل: أن معنى كون يد الوكيل يد الموكل و قبضه قبضه هو: أن القبض
الذي من شأنه أن يصدر من الموكل - إذا صدر من الوكيل كان كصدوره من الموكل في
فراغ ذمة المقبوض منه، أو صحة العقد كالوكيل في عقد الصرف أو السلم. وإجراء حكم
الضمان الثابت للوكيل على الموكل أجنبى عن معنى قولهم: «يد الوكيل يد الموكل» إذ
ظاهره هو أن كل ما يكون من وظيفة شخص إذا صدر عن غيره وكالة كان كصدوره عن
نفس ذلك الشخص في الحكم الشرعي المترتب عليه، هذا.

٥ - إطلاق الضمان لليد المستقلة و المشتركة

و منها: أن قضية الإطلاق عدم الفرق بين إنفراد اليد بالأخذ و تعددها بأن شاركها
غيره فيها بحيث أسند إلى المتعدد، و كان المستولي على المال المأخوذ إثنين في عرض
واحد. أو ترتبت إحدى اليدين على الأخرى، و هذه مسألة تعاقب الأيدي على
المغصوب، و إن كان في كيفية التضمين إشكال ليس هنا محل ذكره، هذا.

٦ - أقسام المأخوذ باليد

ومنها: أن المأخوذ قد يكون عيناً من المنقول وغيره، وقد يكون منفعةً كسكنى الدار ومنفعة الدكان ونحوهما، وقد يكون من قبيل الحقوق كحق التحجير، وقد يكون من قبيل ما لا يدخل تحت الاستيلاء والاستحقاق كالحرّ والخمر والخنزير بالنسبة إلى المسلم، فهنا أقسام أربعة:

القسم الأول: الأعيان الشخصية والكلية

الأول: كون المأخوذ هو العين، وذلك يتصور على نحوين:

أحدهما: أن يكون المأخوذ من المنقولات.

ثانيهما: أن يكون من غير المنقولات، كالدار والدكان والأرض ونحوها.

أما الأول فملخصه: أنه لا ريب في صدق أخذ اليد على الاستيلاء عليه بالقبض ونحوه، فيصدق الأخذ والاستيلاء باليد على ركوب دابة الغير، فيشملة النبوي «على اليد ما أخذت» وإن لم يُحرّكها من مكانها.

و أما الثاني فحاصله: أن إثبات اليد عليه حقيقة غير ممكن، لعدم الاحاطة بها كالمنقول، لكن التصرف فيه بالدخول ونحوه ممكن، وهو يتصور على وجهين:

أحدهما: ما يوجب صدق الاستيلاء عليه، كدخول الجائر - عدواناً - دار غيره للتصرف والتسلط أو السكنى فيها، أو إيجارتها. وهذا القسم لا إشكال في صدق اليد عليه، فيشملة النبوي الموجب للضمان.

ثانيهما: ما لا يوجب صدق التسلط والاستيلاء عليه، كما إذا دخل دار الغير أو بستانه بغير إذن المالك للتفرّج والتنزه مثلاً، فإن الاستيلاء لا يصدق عليه، فلا يشملة النبوي، فلا دليل حينئذٍ على الضمان. وقد صرح بذلك العلامة في التذكرة حيث قال: «ولو دخل دار غيره أو بستانه لم يضمن بنفس الدخول من غير إستيلاء، سواء دخلها

بإذنه أو بغير إذنه، و سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن»^١.
و لا فرق في هذا القسم - أعني الأعيان - بين ما لو كان مفزاً و ما لو كان مشاعاً،
لاطلاق المأخوذ و عدم إختصاصه بالمفز، فيعد من سكن دار غيره مع مالكتها قهراً ذايد
على النصف. و لهذا قال العلامة رحمته في التذكرة: «ولو لم يزعم المالك، ولكنه دخل
وإستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار، لاجتماع يدهما و إستيلائهما عليه. نعم
لو كان الداخل ضعيفاً و المالك قوياً لا يعد مثله مستولياً عليه لم يكن غاصباً لشيء من
الدار»^٢.

لا يقال: إن الاستيلاء لا يتحقق إلا على الشيء المعين.
فإنه يقال: إن الاستيلاء أمر عرفي يتحقق في المشاع كتحققه في المعين. و يدل
عليه صحة بيع المشاع و صلحه و هبته و وقفه، فقبضه جائز كالمقسوم.
و أما الكلّي فلا يدخل تحت اليد و إن قيل به، لأن ما يقع تحت الاستيلاء خارجاً
هو الفرد كما لا يخفى.
إلّا أن يقال: أن وجود الفرد عين وجود الكلّي الطبيعي، فلاجله يدخل الكلّي
تحت اليد و الاستيلاء.
ثم إن مقتضى الاطلاق عدم إعتبار كون العين ممّالة قيمة و مالية. و دعوى تبادل
ماكان له مالية ممنوعة.

إلّا أن يقال: إن الضمان الذي يدل عليه النبوي - و هو تدارك خسارة المال المفوت
أو الفائت - لا يتصور إلا فيما له مالية، فلا بد من شموله للمأخوذ الذي هو مال، فما ليس
كذلك لا يندرج تحت هذا النبوي، هذا.
ثم إنه لا فرق في ضمان المأخوذ بين بقاء عينه و بين تلفه، كعدم الفرق في ضمانه
بين الأوصاف الطارئة عليه من مزجة بشيء أو تغيير صورته كالطحن، فإن المأخوذ في

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٣٧، السطر ١٦

«٢» المصدر، السطر: ٢٢

جميع الصور مضمون على الآخذ. كما لا فرق في الحكم بالضمان بين كون المتصدّي لذلك التصرف نفس الآخذ وغيره، وإن كان للمالك أيضاً الرجوع إلى ذلك المتصرف، لكنّه كلام آخر.

كما لا فرق في الأعيان بعد دخولها تحت اليد بين أن تكون مقصودة بالذات في الاستيلاء عليها وبين أن يتحقق الاستيلاء عليها بالتبع، ولهذا قال في الرياض: «و يضمن حمل الدابة لو غصبها. وكذا غصب الأمة الحامل غصب لحملها بلا خلاف أجده ظاهراً، لأنّه مغصوب كالأمّ. والاستقلال باليد حاصل بالتبعية لها. وليس كذلك حمل المبيع فاسداً، حيث لا يدخل في البيع، لأنّه ليس مبيعاً، فيكون أمانة في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، ولأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع إجماع الضمان، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدي، مع الشك في صدق الأمانة عليه وبه قطع الماتن في الشرائع»^(١) انتهى كلامه رفع مقامه.

مركز تحقيق تكملة علوم إسلامي

القسم الثاني: المنافع

القسم الثاني - وهو كون المأخوذ منفعة - يتصور على نحوين :

أحدهما: المنافع التي لم يستوفها آخذ العين، كما إذا استولى على دابة غيره فغصبها منه غاصب قبل إستيفاء الأول شيئاً من منافعها، فإنّ المنافع بالنسبة إلى الآخذ الأول غير مستوفاة، فلا تدخل تحت عنوان قوله صلى الله عليه وآله : «على اليد ما أخذت» وإن قلنا بضمان الثاني لها، لمباشرة للاستيفاء بدليل آخر.

وكذا الحال لو بقيت تحت يده ولكن لم يستعملها ولم يتنفع بها، فإنّه لا يصدق على المنافع حينئذٍ أنّها مأخوذة، لعدم إستيفائه لها، وعدم تعلّق فعلٍ منه بها. وإن قلنا بكونها مضمونة عليه لجهة أخرى من جهات الضمان وهي قاعدة الاتلاف، حيث إنّ

أُتلف المنافع على المالك، ولذا قال العلامة رحمته في التذكرة: «منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء أُلْتُفها بأن إستعملها أو فأت تحت يده بأن بقيت في يده ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع»^١.

ثانيهما: المنافع المستوفاة، كما إذا ركب الدابة التي غصبها، أو إستخدم العبد أو الجارية مثلاً. وهذا كسابقه في عدم صدق الاستيلاء على المنافع، لأن المنفعة غير موجودة بحيث يجتمع طرفاها في زمان واحد، بل هي تدريجية الوجود، فلا يتصور الاستيلاء على المنافع من المستولي على العين حتى في صورة إستيفائها، فلا يمكن إثبات ضمانها حتى مع الاستيفاء بحديث اليد. نعم لها سبب آخر للضمان وهو الاتلاف على المالك، وتدل عليه العبارة المتقدمة عن العلامة رحمته.

لكن خالف فيما ذكرناه صاحب الجواهر رحمته، حيث إستدل على ضمان المنافع المستوفاة بالحديث المزبور. قال في كتاب العارية: «ولو إستعار مستعير من الغاصب - وهو لا يعلم بغصبه - كان قرار الضمان للمنفعة الفاتئة على الغاصب، لغروره، وإن كان للمالك أيضاً إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة أو فأت في يده، لعموم من أُلْتُف وعلى اليد كما هو المشهور بين الأصحاب هنا، وفي الغصب عند ذكر حكم الأيدي المترتبة على يد الغاصب»^٢.

و أنت خبير بضعف التمسك بقاعدة اليد، لما عرفت من ظهور «ما» الموصولة في قوله سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ: «على اليد ما أخذت» في عين خارجية إستولت عليه اليد. وليست المنفعة موجودة مجمعة أجزاؤها في الوجود، بل هي من الموجودات التدريجية المتصرمة التي يتوقف وجود جزء منها على إنعدام سابقه، فلا تجتمع أجزاؤها في الوجود حتى تأخذها

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨١

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ١٦٦

اليد و تستولي عليها، فالمتعین التمسك لضمان المنافع مطلقاً حتى المستوفاة بقاعدة الاتلاف.

لا يقال: إن مجموع منافع الدار سنة مثلاً يعد في نظر العرف موجوداً واحداً، ولذا يبذل بازائه الأجرة. وهذا يدل على أن المنافع كالأعيان مما يمكن أن تنالها اليد وتندرج تحتها.

فإنه يقال: إن الاعتبار العرفي المزبور إنما يصحح إعتبار المالية المعتبرة في العوضين، كإعتبار مالية عين كالحنطة مثلاً في الذمة، أو عمل كذلك كخياطة ثوب، أو بناء دار، فإن الاعتبار المزبور لا يوجب صيرورة الكل في الذمة موجوداً خارجياً قابلاً لأن تدخل تحت اليد. بل يجدي في المالية فقط، لا في الوجود الخارجي المتوقف عليه صدق الأخذ باليد. فدعوى عدم صدق اليد على المنافع مطلقاً في غاية القرب، هذا.

لكن الانصاف صدق اليد على المنافع كصدقها على الأعيان. توضيحه: أن المنفعة هي الحيثية القائمة بالعين التي تستوفي تارة ولا تستوفي أخرى. وإن شئت فقل: إن المنفعة - التي هي معنى اسم المصدر - قائمة بالعين قيام بالملزوم والعرض بالمعروض، فمنفعة الدار مثلاً هي صلاحيتها للمسكونية. وهذه القابلية ثابتة للعين، وليست تدريجية الوجود، فلا يتقوم باستيفاء المستوفي لها تدريجاً، حتى يستشكل في شمول النبوي لها بعدم كونها موجودة مجتمعة أجزاؤها في الوجود.

نعم لا تصلح المنافع لشمول الأخذ لها بالأصالة. وهذا لا يقدر في شمول النبوي لها كما تقدم من إطلاق الأخذ للأصالة والتبعية. فما أفاده الجواهر من التمسك بقاعدة اليد في العبارة المتقدمة في غاية المتانة.

نعم بناءً على دخل الاستيفاء - الذي هو قائم بالشخص المنتفع في حقيقة المنفعة - كان ما أفيد من منع جريان النبوي في المنافع في محله، هذا.

لكنه في غاية الضعف والسقوط، إذ لا شبهة في صحة إسناد الفوت إلى المنفعة، بأن يقال: فاتت المنفعة، أو: فوتها الغاصب، أو: استوفاه. وصحة هذه الاضافة منوطة

بكون المنفعة هي الحثية القائمة بنفس العين التي تستوفى تارةً و لا تستوفى أخرى. وليس الاستيفاء الذي هو معنى مصدرى دخيلاً في مفهوم المنفعة التي هي من الحثيات القائمة بالعين كالدار، هذا.

ثم إنه لو شك في دخل فعل المنتفع في حقيقة المنفعة القائمة بالعين - التي وقعت تحت اليد - بحيث رجع الى الشبهة المفهومية بأن يدعى إجمال مفهوم المنفعة، لم يمكن التمسك بالحديث المزبور، لعدم جواز التمسك بالدليل مع عدم إحراز موضوعه. كما إذا شك في أن مفهوم العالم الواجب إكرامه هل له سعة يشمل العالم الفلسفي أم لا؟ فلا يجوز التمسك لحكمه بدليل وجوب إكرام العالم كما لا يخفى.

القسم الثالث: الحقوق

القسم الثالث: و هو أخذ الحقوق، و الحكم فيه عند جماعة منهم العلامة المامقاني رحمته الله هو حكم المنفعة في عدم تناول حديث اليد لها، لعدم صدق أخذ اليد عليها^(١). وعند جماعة أخرى شمول الحديث لها كشموله للمنافع على ما عن غير واحد، فنصب الحقوق كالتحجير و حق السبق إلى المشتركات كالسوق و المسجد والخان و نحوها كنصب الأعيان و المنافع، فإنها تدخل تحت اليد، لصدق الاستيلاء عليها عرفاً. و لا يراد من الأخذ القبض حتى يختص المأخوذ بالأعيان. و لا يشمل غيرها من المنافع و الحقوق.

و بالجملة: فنصب العين المتعلقة للحق كنصب العين المتعلقة للملك في شمول النبوي لها، و أداء الحق بأداء موضوعه، فأداء حق التحجير و السبق إلى المشتركات بأداء متعلقه كالأرض و المسجد و غيرهما.

و الحاصل: أنه بناءً على ظهور الأخذ باليد و التأدية في العين خاصة لا يشمل

النبوي المنافع و الحقوق كما عليه غير واحد على ما تقدم آنفاً.

القسم الرابع: ما ليس بملك و لا حق

القسم الرابع: أعني به ما لا يدخل تحت التسلط بالتملك أو الاستحقاق كالحُر والخمر و الخنزير بالنسبة إلى المسلم. و حكمه على ما ذكره غير واحد من الأصحاب عدم دخوله تحت الحديث الشريف، لما مرّ من ظهور النبوي في الضمان، و لا ضمان في غير المملوك بمجرد اليد. و لأن غاية الضمان هو الأداء إلى من يجب الدفع إليه كالمالك ونحوه، و لا تأدية في غير المملوك، لعدم وجود المؤدّي إليه، فخروجه عن الرواية واضح.

و لا فرق في غير المملوك بين أن لا يكون قابلاً للتملك من أصله كالحُر المسلم والخنزير وغيرهما، فإن ذلك غير مضمون باليد، و بين أن يكون قابلاً له ولكن لم يجز عليه ملك أحد كالمباحات، فإنه لا ضمان في أخذه.

و عن جماعة تعليل الحكم في الحُر بأنه لا يدخل تحت اليد.

فإن أرادوا بذلك أنه لا يدخل تحت اليد شرعاً فهو حسن، إذ ليس الحُر مالاً مملوكاً شرعاً حتى يدخل تحت اليد و يكون مضموناً على أخذه. لكن مقتضى القواعد هو الأخذ بالمعنى العرفي. و هو الاستيلاء، و لا مدخل للشرع في ذلك. بل إرادة اليد الشرعية تنتج عكس المدعى، إذ يلزم حينئذ عدم ضمان الغاصب، لأنه لا يدله شرعاً على المال. و يلزم ضمان من له يد على المال شرعاً كأولياء. و هذا عكس المدعى.

و إن أرادوا بقولهم: «إنه لا يدخل تحت اليد» عدم دخوله عرفاً تحت اليد، ففيه منع، ضرورة أن الحرية و الرقبة أمران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي، بدهاء أن كل من تسلط على إنسان بحيث يتصرف فيه كيف يشاء يقال: إنه مستولٍ عليه، و هو في يده، من غير فرق فيه بين كونه حُرّاً و مملوكاً.

فالأولى أن يقال في عدم ضمانه: إن دليل الضمان لا يشملُه إذ المتبادر منه هو

المملوك، خصوصاً بقريته قوله ﷺ: «حتى تؤدّي» و نحو ذلك، لظهوره في تأدية المأخوذ إلى مالك أمره، وإلا فلا معنى للتأدية، لقيام التأدية بالمؤدّي والمؤدّي إليه، فالتأدية إضافات ثلاث، فلا يشمل ما لا يقبل الملك كالحرّ والخمر للمسلم، لعدم من يؤدّي إليه المأخوذ.

أللهم إلا أن يقال: إن المملوكية مما لا دخل له في صدق الأخذ والأداء العرفيين، فلا يعتبر في الضمان كون المأخوذ مملوكاً شرعاً. فالقول باعتبار كون المأخوذ ملكاً شرعاً في صدق الأخذ والأداء خالٍ عن الدليل، و منافي لأوضاع الألفاظ العربية، ولا إشعار للأخذ والأداء باعتبار كون المأخوذ مملوكاً شرعاً.

و عليه فخمر المسلم و خنزيره من جملة مصاديق الحديث، لثبوت الإضافة العرفية إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجمعول غايةً في الكلام.

و كذا الحال في الأوقاف العامة والخاصة، لثبوت الإضافة إلى الموقوف عليهم المستلزم لتحقيق الأخذ والأداء إذا استولى عليها غيرهم.

نعم يخرج الحرّ، لعدم قابليته للأداء، لعدم وجود من يؤدّي إليه ولو عرفاً، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحدٍ بالمملوكية والاستحقاق. و لولا التقييد بالغاية قلنا بأن من استولى على الحرّ وأثبت يده عليه ضمنه لو تلف تحت يده، لصدق قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت» بالمعنى الذي تقدّم، و هو كون ضمانه وعهده عليه لو تلف.

والحاصل: أن الحرّ يخرج عن مقتضى الحديث من جهة عدم قابليته للأداء لأجل عدم وجود من يؤدّي إليه المأخوذ ولو عرفاً، إذ لا يضاف الحرّ إلى أحدٍ بالمملوكية والاستحقاق عرفاً أيضاً.

وأما الخمر والخنزير فلخروجهما عن مفاد الحديث، لما دلّ على عدم احترامهما، وإلا فلا إشكال في صدق الأخذ والأداء عليهما عرفاً، و في ثبوت الإضافة العرفية لهما إلى المسلم الموجبة لصدق الأداء إليه المجمعول غايةً في الكلام، كصدق الأخذ عليهما. فالمتحصل: أن الحرّ خارج عن حيّز الحديث تخصّصاً، لعدم إضافته إلى أحدٍ حتى

يصدق الأداء عليه و أن الخمر و الخنزير اللذين هما تحت يد المسلم خارجان عن حيِّز الحديث بالتخصيص، لصدق الأخذ و الأداء عرفاً عليهما، فالخروج حينئذ يكون بالتخصيص الناشئ عما دلَّ على عدم إحترامهما. و عدم كونهما معنوين بعنوان من الملكية و الوقفية و الزكاة و غيرها حتى يكون بدلها حافظاً لذلك العنوان، فإن من أتلف الغنم التي هي زكاة، كان بدلها المضمون على المتلف معنوياً أيضاً بعنوان الزكاة، و يقال: إنه زكاة كما كان مبدلها زكاةً. و هذا بخلاف الخمر و الخنزير المضافين إلى المسلم. هذا. ثم إن ما تقدّم في الحرّ كان بالنسبة إلى نفسه. و أمّا بالاضافة إلى منفعه، فإن إستوفاءها الأخذ ضمنها، لأنّ استيفاء عمل الغير يوجب الضمان، لقاعدة الاستيفاء. و إن لم يستوفها فضمّانها مشكل إلا أن يتمسك فيه بقاعدة الاتلاف. و قد تقدم شرط من الكلام فيه في بحث عمل الحرّ، فراجع.^(١) و أمّا حديث «على اليد» فلا يشمل منافع الحرّ، لأنّ اليد على نفس الحرّ كالعدم فضلاً عن منفعه، فلا بدّ من التمسك فيها بقاعدة الاتلاف، كما تقدم.

٧ - المراد من الأداء المجعول غاية للضمان

بقي الكلام في إرتفاع الضمان المدلول عليه بالحديث. أعلم: أنه قد جعل في الحديث رافع الضمان التأدية، لقوله ﷺ: «حتى تؤدي» و محصل ما يستفاد من هذه الغاية أن الغاصب ضامن للمغصوب، و لا يرتفع ضمانه بمجرد إذن المالك له في إبقائه تحت يده، بل المترتب على الاذن ليس إلا إرتفاع الاثم الذي نشأ عن عدوانية يده، و لا ملازمة بين إرتفاع الاثم و بين بقاء الحكم الوضعي الثابت إلى أن يتحقق الأداء بتسليمه إلى المالك كما هو قضية قوله ﷺ: «حتى تؤدي» فلا يرتفع الضمان إلا بالأداء.

نعم إذا وكله المالك في التسلم من قبله، فتسلم الغاصب ما غصبه وكالة عن ماله
أمكن القول بارتفاع الضمان حينئذ، لتبدل يده العادية باليد الأمانية. فالغاصب لصيرورته
وكيلاً فعلاً صار قبضه و تسلمه كتسلم المالك موجباً لارتفاع الضمان عنه، هذا.

وقد إستشكل بعض الفقهاء في ذلك بأن ظاهر الحديث هو الضمان ما لم يحصل
التسليم والتأدية إلى المالك، خرج عنه التسليم إلى يد الوكيل إذا كان غير الغاصب
بالاجماع، وأما الغاصب الوكيل فخروجه غير معلوم، والأصل يقضي بالعدم، هذا.

لكنه مندفع بأن أدلة الوكالة - على فرض تماميتها - حاكمة على أدلة الضمان،
لكونها موجبة لتبدل الموضوع الموجب للضمان، فإن موجباً وهو اليد العدوانية يتبدل
بسبب الوكالة بالأمانية، فإذا صارت يد الغاصب أمانية إرتفع الضمان. ولا فرق في الحكم
بارتفاع الضمان بين الوكيل الغاصب وغيره كما هو مقتضى إطلاق أدلة الوكالة. وإلا
لم يكن وجه لخروج الوكيل غير الغاصب أيضاً، لعدم كونه بالخصوص مورد الاجماع
حتى يمتاز به عن الغاصب كما لا يخفى.

ثم الظاهر أن المراد بالتأدية إلى المالك هو جعله مستولياً عليه. فكما أن مجرد
وضع اليد على ثوب الغير ليس غصباً له، فكذلك مجرد وضع المالك يده على ما غصب
منه من دون إستيلائه عليه - كما إذا وضع يده على ثوبه الذي غصبه غاصب - ليس رافعاً
للعصب و مصداقاً للتأدية الراجعة للضمان. فإذا غصب شخص نقداً من صراف ثم دفعه
إلى ذلك الصراف لينقده لم يكن هذا الدفع ضدّاً للعصب وتأديةً للمغصوب حتى يرتفع
الضمان، بل الغاصب ضامن له إذا تلف بأفة سماوية أو أخذه ثالث من يده، لعدم حصول
التأدية الراجعة للضمان.

و الحاصل: أنه لا يصدق التأدية إلى أحد إلا إذا إستولى عليه. ألا ترى أن تسليم
النقد إلى الصراف لينقده لا يسمى تأديةً إليه.

هذا مضافاً إلى الاجماع المستنبط من تتبع كلماتهم.

و إلى الأصل مع الاغماض عن دلالة الحديث، فإن الاستصحاب يقضي ببقاء الضمان ما لم يحصل إستيلاء المالك على المغصوب.

فتلخص: أن براءة ذمة الغاصب عن المغصوب منوطة باستيلاء المالك أو من يقوم مقامه عليه ولو قهراً و بدون إطلاع الغاصب و إذنه، كما إذا أخذه المالك بالقهر و الغلبة واستولى عليه. فالمدار في حصول البراءة - و سقوط الضمان - على وصول المال إلى مالكة على وجه يكون مستولياً عليه. و هذا المعنى يتحقق قطعاً بما إذا دفع المغصوب إلى المغصوب منه بعنوان أنه ماله و ملكه ليتصرف فيه كتصرف سائر الملاك في أملاكهم كما إختاره الشهيد الثاني رحمته الله قائلاً: «بأن التسليم التام إلى المالك الموجب لارتفاع الضمان هو التسليم بهذا النحو»^(١).

و أما إذا دفع إليه بنحو آخر كعنوان الأمانة المضمونة كالعارية المضمونة، أو عارية الذهب و الفضة مطلقاً، أو غير المضمونة كالوديعة، أو بعنوان التملك الضماني كالبيع منه، أو الهبة المعوضة أو الإجارة أو الصلح غير المحاباتي أو نحو ذلك أو التملك المجاني كالهبة غير المعوضة، ففي كونه رافعاً للضمان إشكال.

و التحقيق أن يقال: إن رافع الضمان هو التأدية التي هي أمر عرفي، فلا بد من تحقق التأدية عرفاً. و الظاهر تحققها باستيلاء المالك على التصرفات في العين، بحيث يكون تصرفه فيها مستنداً إلى ملكيته لها ولو بزعم ملكية جديدة. فالاختلاف في موجبات الملكية لا يمنع عن صدق التأدية، فإذا دفع المغصوب إلى مالكة بعنوان التملك الضماني أو المجاني كان ذلك ردّاً للمال إلى مالكة، لأن التأدية مقدمة للوصول إلى المالك بنحو يكون مستولياً عليه و متصرفاً فيه تصرف الملاك في أملاكهم، كما كان متصرفاً فيه قبل غصب الغاصب. فالتأدية مقدمة لعود السلطنة التامة التي كانت ثابتة للمالك، فلا تصدق التأدية على ردّ المال إلى مالكة بعنوان الوديعة أو العارية، لعدم كونهما موجبين لعود سلطنة المالك، إلا إذا علم بالحال. فحيث لا يكون قبول المالك

قبولاً للوديعه و العارية، فلا يتحقق عقداهما.

و على كل حال إذا شك في كون الردّ تأديّة رافعة للضمان فالاستصحاب يقضي ببقاء الضمان كما لا يخفى.

و اعلم أنّ في حكم التأديّة الرافعة للضمان إتلاف المالك لما غصب منه إذا كان موجّباً لضمّانه لو تعلّق بغير ماله.

توضيحه: أنّ إتلاف المالك تارة يكون بنحو يوجب الضمان لو كان المال لغيره، كما إذا اعتقد أنّ المتاع الفلاني مال زيد، فغصبه و أتلفه، ثم تبين أنّه له.

و أخرى بنحو لا يوجب الضمان، كإتلاف الضيف ما قدّمه المضيف إليه من الطعام بالأكل، فإنّ هذا الإتلاف لا يوجب الضمان، فلو غصب زيد شاة عمرو ثم أطعمه إيّاها بعنوان الضيافة، فحيثنّ و إن إستولت يد المالك على ماله و أتلفه بالأكل، لكنّه لا يوجب سقوط ضمان الغاصب، لتغريره للمالك. بل يتأكد الضمان بقاعدة الغرور، و لذا يستقر الضمان على الغارّ لو أكل المغرور مال ثالث بتغريره.

و إنّضح ممّا ذكرنا سراً ما أفاده الشهيد رحمته الله في اللّعة و غيره، من الفقهاء من: أنّه لو غصب شاة فأطعمها المالك مع جهل المالك بكونها شاته ضمنها الغاصب ^(١).

فالمتحصّل: أنّ إتلاف المالك على الوجه الأوّل - و هو إعتقاد المالك بكون المال لغيره، فأتلفه بقصد الاضرار بمالكة - يرفع ضمان الغاصب. بخلاف ما إذا كان على الوجه الثاني، فإنّه لا يرفعه.

ولو باع المغصوب من مالكة و شرط عليه إتلافه اليوم، فاشتراه وأحرقه، فهل يعدّ هذا من الغرور حتى لا يسقط الضمان، أم لا؟ فيه وجهان، أظهرهما صدق الغرور عليه عرفاً.

هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بالنبويّ المشهور. و قد علّم مما ذكر وجه دلّالته على الحكم الوضعي أعني به ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و الله العالم.

«١» راجع الروضة البهية، ج ٧، ص ٥٤؛ مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٥٧ و ٢٠٥؛ شرائع الاسلام،

و يدلُّ على الحكم المذكور^(١)

الدليل الثالث: أخبار ضمان منفعة الأمة المسروقة

(١) و هو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، و هذا دليل ثالث على المدعى، ومحصله إظهار الحكم بضمن الأصل بالأولوية من ضمان المنافع غير المستوفاة، توضيحه: أنه ورد في عدة روايات^(١) السؤال عن حكم شراء جارية من السوق، وأنه إستخدمها أو أستولدها المشتري، ثم تبين كونها مسروقة، و قد ظفر بها مالکها، فأجاب عليه السلام بأن المشتري يأخذ ولده، و يرد الجارية و قيمة الولد إلى مالکها.

و تقريب الاستدلال بها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو: أن جواب الامام عليه السلام متضمن لحكمين، أحدهما: وجوب رد الجارية، و هو مقتضى فرض فساد البيع، و ثانيهما: - و هو محل الشاهد - كون المشتري ضامناً لقيمة الولد. و الاستدلال بهذا الحكم على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد يتوقف على مقدمتين:

الأولى: إثبات كون موجب الضمان هو اليد، لا غيرها من موجباته كالاتلاف والاستيفاء والتسبيب.

الثانية: إثبات أولوية ضمان الجارية من ضمان غنائها.

أمّا الأولى فبيانها: أن الضمان مستند إلى التلف الحكمي لا إلى الاتلاف والتسبيب والاستيفاء، و ذلك لوضوح أن الجارية و منافعها مملوكة لسيدها، و من منافعها قابليتها للاستيلاد، فمن إستوفى شيئاً من منافعها من كنس و طبخ و خياطة و وطي كان ضامناً لبدلها للمالك، كضمان من يلقي البذر في أرض الغير و يزرعه فيها، فإذا إستولدها المشتري كان الولد منفعة لها، لكنه لم يستوف هذه المنفعة، لأن الولد ينعقد حرّاً بحكم الشارع تبعاً لأبيه، و لا ينعقد رقاً حتى يُقَابَلَ بالمال. و عليه فحكمه عليه السلام بضمن غنائها - و هو الولد - إنما هو لتلفه على مالك الجارية بسبب حرّيته

«(١) وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢ - ٥٩٠، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

أيضاً^(١) قوله ﷺ في الأمة المبتاعة - إذا وُجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري - «إنه يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة»^(٢)

التي هي بحكم التلف السهاوي.

فإن قلت: إن المشتري بمباشرته للجارية ألقى نطفة الحر في رحمها و أ تلف على مالكةا قابليتها لأن تصير حاملة بالرق، فيكون ضمان قيمة الولد مستنداً إلى إتلاف نماء الأمة لا إلى التلف، لأنه نظير منع المستأجر أو المالك عن السكنى في الدار، فإن المانع ضامن لأجرة المثل.

قلت: الاتلاف هو إعدام الموجود عن صفحة الوجود، و هذا غير صادق في المقام، إذ المشتري بمباشرته معها أحدث نماء لها غير قابل للتملك، و عدم تملكه لا يستند إليه، بل إلى حكم الشارع بحرية الولد تبعاً لأبيه في الحرية، فلم يبق إلا أن يكون ضمان قيمة الولد لأجل تلف النماء حكماً، و هو كالتلف الحقيقي السهاوي في إقتضائه للضمان.

و يشهد له أن المضمون هو قيمة الولد، لا قيمة منفعة الجارية و هي قابليتها للاستيلاد. هذا تقريب كون الضمان للتلف لا الإتلاف.

و أمّا الثانية - و هي أولوية ضمان العين من ضمان النماء - فواضحة، لأن اليد على المنفعة تابعة لليد على العين، فإذا حكم الشارع بضمان اليد التابعة فاليد المتبوعة المتأصلة أولى بالضمان قطعاً.

هذا بيان الاستدلال بهذه الطائفة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

(١) يعني: كما دلّ الاجماع و حديث «على اليد» على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

(٢) هذا مفاد رسالة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله ﷺ: «في رجلٍ اشتري جارية فأولدها، فوجدت مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل

فإن^(١) ضمان الولد بالقيمة - مع كونه^(٢) غمًا لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان

ولده بقيمته»^(١).

و بهذا المضمون روايات أخرى، منها معتبرة جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»^(٢). وكان الأولى الاستدلال بهذه المعتبرة لا بالمرسلة، ولعل نظر المصنف إلى وحدة المضمون المتضافر نقله، لا إلى خصوصية الخبر المتكفل للحكم، فتأمل.

(١) هذا تقريب الاستدلال، وقد تقدم آنفاً، ومحصّله: أنّ ضمان المنفعة - غير المستوفاة - للمقبوض بالبيع الفاسد يستلزم بالأولوية ضمان الجارية لو تلفت بيد المشتري.

(٢) أمّا كون الولد غمًا و منفعةً للجارية فواضح، لأنّه قد تكوّن في رَجْمِها. و أمّا أنّ المشتري لم يستوف هذه المنفعة الخاصة كما إستوفى سائر خدماتها من كنسٍ وطبخٍ وخياطةٍ وشبهها فلأنّ الولد تابع لوالده في الحرّية، فهو من حين إنعقاد نطفته يتكوّن حرّاً، و من المعلوم أنّ الحرّ لا يُقوّم بالمال.

و عليه ففرض المصنف من قوله: «لم يستوفه» هو دفع ما توهّمه بعضهم من أنّ ضمان المشتري لقيمة الولد يكون لأجل إستيفاء منفعة رحم الأمة بإشغاله بنطفته التي هي نطفة حرّ، كما يضمن قيمة سائر منافعها المستوفاة، فتكون الرواية أجنبيّةً عن ضمان المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف بيد القابض، لدالاتها على الضمان باستيفاء المنفعة، و هو ممّا لا ريب فيه.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ٥

الأصل بطريق أولى^(١).

و ليس^(٢) إستيلادها من قبيل إتلاف النماء^(٣) بل من قبيل إحداث

و أجاب عنه المصنف بمنع صدق الاستيفاء هنا، لعدم إنتفاع المشتري منها بالولد، ضرورة عدم مقابلة الحر بالمال. و بهذا يظهر الفرق بين الاستيلاد و بين منافعتها الأخرى، لصدق الاستيفاء عليها، فتكون مضمونة بأجرة المثل، بخلاف الاستيلاد.

(١) لما عرفت من أن اليد على المنافع تكون بتبع اليد على العين، فإذا كانت اليد التابعة مضمّنة فالأصلية أولى بالتضمنين.

(٢) غرضه تتبع دفع إشكال، محصله: عدم إرتباط ضمان النماء بما نحن فيه - و هو ضمان التلف باليد - حتى يصح الاستدلال به على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وذلك لأن مورد الرواية ضمان الاتلاف لا التلف، و بيانه: أن إستيلاد الجارية أتلّف منفعتها على مالکها، لأن رَجَمها كان مستعداً لانغناء نطفة الرّق، و قد سلب المشتري عنه ذلك بإشغاله بنطفته. و بهذا يصدق الاتلاف، ولا يتوقف صدقه على فعلية النماء، بشهادة أن من سقى أشجار الغير - المستعدة للإثمار - بماء ملح يمنعه عن الإثمار يصدق عليه عرفاً أنه أتلّف ثمرها. و كذا في المقام، فإن الاستيلاد بمنزلة إتلاف النماء، لانعقاده حُرّاً، هذا.

و قد دفعه المصنف تتبع بمنع صدق الاتلاف - الذي هو إعدام الموجود - هنا، إذ ليس للجارية نماء موجود حتى يتلفه المشتري. بل أحدث فيها نماءً غير قابل لأن يتملكه مالك الجارية، حيث إن حُرّية المشتري منعت - شرعاً - عن إنعقاد ولده رِقّاً. و ليس مستند عدم دخوله في ملك مالکها فِعْل المشتري حتى يضاف التلف إليه، و يصير هو المتلف له. و لما كان الولد بمنزلة التلف على المالك كان ضمان قيمته مقتضياً لضمان التالف الحقيقي بالأولوية.

(٣) حتى يكون أجنبياً عن المدعى و هو ضمان اليد.

المشتري ثمنها غير^(١) قابل للملك، فهو كالتالف^(٢) لا كالتلف^(٣)، فافهم^(٤) (*) .

(١) حال له «إحداث» يعني: أحدث المشتري باستيلادها ثمنًا غير قابل للدخول في ملك مالك الجارية، و عدم دخول هذا الثمن الخاص في ملكه يستند إلى حكم الشارع بحرية الولد، لا إلى وطى المشتري لها.

(٢) أي: التالف بالتلف السماوي، و هو مورد ضمان اليد.

(٣) حتى يكون موردًا لاتلاف مال الغير، فقاعدة الاتلاف أجنبية عنه.

(٤) لعلّه إشارة إلى: دعوى إمكان صدق الاتلاف على مورد الرواية، فلا يصح الاستدلال بها على المقام.

أو إلى: أنّ الاستيلاء إشغالًا لها بالولد، فهو إستيفاء لثمنائها، فيكون الولد مضمونًا بقاعدة الاستيفاء، لا باليد التي هي مورد البحث، هذا.

إلا أن يقال: إنّ الولد من منافع الجارية، و ليس إشغالًا بالمحلّ منفعة لها عرفاً، و لذا تضمنت الرواية قيمة الولد لا قيمة الاشغال.

أو يقال: إنّ الضمان في مورد الرواية إنّما هو لأجل تسليط الغاصب، بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد، فإنّ التسليط فيه من نفس المالك و إذنه ولو بعنوان الوفاء بالعقد، فالضمان في مورد الرواية لا يقتضي الضمان في المقام.

إلا أن يدعى القطع بكون مناط الضمان فساد العقد، و هو جارٍ في المقام و مورد الرواية.

لكن هذه الدعوى لا تخلو عن مجازفة.

(*) لا يخفى أنّه إختلفت أنظار الأعلام عليهم السلام في موجب الضمان في النصوص المتكفلة لضمان قيمة الولد، فاختار المصنّف أنّه التلف الحكمي، و وافقه المحقق النائيني عليه السلام ببيان آخر سيأتي التعرّض له، و رجّح السيد و المحقق الاصفهاني عليهما السلام أنّه إتلاف منفعة الرّحم، و إحتمل المحقق الايرواني عليه السلام كلاً من الاستيفاء و الاتلاف.

فلعلّ الأولى أن يكون الأمر بالفهم إشارة إلى: أن الوطي إذا كان مانعاً عن صدق الاتلاف على حدوث الولد غير قابل للملك، فلا محالة يكون مانعاً أيضاً عن صدق الضمان باليد، ضرورة أن التلف تحت اليد إنما يوجب الضمان باليد إذا كان التالف ملكاً للمضمون له. و من المعلوم أن الولد ليس كذلك، لعدم كونه ملكاً لصاحب الجارية، فلا تكون الرواية شاهدة لما نحن فيه من ضمان المأخوذ باليد، بل تدلّ على ضمان الولد بسبب تعبدّي غير الأسباب المعروفة. بل عدم تعرّض الرواية لضمان منافع الأمة من حين الشراء إلى زمان الرّد يؤمّي إلى عدم ضمان الرّد بالنسبة إلى المنافع. فالمتحصل: أن الروايات الدالة على ضمان قيمة الولد لا تدلّ على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان اليد.

أما المحقق الثاني فقد أفاد في تقريب إستناد الضمان إلى التلف - لا إلى الاتلاف والاستيفاء والتسبيب - ما حاصله: «أن إستيلاد الأمة ليس داخلاً تحت العناوين المذكورة، لعدم إستيفاء المشتري منفعة الأمة، فإن إستيفاء المنافع إنما هو من قبيل الركوب على الدابة والسكنى في الدار وأكل الثمرة وشرب لبن الشاة ووطي الجارية ونحوها، وليس الولد منفعة لها، ولا ممّا كان المشتري سبباً لاتلافها، إذ ليس الولد ملكاً لمالك الأمة حتّى يكون المشتري سبباً لاتلافه. وعدّ العرف إتياء منفعتها لا إعتبار به، لعدم كون نظره متّبعا في تشخيص المصاديق. نعم أوجد المشتري سبب فوت النماء على المالك، لأنّ وطيه - الذي إستلزم الحمل - صار سبباً لفوت المنفعة عليه، لكن لا ضمان على مَنْ مَنَعَ المالك من التصرف حتّى تلفت المنفعة. وعليه فضمنان قيمة الولد لكونه حرّاً إنما هو من جهة تبعية المنافع التالفة للعين المغصوبة، فيدلّ الخبر على ضمان العين، لا للألوية، بل لأنّ ضمان العين صار سبباً لضمان التالف»^(١).

أقول: ما أفاده رحمته مخالف لما إستظهره المصنّف رحمته من وجهين: أحدهما: إنكار

كون الولد منفعةً للجارية، والآخر: إنكار الأولوية، وجعل ضمان قيمة الولد مسيئاً عن ضمان العين المغصوبة. وصرّح في آخر كلامه بأن حكم الشارع بحرّية الولد تلف حكومي ملحق بالتلف الحقيقي.

أما إنكار كون الولد نماءً للأمة - لعدم تبعية نظر العرف المسامحي في مقام تعيين المصاديق - فغير ظاهر، لصدق المنفعة عليه حقيقة، خصوصاً بملاحظة إطلاق الانتفاع على الولد في ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حكم الجارية المسروقة التي استولدها المشتري: «يردّ إليه جاريته، ويعوّضه **بما انتفع**، قال: كان معناه قيمة الولد»^(١) والظاهر أنّ تفسير عوض المنفعة بقيمة الولد من زرارة، والمهم إطلاق المنفعة المستوفاة على الاستيلاد، إذ لم يذكر في هذه الرواية إستيفاء منفعة أخرى من منافع الجارية. وهذا المقدار كافٍ في عدم العناية والمسامحة في إطلاق المنفعة على الولد. لكن هذه الرواية ربّما تُشكّل الأمر على المصنّف عليه السلام أيضاً، فإنّه وإن اعترف بكون الولد نماءً للجارية، إلّا أنّه ادّعى عدم إستيفاء المشتري له، مع أنّ ظاهر قوله عليه السلام: «بما انتفع» بل صريحه كون الولد منفعةً مستوفاةً، هذا.

و أما إنكار الأولوية فغير ظاهر أيضاً، لما سيأتي في بحث ضمان المنافع المستوفاة من تأمل بعضهم في صدق الأخذ عليها، وإختصاص حديث اليد بما يقبل الردّ إلى مالكه وهو العين. وحينئذٍ فإذا حكم الشارع بضمنان قيمة الولد الذي هو من قبيل منفعة الجارية كان ضمان نفسها ثابتاً بالأولوية، مع إعترافه بتسبّب ضمان المنفعة عن ضمان العين، للبد.

نعم يمكن أن يكون نظر المصنّف إلى أنّ الإنتفاع لا يختص بما يقوم بالمال حتى يصدق الإنتفاع المالي على الولد، بل هو أعم من المال والاعتبارات العرفية كتحصيل الوجاهة بين الناس، ولا شك في أن الولد منفعة بهذا المعنى.

هذا مضافاً إلى غموض قياس الاستيلاد بمنع المالك عن إستيفاء منفعة ملكه، مع

ما في المقيس عليه من الاشكال، لما ذكرناه في ضمان حبس الحر الكسوب من أن تفويت المنافع مضمّن كاستيفائها. والوجه في فساد القياس أن الوطي ليس سبباً للحمل، وإنما هو معدّل له، فتسميته سبباً كما ترى. هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق النائيني رحمته.
وإذا كون الضمان للاتلاف فقد ذكرنا تقريره في التوضيح عن المحقق الأيرواني رحمته ^(١)، ومخصّله: إتلاف منافع الرّحم، ومثّل له بضمان من سقى أشجار الغير بماء مالح منع من إثمارها، لاستناد التلف إلى فعله.

وقريب منه ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمته، من «أن النطفة وإن كانت من الرّجل، إلا أنها كانت مكملّة بدم الأم، وكانت تكونها حيواناً بالقوى المودعة في الرّحم، فكان صيرورتها حيواناً من قبّل الأم، فقد أتلّفها الرّجل على الأب [على المالك] خصوصاً إذا قيل بتكوّنه من نطفة المرأة، وكان اللقاح من الرّجل» ^(٢).

لكن لا يخلو ما أفاده من الغموض، فإنّ الاتلاف يقتضي ضمان الدم المتالف وقوى الرّحم، مع أن المضمون في النصوص قيمة الولد. ودعوى «كون قيمة الولد تقديراً لما أصاب من منافع رّحمها ولبنها، فالمضمون حقيقة هي المنفعة التي أتلّفها المشتري بالاستيلاد» ممنوعة بأنّه لا شاهد لهذا الحمل، فيكون تخرّصاً على الغيب.

بل يشهد بخلافه ما ورد في رواية أخرى لزرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشتري جارية من سوق المسلمين فخرّج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها» ^(٣) للتصريح بضمان خدمتها مضافاً إلى ضمان الولد. وعليه فالأقرب ما اختاره المصنّف من كون الضمان للتلف الحكمي لالسائر موجباته.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٣

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٥

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء، الحديث ٤

ثم إن هذه المسألة^(١) من جزئيات القاعدة المعروفة^(٢) «كُلُّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»^(٣) و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده». و هذه القاعدة أصلاً و عكساً^(٤) و إن لم أجدها بهذه العبارة في كلام

الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»

(١) الظاهر أن غرضه ﷺ من التعرُّض لقاعدة «ما يضمن» هنا هو إقامة دليل رابع على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، لكونه من صغريات قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» المقتضية لاتحاد حكم العقد الصحيح و الفاسد في الضمان، و حيث إن البيع الصحيح يقتضي ضمان المشتري بالثمن، و البائع بالثمن، فكذا فاسده. و الأمر كما أفاده ﷺ لو تمت هذه القاعدة في نفسها بأن كانت مجعاً عليها أو دل عليها قاعدة الاقدام كما سيأتي نقله عن المسالك. و أما إذا كان الدليل عليها قاعدة اليد كما يظهر من المسالك أيضاً لم تكن قاعدة «ما يضمن» دليلاً مستقلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، إذ المدار حينئذٍ على ما يستفاد من نفس حديث «على اليد» و بناءً على هذا يكون تعرُّض المصنِّف ﷺ لهذه القاعدة هنا مماشاةً للأصحاب، حيث يظهر من بعضهم إرسال القاعدة إرسال المسلمات.

(٢) قال الفقيه المامقاني ﷺ: «وَصَفَّ القاعدة في الرياض بالشهرة، و في كتاب الاجارة منها بكونها متفقاً عليها. و في شرح القواعد بالشهرة و بكونها مجعاً عليها، و كونها موافقةً للقواعد الشرعية»^(١).

(٣) لا يخفى أن مورد الاستدلال هنا هو هذه الجملة لا عكسها، إذ المقصود مضمنية قبض المبيع بالعقد الفاسد كالمقبوض بصحيحه.

(٤) التعبير بالعكس مسامحة، و أطلق المحقق الثاني ﷺ العكس على أصل القاعدة، فقال في عدم ضمان المستأجر للعين - سواء أكانت الاجارة صحيحة أم فاسدة - : «أما الصحيحة فظاهر، للقطع بأن ذلك من مقتضياتها. و أما الفاسدة

من تقدّم على العلامة^(١)

فلأنّ كل عقد لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده، و بالعكس^(٢) فيكون مراده بالعكس هو أصل قاعدة «ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده».

و كيف كان فإطلاق العكس على «ما لا يضمن» مسامحة، لعدم إنطباق شيء من العكس المستوي و عكس النقيض عليه. أما الأوّل فلأنّه تبديل طرفي القضية مع بقاء الكيف على حاله. و كلاهما مفقود في المقام، لعدم تبدل الموضوع و المحمول، و لعدم تغيير الكيف من الايجاب إلى السلب، لقولهم: «لا يضمن بفاسده».

و أمّا الثاني فلأنّ عكس النقيض هو تبديل نقيضي الطرفين مع الاختلاف في الكيف. و وجه عدم صدقه على قاعدة «ما لا يضمن» هو: أنّ الكيف وإن كان مختلفاً، إلّا أنّ التبديل مفقود، فالصواب التعبير بالنقيض دون العكس. أو التعبير بما في الجواهر^(٣) من المفهوم تارة كما في بيعه، و السالبة أخرى كما في إجارته.

(١) قال في رهن التذكرة: «إذا فسّد الرهن و قبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنّه قبضه بحكم أنّه رهن. و كلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده أيضاً كذلك. و كلّ عقد كان صحيحه مضموناً ففاسده مثله. أمّا الأوّل فلأنّ الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه. و أمّا الثاني فلأنّ من أثبت اليد عليه أثبتته عن إذن المالك، و لم يلتزم بالعقد ضماناً، و لا يكاد يوجد التسليم و التسلم إلّا من معتقدي الصحة»^(٣).

و لا يخفى وقوع السهو في العبارة - و لعلّه من الناسخ - فإنّ المناسب تبديل «أمّا الأوّل» بـ «أمّا الثاني» لأنّ الأوّل في استدلاله هو قوله: «و كلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففاسده أيضاً كذلك»، و كذا ينبغي تبديل قوله «و أمّا الثاني» بـ «و أمّا الأوّل». و الأمر سهل.

«١» جامع المقاصد، ج ٧، ص ٢٥٨

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٩ و ج ٢٧، ص ٢٥٢

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٢ و لاحظ كلامه في كتاب الاجارة، ج ٢، ص ٣١٨

إلا^(١) أنها تظهر من كلمات الشيخ رحمته الله في المبسوط، فإنه علّل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة «بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه»^(٢).

وقد تعرّض رحمته الله أيضاً لذكر القاعدتين في إجارة التذكرة.
هذا كله في ورود القاعدة في كلام العلامة.

وأما ورودها في كلمات من تأخّر عنه كالشهير والمحقق الثانيتين والمحقق الأردبيلي وغيرهم رحمته الله فكثير، وسيأتي نقل بعض عباراتهم في المتن.

(١) غرضه من هذا الاستدراك أن قاعدة «ما يضمن» أصلاً وعكساً وإن لم ترد بهذه الألفاظ في كلام من تقدّم على العلامة، لكنها تظهر من كلمات شيخ الطائفة رحمته الله، وعلى هذا تكون القاعدة جارية على السنة القدماء أيضاً، وليست متداولة بين المتأخرين خاصة. أمّا أصل القاعدة فتستفاد من مواضع من غصب المبسوط. وأما عكسها فيستفاد من كتاب الزهن.

(٢) كقوله في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد: «فإن كان المبيع قائماً رده، وإن كان تالفاً رده بدله، إن كان له مثل، وإلا قيمته. لأنّ البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمّى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمّى إقتضى الرجوع إلى عين ماله. فإذا هلك كان له بدله. وكذلك العقد الفاسد في النكاح يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الاجارة الفاسدة. الباب واحد»^(١).

وقال في موضع آخر: «وهكذا كلّ ما كان قبضاً مضموناً، مثل أن يأخذه على سبيل السّوم، أو على أنّه بيع صحيح، أو كان ثوباً فأخذه على أنّه عارية مضمونة، فكلّ هذا يستقرّ عليه، لأنّه دخل على أنه مضمون عليه، فلم يكن مغروراً فيه»^(٢).

وقال أيضاً: «لأنّه - أي المشتري - دخل على أن العين عليه مضمونة بالبدل»^(٣).

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٦٥

«٢» المصدر، ص ٨٩

«٣» المصدر، ص ٨٥

و حاصله^(١) (*): أن قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان. و هذا المعنى^(٢) يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها^(٣).

(١) يعني: و حاصلُ تعليل الضمان في جملة من العقود الفاسدة - بالدخول على الضمان - هو: أن وضع اليد على مال الغير موجب للضمان إذا كان مقترناً بالبناء على التعهّد ببذله الواقعي، كما في المقبوض بالسّوم، أو ببذله الجعلي المستقّى كما في العقود المعاوضيّة الصحيحة. و هذا الاقدام يمكن أن يكون دليلاً على ما ذكره العلامة والمتأخرون عنه من قولهم: «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الظاهر في جعل الملازمة في مضمّنية العقد المعاوضي بين صحيحه وفاسده. و على هذا فقاعدة «ما يضمن» وإن لم يصرّح بها في كلام من تقدّم على العلامة رحمته، إلا أنها مذكورة في المبسوط تلويحاً.

(٢) أي: الدخول على الضمان و الاقدام عليه، و مقصود المصنّف رحمته إستظهار جريان قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في جميع العقود التي توجب صحيحها ضماناً. و الوجه في التعميم - مع كون كلام الشيخ رحمته مختصاً ببعضها كالبيع والاجارة - هو جريان الاقدام على الضمان في كل عقد مبني على تعهّد الآخذ حتى في العارية المشروط فيها الضمان أو عارية الذهب و الفضة، فإنها وإن لم تكن معاوضة، إلا أن الاستيلاء على العين مبني على الضمان، هذا.

(٣) كالصلح المتضمن للمعاوضة، وكالهبة المشروط فيها العوض، بناءً على عدم إختصاص إقتضاء الضمان بنفس العقد، و شموله للإقتضاء العرضي، على ما سيأتي في المتن.

(*) ظاهر هذا التعليل كون سبب الضمان الاقدام، لكن ظاهر قولهم: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو سببية نفس العقد كالاتلاف للضمان، فاستظهار قاعدة «ما يضمن» من هذا التعليل الذي ذكره الشيخ رحمته في المبسوط محل نظر.

و ذكر^(١) أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد «أن صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف بفاسده؟»

(١) غرضه إستظهار قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» من كلام شيخ الطائفة في رهن المبسوط، فيما إذا فسد الرهن لاشتماله على شرط فاسد، قال رحمته: «إذا رهن رجل عند غيره شيئاً بدين إلى شهر، على أنه إن لم يقبض إلى محله كان بيعاً منه بالدين الذي عليه، لم يصح الرهن، ولا البيع إجماعاً، لأن الرهن موقت و البيع متعلق بزمان مستقبل. فإن هلك هذا الشيء في يده في الشهر لم يكن مضموناً عليه، لأن صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده؟ و بعد الأجل فهو مضمون عليه، لأنه في يده بيع فاسد، و البيع الصحيح و الفاسد مضمون عليه إجماعاً»^(١).

و الشاهد في قوله: «لأن صحيح الرهن غير مضمون فكيف فاسده» إذ يستفاد منه الملازمة في عدم الضمان بين الرهن الصحيح و الفاسد. و حيث إنه لا خصوصية في عقد الرهن أمكن إستظهار القاعدة الكلية، يعني: أن كل عقد صحيح لا يقتضي الضمان ففاسده مثله.

و قد تحصل إلى هنا إستظهار أصل القاعدة و عكسها من كلام شيخ الطائفة، وإن كان تعبيره مغايراً لتعبير العلامة و من تأخر عنه.

ثم إنه قد يورد على الشيخ رحمته بأن الاقدام بنفسه ليس علّة للضمان، فلا يصح تعليل الضمان به. لكنه يندفع بأن الاستدلال به ليس لأجل عليته له، بل للتنبيه على أنه ليس بمانع عن تأثير المقتضى - و هو القبض - كما هو مورد كلامه في جميع الموارد التي استدلل فيها على ثبوت الضمان مع فساد العقد، فتعليل الضمان بالاقدام عليه من قبيل تعليل الشيء بعدم المانع عن تأثير مقتضيه.

و الحاصل: أن في تعليل الشيخ دلالة على الملازمة بين الضمان و الاقدام وجوداً و عدماً.

و هذا^(١) يدلُّ على العكس المذكور.

و لم أجد^(٢) من تأمَّل فيها عدا الشهيد^(٣) في المسالك فيما لو فسَدَ عقدُ السبق، فهل يستحق السابق أجره المثل، أم لا^(٤)؟

(١) يعني: قول الشيخ: «أنَّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف فاسده» يدلُّ على العكس المذكور.

(٢) مقصوده من هذه الجملة: أنَّ ظاهرهم الاتفاق على الأصل و العكس المذكورين، إلَّا أنَّ المخالف هو الشهيد الثاني رحمته حيث تأمَّل في أصل القاعدة أي: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في كتاب السبق و الرماية، و هذا التأمَّل قادح في دعوى الاجماع على الأصل المذكور.

(٣) و كذا المحقق الأردبيلي في ضمان المقبوض بالسوم و بالعقد الفاسد، حيث ناقش في دليل الضمان - من حديث على اليد و قاعدة ما يضمن - بقوله: «و صحتها غير ظاهر، و الأصل يقتضي العدم»^(١).

(٤) توضيحه: أنَّ المحقق رحمته فصل - في ما لو تبين بعد المسابقة فسادُ العقد - بين كون منشأ الفساد إختلال شرطٍ ممَّا يتوقف عليه صحة العقد كتعيين مبدأ المسافة و منتهاهها، و تعيين ما يسابق عليه، و تساوي ما به السباق، و غير ذلك، و بين كونه مغصوبية العوض و عدم مملوكيته لِمن عليه بذله، فإنَّ العقد يقع صحيحاً و يتوقف على إجازة المالك، و لو لم يجز و جَبَّ على الباذل مثله أو قيمته.

و أمَّا إن كان الفساد من الجهة الأولى فقد نقل الشهيد الثاني قولين في المسألة: أحدهما: أنَّه لا شيء للسابق، و هو إختيار الشيخ و المحقق «و وجهه: أنَّه لم يعمل له شيئاً، و لا فوّت عليه عمله، و لا عاد نفع ما فعَّله إليه، و إنّما فائدة عمله راجعة إليه. بخلاف ما إذا عمل في الاجارة و الجمالة الفاسدتين، فإنَّه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأنَّ فائدة العمل للمستأجر و الجاعل».

و كيف كان^١ فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً، ثم بيان المدرك فيها، فنقول و من الله الاستعانة :

و القول الآخر للعلامة و جماعة من المتأخرين، و هو وجوب أجره المثل، قال رحمته : «لأنه عقد إستحق المسمى في صحيحه، فإذا وُجد المفقود عليه في الفاسد وَجَبَ عوض المثل، و لا تُسَلَّم أن وجه وجوب أجره المثل في العقدين و نظائرها رجوعُ عمل العامل إلى مَنْ يجب عليه العوض، لأن العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضموناً».

ثم ناقش الشهيد الثاني في إستدلال العلامة مفصلاً إلى أن قال: «و قاعدة: أن كل ما كان صحيحه موجباً للمسمى ففاسده موجب لأجره المثل لا دليل عليها كليّة، بل النزاع واقع في بعض مواردّها، فكلّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدّعي القاعدة»^١.

و الشاهد في قوله: «لا دليل عليها كليّة» و هذا مقصود المصنّف من نسبة التأمل في قاعدة «ما يضمن» إلى الشهيد الثاني.

و لا يخفى إختلاف كلماته، فيظهر من مواضع من المسالك و بيع الرّوضة تسليم القاعدة و كليّتها، كقوله في عدم ضمان المحرم المستعير للصيد: «أما مع صحته فالأصل في الغارية أن تكون عندنا غير مضمونة ... و أما مع فسادها فلأنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه، كما أسلفناه في مواضع قاعدة كليّة»^٢.

(١) أي: سواء وُجدت هذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة أم لا؟ و سواء تمّ تأمل الشهيد الثاني في عمومها أم لا؟ فالمهم ... الخ. و هذا شروع في تحقيق أصل القاعدة الذي عُدّ دليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، و الكلام يقع في مقامين، أحدهما في ما يتعلق بالأصل، و الثاني في ما يتعلق بالعكس.

«١» مسالك الأفهام، ج ٦، ص ١٠٩ و ١١٠

«٢» مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٣٩

إنَّ المراد بالعقد^(١) أعمُّ من الجائز و اللازم، بل ممَّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه.

و الكلام في المقام الأوَّل يقع في جهات:

الجهة الأولى: في معاني ألفاظ القاعدة، و هي متضمنة لأبحاث:

الأوَّل: في شمول العقد للعقد الجائز و عدم إختصاصه بالعقد اللازم.

الثاني: في معنى الضمان.

الثالث: في أنَّ عموم «كل عقد» يكون بلحاظ الأنواع أو الأصناف أو الأفراد.

الرابع: في أنَّ إقتضاء العقد الصحيح للضمان هل يختص بذات العقد أم يعم

الاقتضاء العَرَضِي الناشئ من الشرط في ضمن العقد؟

الخامس: في أنَّ الباء في قولهم: «بصحيحه» سببية أو ظرفية.

الجهة الثانية: في مدرك القاعدة و مستندها.

الجهة الثالثة: في أنَّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هل يختص بحال جهل الدافع

بالفساد أم يعمُّ صورة علمه به أيضاً؟ وسيأتي الكلام في هذه المباحث بترتيب المتن

إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة

(١) هذا شروع في البحث الأوَّل من الجهة الأولى، و محصل ما أفاده: أنَّ المراد

بالعقد في قولهم: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» كلُّ ما يشتمل على

المعاوضة، سواء أكان عقداً لازماً كالبيع و الصلح، أم جائزاً كالجعالة بناءً على كونها

عقداً لا إيقاعاً، و كاهبة المشروطة بالعوض. و الوجه في الشمول وجود ملاك الضمان

في كلِّ من العقد اللازم و الجائز.

بل يندرج في القاعدة بعض العناوين الاعتبارية مما يحتمل كونه إيقاعاً أو كان

أقرب إلى الإيقاع، و ذلك كالجعالة و الطلاق الخُلعي، فإنه و إن ذهب جمع إلى كونها

من العقود، إلا أن القائل بكونها من الايقاعات موجود أيضاً.
أما الجعالة فهي عند جمع كابن إدريس و العلامة و الشهيد و المحقق الثاني
وغيرهم عليه السلام عقد جائز. قال العلامة: «الجعالة عقد جائز من الطرفين إجماعاً، لكل
منهما فسخها قبل التلبس بالعمل، و بعده قبل تمامه، لأن الجعالة تشبه الوصية من
حيث إنها تعليق بشرط، و الرجوع عن الوصية جائز، و كذا ما يشبهها. و أما بعد تمام
العمل فلا معنى للفسخ، و لا أجر، لأن الجعل قد لزم بالعمل»^(١) هذا.

ولكن إستظهر صاحب الجواهر - تبعاً للشهيد الثاني - من عبارة الشرائع
كونها إيقاعاً، قال المحقق: «أما الإيجاب فهو أن يقول: من ردّ عيدي أو ضالتي أو فعل
كذا فله كذا، و لا يفتقر إلى قبول ... و يصح على كل عمل مقصود محلّ، و يجوز
أن يكون العمل مجهولاً، لأنه عقد جائز كالمضاربة»^(٢).

قال الشهيد الثاني عليه السلام في شرحه: «قد اختلف كلام الأصحاب و غيرهم في
الجعالة هل هي من قسم العقود أو الايقاعات؟ و المصنف جعلها من الايقاع وضعاً
و حكماً، حيث صرح بعدم إفتقارها إلى القبول، و هو المطابق لتعريفهم لها، حيث
جعلوها إلزام عوض على عمل. و يؤيده عدم اشتراط تعيين العامل، و إذا لم يكن
معيناً لا يتصور للعقد قبول، و على تقدير قبول بعض لا ينحصر فيه إجماعاً. و منهم من
جعلها من العقود، و جعل القبول الفعلي كافياً فيها كالوكالة، و المنفي هو القبول
اللفظي. و هو ظاهر كلام المصنف فيما سيأتي حيث جعله عقداً جائزاً. و الظاهر أنه
تجوز في ذلك، إذ لو كان عقداً عنده حقيقة لذكره في قسم العقود لا في قسم
الايقاعات ... الخ»^(٣).

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٨٨

«٢» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٦٣

«٣» مسالك الأنهار، ج ١١، ص ١٤٩ و ١٥٠

و إختار صاحبُ الجواهر كونها إيقاعاً بقوله: «و لعلّه الأصح، لما تسمعه من صحة عمل المميز بدون إذن وليّه بعد وضعها - بل قيل في غير المميز و المجنون وجهان - و من المعلوم عدم صحة ذلك مع فرض إعتبار القبول فيها ولو فعلاً، لسلب قابلية الصبي و المجنون قولاً و فعلاً عن ذلك، و لذا لا يجوز معه عقد من العقود الجائزة... إلخ»^(١).

و كأنّ هذه الوجوه أوجبت تردّد المصنّف في كون الجمالة عقداً جائزاً، وإحتمل كونها إيقاعاً، و لذا قال: «مما كانت فيه شائبة الإيقاع». و تظهر الثمرة بين كونها عقداً و إيقاعاً في ما إذا صدر العمل من العامل خالياً عن قصد العوض و التبرّع مطلقاً، سواء إطلع على الإيجاب أم لا، فإنّه يستحق مال الجمالة على الإيقاعية دون العقدية، هذا. واما الطلاق الخلعي ففيه أيضاً احتمالان بل قولان، أحدهما كونه عقداً، و الآخر كونه إيقاعاً.

و الأوّل هو المشهور كما يستفاد من كلام الشهيد الثاني في شرح قول المحقق: «و هل يصح - أي بذل الفداء - من المتبرّع؟ فيه تردّد، و الأشبه المنع». و الثاني هو الذي رجّحه الشهيد الثاني مدّعياً مخالفته لمذهب جميع الأصحاب، و وافقه الفاضل الاصفهاني رحمه الله.

و لا بأس بنقل جملة من عبارة المسالك، فقال: «و أمّا بذله من المتبرّع عنها، بأن يقول للزوج: طلق إمرأتك بمائة من مالي، بحيث يكون عوضاً للخلع، ففي صحته قولان، أظهرهما بين الأصحاب - و هو الذي إختاره المصنّف و الشهيد و غيرهما من الأصحاب - العدم، فلا يملك الزوج البذل، و لا يقع الطلاق إن لم يتبع به، لأنّ الخلع من عقود المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض، كالبيع، لو قال:

بعثك كذا بمائة في ذمة فلان» إلى أن قال: «و قولٌ بالصحة لا يعلم قائله من الأصحاب، لكنه مذهب جميع من خالفنا من الفقهاء إلا من شدَّ منهم.

و مبنى القولين على أن الخلع فداء أو معاوضة، أو على أنه طلاق أو فسخ. فعلى الأولين يصح من الأجنبي، لجواز الافتداء منه، و بذل مالٍ له ليطلقها، كما يصح التزام المال ليعتق عبده. و قد يتعلّق به غرض بأن كان ظالماً بالامساك، و تعذر إزالة يده بالحجة، أو كان يُسيء العشرة و يمنع الحقوق، فأراد المختلّع تخليصها.

و على تقدير كونه طلاقاً فالطلاق يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مالٍ، كما إذا قال: ألق متاعك في البحر و عليّ كذا» إلى أن قال: «و يُرجّح جانب الفداء: الآية الدالة عليه، إلا أن مفهوم خطاياها اختصاصها بها، لكن مفهوم الخطاب ليس بحجة»^(١).

و هذه الجملة الأخيرة تشهد بنفي كون الطلاق الخلعي عقداً، و أنه إيقاع، و يتفرع عليه جواز تبرّع الأجنبي ببذل الفداء، فراجع تمام كلامه.

و إقتصر رحمته في شرح اللعنة على بيان وجهي المنع و الصحة، و إن أمكن إستفادة ترجيح كون الخلع إيقاعاً «لأنه إفتداء»، و هو جائز من الأجنبي». و نحوه كلام الفاضل الاصفهاني رحمته^(٢).

و الحاصل: أن بذل الفداء في الخلع لا يوجب صيرورته عقداً مؤلفاً من بذل الزوجة و طلاق الزوج، بل الغرض من البذل إحداث الداعي في نفس الزوج على الطلاق. نظير ما لو إلّزم رجل لرجلٍ آخرَ مالاً ليعتق عبده أو يطلق زوجته طلاقاً رجعيّاً أو بائناً، بأن يقول له: «أعتق عبدك أو طلق زوجتك و عليّ ألف دينار» فإنّ الألف ليس عوضاً، و إنّما يقصد به حصول الرغبة لمن بيده الأمر فيما يراؤ منه من العتق والطلاق.

«١» مسالك الأفهام، ج ٩، ص ٣٩٢ و ٣٩٣.

«٢» كشف اللثام، ج ١، (القسم الثاني) كتاب الطلاق، ص ١٥١.

و المراد^(١) بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون

المبحث الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد

(١) هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الأولى، و هو بيان معنى الضمان بحيث يكون جامعاً للعقد الصحيح و الفاسد، بأن يراد من الضمان في جملة «ما يضمن بصحيحه» و «يضمن بفاسده» معنى واحد. و قد فسّره المصنّف رحمته بوجهين: أحدهما: ما اختاره من أن الضمان كون درك المضمون عليه.

و الثاني: ما نقله عن بعض من أنه «كون تلفه عليه بحيث يتلف مملوكاً له». و توضيح المعنى الأول هو: أن الضمان في الجملتين عبارة عن كون درك المضمون و خسارة تلفه على الضامن، بأن يجب عليه تداركه بأداء بدله من ماله، فتلف المال المضمون يوجب نقصان مال الضامن، للزوم تداركه منه.

و الضمان بهذا المعنى جامع للضمان في موارد ثلاثة:

أحدها: الضمان المعاوضي في العقود الصحيحة.

ثانيها: ضمان التالف في العقود الفاسدة.

ثالثها: ضمان العين الموهوبة - بشرط التعويض - إذا تلفت بيد المتهب.

و الوجه في جامعية الضمان بهذا المعنى هو: أن خسارة تلف المال تكون على عهدة الضامن، سواء أكانت الخسارة بدفع البذل المسمى كما في العقد الصحيح، أم بدفع البذل الواقعي كما في غيره.

مثلاً إذا باع زيد كتابه من عمرو بدينار، فالكتاب هو المال الأصلي المملوك لزيد قبل العقد، و الدينار ماله الفعلي الذي حصّله ببيع كتابه. و بالعكس بالنسبة إلى المشتري، فالدينار ماله الأصلي و الكتاب ماله الفعلي. فإن كان العقد صحيحاً إقتضى ضمان كل من الطرفين لمال صاحبه بالضمان المعاوضي، يعني أن البائع يتعهد بالكتاب قبل تسليمه للمشتري بحيث لو تلف بيده إلّزم بخسارته و ذرّكه من ماله، لا من مال المشتري. و كذا يتعهد المشتري بالدينار بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع.

عليه^(١)، بمعنى^(٢) كون خسارته و دَرَكه^(٣) في ماله الأصلي^(٤)، فإذا^(٥) تلف^(٦)

و إن كان العقد المعاوضي فاسداً و ترتب عليه القبض - فصار الكتاب بيد المشتري، و الدينار بيد البائع - كان المشتري ضامناً للكتاب بحيث لو تلف بيده كانت خسارته عليه لا على البائع، ولو تلف الدينار كان على عهدة البائع لا المشتري. و الدليل على ضمان كلٍّ منهما لمال الآخر هو الملازمة المستفادة من قاعدة «ما يضمن» بين صحيح العقد المعاوضي و فاسده. هذا توضيح نظر المصنف في أصل معنى الضمان. و أمّا كونه جامعاً بين موارد الضمان فسيأتي.

(١) خبر «كون» و الضمير راجع إلى «الضامن» المستفاد من كلمة «الضمان». ثم إن تفسير الضمان بهذا الوجه لعلّه مراعاة قرينة السياق المقتضية لوحدة الضمان في العقد الصحيح و الفاسد، لصدق «تدارك المضمون على الضامن» سواء أكان التدارك بعوض المسمى كما في الصحيح، أم بالبدل الواقعي كما في الفاسد. و لا يلزم استعمال لفظ «الضمان» في أكثر من معنى، و سيأتي تقريبه.

(٢) هذا تفسير لقوله: «كون دَرَك المضمون عليه» و قد عرفته.

(٣) هذا الضمير و ضمير «خسارته» راجعان إلى المال المضمون.

(٤) قد عرفت المراد بما هو مال أصلي للضامن، في قبال ماله الفعلي الذي حل محل المال الأصلي بالمعاوضة.

(٥) لا يخفى أن الضمان المعاوضي يحصل بنفس العقد، و لا يتقيد هذا الضمان بتلف أحد العوضين أو كليهما، فذكر «التلف» إنما هو لبيان موضوع الخسارة الواردة في المال الأصلي، إذ لو لا التلف لم ترد خسارة على المتبايعين، لوضوح أن بائع الكتاب يتدارك خروج كتابه عن ملكه بالدينار، و كذا المشتري يتدارك نقصان ماله بدخول الكتاب في ملكه، فورود الخسارة على كل منهما يتوقف على تلف مال الآخر بيده.

(٦) يعني: فإذا تلف المضمون وقع نقصان في ماله الأصلي، لوجوب تدارك المضمون من ماله الأصلي.

وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.
و أمّا مجرد كون تلفه في ملكه^(١)

(١) أي: في ملك الضامن، و هذا إشارة إلى معنى آخر للضمان نسبة الفقيه المامقاني رحمته إلى العالم الجليل الشيخ علي في حواشي الروضة، قال فيما حكاه عنه: «معنى قولهم في القاعدة: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده: كل عقد يضمن المال أو الشيء فيه بسبب كونه صحيحاً يضمن بسبب كونه فاسداً، بمعنى: أن صحة العقد إن كانت سبباً للضمان كان الفساد كذلك. فالبيع الصحيح مثلاً سبب في كون المبيع إذا تلف كان من مال المشتري فكذا البيع الفاسد. و ما لا يضمن بصحيحه كالعارية و مال المضاربة و الوديعة و نحو ذلك، فإن صحيح مثله لا يوجب الضمان، فكذا فاسده»^(١).

و قد ينسب هذا التفسير إلى صاحب الرياض رحمته في مسألة تقدير الثمن^(٢)، لكن في النسبة تأمل، فراجع الرياض. و نسبة المحقق النائيني إلى العلامة فيما احتمله في الأواني المكسورة و إلى صاحب المقابس^(٣)، لكنه لا يخلو من تأمل أيضاً، فإنه نقل عن المحقق التستري دخول المضمون - في مطلق موارد الضمان - في ملك الضامن آنأما قبل التلف حتى يقع التلف في ملكه، و هذا أجنب عما يكون المصنف بصدده من تحديد معنى «الضمان» الوارد في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

و كيف كان فتوضيح تعريف الضمان بأنه «يتلف مملوكاً له» هو: أن الضمان بمعنى الخسارة الواردة على مال الضامن، و وقوع التلف في ملكه. مثلاً إذا باع زيد كتاباً من عمرو بدينار، فإن كان العقد صحيحاً و سلم البائع الكتاب إلى عمرو، و تسلّم الثمن

«١» غاية الآمال، ص ٢٧٧، لكن لم أعتز على هذه العبارة في هامش النسخة المطبوعة من الروضة، وهي

طبعة عبدالرحيم، فراجع، ج ١ ص ٣٢٣

«٢» حاشية السيد الاشكوري على المكاسب، ص ٤١

«٣» منية الطالب، ج ١، ص ١١٨؛ المكاسب و البيع، ج ١، ص ٣٠٣

منه، ثم تلف الكتاب بيد المشتري، كان هو الضامن لماله، لورود الخسارة عليه بتلف الكتاب.

وإن كان العقد فاسداً و تلف المبيع بيد المشتري فهذا البيع الفاسد يقتضي وقوع التلف في ملك المشتري، بأن يقدر دخوله في ملكه قبل التلف آنأماً، و يكون دفع البديل خسارةً واردة عليه بسبب التلف عنده.

و الوجه في العدول عن تفسير الضمان بما أفاده المصنف - من «تدارك المضمون ببذله» - إلى تقييد المضمون بكونه مملوكاً للضامن هو: أن الضمان - بمعنى تدارك المضمون - مخصوص بالعقد الفاسد، إذ المقبوض به لو تلف بيد المشتري كانت خسارته عليه، و وجب عليه دفع بدله إلى البائع. و أمّا في العقد الصحيح فلا يتصور معنى للضمان - بمعنى تدارك مال الغير - و ذلك لأن المبيع إذا تلف عند المشتري لم يلزمه شيء أصلاً، لأن المال تلف من ملكه، لا من ملك البائع حتى يجب على المشتري تداركه، و حينئذ لم يتضح المراد من كلمة «الضمان» الواردة في قولهم: «ما يضمن بصحيحه».

و لذا عدل هذا القائل إلى تعريف الضمان بنحو ينطبق على مورد العقد الصحيح أيضاً، و قال: «إنه الخسارة الواردة على الشخص حال كونها مملوكة له» فإن هذا المعنى ينطبق على المأخوذ بالعقد الصحيح، كما تقدم آنفاً في مثال الكتاب المقبوض بالبيع الصحيح إذا تلف بيد المشتري، إذ يصدق عليه أن المشتري ضامن بهذا العقد، و وجه ضمانه هو وقوع التلف في ملكه.

و إعرض المصنف ^{تتبع} على هذا التفسير بأنه أجنبي عن معنى الضمان لغةً و عرفاً، إذ لا يصدق على «تلف المال المملوك لشخص» أنه ضامن لماله التالف، بل المناط في صدقه تدارك الخسارة الواردة على المالك إذا تلف ماله عند غيره بلا إذن المالك، أو أتلفه ذلك الغير.

بحيث يتلف مملوكاً له^(١) - كما يتوهم - فليس^(٢) هذا معنى للضمان أصلاً
فلا يقال^(٣): إنَّ الانسان ضامن لأمواله.
ثم^(٤) تداركه من ماله

و أمّا ما زعمه هذا القائل من أنّ تصور معنى صحيح لجملة «ما يضمن بصحيحه» يتوقف على تفسير الضمان بأنه «بحيث يتلف مملوكاً له» فمعنوع، إذ المقصود بالضمان في العقود الصحيحة هو الضمان المعاوضي، بمعنى أنّه بمجرد العقد يصير المبيع ملكاً للمشتري فيضمنه البائع لو تلف عنده، و يصير الثمن ملكاً للبائع، و يضمنه المشتري بحيث لو تلف وجب عليه بدله. و أمّا إذا تسلّم المشتري المبيع، و تسلّم البائع الثمن، ثم تلف فلا ضمان، لوقوع التلف في ملكه. و لم يعهد صحة إطلاق أنّ كل شخص ضامن لأموال نفسه حتّى يتجه تعريف الضمان بالخسارة الواردة في ملك نفسه، هذا.

(١) أي: مملوكاً للضامن، يعني: أنّ الجامع بين ضمان المال في العقد الصحيح والفساد هو وقوع التلف في ملك الضامن، *مؤيد علوم شرعية*
(٢) هذا جواب قوله: «و أمّا» و ردّ تفسير الضمان المنقول عن بعضهم.
(٣) هذا متفرع على قوله: «فليس» و الوجه في فساد تعريف الضمان بأنه «يتلف مملوكاً له» هو: أنّه لو كان هذا المعنى صحيحاً لزم صدق ضمان الشخص لأموال نفسه التي قد تتلف منه، مع أنّه لا يصحّ الصدق المذكور، و يستكشف من عدم صدقه بطلان التعريف المذكور.

(٤) بعد أن إختار المصنّف تعريف الضمان بأنه «كون درك المال المضمون على عهدة الضامن» أراد إثبات جامعية هذا التعريف، و عدم كون الضمان مشتركاً لفظياً، و عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» و «ما يضمن بفساده».

و توضيحه: أنّه قد يتوهم إختلاف معنى الضمان في الجملتين، لأنّه في العقد

تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى^{١١} هو و المالك على كونه عوضاً، وأمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. و أخرى بأداء عوضه

الصحيح يكون بالبدل الجعلي المسمّى في العقد كبديلية الدينار عن الكتاب. ولكن الضمان في العقد الفاسد يكون بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة. فإذا قبض المشتري الكتاب و تلف عنده و تبين فساد العقد كان اللازم تداركه بعوضه الواقعي لا الجعلي. و بهذا يتفاوت معنى الضمان الذي أفاده المصنّف، لاختلاف نحوي تدارك مال الغير، هذا.

و قد دفعه تتبع بأن للضمان في جميع موارد مفهومًا وحدانيًا، و هو التدارك بمال الضامن، إلا أن الاختلاف يكون فيما يتدارك به، إذ هو تارةً بدل واقعي، و أخرى بدل جعلي، و ثالثة أقلّ الأمرين من البدل الواقعي و الجعلي كما سيأتي بيانه في الهبة المعوضة التالفة قبل دفع العوض، فللمتّهب الاقتصار في تدارك العين الموهوبة على أقلّ البدلين قيمةً، فإن كان العوض المشترط أقلّ إكتفى به، و إن كانت القيمة الواقعية أقلّها إكتفى به.

و الحاصل: أن الضمان في جميع موارد بمعنى «تدارك المال المضمون و تحمّل خسارته» و يراد به عند الاطلاق أداء العوض الواقعي، و في خصوص العقد الصحيح يراد به أداء البدل الجعلي، و ذلك من باب تعدّد الدال و المدلول و قيام القرينة على إرادة التدارك بالعوض المسمّى، و هي تعيين البدل في العقد المعاوضي الذي أمضاه الشارع، كجعل الدينار - بالبيع - بدلاً عن الكتاب.

(١) كتراضي مالك الكتاب و مالك الدينار على كون كلّ منهما عوضاً عن الآخر. و كتراضي مالك الدار و المستأجر على كون عشرة دنائير عوضاً عن منفعتها مدة شهرٍ مثلاً. و هذا التراضي إنما يترتب عليه الأثر بعد إمضاء الشارع لهذين العقدين و حكمه بصحتها.

الواقعي - و هو المثل أو القيمة - و إن لم يتراضيا عليه^(١). و ثالثةً بأداء أقلّ
الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم^(٢) في بعض المقامات،
مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض .

(١) كما في صورة فساد العقد و تلف المال، فإنّ الضمان يكون حينئذٍ بالبدل
الواقعي من المثل أو القيمة.

(٢) كالشاهد الثاني، حيث قال: «و حاصل الأمر: أنّ العين الموهوبة المشروط
فيها الثواب لو تلفت في يد المتهم أو عابت قبل دفع العوض المشروط و قبل
الرجوع، سواء أكان ذلك بفعله كلبس الثوب، أم لا، فهل يضمن المتهم الأرض أو
الأصل أم لا؟ قولان: أحدهما عدم الضمان، و هو الذي إختاره المصنف، ثم تردّد فيه.
و جزم به العلامة في التذكرة و ولّده في الشرح ... و الثاني: الضمان، جزم به ابنُ الجنيّد
من المتقدمين و بعض المتأخرين، لعموم على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي، و لأنّه
لم يقبضها مجّاناً بل ليؤدّي عوضها فلم يفعل، و لأنّ الواجب أحد الأمرين، ردّها أو
دفع العوض، فإذا تعذّر الأول وجب الثاني. وهذا هو الوجه.

إذا تقرّر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف، فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته أو
أقلّ الأمرين من ذلك و من العوض؟ وجهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ
المتهم مخير بين الأمرين، و المحقّق لزومه هو الأقل، لأنّه إن كان العوضُ الأقلّ فقد
رضي به الواهب في مقابلة العين. و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتهم لا يتعين عليه
العوض، بل يتخير بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو
الأقوى. و وجه إعتبار القيمة مطلقاً أنّ العين مضمونة حينئذ على القابض، فوجب
ضمانها بالقيمة .

و فيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض، فلا يلزمه أزيد منه لو كان أنقص^(١).

فإذا ثبتَ هذا^(١) فالمراد بالضمان بقولٍ مطلقٍ^(٢) هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي، لأنَّ هذا^(٣) هو التدارك حقيقةً، ولذا^(٤) لو اشترط ضمان العارية

(١) يعني: فإذا ثبت أن معنى الضمان هو كون تدارك المضمون على عهدة الضامن و أن التدارك إمّا بالعوض المسمّى و إمّا بالواقعي و إمّا بأقلّ الأمرين، فالمراد ... الخ. وغرضه توضيح أن الضمان وإن كان هو التدارك بأحد الأنحاء الثلاثة، إلا أنه عند الإطلاق و عدم تقييده بالعوض الواقعي أو الجعلي أو أقلّ الأمرين يحمل على التدارك الحقيقي الذي هو جبر الخسارة بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

و أمّا أداء البدل المسمّى أو أقلّ الأمرين فيحتاج إلى دليلٍ على جوازه، مثل ما دلّ على صحة عقد البيع و الاجارة، المقتضي لضمان كلٍّ منهما بالضمان المعاوضي، لا الواقعي، فلو ثبت الضمان في موردٍ و لم يقترن معه ما يُقَيِّده بالبدل الجعلي تعيّن تداركه بالعوض الواقعي. لما عرفت من أن جبران خسارة مال الغير لا يكون إلا بأداء عوضه الحقيقي، و لأجله يحمل «الضمان» الوارد في أدلة ضمان المصوب مثل «الغاصب ضامن» و غير المصوب مثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» على التعهّد بالبدل الواقعي، لا غير.

و لا يخفى أن قوله توضيح: «فالمراد بالضمان ... الخ» تمهيد لِرَدِّ ما احتمله بعضهم من حمل الضمان في العقود الفاسدة على العوض الجعلي لا الواقعي، و سيأتي بيانه.

(٢) يعني: لم يقَيِّد الضمان بالمسمّى، و لا بالواقعي و لا بأقلّ الأمرين، بل ورد قوله «فهو ضامن» فإنّه ينصرف إلى الواقعي خاصة.

(٣) أي: لأنَّ التدارك بالعوض الواقعي هو التدارك الحقيقي، و غيره منوط بقرينة تدلّ عليه .

(٤) يعني: و لأجل كون الضمان بقولٍ مطلقٍ هو لزوم التدارك بعوضه الواقعي لزِمَ غرامة مثلها أو قيمتها.

لزم غرامة مثلها أو قيمتها^(١). و لم يرد^(٢) في أخبار ضمان المضمونات - من المفصوبات^(٣) و غيرها^(٤) - عدا لفظ الضمان بقولٍ مطلق^(٥).

(١) فإن كانت العين المعارة مثلية كان ضمانها بمثلها، وإن كانت قيمة فبقيمتها.
(٢) غرضه عليه السلام أنه لم يفسر لفظ الضمان - في أخبار المضمونات - بشيءٍ من الواقعي و الجعلي و غيرهما، بل الوارد فيها لفظ «الضمان» فينصرف إلى المعهود منه، وهو الواقعي من المثل أو القيمة.

(٣) مثل ما في مرسل حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام: «لأن الغصب كله مردود»^(١).

(٤) مثل ما ورد في ضمان المستودع مع التفريط في الحفظ من قوله عليه السلام: «هو ضامن لها إن شاء...»^(٢).

و ما ورد في عدم ضمان المستعير من قوله عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن»^(٣).

و ما روي في ضمان عارية النقيدين، و العارية المشروط فيها الضمان من قوله عليه السلام: «لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان»^(٤) الحديث. وقوله عليه السلام في ضمان المستعير: «إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»^(٥).

و غيرها من الأخبار الواردة في ضمان الصُّنَّاع، و المستأجر المفرط في العين المستأجرة، فإنَّ الضمان فيها ينصرف إلى التدارك بالبدل الواقعي، لا غير.
(٥) يعني: غير مقيد بالبدل الواقعي و لا المسمى.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٠٩، الباب ١ من أبواب الغصب، الحديث ٣

«٢» المصدر، ج ١٣، ص ٢٢٩، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الحديث ١

«٣» المصدر، ج ١٣، ص ٢٣٧، الباب ١ من أبواب العارية، الحديث ٦

«٤» المصدر، ج ١٣، ص ٢٣٩، الباب ٣، الحديث ١

«٥» المصدر، ج ١٣، ص ٢٤٠، الباب ٤، الحديث ١

و أمّا^(١) تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئها عليه بعقد صحيح يرضيه الشارع. فاحتمال^(٢) «أن يكون المراد بالضمان في قولهم: - يضمن بفاسده - هو وجوب أداء العوض المسمى، نظير الضمان في العقد الصحيح»

(١) أي: و أمّا تدارك المضمون بغير البديل الحقيقي من المثل أو القيمة فلا يستفاد من نفس دليل الضمان، بل لابد من دليل آخر عليه، و هو مؤلف من أمرين: أحدهما: توافق المتعاقدين على أن يضمن كلٌّ منهما مال الآخر بالعوض المعين في المعاملة.

ثانيهما: إمضاء الشارع هذا التراضي حتى يترتب عليه الأثر، كإمضاء البيع بآية حلّ البيع، وإمضاء الاجارة و الصلح المعاوضي بأدلة صحتها، و هكذا سائر الموارد. فإن كان العقد صحيحاً كانت صحته قرينة على إرادة الضمان بالبديل الجملي، وإن كان فاسداً تعيّن حمل الضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» على التدارك بالبديل الواقعي.

(٢) يعني: بعد كون الضمان حقيقة في الضمان الواقعي أو منصرفاً إليه يظهر ضعف احتمال إرادة العوض المسمى من «الضمان» في جملة «يضمن بفاسده».

و المحتمل - كما أفاده الفقيه المامقاني رحمته - هو الشيخ الفقيه كاشف الغطاء رحمته في شرح القواعد، حيث قال بعد ذكر قاعدة «ما يضمن» ما لفظه: «و هي صريحة في أصل الضمان، إلّا أنّها يحتمل فيها وجهان: أحدهما: الضمان بمقدار ما أقدم عليه من المقابل. و ثانيهما: قيمته بلغت ما بلغت، و هو الظاهر، لأنّ التقيد غير مفهوم منها»^(١). و هو رحمته و إن احتمل الضمان بالمسمى، إلّا أنّه رجّح الضمان بالبديل الواقعي. و على هذا فلا بد أن يكون غرض المصنف من الاشكال عليه هو: أن أصل إبداء احتمال الضمان بالبديل المسمى في العقد المعاوضي الفاسد ممّا لا ينبغي صدوره من فقيه خصوصاً مثل كاشف الغطاء رحمته.

ضعيف^(١) في الغاية، لا لأن^(٢) ضمانه بالمسمى يُخرجه عن فرض الفساد، إذ^(٣)

(١) خبر قوله: «فاحتمال» و دفع له، وقد ذكر في دفع الإحتال وجهان:
أحدهما: ما تكرر في كلام المصنف من أن الضمان بقولٍ مطلقٍ يحمل على
التدارك بالبدل الحقيقي.

و ثانيهما: ما أفاده بعضهم و هو لزوم الخلف، توضيحه: أن الضمان في العقد
الفساد بمقدار ما أقدم عليه - أي المسمى - يوجب خروج العقد الفاسد عن فرض
الفساد و يجعله صحيحاً، إذ الضمان بالمسمى يتوقف على توافق المتعاضين و إمضاء
الشارع له، و حيث إن المفروض فساد العقد لم يكن توافقهما ممضياً شرعاً
و لا موضوعاً للأثر، فلا وجه لرفع اليد عن الضمان الواقعي الذي هو مقتضى إطلاق
«الضمان» و الالتزام بالضمان الجعلي.

(٢) فكانَ هذا القائل فهم إستلزام صحة العقد لتعين المسمى، فإذا فسد كان
تعين المسمى بلا معين.

(٣) تعليل لقوله: «لا» و هذه مناقشة المصنف في جواب الإحتال، و حاصلها:
منع توقف الضمان بالعوض المسمى على صحة البيع من حين العقد، بل يمكن تعينه بعد
تلف أحد العوضين.

توضيحه: أنه إذا كان العقد فاسداً لم ينتقل المبيع إلى المشتري، و لا الثمن إلى
البائع، و يحرم التصرف في كل منهما، ولو كان لأحدهما غناء كان لمالكه الأصلي، هذا
مع بقاء العينين. و أمّا إذا تلف أحدهما - كما إذا تلف المبيع بيد المشتري - فنقول بأن
الثمن المسمى في ذلك العقد الفاسد هو الذي يضمنه المشتري، و يجب عليه تسليمه إلى
البائع، و لا يتعين البدل الواقعي من المثل أو القيمة للعوضيّة.

و لا إستيحاش من هذا، لوجود نظيره في الفقه و هو المعاطاة بناءً على
الاباحة، لما تقدّم في التنبيه السادس المعقود لبيان الملزمات من: أن تلف أحد
العوضين ملزمٌ للمعاطاة، و يتعين العوض الجعلي للعوضيّة و يتملكه مالكُ التالف،

يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كلٍّ من العوضين على ملك مالكة^(١) وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضيّة، نظير المعاطاة على القول بالاباحة^(٢). بل^(٣) لأجل ما عرفت من معنى الضمان، وأنّ التدارك بالمسمّى في الصحيح

مع أنّه لم يدخل في ملكه من حين التعاطي المفيد للإباحة.

و على هذا فلا ملازمة بين الصحة و تعيّن المسمّى، حتّى يكون ضمان المسمّى في العقد الفاسد مخالفاً لفرض الفساد. بل يمكن القول بضمان المسمّى في العقد الفاسد أيضاً بعد تلف أحد العوضين.

فالنتيجة: أنّ الإحتمال الذي أبداه كاشف الغطاء رحمته لا يندفع بما أفيد من اختصاص ضمان المسمّى بالعقد الصحيح، هذا.

(١) بأن كان المالان باقيين على ملك مالكيهما إلى أن يتلف أحدهما، فحينئذٍ ينتقل التالف منها عند التلف - آنأماً - إلى ملك من تلف عنده، و بالعكس.

(٢) فإنّ العوضين باقيان على ملك مالكيهما - وهما المتعاطيان - و لا يتعيّن أحدهما للعوضيّة إلّا بعد تلف الآخر رحمته

ولا يخفى أنّ تنظير المقام بالمعاطاة - بناءً على الاباحة التي لا يقول بها المصنف - إنّما هو لمجرد دفع الاستبعاد عن تغيير الضمان في العقد الفاسد من الواقعي إلى الجعلي حين تلف أحد المالين، إذ القائل بالاباحة يلتزم بانتقال التالف قبل التلف آنأماً إلى من تلف عنده، و يتعيّن العوض الآخر للعوضيّة.

و إلّا فيردّ على المصنف رحمته أنّ قياس المقام بالمعاطاة في غير محله، لكون العقد الفاسد فاسداً إلى الأبد، بخلاف المعاطاة، فإنّها صحيحة، و لأجل صحتها - بالاجماع المدعى على الاباحة - يتعيّن المالان للعوضيّة عند التلف، هذا.

(٣) معطوف على قوله: «لا لأن» و غرضه بيان وجه ضعف الاحتمال الذي أفاده الفقيه كاشف الغطاء رحمته. و قد عرفته، و محصّله: أنّ الضمان بقولٍ مطلق يراد به التدارك بالعوض الواقعي، و أنّ التدارك بالمسمّى يتوقف على أمرين، أحدهما توافق

لامضاء الشارع ما تواطئنا على عوضيته، لا لأن^(١) معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة^(٢)، فافهم^(٣).

المتعاملين، و الآخر إمضاء الشارع لما تواطئنا عليه، و هذا الأمر الثاني مفقود في العقد الفاسد، فلا وجه للضمان بالمسمى فيه.

(١) هذا قد أستفيد من قوله قبل أسطر: «و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات ... الخ» و كأنه ^{يترك} يريد دفع توهم، حاصله: أن الضمان في العقد الصحيح إن كان بالمسمى و في الفاسد بالواقعي لزم التفكيك في مدلول كلمة «ما يضمن بصحيحه» بحمله على ما يضمن بمسماه، و كلمة «ما يضمن بفاسده» بحمله على ضمانه الواقعي، و هذا التفكيك مخالف لظهور الكلام في إرادة معنى واحد من كلمة «الضمان» في الجملتين.

و محصل دفعه: عدم لزوم التفكيك في معنى الضمان، لأنه بمعنى تدارك مال الغير بحيث لو تلف كانت خسارته في ماله الأصلي. و هذا جارٍ في كل من العقد الصحيح و الفاسد، إلا أن مصداق المال الأصلي يختلف، فقد يكون ما عيّن في العقد، و قد يكون هو المثل أو القيمة، و من المعلوم أن إختلاف مصاديق التدارك لا يوجب تعدّد المفهوم حتى يتوهم التفكيك بين الضمان في صحيح العقد و فاسده.

(٢) أي: التفكيك في الضمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» و جملة «يضمن بفاسده».

(٣) لعله إشارة إلى أن التفكيك في مفهوم الضمان ممّا لا بدّ منه، سواء أكان من باب استعمال لفظ الضمان في الواقعي تارة، و في المسمى أخرى، أم من باب إستفادة التدارك الواقعي من إطلاق اللفظ و عدم تقييده بشيء، و التدارك الجعلي من قرينة تواطؤ المتعاقدين و إمضاء الشارع. هذا تمام الكلام في ثاني أبحاث الجهة الأولى، و هو معنى الضمان الوارد في القاعدة.

ثم^١ العموم في العقود

المبحث الثالث: عموم «كل عقد» هل يكون بلحاظ الصنف أو غيره؟

(١) هذا شروع في المبحث الثالث من مباحث الجهة الأولى، وهو بيان المراد من العموم المدلول عليه بكلمة «كُلُّ» في قولهم: «كل عقد يضمن...» أو بكلمة «ما» الموصولة في قولهم: «ما يضمن».

و الوجه في عقد هذا المبحث هو: أن في العموم احتمالات ثلاثة، بل أقوالاً كذلك، و تتفاوت الآثار المترتبة على كل منها، فلا بد من تحقيق المسألة، و ينبغي الإشارة إلى أمرين مقدمة لتوضيح كلام المصنف رحمته، فنقول وبه نستعين:

الأول: أن هذا البحث لا يختص بأصل القاعدة - أعني به «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» - بل يجري في العكس أيضاً، إذ الموضوع فيه «كل عقد لا يضمن بصحيحه» أو «ما لا يضمن» فيجري فيه احتمال نوع العقد أو صنفه أو أشخاص العقود التي ينشئها المتعاقدان.

الثاني: في بيان المراد بالتنوع و الصنف و الفرد، فنقول: إن «العقود» عنوان مشير إلى المعاملات القائمة بطرفين، سواء تضمنت معاوضة أم لا، كالبيع و الصلح و الاجارة و الهبة و الجعالة و السبق و الرماية و المضاربة و العارية و الوديعة و الوكالة و الرهن و نحوها مما هو معهود في الكتب الفقهية. و يُعدّ كل منها نوعاً، فالبيع - بماله من الأقسام - نوع واحد، لصدق تعريفه من «مبادلة مال بمال، أو تملكك عين بعوض» على جميعها. وكذا الاجارة نوع واحد، و الصلح نوع، و هكذا سائر العقود.

ثم إن لكل من هذه الأنواع أقساماً هي أصناف ذلك النوع، كبيع الصّرف و السلم و الحيوان و الثمار و النسيئة و المعاطاة، و بيع الدين و غيرها من الأقسام. وللإجارة أيضاً صنفان، هما إجارة الأعيان و الأعمال. وكذلك للصلح أصناف، فإنه إما يفيد فائدة البيع أو الاجارة أو العارية أو الهبة أو البراء. و هكذا العارية، فإنها إما عارية النقدين و إما غيرهما، و الثاني إما مشروط بالضمان و إما غير مشروط به.

و المراد بالأفراد هو أشخاص العقود التي تقع خارجاً بإنشاء المتعاقدين.
إذا إتضح هذان الأمران، فنقول: إنَّ أريد بلفظ «كل عقد» العموم بلحاظ
الأنواع كان معناه: أنَّ جميع أفراد نوع - كالبيع - إن كان في صحيحها ضمان، ففي
فاسدها الضمان أيضاً. و أنَّ جميع أفراد نوع كالوديعة إن لم يكن في صحيحها ضمان
فلا ضمان في فاسدها أيضاً.

و على هذا ينحصر مصداق أصل قاعدة «ما يضمن» في البيع و الاجارة
الذين يضمن بصحيحهما، و لا يندرج في هذه القاعدة عقد آخر، لعدم مضمّنية جميع
أفراد العقود - بنحو الاطلاق - غير البيع و الاجارة، فكأنَّ القاعدة أُسّست لبيان
حكم الضمان في خصوص هذين العقدين.

و إنَّ أريد العموم بلحاظ أصناف كل واحد من العقود كان معنى القاعدة: أنَّ
كل صنف من أصناف العقود إن كان في صحيحه ضمان فكذا في فاسد ذلك الصنف،
سواء أكان في سائر أصنافه ضمان أم لا. و معنى عكس القاعدة: أنَّ كل صنف ليس
في صحيحه ضمان فكذا في فاسده، سواء أكان في سائر أصناف ذلك العقد ضمان أم
لم يكن.

و على هذا الاحتمال تتكثر العقود المندرجة في الأصل، و لا تنحصر في البيع
والاجارة المقتضيين للضمان، فيقال: إنَّ العارية بنوعها مثلاً لا ضمان في صحيحها فكذا
في فاسدها. ولكن أقسام العارية مختلفة، ففي بعضها الضمان كعارية النقدين، فيمكن
أن تندرج في أصل القاعدة، فإذا كانت عارية النقدين فاسدة - لاختلال بعض
شروطها - ثبت فيها الضمان، لأنَّ «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» مع أنَّ نوع
عقد العارية غير مضمّن.

و كذا تندرج الهبة المشروطة بالعوض في أصل القاعدة - بناءً على تعميم
إقتضاء العقد للضمان لما إذا كان بالذات أو بالعرض - مع عدم الضمان في نوع الهبة.

ليس^(١) باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده مثل البيع^(٢) و الصلح و الاجارة و نحوها، لجواز^(٣) كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، و إنما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفاسد من غير ذلك

و المحاصل: أنه بناءً على كون العموم بلحاظ الأصناف يلزم دخول بعض أقسام عقد في أصل القاعدة، و بعضها في العكس، و لا مانع منه. و إن كان العموم بلحاظ الأفراد - لا الأنواع و لا الأصناف - كانت مصاديق أصل القاعدة و عكسها في غاية الكثرة، لأن كل عقد يقع في الخارج فهو بنفسه - لا بما أنه فرد للنوع أو الصنف - إن كان مقتضياً للضمان على تقدير صحته كان مقتضياً له على تقدير فساده. و إن لم يكن مقتضياً له على فرض صحته فكذا على فرض فساده.

هذا كله في مقام الثبوت و الاحتمالات المتطرفة في المراد بالعموم. و أما في مقام الالبات فقد إستظهر المصنف الاحتمال الثاني و هو العموم بلحاظ الأصناف، و سيأتي بيانه.

(١) غرضه إستظهار كون العموم بلحاظ الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد. و المذكور فعلاً نفي العموم النوعي، و أما العموم الفردي فسيأتي - بعد فصل - الخدشة فيه.

(٢) هذه الأنواع مثال للعموم في كل من أصل القاعدة و عكسها، و ذلك بقرينة ذكر «الصلح» فإنه بنوعه مما لا يضمن بصحيحه فكذا بفاسده. نعم البيع و الاجارة مثالان للنوع في أصل القاعدة لأطراد الضمان في جميع أصنافها و أفرادها.

(٣) تعليل لعدم كون العموم في القاعدة بلحاظ خصوص الأنواع. و محصله: أنه لو كان العموم بلحاظها لزم عدم إطراد عكس القضية، مثلاً لا يكون الصلح الجامع بين المعاوضي و المحاباتي مقتضياً للضمان، كما إذا كان مفيداً للهبة أو الإبراء، فيندرج في عكس القضية، في أن صحيحه لا يقتضي الضمان فكذا فاسده. و كذا الهبة الجامعة بين المشروطة بالعوض و غيرها، مع أن الصلح قد يقتضي الضمان كما إذا كان معاوضياً.

فالمتعين كون العموم بلحاظ الأصناف لا الأنواع، فصنف من الصلح - و هو

الصنف. مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه^(١) قد لا يفيد إلا فائدة الهبة غير المعوضة، أو الإبراء. فالواجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة. فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً^(٢). ولا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً^(٣)، فلا يضمن^(٤) بفاسده. وكذا^(٥) الكلام

المعاوضي - يقتضي صحيقه الضمان، وكذا فاسده. و صنف منه و هو المحاباتي لا يقتضي صحيقه الضمان وكذا فاسده.

و هكذا العارية، فصنف منها يندرج في الأصل و هو «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و صنف آخر من ذلك النوع يندرج في العكس و هو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

(١) هذا تعليل لعدم إقتضاء الصلح - بما هو نوع من أنواع العقود - للضمان، إذ قد يكون أثره تمليك عين مجّاناً و هو الهبة غير المعوضة، أو إبراء المديون عما في ذمته، و هو إيقاع، و ربّما يخلو من العوض.

و على هذا فلو كان العموم في القاعدة بلحاظ النوع لزم إندراج الصلح - بجميع أقسامه - في العكس. مع أن الصحيح هو التفصيل بين أصنافه، فبعضها المشتمل على المعاوضة مندرج في الأصل، و بعضها في العكس. فلا بد من كون العموم بلحاظ الأصناف، و أن كل صنف عنوان مستقل، فإن إقتضى الضمان كان من أفراد الأصل، وإلا فن العكس.

(٢) يعني: كإيجاب الفرد الصحيح من الصلح - المشتمل على المعاوضة - للضمان.
(٣) يعني: مطلقاً، سواء أفاد فائدة البيع أم الاجارة مما يشتمل على معاوضة بين المصالح و المتصالح، أم لم يشتمل عليها كالمفيد فائدة الهبة غير المعوضة، و الإبراء.

(٤) هذا متفرّع على كون العموم بلحاظ أنواع العقود، ولازمه خروج عنوان الصلح عن قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(٥) هذا مثال ثانٍ لظهور الثمرة بين كون العموم نوعياً و صنفياً، فبناءً على إرادة الأنواع لا ضمان في الهبة المشروطة بالعوض، لأن جميع أفراد الهبة - بما هي مصاديق

في الهبة المعوضة. وكذا^(١) عارية الذهب و الفضة. نعم^(٢)

لعنوان الهبة - غير مضمونة، فلا تدرج في الأصل. و بناءً على إرادة الصنف يستعين التفصيل بين الهبة المعوضة باندراجها في الأصل، و بين الهبة غير المعوضة باندراجها في العكس.

(١) هذا مثال ثالث للثمرة بين إرادة النوع و الصنف، فبناءً على النوع تدرج العارية بجميع أقسامها في العكس. و بناءً على الصنف يُفصل بين عارية الذهب و الفضة - و عارية الحيوان بناءً على ما حكى عن ابن الجنيّد - فتكون مضمونة سواء في صحيحها و فاسدها. و بين عارية سائر الأشياء فلا ضمان فيها.

(٢) هذا إستدراك على إرادة الصنف، و حاصله: أنّ مقتضى تمسكهم بقاعدة «ما لا يضمن» في إستعارة المحرم صيداً هو إرادة النوع، يعني: حيث إنه لا ضمان في نوع العارية فلازمه عدم ضمان المستعير، لفرض فساد العارية، و به يشكل إرادة الصنف. و توضيحه: أنّ جمعاً ذكروا: أنّ المحرم إذا إستعار الصيد من المحلّ و جَبَّ عليه إرسال الصيد، و عاريته فاسدة، و لا يضمن للمعير الصيد الذي أتلفه بإرساله. والدليل على الضمان هو تبعية العارية الفاسدة لصحيحها في عدم الضمان. قال في المسالك: «و أمّا مع فسادها - أي العارية - فلأنّ حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع - قاعدةً كليّةً»^(١). و من المعلوم ظهور هذا التعليل في أنّ المدار في الضمان و عدمه هو نوع العقد، فيُشكل مختار المصنف ﷺ من إرادة الصنف.

ولكنّه ﷺ وجهه بأنّ مقصودهم بالاستدلال بقاعدة «ما لا يضمن» هو الصنف، بقرينة تصريحهم في كتاب العارية بضمان عارية الذهب و الفضة، و العارية

ذكروا^(١) في وجه عدم ضمان الصيد الذي إستعاره المُحَرَّم: أَنَّ صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها. ولعل^(٢) المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير^(٣) المشروط ضمانها.

المشروطة بالضمان، إذ لو كان المدار نوع العارية لزم التنافي بين إدراجها في «ما لا يضمن» و بين حكمهم بالضمان في القسمين المذكورين، و رفع التهافت منوط بالالتزام بالصنف، فيكون صنف من العارية مشمولاً للأصل و هو «ما يضمن» و صنف منها للعكس، و هو «ما لا يضمن» هذا.

(١) الأولى أن يقال: «ذكر بعضهم» إذ المسألة خلافية، ففي الشرائع: «و لا يجوز للمُحَرَّم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له إمساكه. ولو أمسكه ضمنه، و إن لم يشترط عليه»^(١). نعم رجَّح الشهيد الثاني عدم الضمان، لقاعدة «ما لا يضمن» فراجع، و التفصيل في محله.

(٢) هذا توجيه إستدلال مثل الشهيد الثاني بقاعدة «ما لا يضمن» و قد عرفته آنفاً.

(٣) الأولى إسقاط «غير المشروط ضمانها» بناءً على ما سيأتي منه قريباً في تفسير القاعدة من كون المقتضي للضمان نفس العقد الصحيح، و من المعلوم عدم كون الضمان في العارية المشروطة به من مقتضيات نفس العقد، بل هو إقتضاء عَرَضِي ناشٍ من الشرط.

إلا أن يكون غرض المصنف ﷺ الاستشهاد بكلام القوم لاثبات العموم الأصنافي لا الأنواعي، فلا بأس حينئذٍ بذكر العارية المشروطة بالضمان بعد تصريحهم بضمانها صحيحة و فاسدة.

ثم المتبادر^(١) من إقتضاء الصحيح للضمان إقتضاؤه له

المبحث الرابع: إعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط

(١) هذا شروع في المبحث الرابع من مباحث الجهة الأولى، و هو تحقيق أنه هل يعتبر كون الضمان مقتضى نفس العقد أم يكفي كونه مقتضى الشرط؟ و لا يخفى أن المناسب تأخير هذا البحث عن المقام، لعدم تمامية البحث الثالث بعد، فإن المصنف وإن رجح العموم بلحاظ الصنف على النوع، إلا أن إحتمال كونه بلحاظ أشخاص كل صنف باقي بحاله، و سيأتي بعد أسطر إبطاله. كما أن البحث الخامس و هو أن الباء سببية أو ظرفية مقدّم رتبة على البحث عن إختصاص إقتضاء الضمان بنفس العقد، أو تعميمه إلى إقتضاء الشرط أيضاً.

و كيف كان فتوضيح ما أفاده: أن إقتضاء العقد الصحيح للضمان تارة يكون بذاته كالبيع، و أخرى يكون بالشرط النافذ بأدلة الشروط، كقوله **«الضمان عند شروطهم»** كما إذا شرط في عقد الإجارة أن يكون المستأجر ضامناً للعين - مع عدم إقتضاء ذات الإجارة ضماناً، و أن يده على العين أمانة لا تضمنها لو تلفت بأفة سماوية لا بتعدّد و تفريط - فلو تلفت كان المستأجر ضامناً لها، لوجوب الوفاء بالشرط الجائز في نفسه، كوجوب الوفاء بنفس العقد.

و كذا الكلام في ضمان العين المعارة لو شرط المعير ضماناً على المستعير.

و لا إشكال في هذا. إنّا الكلام في ما إذا شرط الضمان في مثل عقد الإجارة والعارية، ثم تبين بطلان العقد لاختلال بعض شرائط صحته، فهل تقتضي قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» تبعية الفاسد للصحيح في هذا الضمان العرَضِي الناشئ من الشرط، أم لا تقتضيه؟ في المسألة قولان:

أولهما: الإقتضاء، و هو ظاهر صاحب الرياض **«في العارية المضمونة تبعاً للمسالك»**.

و ثانيهما: عدم الإقتضاء، و هو مختار المصنف **«في»**. و إستدل عليه بأن المتبادر من قولهم: «كل عقد يقتضي صحيحه الضمان فني فاسده كذلك» هو إقتضاء العقد

بنفسه^(١) (*)، فلو^(٢) إقتضاء الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان

بطبعه للضمان، لا بالشرط الذي هو أجنبي عن العقد و خارج عنه، و إنما يرتبط به بعناية الاشتراط. و على هذا فلا ضمان في الاجارة و العارية الفاسدتين المشروط فيهما ضمان العين.

(١) أي: بذاته، لا بالعرض كالشرط في ضمن العقد.

(٢) هذا متفرع على إختصاص إقتضاء العقد الصحيح للضمان بنفسه، لا مطلقاً ولو بالشرط.

(*) كما أن المتبادر أو المتيقن ضمان نفس متعلق العقد، دون توابعه. ففي الاجارة مثلاً المتعلق هو المنفعة، و العين تابعة، و في البيع هو العين، و المنافع تابعة. فالقاعدة ساكتة عن ضمان غير مؤدى العقد من التوابع. و يظهر أثر هذا التفسير في المنافع غير المستوفاة، فإنها غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد. و قد جعله المصنف نقضاً على القاعدة، لكنه يندفع بالتفسير المزبور، لسكوت القاعدة عن ضمان التوابع التي منها المنافع غير المستوفاة، فتأمل جيداً.

ثم إن السيد عليه السلام عمم الفساد الى العرضي بدعوى: أن العقد المقرون بالشرط و المجرد عنه صنفان متغايران، و المفروض إرادة الصنف من عموم مدخول (كل) و لذا لا يبقى إشكال في التمسك بهذه القاعدة^(١).

و فيه: أن الضمان لما كان مستنداً الى العقد و كان الشرط خارجاً عنه، لأن العقد المشتمل عليه عقد و شرط، و لا يصدق العقد على المركب من العقد و الشرط الذي هو إلتزام خارج عن الإلتزام العقدي، فيكون المراد من صنف العقد في قبال نوعه و شخصه حصص العقد بما هو عقد، فالقيود الخارجة عن العقد أجنبية عن نفس العقد، و خارجة عن ماهيته.

بالباسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان - تمسكاً بهذه القاعدة^(١) - إشكال^(٢).
كما لو إستأجر إجارةً فاسدة، و إشتراط فيها ضمان العين^(٣)، و قلنا^(٤) بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الباسد، لأن^(٥) صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الباسد من العارية المضمونة.
و يظهر من الرياض إختيار الضمان بفاسدها^(٦) مطلقاً^(٧)

(١) أي: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٢) فلا وجه لمضمّنية العقد الباسد المتضمن لشرط صحيح في نفسه، لعدم كون الضمان مقتضى ذات العقد.

(٣) تقدّم آنفاً توضيح هذا الفرع بقولنا: «فلا ضمان في الاجارة و العارية الباسدتين ... الخ».

(٤) غرضه من هذه الجملة الحالية: أن التنظير بالاجارة الفاسدة - المتضمنة لشرط ضمان العين - للاقتضاء العرضي يتوقف على الفراغ من صحة هذا الشرط في نفسه، فلو تأملنا في أصل جوازه كان مثال الاجارة أجنبيّاً عن إقتضاء الشرط للضمان، لوضوح أنّ إقتضاه له منوط بمشروعية الشرط في نفسه حتى يجب الوفاء به لاشتراطه في ضمن العقد.

(٥) هذا تعليل للضمان بالباسد فيما إذا كان المقتضي للضمان هو الشرط لا ذات العقد.

(٦) أي: بفاسد العارية المضمونة.

(٧) يعني: حتى إذا كان الضمان باقتضاء الشرط، الذي هو مورد البحث من حيث الاندراج في قاعدة «ما يضمن» فيظهر من ذلك ذهاب صاحب الرياض ^{مؤيداً} إلى تعميم الضمان إلى الاقتضاء الشرطي أيضاً، إذ لا مدرك للضمان في فاسد العارية المضمونة إلا هذه القاعدة.

قال في الرياض - في ما لو إستعار من الغاصب، و تلفت العين بيد المستعير، فرجع المالك على الغاصب - ما لفظه: «لم يرجع - يعني الغاصب - على المستعير، إلا مع علمه أو كون العين مضمونة، فيرجع عليه فيها، لاستقرار الضمان عليه في الأول، وإقدامه في الثاني على الضمان، مع صحة العارية. فكذا عليه الضمان مع الفساد، للقاعدة الكلية: أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»^(١).

و توضيحُ المراد من عبارة الرياض بحيث تكون شاهدة لما إستظهره المصنف منها - من أن الضمان في العقد الصحيح إن كان للشرط الضمني كان كذلك في العقد الفاسد - هو: أن السيد تَعَيَّنَ حَكَمَ بأن الغاصب لو أعار العين المغصوبة حتى ينتفع المستعير بها و تلفت عنده رجَعَ المالك على الغاصب، وَ أَخَذَ بدلَ مالِه منه، و لا يجوز للغاصب الرجوع على المستعير، إلا في صورتين:

إحداهما: علمه بأن العين المغارة مغصوبة، وليست ملكاً للمعير، مع عدم إذن المالك في التصرف فيها، فيستقرّ الضمان على المستعير، لأنه من تعاقب الأيدي. ثانيتهما: جهله بالغصب، لكن كانت العين مضمونة، إمّا لكونها من الذهب والفضة، و إمّا لأن الغاصب شَرَطَ على المستعير ضمانَ العين.

ففي كلتا الصورتين يضمن المستعير من جهة إقدامه على الضمان. و بهذا تتدرج المسألة في قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» لأنّ العارية الصحيحة التي أقدم المستعير فيها على الضمان تكون مضمونة، فكذا يثبت الضمان في فاسدتها، كما في عارية الغاصب. و وجه فسادها إنتفاء شرط الصحة و هو ملك العين و الانتفاع، أو الأذن.

تبعاً لظاهر المسالك^(١).

و يمكن^(٢) جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل، بناءً على

(١) قال الشهيد الثاني رحمته الله - في شرح قول المحقق: «ولو إستعاره من الغاصب و هو لا يعلم كان الضمان على الغاصب ... وكذا لو تلفت العين في يد المستعير» وأن في المسألتين قولين - ما لفظه: «و الحاصل: أن المالك مخير في الرجوع على كل منهما، فإن رجع على المستعير رجع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة، وإلا رجع عليه بغير ما قدم على ضمانه. وربما احتمل هنا ضعيفاً رجوعه - أي رجوع المستعير على الغاصب - مطلقاً - يعني سواء كانت العارية مضمونة أم لا - لأن إستحقاق العين أوجب فساد العارية، فلا تكون مضمونة، و هو مغرور مع الغصب، فيرجع على من غره.

و يضاف بأن غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان، لأننا لم نضمّنه من حيث الغصب، بل من حيث كونها عارية مضمونة، و دخوله على ذلك، فإذا تبين فسادهما لحق حكمُ الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعدة. و إن رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير، إن لم تكن مضمونة، وإلا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة»^(١).

و دلالتها على تبعية الفاسد للصحيح في الحكم بالضمان - حتى إذا كان للشرط - أظهر من عبارة الرياض، لتصريحه بأن ضمان المستعير لا يستند إلى الغصب، بل إلى كون العارية مضمونة، لأنه أقدم على ضمانها، و من المعلوم أن التعليل بالاقدام - مع جهله بالغصب - إما أن يكون لشرط الضمان في هذه العارية الفاسدة، و إما لكون العين المعارة ذهباً أو فضةً، هذا.

(٢) غرضه رحمته الله بيان فرد ثالث لما إذا كان ضمان العوض مستنداً إلى الشرط لا باقتضاء ذات العقد، و ذلك كالهبة المشروطة فيها العوض، كما إذا وهب زيد كتابه لعمرٍ على أن يهبه عمرو ديناراً. ففي هذه الهبة المشروطة إحتالان:

أنها هبة مشروطة، لا معاوضة^(١).

وربما يحتمل^(٢) في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود

الأول: أن عقد الهبة يفيد تملك عين مجّاناً، ولا يقتضي بنفسه ضمان العوض، فأخذ العوض من المتهب يستند إلى الشرط. فتكون الهبة المشروطة فيها العوض نظير العارية المشروطة فيها الضمان، في أن منشأ الضمان هو الشرط لا ذات العقد. وهذا الاحتمال قوّاه المصنّف رحمته في أوائل البيع عند تعرّضه للنقوض الواردة على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» فراجع^(١).

الاحتمال الثاني: أن الهبة المعاوضة معدودة من المعاوضات كالبيع و الاجارة والصلح المعاوضي ونحوها. وعلى هذا يستند ضمان العوض إلى ذات العقد لا إلى الشرط.

(١) إذ لو كانت معاوضة كان إقتضاؤها للضمان ذاتياً لا شرطياً، ضرورة أن المقتضي للضمان حينئذٍ نفس العقد، لا الشرط المجعول فيه. هذا تمام الكلام في البحث الرابع، وهو أن إقتضاء الضمان يختصّ بذات العقد، أو يعمّ الشرط.

(٢) هذا رجوع إلى البحث الثالث، وهو تحقيق أن العموم هل هو نوعي أم صني أم فردي، وقد تقدّمت الخدشة في إرادة العموم بلحاظ الأنواع، و بقي التعرض لإحتمال العموم الأفرادي.

وكيف كان فإحتماله مذكور في الجواهر - وإن لم يظهر أن المحتمل هو أو غيره - بقوله: «بل قد يقال: بشمول هذه القاعدة للفرض - أي: فساد الاجارة - بناءً على إرادة أشخاص العقود منها، لا أصنافها، ولا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد، للقاعدة المزبورة ... الخ»^(٢).

«١» هدى الطالب، ج ١، ص ٢٤١ - ٢٤٥

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٢٤٧

يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

و توضيحه: أنهم حكموا في الاجارة الفاسدة بوجوب أجرة المثل، مع فرض إستيفاء المنفعة كلاً أو بعضاً، سواء زادت على المسمى أم نقصت عنه. و إستثنى الشهيذان رحمهما الله صورة واحدة، فحكما بعدم ضمان أجرة المثل فيها، و هي ما إذا كان منشأ الفساد إشتراك عدم الأجرة، أو عدم ذكرها في العقد بنحو يستفاد منه إرادة عدم بذل الأجرة. و الوجه في عدم وجوب أجرة المثل على من استوفى المنفعة هو: إقدام العامل على العمل مجّاناً و بلا عوض.

هذا ما أفاده الشهيذان رحمهما الله. و وجه صاحب الجواهر رحمته الله هذه الفتوى بجعلها من مصاديق قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أن «كل عقد يضمن ... الخ» عنوانٌ مشيرٌ إلى أشخاص العقود المنشأة في الخارج، و يفرض لكل عقدٍ حالتان إحداها الصحة، و الأخرى البطلان. فالمراد بالعقد في أصل القاعدة - أعني به «ما يضمن بصحيحه» - هو: أن كل شخصٍ من العقود مقتضى للضمان لو كان صحيحاً، فهو مقتضى له لو كان فاسداً. مثلاً: بيع الكتاب بالدينار موجب ل ضمان كلا المتبايعين، لكونه عقداً معاوضياً، فهذا الفرد من البيع إن كان فاسداً - لاختلال بعض شرائطه - كان مضمناً أيضاً.

و المراد بالعكس أعني «ما لا يضمن» هو: أن كل ما صدر مجّاناً - كالهبة الخالية عن العوض و الصلح المفيد للإبراء - ممّا لا يفيد الضمان إذا كان صحيحاً، فكذا لا يفيد إذا وقع فاسداً. و على هذا فالاجارة الفاقدة للأجرة باطلة شرعاً، لأن حقيقة الاجارة «تمليك منفعة بعوض معلوم» أو «التسليط على العين لاستيفاء منفعتها بعوض» فخلوها عن الأجرة منافيٌ لحقيقتها. إلا أن هذه الاجارة مندرجة في «ما لا يضمن» لأنها لو وقعت صحيحةً شرعاً لما كانت مضمّنة لمن يستوفي المنفعة، فكذا لا تكون مضمّنة له على تقدير فسادها.

و الحاصل: أن المدار في كون عموم القاعدة بلحاظ أشخاص العقود و أفرادها هو فرض حالتين لكل عقدٍ خارجي، فنفس هذا الفرد إن إقتضى الضمان على تقدير

وَرَتَّبَ^(١) عليه عدم الضمان في ما لو إستأجر بشرط أن لا أجره كما إختاره
الشهيدان^(٢)، أو باع بلا ثمن^(٣)

الصحة إقتضاه على تقدير الفساد. وإن لم يقتضِ الضمان على فرض صحته لم يقتضه
على فرض فساده.

و بهذا يندرج مثال الاجارة الفاسدة - من جهة خلوها عن الأجرة - في قاعدة
«ما لا يضمن». هذا توضيح ما نسبته المصنف إلى بعضهم من إرادة العموم الأفرادي،
وما يترتب عليه من الثمرة.

(١) يعني: وَرَتَّبَ هذا المحتمل - وهو صاحب الجواهر - على أن معنى العموم
هو كل شخص ... الخ عدم الضمان في ما لو إستأجر بشرط عدم الأجرة، فلا يلاحظ
أن نوع الاجارة أو كل صنف منها مضمّن أو غير مضمّن، بل المدار على شخص
الاجارة الواقعة بين الطرفين، فإن كان صحيحها مؤثراً في الضمان فكذا فاسدها، وإن
لم يكن صحيحها مؤثراً في الضمان فكذا فاسدها.

(٢) قال الشهيد الثاني رحمه الله - في ضمان أجره المثل لو إستوفى المنفعة وكانت
الاجارة باطلة - ما لفظه: «و إستثنى الشهيد رحمه الله من ذلك ما لو كان الفساد باشتراك
عدم الأجرة في العقد، أو متضمناً له كما لو لم يذكر أجره، فإنه حينئذ يقوى عدم
وجوب الأجرة، لدخول العامل على ذلك. وهو حسن»^(١).

ولكن المحقق الثاني إعترض على إطلاق كلام الشهيد، وفصل بين العمل وبين
سكنى الدار، فراجع^(٢).

(٣) هذا المثال غير مذكور في كلام الشهيدين رحمه الله، وإنما أضافه المحقق الثاني في
ما فصله في كلاميهما، فراجع.

«١» مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٨٤

«٢» جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٢٠ و ١٢١

كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد^(١).
و يضعف^(٢) بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له

و أما العلامة **تتبرر** فاقصر على احتمال الضمان و عدمه، فقال: «و كذا لو قال: بعثك بلا ثمن، أو: على أن لا ثمن عليك، فقال: قبلت. ففي إنعقاده هبة نظراً، ينشأ من الالتفات إلى المعنى، و إختلال اللفظ. و هل يكون مضموناً على القابض؟ فيه إشكال، ينشأ من كون البيع الفاسد مضموناً. و دلالة اللفظ على إسقاطه»^(٣).

و كيف كان فتقريب إنتفاء الضمان في البيع بلا ثمن هو: أن شخص هذا البيع لو كان صحيحاً لم يكن المشتري ضامناً للثمن، لأن البائع أسقطه، و حيث كان بيعاً فاسداً لحقه حكم الصحيح في عدم الضمان.

(١) و الوجه الآخر في كلام العلامة هو الضمان، لأن نوع البيع الصحيح يفيد، فكذا فاسده، فيندرج في أصل القاعدة، لا في عكسها.

(٢) يعني: يضعف احتمال إرادة الاستغراق بلحاظ الأشخاص و الأفراد، على ما تقدم في كلام الجواهر، و حاصل التضعيف: أن الموضوع في قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو العقد، و أن له قسمين أحدهما صحيح و الآخر فاسد، و يكون الفاسد تابعاً للصحيح في الضمان، و من المعلوم ظهور التقسيم في فعلية أقسامه، فلا بد من أن يكون للعقد فردان، أحدهما صحيح فعلاً و هو الموجود خارجاً جامعاً للشرائط، و الآخر فاسد فعلاً، لاختلال شرائطه الشرعية و إن كان عقداً عرفياً.

و التحفظ على ظهور الموضوع الجامع للقسمين في فعليتها يتوقف على كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف، و لا وجه لإرادة الشخص، ضرورة عدم تحمّل الفرد الشخصي - الموجود خارجاً - للإتصاف فعلاً بوصفين متقابلين و هما الصحة و الفساد، بل يوجد إما صحيحاً و إما فاسداً. و يتوقف الإتصاف على التقدير والفرض

بالفعل^(١) صحيح و فاسد، لا ما^(٢) يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً. فالمتعين^(٣) بمقتضى هذه القاعدة^(٤) الضمان في مسألة البيع^(٥)، لأن البيع الصحيح

بأن يقال: لو إقتضى هذا الفرد الخارجي - كالأجرة بلا أجره و البيع بلا ثمن - الضمان على فرض صحته، لا تقتضى الضمان على فرض فساده. و من المعلوم أن الفرد الواحد من كل عقد له حكم فعلي واحد، و لا يتعدد حكمه الشرعي بمجرد الفرض.

و الحاصل: أن ظهور القاعدة في فعلية القسمين يمنع عن الحمل على الأشخاص، و قد سبق أيضاً إمتناع حمل العموم على الأنواع، فتعين مختار المصنف وهو الحمل على الصنف، لصحة أن يقال: إن الأجرة إن كانت صحيحة - لاجتماع الشرائط فيها من ذكر الأجرة و غيرها - ففيها وفي فاسدها الضمان، فالأجرة بلا أجره فاسدة، و هي تابعة للإجارة الصحيحة في الضمان. و كذا البيع بلا ثمن، فإنه بيع فاسد مضن، لكون نوع البيع وصنفه مقتضياً لضمان المتبايعين.

هذا بناءً على صدق عنواني البيع و الأجرة عرفاً على المثالين. و أمّا إذا قيل بالتجاوز في الصيغة - و أن البيع بلا ثمن إنشاء للهبة، و أن الأجرة بلا أجره إنشاء للعارية - كانا أجنبيين عن المقام، لصحتهما هبةً و عاريةً، و لا ضمان فيهما، فلاحظ.

(١) يعني: أن العقد الصحيح فرد، و العقد الفاسد فرد آخر، و كل منهما يمكن وجوده خارجاً.

(٢) يعني: ليس موضوع القاعدة فرداً واحداً من العقد يفرض تارةً صحيحاً على تقدير إجتماع شرائطه، و أخرى فاسداً على تقدير إختلافها.

(٣) هذا نتيجة بطلان كون العموم و الاستغراق بحسب أشخاص العقود، كما إحتمله صاحب الجواهر رحمته الله.

(٤) أي: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(٥) أي: البيع بلا ثمن. و قد عرفت وجه الضمان فيها آنفاً، و أنها مورد لأصل القاعدة لا عكسها.

يضمن به^(١).

نعم^(٢) ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة «بأنه أقدم على العين مضمونة عليه»^(٣) لا يجري في هذا الفرع^(٤). لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها.

(١) فكذا فاسد البيع، لانطباق عنوان «البيع» عليه.

(٢) هذا استدراك على قوله: «فالمتمعن ... الضمان في مسأله البيع» واصله: أن الشهيد الثاني رحمته استدلل - في كلامه الآتي في المتن - بالإقدام على الضمان على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و من المعلوم أن هذا التعليل لا يجري في «البيع بلا ثمن» ضرورة تحقق الإقدام المجاني فيه، المضاد للإقدام الضماني في البيع مع الثمن. وهكذا سائر العقود المعاوضية.

و عليه فلا ينطبق دليل القاعدة على البيع بلا ثمن، والاجارة بلا أجر. فيندرج البيع المزبور في الهبة المجانية التي هي من صغريات العكس، وهو «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وكذا تندرج الاجارة المزبورة في العارية. وبهذا يشكل حكم المصنف بضمن المشتري للثمن الواقعي في مثال البيع بلا ثمن.

لكنه رحمته تخلص عن هذا الاشكال بأن الكلام فعلاً في معنى القاعدة و تفسير مفرداتها، لا في مدركها، حتى يقال: بأن الإقدام على الضمان مخصوص بالعقد المتضمن للعوض، و لا يجري في العقد العاري عنه، و من المعلوم أن معنى القاعدة شامل للبيع بلا ثمن، والاجارة بلا أجر، هذا.

لكن ينبغي الاهتمام في البحث عن مدرك القاعدة و مقدار دلالتها، ثم حملها على ما يساعد عليه دليلها.

(٣) سيأتي قريباً إستفادة هذا التعليل من كلام شيخ الطائفة، وكذا ورد التصريح به في كلام الشهيد الثاني و غيره.

(٤) و هو البيع بلا ثمن، و المناسب ذكر مسألة الاجارة بلا أجر أيضاً، لارتضاعها من ثدي واحد. هذا تمام الكلام في البحث الثالث، المتكفل لاثبات كون العموم بحسب الأصناف، لا الأنواع و لا الأفراد.

ثم^١ إن لفظة «الباء» في «بصحيحه و بفاسده» إمّا بمعنى «في» بأن يراد: كلّما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده^٢.

المبحث الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية

(١) هذا شروع في البحث الخامس من مباحث الجهة الأولى، و هو أنّ «الباء» في «بصحيحه و بفاسده» ظرفية أو سببية، و غرضه تبيّن عدم التفكيك في الضمان بين العقد الصحيح و الفاسد، و أنّ كون الباء للظرفية أو السببية لا يوجب التفكيك المزبور.

توضيحه: أنّ الباء يستعمل في الظرفية كقوله تعالى: ﴿و لقد نجّيناكم بسحر﴾ و قوله تعالى: ﴿و نجّيناهم بسحر﴾ و يستعمل في السببية كقوله عزّ من قائل: ﴿إنكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل﴾ و قوله: ﴿فكلّا أخذنا بذنبه﴾. فعلى الظرفية لا يلزم تفكيك في معنى «الباء»، فإنّ المعنى حينئذٍ: أنّ الضمان يكون في كلّ من العقد الصحيح و الفاسد.

و على السببية المطلقة الشاملة لكلّ من العلة التامة و الناقصة لا يختلف الضمان فيها أيضاً، لكون العقد في كليهما سبباً ناقصاً للضمان.

أمّا في الصحيح فلاّنه لو لم يتحقّق فيه القبض لم يتحقّق الضمان، لقولهم: «و بالقبض ينتقل الضمان». و أمّا في الفاسد فلكون العقد سبباً للقبض الذي هو منشأ للضمان. فللعقد دخل في الضمان في الصحيح و الفاسد، فالسببية ملحوظة في كليهما ومصحّحة لاستعمال الباء فيهما في السببية.

و بالجملة: فالعقد سبب ناقص للضمان و القبض متّمم له. و لذا لوتلف المبيع قبل القبض كان من مال بائعه، بل و كذا الثمن. هذا في العقد الصحيح. و في الفاسد يكون العقد مع الاقدام على القبض مصداقاً لليد، و سيأتي توضيحه.

(٢) و بناءً على الظرفية لا يستفاد من القاعدة كون الضمان مقتضى العقد أو هو

و إما لمطلق السببية الشامل للناقصة^(١)، لا العلة التامة، فإن^(٢) العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض كما في السِّلْم و الصَّرْف (*). بل مطلق البيع، حيث إنَّ المبيع قبل القبض مضمونٌ على البائع

مع القبض، و هذا بخلاف كون «الباء» سببية، إذ يجري البحث عن السببية التامة والناقصة، كما عرفت.

- (١) يعني: لا خصوص السببية التامة حتى لا يكون القبض مؤثراً في الضمان.
(٢) هذا تقريب عدم كون العقد الصحيح علة تامة للضمان.

(*) لا يخلو هذ التمثيل من المناقشة، لأنَّ القبض شرط صحة بيعي الصرف والسِّلْم، فعدم الضمان فيهما قبله لعدم صحة العقد، بمعنى عدم وجود العقد انصحيح.

و كيف كان فالأولى أن يكون «الباء» لمطلق السببية، فيكون العقد سبباً ناقصاً للضمان، والقبض جزء أخيراً لعلّة الضمان، كما أنَّ العقد سبب تام لقلب اليد المالكية إلى غيرها، ضرورة أنه بنفس العقد يصير المبيع ملكاً للمشتري و الثمن ملكاً للبائع. و عليه فالاستيلاء على كلٍّ من العوضين قبل العقد إستيلاءً على مال نفسه، وبعده على مال الغير بدون إذن مالكي، أو إستيمان شرعي أو مالكي يوجب عدم الضمان، لاطلاق «على اليد» فالعقد جزء السبب للضمان، و تمام السبب لقلب اليد المالكية. و أما جعل «الباء» للظرفية فغير ظاهر، لأنَّ الظرفية الحقيقية غير حاصلة، بداهة عدم كون العقد ظرفاً حقيقة للضمان، فلا بدّ من التأويل بجعل إستعمالها في الظرفية بمناسبة السببية، و هو تعسّف كما هو ظاهر. و كذا الظرفية الاعتبارية، فإنَّ الظرف الاعتباري للضمان هو العهدة، كما هو واضح.

نعم العقد سببٌ لثبوت الضمان في العهدة. فكلُّ من الظرفية الحقيقية والاعتبارية مفقود في العقد، فلا معنى لجعل الباء للظرفية.

بمعنى أن دركه عليه^(١)، و يتداركه^(٢) برد الثمن، فتأمل^(٣).
وكذا^(٤) الاجارة والنكاح والخلع، فإن المال في ذلك كله مضمون على من
ينتقل عنه إلى أن يتسلمه من ينتقل إليه.
و أمّا^(٥) العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة

(١) خبر «أن» و الضمير راجع إلى البائع. و ضمير «دركه» راجع إلى المبيع.
(٢) أي: يتدارك البائع المبيع برد الثمن إلى المشتري.
(٣) لعله إشارة إلى: أن الضمان - بمعنى تدارك مال الغير - أجنبي عن تلف المبيع
قبل القبض، لأن البيع يفسخ حينئذٍ، فيتلف المبيع في ملك مالكة و هو البائع، و هذا
ليس من الضمان في شيء، لأن التالف ملكه، لا أن عليه تداركه من ماله.
و على هذا فما أفاده بقوله: «بل مطلق البيع» - من جعل عقد البيع في جميع
موارده جزء السبب المضمّن و جزءه الآخر هو القبض - غير ظاهر، و ذلك لأن كون
العقد سبباً تاماً لضمان المشتري - في غير بيع الصرف و السلم - لا ينافي كون المبيع في
ضمان البائع قبل قبضه، لفرض إنفاسخ هذا السبب التام بتلفه بيد البائع، و معه لا يبقى
العقد الموجب لضمان المشتري. و هذا بخلاف القبض في بيع الصرف و السلم، لدخله
في سببية العقد لضمان المعاوضي.

(٤) في كون الضمان على من ينتقل عنه ما لم يتسلمه المنتقل إليه. فإذا تلفت
الأجرة بيد المؤجر - في إجارة الأعمال - تلفت منه لا من مال الأجير. وكذا الحال في
تلف المهر بيد الزوج، و تلف عوض الخلع بيد الزوجة، فالقبض في هذه الثلاثة جزء
السبب المضمّن للطرف الآخر.

(٥) هذا في قبال قوله: «فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان» و غرضه
توجيه سببية العقد الفاسد لضمان، بناءً على كون «الباء» سببية، فإن العقد الفاسد
يكون بحكم عدم فكيف يوجب الضمان؟ و لذا تصدّى لتوجيه سببيته بأحد وجهين:

أبدأ (*) بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبْله لا ضمان. فجعلُ الفاسد سبباً إما^(١) لأنه المنشأ للقبض على^(٢) وجه الضمان

الأول: أن الضمان في العقد الفاسد وإن كان منوطاً بالقبض، إلا أن الموجب للإقدام على القبض هو العقد الفاسد، فهو سببُ السبب، و من المعلوم صحة إسناد الضمان إلى سبب السبب كصحة إسناذه إلى نفس السبب أي القبض.

الثاني: أن العقد الفاسد بنفسه سبب ناقص للضمان، و تتوقف عليته التامة على تحقق الشرط، و هو القبض على وجه الضمان لا مجاناً. و عليه فالسبب مؤلف من العقد الفاسد و القبض. و هذا نظير بيع الصرف و السِّلَم، إذ يتوقف الضمان - في العقد الصحيح - على قبض الثمن في السِّلَم، و التقابض في الصَّرف.

و الحاصل: أن مطلق السببية الجاري في بعض العقود الصحيحة يجري في العقد الفاسد أيضاً، فلا مانع من جعل «الباء» سببيةً، هذا.

(١) هذا هو الوجه الأول لتوجيه جعل «الباء» سببيةً في العقد الفاسد كالصحيح.

(٢) قيد للقبض، يعني: القبض المبني على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، في قبال القبض المبني على المجانية، كما في الهبة و العارية الفاسدتين، لعدم إقدام المتهب والمستعير على ضمان ما قبضاه بالعقد الفاسد.

(*) هذه العبارة توهم كون العقد الصحيح دائماً أو غالباً أو نادراً علة تامة للضمان، وهذا ينافي قوله: «فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان. الى قوله: بل مطلق البيع» حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، إلى آخر ما أفاده، فإن ظاهره عدم كون العقد الصحيح علة تامة للضمان أبدأ، فالمناسب أن يقول: و أما العقد الفاسد فكذلك أيضاً في عدم عليته التامة أبدأ.

الذي هو سبب للضمان (*). و إما^(١) لأنّه سبب^(٢) الحكم بالضمان بشرط القبض (**). و لذا^(٣) علّل الضمان الشيخ و غيره «بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه»^(٤). و لا ريب^(٥) أنّ دخوله على الضمان إنّما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو^(٥) سبب لضمان ما يقبضه.

(١) هذا هو الوجه الثاني، يعني: و إما لأنّ العقد الفاسد مقتضى للحكم بالضمان بشرط كون القبض على وجه الضمان لا على وجه المجانية، و بهذا يكون العقد من أفراد مطلق السببية.

(٢) فالعقد هو المقتضى للضمان، لا أنّه سبب السبب كما كان في الوجه الأوّل.
(٣) أي: و لأجل اشتراط الضمان بالقبض علّل شيخ الطائفة و غيره ... الخ.
و غرضه الاستشهاد بكلامهم على صحة الوجه الثاني، و أنّ العقد الفاسد من أفراد مطلق السببية، إذ بالعقد الفاسد يتحقق إقدام المتعاقدين على الضمان.

(٤) غرضه تطبيق التعليل - الوارد في كلام الشيخ - على الوجه الثاني، و هو أنّ الإقدام على الضمان يكون بإنشاء العقد الفاسد.

(٥) يعني: فإنشاء العقد الفاسد سبب لضمان ما يقبضه، إذ لولاه لما وقع القبض على وجه الضمان المقرّر عند المتعاقدين.

(*) لا يختص هذا التوجيه بالعقد الفاسد، بل يجري في الصحيح أيضاً، فلا وجه لتخصيصه بالفاسد.

(**) لكن هذا التوجيه ينافي ما ذكره سابقاً بقوله: «ثم إنّ المتبادر من إقتضاء الصحيح للضمان إقتضاؤه له بنفسه». وجه المنافاة: أنّ الضمان يكون بإقتضاء الشرط لا نفس العقد.

و الغرض من ذلك كله^(١) دفع توهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان، و يقال:

(١) أي: من توجيه سببية العقد الفاسد للضمان بالوجهين المتقدمين، و هما: كون العقد سبب السبب، أو سبباً ناقصاً. و غرضه من هذا البيان دفع توهمين:
الأول: أن جعل «الباء» للسببية في العقد الصحيح أمر معقول. بخلاف العقد الفاسد، لعدم تأثيره في ضمان المتعاقدين، إذ تمام المؤثر في الضمان هو القبض. و عليه فلا معنى لأن يقال: «إن العقد الذي يضمن بسببه إن كان صحيحاً يضمن بسببه إن كان فاسداً» لما عرفت من عدم دخل العقد الفاسد في الضمان، و عليه يتعين جعل الباء للظرفية، هذا.

و قد دفعه المصنف بصحة إطلاق «السبب» على العقد الفاسد، إمّا لأنه سبب السبب، و من المعلوم أن سبب السبب سبب بمقتضى قياس المساواة. و إمّا لأنه سبب ناقص، و يكون مشروطاً بالقبض، لا أن تمام السبب هو القبض كما زعمه المتوهم.
الثاني: أن مقتضى سببية «الباء» هو كون العقد علّة تامّة للضمان، من دون أن يكون للقبض دخل فيها أصلاً، سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً. و من المعلوم أن هذا الظهور يناهض ما تقرّر عندهم من عدم تأثير العقد الفاسد في الضمان إلا بالقبض. و لا يرتفع هذا التناهي إلا بتخصيص قاعدة «ما يضمن» بأن يقال: «كل عقد يضمن بسبب صحيحه يضمن بسبب فاسده، إلا العقد الفاسد قبل القبض» ويبقى للقاعدة موارد ثلاثة وهي العقد الصحيح مطلقاً مع القبض وبدونه، و العقد الفاسد بعد القبض.
و قد دفعه المصنف ^{بأنه} لا موجب للتخصيص المزبور أصلاً، إذ لا يراد من سببية العقد للضمان عليته التامة حتى يقع التناهي المذكور، بل المراد مطلق السببية ولو الناقصة، و لا يستند الضمان في العقد الفاسد إلى خصوص القبض حتى يبقى مجال للتوهم. و عليه فالضمان مستند إلى العقد، إمّا لأنه علّة العلة، و إمّا لأنه مقتضى و سبب ناقص له.

كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟^(١).

و قد ظهر من ذلك^(٢) أيضاً فسادُ توهم أنّ ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه^(٣) (*).

(١) يعني: مع أنّه لا يضمن بنفس العقد الفاسد، بل بالقبض المترتب عليه.
(٢) أي: من تفسير سببية الضمان بقوله: «إما ... وإما» فإنّ السببية بأحد الوجهين المتقدمين تدفع توهم عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، كما عرفته آنفاً.

(٣) كحديث «على اليد» الظاهر في إناطة الضمان بالقبض. هذا تمام الكلام في الجهة الأولى، وهي شرح مفردات القاعدة.

(*) لا يخفى أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يجعل من صغريات القاعدة المعروفة وهي: كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، والبحث فيه يقع في جهات:
الأولى: أنّ المذكور في التذكرة هو العقد، فإنّه قال في إيجارته: «و حكم كل عقد فاسد حكم صحيحه في الضمان في وجوب الضمان و عدمه، فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده، و ما لم يجب في صحيحه لا يجب في فاسده»^(١). ونحوه ما عن القواعد.

و في إجارة جامع المقاصد: «فلأن كلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وبالعكس»^(٢).

و في إجارة مجمع الفائدة: «و لما تقرّر عندهم أنّ كلّ ما لا يضمن وبصحيحه لا يضمن بفاسده»^(٣).

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ١٣٨، السطر ١٧ و ١٨

«٢» جامع المقاصد، ج ٧، ص ٢٥٨

«٣» مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ٦٩

وبالجملة: المذكور في كلمات الأصحاب عدا العلامة رحمته عنوانان: أحدهما «ما يضمن» والآخر «كل ما يضمن... الخ». ومقتضى كونهما من ألفاظ العموم ما لم تقم قرينة على العهد هو مطلق السبب عقداً كان أو إيقاعاً أو برزخاً بينهما كالنكاح على ما قيل. و تعبير العلامة بالعقد لا يقدر بعد إجرائهم لهذه القاعدة في غير العقد من الإيقاعات كالخلع و الجعالة الفاسدين بناءً على عدم كون الجعالة عقداً كما قيل. و من الأحكام كالشفعة و القسمة عندنا من كونها إفراز حق، لا معاوضة كما عن العامة. و اللقطة إن وقع قصد تملكها على وجه الفساد، هذا.

و يمكن إرادة العقد بمعناه اللغوي أعني به التعهد، فيشمل جميع ما ذكرنا. وكيف كان فاختلاف العبارات في كون الموضوع عنوان العقد كما في التذكرة، أو «ما يضمن» كما في إجارة مجمع الفائدة، أو «كلما يضمن» كما في غصب جامع المقاصد غير مهم بعد كون العبرة بدليل القاعدة، لعدم كون هذه القاعدة بنفسها متن رواية معتبرة، ولا معقد إجماع حتى يبحث في أن الموضوع هو مطلق الانشاء عقداً كان أم إيقاعاً، أو خصوص العقد، فدائرة موضوع القاعدة سعة و ضيقة تابعة لدليلها، كما لا يخفى.

الجهة الثانية: أن الضمان يستعمل في ثلاثة معانٍ:

أحدها: ما اختاره المصنف رحمته من كون المال متداركاً بعوض بحيث تكون الخسارة واقعة في ماله الأصلي، ففي طرف العقد الصحيح يكون المال متداركاً بسبب المعاوضة بماله الأصلي، بحيث إذا تلف كانت خسارته من ماله الأصلي المجعول عوضاً، و في طرف العقد الفاسد يكون متداركاً بما يؤدّيه عند تلفه بدلاً عنه من ماله الأصلي.

وبعبارة أخرى: المراد بالضمان في الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى وقوع خسارته في ماله الأصلي، فتلفه يوجب نقصان ماله، لوجوب تداركه منه. و قد جعل الضمان بهذا المعنى جامعاً للضمان في العقود الصحيحة و الفاسدة، و في تلف

الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض. ثم قال: «إن المراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي» وكان مراده أن الضمان ظاهر في الضمان الواقعي ما لم تقم قرينة على خلافه، وقد قامت على الضمان بالمسمى في المقبوض بالبيع الصحيح، دون البيع الفاسد، فيحمل على المعنى الظاهر فيه.

وهذا ليس تفكيكاً في الضمان، لوجود الجامع. وإختلاف الخصوصيات لا ينافي وجود الجامع الذي بلحاظه لم يكن تفكيك، لكونها من قبيل تعدد الدال والمدلول. ثانيها: ما نقله المصنف رحمه الله وزيّفه، وهو: كون تلفه عليه و أنه يتلف مملوكاً له، فالأخوذ بالعقد الصحيح يكون تلفه منه، وهو عين كونه خسارة عليه، والأخوذ بالعقد الفاسد يكون تلفه موجباً لترتب الخسارة عليه، للزوم تداركه بالبدل.

و على هذا فالتالف تارة نفسه خسارة كما في العقد الصحيح، فإن الكتاب المبيع بدينار مثلاً إذا تلف عند المشتري يكون نفسه خسارة على المشتري، لأنه ماله. وأخرى بدله خسارة كما في العقد الفاسد، فإن الكتاب المزبور ليس نفسه خسارة على المشتري، لفرض بقائه على ملك البائع، بل يكون بدله - مثلاً أو قيمة - خسارة على المشتري.

هذا ما ينسب إلى الشيخ الجليل الشيخ علي بن أبي طالب في حاشية الروضة. وقد تقدّمت عبارته في التوضيح، فراجع. وقد ينسب إلى الرياض أيضاً في النقد والنسيئة في مسألة تقدير الثمن.

ثالثها: مطلق التعهد الجامع بين صورتَي التلف وعدمه، فالتعهد في صورة البقاء يكون بحفظه وردّه إلى صاحبه، وفي صورة التلف بردّ مثله أو قيمته. يعني: أن ما يقتضي صحیحۃ التعهد - أي عدم المجانية - ففاسده أيضاً كذلك. وأما كونه بالمثل أو القيمة أو المسمى فلم يتعرض القاعدة لها حينئذ.

وتظهر الثمرة بين هذه التفاسير الثلاثة في شمول القاعدة أصلاً للهِبة غير المعوّضة الفاسدة، كشمول القاعدة لها على التفسير الثاني، لأنه يصدق على صحيحها

عند تلف الموهوب أنه تلف في ملك المتهب، ففاسده أيضاً كذلك، مع أنها داخلة في العكس، لحكمهم فيها بعدم الضمان.

و عدم شمولها على الأول و الأخير، الموجب لعدم دخول الهبة المعوضة في أصلها، لعدم صدق التعهد بدفع المثل أو القيمة عند التلف في ملك المتهب على تقدير إرادة التعهد من الضمان، كما هو المعنى الثالث. كعدم صدق دفع البدل و العوض على تقدير إرادة اللزوم و الدرك كما هو المعنى الأول، إذ التلف و إن كان في ملك المتهب، إلا أنه ليس من ماله الأصلي، لعدم دفعه شيئاً في مقابله بعنوان العوضيّة، فتدخل على التقديرين في عكسها، هذا.

كما تظهر الثمرة بين الأول و الثالث في شمول الثالث لضمان الحيلولة، كمن أقرّ بمال زيد لعمر، ثم أقر لزيد، فإن ضمان القيمة للمالك ضمان بمعنى التعهد الذي هو المعنى الثالث، دون الضمان بالمعنى الأول و هو لزوم البدل من المثل أو القيمة، لاختصاصه بصورة التلف. و المفروض في ضمان الحيلولة وجود العين. إلا أن يعمم العوض و البدل بالنسبة إلى الموجود و التالف، فيدخل في المعنى الأول أيضاً، لصدق دفع العوض على بدل الحيلولة، فيدفع البدل المزبور إلى مالك العين.

و كذا تظهر الثمرة في صدق المعنى الثالث - و هو التعهد - على الموجود و المعدوم، و اختصاص المعنى الأول بالمعدوم، إلا أن يعمم كما عرفت آنفاً.

و كيف كان ففي المعنى الأول الذي إختاره المصنف رحمته: أن رد مال الغير إلى مالكة لاقتضاء العقد ذلك ليس ضماناً و دركاً، فإذا كان المثل موجوداً في يد البائع و رد المشتري الثمن لا يصدق أنه أدى دركه. بل يقال: إنه أدى دينه. و كذا لو كان المبيع في يد المشتري، و رد الثمن إلى البائع.

لا يقال: إن الثمن درك المبيع، و كان الشيخ رحمته يعترف بذلك، و لذا فرض مورد التلف، و لا شبهة في أن دفع الثمن إلى البائع بعد تلف المبيع في يد المشتري ليس إلا

كدفعه في حال وجود المبيع سواء أكان في يد البائع أم المشتري. و عليه فتلف المبيع لا دخيل في الضمان بوجه، لأن العقد مع فرض صحته يقتضي الضمان أي رد الثمن إلى البائع مع وجود المبيع عند البائع أو المشتري. كما لا دخيل في كيفية رد مال الغير بوجه، فتلف المبيع لا يعقل أن يكون مضموناً على مالكة، لعدم تعقل ضمان الشخص مال نفسه، كما أن رد مال الغير كالثمن إلى البائع ليس من قبيل الدرك. فما فرضه جامعاً بين العقد الصحيح والفساد - حتى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الصحيح والفساد - لا يخلو من غموض، هذا.

و في المعنى الثاني الذي زيفه المصنف رحمه الله - وهو كون تلفه عليه، و أنه يتلف مملوكاً له - أولاً: إستدراك قيد المملوكية، إذ لا يعتبر في الضمان و التبريم كون التالف مملوكاً للضامن، إلا بناءً على قول من يقول بكون أداء البدل من باب التعاوض القهري شرعاً بين التالف و بدله. لكنه ضعيف كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و ثانياً: أن الانسان لا يكون ضامناً لأمواله الثالفة، فتلف المال من الشخص لا يحقق عنوان الضمان.

و ثالثاً: أن مجرد تلف مالٍ من شخص غير تلفه عليه، إذ معنى كون تلفه عليه ترتب تدارك التالف و جبران خسارته عليه بسبب التلف. و أما كون نفس التلف خسارة فهو خسارة منه بلا تدارك عليه. فعنوان «تلفه» الموجب لتداركه عليه هو معنى الضمان، وذلك منحصر في الفساد، فلا يكون بين تلفه منه و تلفه عليه جامع حتى يكون أحد مصداقيه في الصحيح و الآخر في الفساد.

نعم مجرد شبهة ضمان الصحيح بضمان الفساد - إما من جهة كونه ذا بدل كما في التفسير الأول، و إما من جهة الخسارة كما في التفسير الثاني - يوجب حسن المقابلة مع الضمان في الفساد، كما في قوله تعالى: ﴿و من إعتدى عليكم فاعتدوا﴾.

و ربّما يقال: في تصحيح عدم التفكيك المزبور: «بأن الضمان في الصحيح

والفاسد كليهما بالمثل أو القيمة، فإن الضمان بالمسمى في الصحيح قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة التي أسست لتشريع الضمان في موارد، و هو يتحقق بالقبض، و يقال: إن بالقبض ينتقل الضمان. و معنى إنتقاله أن المسمى ينقلب بعد القبض بالمثل أو القيمة. و معنى ضمان القابض بعد قبضه - مع أن المقبوض ملكه - أنه لو تلف و طرأ عليه فسخ أو إنفساخ و جب عليه رد المثل أو القيمة، و هو المضمون في الصحيح و الفاسد ... الخ»^١.

فمحصل كلامه: أن القاعدة أجنبية عن ضمان المسمى، فالضمان حينئذ هو تدارك المضمون بالمثل أو القيمة مطلقاً. أما في العقد الفاسد فواضح، لكون الضمان فيه في صورة التلف بالمثل أو القيمة. و أما في العقد الصحيح فلأن الضمان فيه أيضاً بعد التلف و الفسخ أو الانفساخ إنما هو بالمثل أو القيمة، هذا.

و أنت خير بما فيه، لأن حمل قوله: «كل عقد يضمن بصحيحه» على أنه يضمن بعد فسخه و بعد تلف المبيع في غاية الغرابة، لأن المراد بالعقد حينئذ فسخه أو الفسخ بعد العقد و القبض و التلف، و هو يحتاج إلى التقدير من غير قرينة على أصله، و لا على تعيين المقدّر. و طرح الدليل أولى من إرتكاب ذلك بلا دليل، هذا.

مضافاً إلى: أن قوله: «إن الضمان بالمسمى قبل القبض، و هو خارج عن القاعدة، فإنها أسست لموارد ضمان اليد» تخريص منه، لعدم دليل على الخروج، و لا على تأسيسها لموارد ضمان اليد. فلو أريد بتلك القاعدة قاعدة اليد، فلا معنى لتغيير عبارته الصحيحة الجامعة بهذه العبارة المجملة المحتاجة إلى التأويل كما لا يخفى، هذا.

ثم إن المحقق الاصفهاني رحمه الله فسر الضمان بكون الشيء في العهدة. و هذا المعنى جامع بين موارد الضمان. قال في جملة ما أفاده: «و بالجملة: الضمان كما يناسبه معناه الأصلي كون الشيء في ضمن شيء، فإذا نسب إلى الشخص فمعناه: أنه في ضمن

عهدته. وهذا المعنى قد يكون بتسبب من الشخص كما في عقد الضمان بأنحائه حتى ضمان النفس، فإن مرجعه إلى تعهد إحضاره. وكما في مطلق المعاوضات، لتعهد كل منهما وإلتزامه بأخذ المال ببذله، ولذا عبّر عنه بضمان المعاوضة فليس مجرد كونه ذاعوض أو مملوكاً بعوض من أطراف الضمان، بل تعهد أخذه ببذله هو المناسب للضمان. وقد يكون بجعل من الشارع أو العرف كما في التبرعات الشرعية والعرفية، فإنهما يعتبران المأخوذ أو المتلف في عهدة الشخص. والعهدة في كل مقام لها آثار تكليفية أو وضعية، ولكنه لا يختلف معنى العهدة باختلافها، فكون الضمان تارة ضمان المعاوضة، وأخرى ضمان التكفل، وثالثة ضمان الغرامة، وهكذا، لا يوجب إختلافاً في معناه.

وبناءً على ما ذكرناه في معنى الضمان فمفاد القاعدة: أنه كل مورد كان عهدة مورد العقد على المتعاقدين في الصحيح فعهدته عليهما في الفاسد^١ انتهى كلامه علامه مقامه. وأورد عليه: «- مضافاً إلى أن ما ذكره في معنى الضمان وأصله اللغوي مخالف للعرف واللغة. والأول ظاهر. ويُعلم الثاني بالمراجعة إلى كتب اللغة - بأن كل عهدة ليست ضماناً، فعهدة أداء الدين غير كونه ضامناً له، والدين متعلق بالعهدة، لكن المديون ليس ضامناً، وبناء العقلاء في باب البيع ونحوه على تسليم العوضين معنى غير الضمان في العرف واللغة، فلا يقال بعد تحقق البيع: إن كلاً من المتبايعين ضامن للأداء أو للمال، وهو واضح، فلا جامع بما ذكر بين ضمان اليد وإلتزام المتبايعين لتسليم العين، إذ الثاني ليس بضمان»^٢.

أقول: أمّا ما أفاده في مخالفة معنى الضمان عرفاً فلم يظهر له وجه، إذ العرف يساعد على كون الضمان نوع تعهد بشيء، وأن مناط الضمان عندهم هو التعهد

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٦

«٢» كتاب البيع، ج ١، ص ٢٦٢

والالتزام بأخذ شيء مع البذل، كالقرض الذي هو تمليك بالضمان.
و أمّا ما أفاده من كونه مخالفاً للغة، ففيه: أن في المصباح: «ضمنت المال و به ضماناً فأنا ضامن و ضمين إلزمته»^١. و في الصحاح: «ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن و ضمين»^٢ فإن التعهد بشيء في ذمته هو الموافق لمعناه اللغوي.
فما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته - من معنى الضمان - ليس مخالفاً لمعناه اللغوي، كما ليس مخالفاً لمعناه العرفي.

و أمّا ما أفاده بقوله: «بأن كل عهدة ليست ضماناً» فإن أريد به عدم صدق الضمان اللغوي عليه، ففيه ما عرفت من صدقه على مطلق التعهد و الالتزام. و إن أريد به عدم صدق معناه العرفي على كل تعهد، ففيه: - مضافاً الى رجوعه الى الاشكال الأول، و هو مخالفة الضمان بهذا المعنى للضمان العرفي، و عدم كونه اشكالاً عليه - أنه و إن كان صحيحاً، لكن المقام - أعني به ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - مما يصدق عليه الضمان العرفي.

نعم الانصاف أن الضمان العرفي لا يصدق على العقد الصحيح المعاوضي، إذ لا يصدق الضمان على الثمن و المثل، و لا الضامن على كل من المشتري و البائع بالنسبة إلى ما إنتقل عنه. فما أفاده المحقق المتقدم لا يكون جامعاً بين العقد الصحيح و الفاسد حتى لا يلزم التفكيك في معنى الضمان بين الجملتين.

و لعل الأولى أن يقال: إن الضمان عبارة عن كون مال الغير في العهدة، فيجب دفع عينه مع وجوده، و بدله مع تلفه حتى يخرج عن عهده. و هذا ما يساعده العرف و اللغة. و ليس معناه لزوم التدارك بالعوض الواقعي حتى يغير الضمان في العقد الفاسد الضمان

١» المصباح المنير، ص ٣٦٤

٢» صحاح اللغة، ج ٦، ص ٢١٥٥

في العقد الصحيح، و يلزم التفكيك بينهما، بل لزوم التدارك مثلاً أو قيمة - كلزوم دفع العين بنفسها إن كانت موجودة - من أحكام الضمان بالمعنى المزبور، وهو كون مال الغير في العهدة، فلا يلزم تفكيك في معنى الضمان بين الجملتين.

و توضيحه: أنه إذا باع زيد كتاب المكاسب مثلاً على عمرو بدينار بيعاً صحيحاً، فهنا أمور:

الأول: الخسارة الواردة على كل منهما بخروج الكتاب عن ملك زيد، وخروج الدينار عن ملك عمرو، وهذه الخسارة تُجبر بكل من العوضين.

الثاني: ضمان زيد الكتاب قبل قبض المشتري له، و ضمان عمرو للدينار قبل قبض البائع له، فلو تلف الكتاب كانت خسارته على زيد. كما أنه إذا تلف الدينار كانت خسارته على عمرو، وهذا ضمان المعاوضة.

الثالث: أنه بعد التقابض إذا طرأ فسخ بإقالة أو غيرها أو إنفساخ، فإن كانت العين باقية دفعها القابض إلى المالك. وإن كانت تالفة دفع بدلها مثلاً أو قيمة إليه. وهذا يدل على ضمان القابض، وإلا إمتنع الفسخ مع التلف، لانتفاء الموضوع.

و القول بامتناع ضمان القابض، لأنه ماله، و لا يضمن الانسان مال نفسه، مندفع بأنه لا مانع من هذا الضمان إذا كان موضوعاً لحق الغير، كإتلاف الراهن العين المرهونة، فإنه ضامن لها مع أنها ماله.

و كذا إتلاف المالك مندور التصدق، أو العين الزكوية بعد تعلق حق الفقراء بها، بناءً على عدم كون الزكاة جزءاً من العين، إذ بناءً عليه يكون الضمان تداركاً لمال الغير لا لمال نفسه.

وكيف كان فإن كان تطبيق الضمان في العقد الصحيح بلحاظ الأمر الأول فليس ذلك من الضمان المصطلح، ضرورة أن كلاً من العوضين صار ملكاً لمن إنتقل إليه، فلا يكون ضمانه تداركاً لمال الغير.

وإن كان بلحاظ الأمر الثاني فكذلك، لأن تلف المبيع قبل القبض يوجب إنفساخ البيع و رجوع المبيع إلى ملك البائع، فيتلف في ملكه لا في ملك غيره، فيكون الضمان المصطلح أجنبياً عنه أيضاً.

وإن كان بلحاظ الأمر الثالث كان إطلاقه على الصحيح و الفاسد بمعنى واحد، إذ معنى الضمان فيهما هو كون مال الغير في العهدة، فمع وجوده يجب رد عينه إلى مالكيها، و مع تلفه يجب رد بدله من المثل أو القيمة إليه. نعم يكون الضمان بهذا المعنى في الصحيح تبعياً، لترتبته على انحلال العقد، و في الفاسد أصلياً، لعدم توقفه على شيء. و عليه فلا يلزم تفكيك بين معنى الضمان في الفقرتين. بخلاف تفسير المصنف تبعاً للجواهر للضمان في الفقرة الأولى بالمسمى، فإنه يستلزم التفكيك بين الفقرتين في معنى الضمان، فلاحظ.

فالمحصل: أنه على ما ذكرناه من كون الضمان عبارة عن التعهد و الالتزام بمال الغير - و كون حكم هذا التعهد تارة وجوب دفع عينه مع وجودها، بناءً على كون رد العين أيضاً ضماناً. و أخرى دفع بدلها من المثل أو القيمة مع تلفها، لعموم على اليد و غيره - لا يلزم إختلاف في معنى الضمان و مفهومه. و إختلاف الأحكام ناشئ عن الأدلة كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتعلقة بمعاني الضمان.

الجهة الثالثة: أن العموم في قاعدة «ما يضمن بصحيحه ... الخ» هل هو بلحاظ أنواع العقود أم بلحاظ الأصناف أم بلحاظ الأشخاص؟ و قبل الخوض فيه لابد من تقديم أمرين:

الأول: أن التقسيم ظاهر في فعلية أقسامه كما هو ظاهر.

الثاني: أن القضية الحقيقية و إن كان الموضوع فيها مفروض الوجود، إلا أنه لابد أن يكون المفروض وجوده ممكن الفعلية، فإن كان ممتنع الفعلية لم يصح جعله

موضوعاً للجعل و التشريع، إذ يلزم حينئذ لغوية إنشاء الحكم له. إذا عرفت هذين الأمرين تعرف أنه لا يصح أن يكون عموم القاعدة بلحاظ الأفراد، إذ معنى العبارة حينئذ: كل فرد و شخص من أفراد العقد إذا كان صحيحه مضموناً ففاسده أيضاً مضمون. و من المعلوم أن الفرد إما يقع فعلاً صحيحاً أو فاسداً، و يمتنع إتصافه بالصحة و الفاسد معاً لتناقضهما، إذ المراد بهما التمامية و عدمها. فاتصافه بهما يكون فرضياً، و لا يمكن أن يكون فعلياً، فلا يصح جعله موضوعاً لحكم.

فما في بعض كلمات الأعلام - كصاحب الجواهر و بعض أجلة المعاصرين^(١) - من «كون عموم القاعدة بلحاظ الأفراد» في غاية الغموض: و إن فرضنا ظهور مثل هذا الكلام في العموم الأفرادي، كقوله: «أكرم كل عالم» لكنه لا يمكن المصير إلى ذلك فيما نحن فيه كما لا يخفى.

و الاعتذار عن إشكال إمتناع إتصاف فرد واحد بالصحة و الفساد بما في القواعد الفقهية من قوله: «ليست هذه الجملة بهذه الصورة و هذه الألفاظ واردة في آية أو رواية معتبرة حتى نقول يجب الأخذ بظاهرها، و ظاهرها كذا و كذا، بل لابد من الأخذ بها بمقدار ما يدل عليه مدرکها» إعتراف بورود الاشكال على ظاهر الجملة، و إنكار لا اعتبارها، لعدم ورودها في آية و لا رواية معتبرة و لا معقد إجماع. و ليس هذا جواباً عن الاشكال، بل هو إعتراف به مع إنكار إعتبار أصل القضية، و هذا مطلب آخر.

هذه جملة مما يتعلّق بالقاعدة، و بقي بعض الكلام حولها سيأتي إن شاء الله تعالى.

ثم إنَّ المدرك^(١) لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك - في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد إنقضاء الأجل - هو إقدام الآخذ على الضمان.

مستند قاعدة «ما يضمن»

الأول: إقدام المتعاملين

(١) هذا شروع في تحقيق ما يمكن أن يستدل به على القاعدة، وهو أمور، قاعدة الاقدام، وحديث «على اليد» وقاعدة الاحترام، وقاعدة نفي الضرر. وسيأتي بيانها مرتباً إن شاء الله تعالى.

الأول: قاعدة الاقدام على الضمان التي ذكرها في رهن المسالك وتوضيحه: أنه إذا رهن المديون مالا عند المرتهن واشترط فيه كون العين المرهونة مبيعاً بالدين إذا حلَّ الأجل ولم يؤدَّ المديون دينه، فهل يصح ذلك أم لا؟

ذهب الشهيد الثاني رحمته الله إلى أن الرهن والبيع فاسدان. أمّا الرهن فلاّنه لا يتوقّت إلّا بوفاء الدين، لا بالأجل كشهر أو سنة مثلاً. و أمّا البيع فلاّنه معلق على عدم وفاء الدين، والتعليق مُبطل، ثم قال: «فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل، لا قبله، لأنّه في مدّة الأجل رهن فاسد، و بعده مبيع فاسد. و فاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان و عدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك. و حيث كان صحيح البيع مضموناً على المشتري، ففاسده كذلك. والسرُّ في ذلك - يعني في الضمان - أنّهما تراضيا على لوازم العقد، فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان. و دَفَعَ المالك عليه. مضافاً إلى قوله رحمته الله: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^(١) (*) .

(*) لا يخفى دلالة هذا الكلام على إستناد قاعدة «ما يضمن» إلى الاقدام و اليد،

ثم أضاف إلى ذلك ^(١) قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و الظاهر أنه ^(٢) تبع في استدلاله بالاقدام الشيخ في المبسوط، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع و الاجارة الفاسدين «بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمستوى، فإذا لم يسلم له المستوى رجع إلى المثل أو القيمة» ^(٣).

و غرض المصنف رحمه الله من الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني أنه ﷺ استدلل على ضمان الرهن بعد الأجل بقاعدة «ما يضمن» ثم استدلل عليها بقاعدة الاقدام على الضمان. و عليه فمدرك قاعدة «ما يضمن» هو الاقدام.

(١) يعني: أن الشهيد الثاني لم يقتصر - في مستند القاعدة - على الاقدام فحسب، بل جعل الحديث النبوي دليلاً عليها أيضاً.

(٢) يعني: أن استدلال الشهيد الثاني بقاعدة الاقدام مسبوق باستدلال شيخ الطائفة بها - في موارد عديدة - على الضمان.

كما نقله المصنف عنه. لكنه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد جعل القاعدة دليلاً مستقلاً على الضمان كاليد و الاقدام، و لابد أن يكون مدرك القاعدة أمراً آخر بنظره، قال في شرح قول المحقق: «ولو قبض المشتري ما إيتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضموناً عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنه أقدم على أن يكون مضموناً عليه، فيحكم عليه به، و إن تلف بغير تفريط. و لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». و من القواعد المقررة في هذا الباب: أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ^(٤).

و هذا يقتضي أن يكون للقاعدة مدرك آخر غير الاقدام و اليد، حتى يصح جعلها دليلاً ثالثاً على الضمان، إذ لو كان مستنداً الاقدام و اليد المذكورين في العبارة كانت العبرة بهما، لا بقاعدة ما يضمن، فتأمل في كلامه.

«١» تقدمت جملة من كلمات الشيخ في ص ٥٨، فراجع.

«٢» مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٤

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل^(١)، لأنها إنما أقدمنا و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص^(٢)، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص^(٣)، و مطلق^(٤) الضمان لا يبق بعد إستفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصوصية أخرى. فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت فحكم شرعي تابع لدليله، و ليس مما أقدم عليه المتعاقدان.

(١) ناقش المصنّف رحمه الله في الاستدلال بقاعدة الاقدام على قاعدة «ما يضمن» بوجوه ثلاثة، أحدها: منع صفورية العقد الفاسد لقاعدة الاقدام. ثانيها: منع الملازمة بين الاقدام و الضمان. ثالثها: منع قاعدة الاقدام كبروياً، بمعنى عدم كونها من موجبات الضمان.

توضيح الوجه الأول: أن الضمان في العقد المعاوضي - الممضى شرعاً - يكون بحسب العوض المسمّى. و في العقد الفاسد بحسب البذل الواقعي. و على هذا نقول: بعدم صلاحية قاعدة الاقدام للاستدلال بها، و ذلك لأن الضمان الخاص و هو ضمان المسمّى - الذي أقدمنا عليه و تراضيا به - لم يسلم، لفساد سببه أعني به العقد. و الضمان الآخر - و هو ضمان البذل مثلاً أو قيمة - مما لم يُقدّمنا عليه، فلو ثبت ضمان مع التلف لم يكن ذلك بقاعدة الاقدام، بل بدليل آخر.

فتوجيه الضمان في العقد الفاسد بقاعدة الاقدام في غير محلّه، إذ المقدم عليه - و هو الضمان المعاوضي - غير واقع، و الواقع - أعني به الضمان بالمثل أو القيمة - غير المقدم عليه، كما هو ظاهر.

(٢) أي: الضمان الجعلي، كما إذا باع الكتاب بدينار، و كان قيمته السوقية أزيد أو أقل من الدينار.

(٣) و من المعلوم عدم العبرة بالاقدام على الضمان الجعلي، لعدم إمضاء الشارع له، فهذا الاقدام يكون بحكم العدم.

(٤) إشارة إلى توهم دفعه. أمّا التوهم فهو: أن الاقدام على الضمان الخاص

هذا كله مع أن^(١) مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب، إذ قد يكون الاقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض (*)، و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع

وإن كان منتفياً من جهة فساد العقد. إلا أن إنتفاء الضمان المجعلي لا يوجب إنتفاء إقدامها و تراضيهما على مطلق الضمان، ضرورة عدم تواطئهما على المجانيّة، و من المعلوم أن مطلق الضمان ينصرف إلى البديل الواقعي. و عليه فلا بأس بجعل قاعدة الاقدام على الضمان و الدخول عليه مدركاً لقاعدة «ما يضمن».

و أما الدفع فهو: أن ما أقدم عليه المتعاقدان ضمان خاص، و هو المعاوضي، و المفروض إنتفاؤه بفساد العقد، و ينتفي مطلق الضمان أيضاً، و الضمان بالبديل الواقعي يتوقف على الاقدام و الرضا به، و هو غير حاصل حسب الفرض. و عليه فثبوت الضمان بالبديل الواقعي في العقد الفاسد منوط بدليل يدل عليه، و لا ربط له بإقدام المتعاقدين عليه.

(١) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة في إستدلال الشيخ و الشهيد الثاني رحمتهما بقاعدة الاقدام، و بيانه: أن النسبة بين المدعى - و هو قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - و بين الاقدام الذي إستدلّ به عليه عموم من وجه، مع أنه يعتبر كون الدليل مساوياً للمدعى أو أعم منه مطلقاً. و هذا الضابط مفقود في المقام، ضرورة إجتماع الضمان و الاقدام تارة و إفتراقهما أخرى. فقد يكون الاقدام متحققاً و لا ضمان كما في تلف المبيع قبل القبض، فإنه يتلف من مال بائعه، مع أن المشتري أقدم على ضمانه بالثمن المسعى في العقد الصحيح، و ليس بضامن له. و قد لا يكون إقدام على الضمان - في العقد الفاسد - و مع ذلك يتحقق الضمان، كما في الأمثلة المذكورة في المتن:

(*) لكن موضوع كلامهم يكون بعد القبض، فمقصودهم من كون الاقدام موجباً للضمان أنه موجب له في المقبوض، فلا يرد النقض المذكور.

إذا تلف في يد المشتري. وكما إذا قال: «بعثك بلا ثمن» أو: «آجرتك بلا أجر». نعم^(١) قوئى الشهيدان في الأخير عدم الضمان، وإستشكل العلامة في مثال البيع في باب السِّلَم^(٢).

أحدها: البيع بلا ثمن، فإنَّ المشتري لم يُقدِّم على ضمان المبيع، لفرض توافقهما على إنتقال المبيع إليه مجرداً عن الثمن. مع أنَّ جمعاً حكوا بضمان المشتري، وكون المبيع على عهده، فلو تلف وجبَّ عليه دفعُ بدله إلى البائع.

ثانيها: الاجارة بلا أجر، كما إذا آجر المالك داره لزيد شهراً بلا أجر، فإنَّ المستأجر ضامن لأجرة المثل، مع عدم إقدامه على الضمان.

ثالثها: شرط ضمان المبيع على البائع إذا تلف عند المشتري: بأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بدينار، بشرط أن يكون تلفه عندك عليّ» فقبِلَ المشتري. فلو تلف عنده لم يكن الضمان على البائع، بل على المشتري، مع أنَّه لم يُقدِّم عليه.

هذا كُلُّه في موارد إفتراق الضمان والاقدام. وأمَّا مورد الاجتماع فكثير، كما إذا باع الكتاب بدينار بعقد صحيح، وتلف بيد المشتري، فإنَّ الاقدام والضمان متحققان. فالنتيجة: أنَّ النسبة بين المدعى ودليله - وهو الاقدام - عموم من وجه، وفي مثله لا يصح الاستدلال.

(١) هذا إستدراك على جعل المثالين الأخيرين - وهما البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجر - من موارد وجود الضمان بدون الاقدام عليه. ومحصّله: أنَّ ضمان المشتري والمستأجر في هذين المثالين ليس متفقاً عليه، لذهاب الشهيدين رحمتهما إلى عدم الضمان، فالمسألة خلافية.

و عليه فنثال وجود الضمان بدون الاقدام هو ضمان المشتري للمبيع التالف بيده، مع شرط ضمانه على البائع.

(٢) تقدم في (ص ٩٣ و ٩٤) توضيح المسألة، ونقل كلام الشهيدين في الاجارة بلا أجر، وكلام العلامة في البيع بلا ثمن، فراجع.

و بالجملة^(١): فـدليل الاقدام - مع أنه^(٢) مطلبٌ يحتاج إلى دليل لم نُحصِّله - منقوض^(٣) طرداً و عكساً (*).

(١) ظاهر العبارة أنها تلخيص ما تقدّم من الاشكال على الاستدلال بقاعدة الاقدام، لكنها تتضمّن إشكالاً ثالثاً على القاعدة لم يسبق له ذكر، و كان الأنسب تقديمه على الاشكالين السابقين، و محصّله: أنا نطالب الشيخ و الشهيد الثاني رحمتهما بالدليل على كون الاقدام من أسباب الضمان، نظير سببية إتلاف مال الغير و إستيفاء منفعته و التسبب و نحوها له. فلو أغمضنا عن الاشكالين السابقين لم يتّجه أيضاً جعل الاقدام مدركاً لقاعدة «ما يضمن» لعدم إحراز إقتضائه للضمان، هذا.

(٢) هذا هو الاشكال الثالث الذي أشرنا إليه من عدم الدليل على كون الاقدام من موجبات الضمان و أسبابه.

(٣) النقض بالطرد و العكس هو ما تقدّم في الاشكال الثاني، و المراد بالطرد منع الأغيار، و هو يقتضي إنتفاء الضمان بانتفاء الاقدام، مع أن الضمان موجود بدون الاقدام كما في البيع بلا ثمن و نحوه. و المراد بالعكس جمع الأفراد، بمعنى ثبوت الضمان في كلّ موردٍ تحقّق فيه الاقدام، مع أنه قد يتحقّق الاقدام، و لا ضمان، كما في البيع الصحيح إذا تلف المبيع بيد البائع.

و الحاصل: أن قوله: «طرداً و عكساً» إشارة إلى أن النسبة بين الدعوى و الدليل عموم من وجه. و لعلّ التعبير بالعكس و الطرد في مثله لا يخلو من مسامحة.

(*) لا يخفى أن شيخ الطائفة كما إستدلّ على الضمان بقاعدة الاقدام المعبر عنها «بالدخول على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى» كما نقلنا مواضع من كلماته، فكذلك إستدل - كالشاهد الثاني - بقاعدة اليد، فيمكن أن يكون نظرة إلى كلّ منهما مستقلاً. و من مواضع إستناده إلى الضمان اليدي قوله في تعاقب الأيدي في البيع الفاسد: «فإذا ثبت أن البيع فاسدٌ، نُظِر، فإن كان المبيع قائماً أخذه مالكة و هو البائع الأول، سواء

وجده في يد المشتري الأول أو المشتري الثاني، لأنه ملكه لا حق لغيره فيه. وإن كان تالفاً كان له أن يطالب بقيمته كل واحد منهما، لأن الأول لم يبرأ بتسليمه إلى الثاني، لأنه سلمه بغير إذن صاحبه، والمشتري الثاني قبضه مضمون بالاجماع.

فإذا ثبت ذلك فإنه يجب عليه أكثر ما كانت قيمته. وقيل: إنه يعتبر قيمته وقت التلف. ثم ينظر في قيمة المبيع، فإن كانت قيمته في يدهما واحدة فإنه يطالب بقيمته إن شاء المشتري الأول، وإن شاء المشتري الثاني، لأن كل واحد منهما ضامن للقيمة... الخ»^١.

وقريب منه كلامه في باب الغصب في بيع العبد المفصوب إذا أعتقه المشتري، فيضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين العتق، قال: «لأنه دخل على أنه عليه بعوض، وقد تلف في يده... الخ»^٢.

وعليه فالاستدلال على الضمان بكل من قاعدتي اليد والاقدام موجود في كلام شيخ الطائفة رحمته. فلا وجه للإيراد على المصنف رحمته بما حاصله: «أنه لا موضوع للاشكال على استدلال الشيخ بقاعدة الاقدام، لأن المتكرر في كلماته في باب البيع الفاسد والغصب وغيرهما هو استناد الضمان إلى اليد، كقوله: وإنما وجب الضمان عليه - أي على المشتري - لأنه أخذ الشيء بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف في يده... الخ»^٣ «٤».

وذلك لما عرفت من استناد الشيخ إلى كلتا القاعدتين، كما صنعه الشهيد الثاني أيضاً. ولعله إقتبسه منه، وحيث ينبغي النظر في كل من اليد والاقدام.

«١» المبسوط، ج ٢، ص ١٥٠

«٢» المبسوط، ج ٣، ص ٩٨

«٣» المبسوط، ج ٢، ص ١٤٩

«٤» كتاب البيع، ج ١، ص ٢٧٠

أما اليد فتقتضي الضمان، لأن الاستيلاء على مال الغير - ما لم يطرأ عليه ما يرفع الضمان من قصد المجانية - مضمّن، والضمان الاقداامي على مبادلة المالكين كالعدم في نظر الشارع، فيؤثر الاستيلاء المقتضي للضمان أثره.

وأما الاقدام فقد أنكر المصنف إقدامهما على ضمان المثل أو القيمة، وإنما أقاما على ضمان خاص وهو عوض جعلي لم يسلم لهما، فلا وجه لاستناد البديل الواقعي إلى الاقدام.

و أورد المحقق الخراساني عليه بوجهين، قال عليه السلام: «يمكن أن يقال: بأنهما أقاما على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص، والشارع إنما لم يضمن الضمان الخاص، لا أصله. مع أن دليل فساد العقد ليس بدليل على عدم إرضائه، فافهم»^(١).

أما الاشكال الأول فيمكن أن يقال: إن ما أقدم عليه المتعاقدان حصّة من الضمان أي المسمّى، ودليل فساد العقد يدلّ بالملازمة على إنتفاء هذه الحصّة، ومعه لا يعقل بقاء طبيعة الضمان الموجودة بوجود هذه الحصّة.

وبعبارة أخرى: المضمون المقدم عليه مقيد من أول الأمر بالمسمّى، ولا تركيب ولا اشتراط في البين حتى يتصور بقاء المشروط بعد إنتفاء الشرط، أو بقاء الجزء بعد إنتفاء المركّب.

هذا مضافاً إلى غموض «تحقق الاقدام على أصل الضمان في ضمن الاقدام على ضمان خاص» فإن الاقدام على الحصّة وإن كان متضمناً للإقدام على طبيعي الضمان، إلا أن المفروض إلغاء هذه الحصّة شرعاً. وجعل حصّة أخرى وهي البديل الواقعي - من المثل أو القيمة - مقامها، ومن المعلوم إنتفاء الطبيعة بانعدام حصّتها، هذا.

وأما الاشكال الثاني، فلا يخلو من إجمال في نفسه، لأن مرجع ضمير «عدم إرضائه» إن كان هو الضمان الخاص بمعنى عدم دلالة دليل فساد العقد على عدم

الضمان الخاص، ففيه: أن دليل الفساد يستلزم إنتفاء الضمان بالمسمى، لانحصار الدال عليه في دليل إمضاء العقد، و مع فرض الفساد كيف لا يتفي الضمان الخاص؟
و إن كان مرجع الضمير مطلق الضمان، بأن يراد عدم إقتضاء دليل فساد العقد إنتفاء مطلق الضمان - كما لعله المراد - ففيه: أنه و إن كان محتملاً ثبوتاً؛ إلا أن الضمان حكم شرعي يتوقف على دليل في مقام الإثبات، والمفروض عدم الدليل عليه بعد حكم الشارع بإلغاء ضمان المسمى. وكيف يكون إقدام المتعاملين على أصل الضمان مع أنه أمر قصدي؟ والمقصود هو الضمان بالعوض الجعلي^(١).

و بهذا يسلم أول إشكالي الماتن - على شيخ الطائفة - عن مناقشة المحقق الخراساني رحمته الله.

إلا أنه لا يبعد - كما أفاده المصنف أيضاً - أن يكون مراد شيخ الطائفة إحترام المال، و عدم ذهابه هدرأ، إلا إذا سلب المالك إحترامه، بأن بذله للغير مجّاناً. فإذا لم يقدم المتعاقدان على المجّانية كان الضمان في محله، لكونه حينئذٍ على طبق السيرة العقلانية الممضاة شرعاً. فمراد شيخ الطائفة من الاقدام على الضمان بيان عدم الاقدام على المجّانية، و سلب إحترام ماله.

و على هذا لا يرد الاشكال الأول المذكور في المتن على شيخ الطائفة رحمته الله.
و اما الاشكال الثاني - و هو قوله: إذ قد يكون الاقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض ... الخ - فيمكن أن يقال: إن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد، فالاقدام مع القبض دليل القاعدة، لا مجرد الاقدام. فلا يرد عليه هذا النقض.

و أما قضية شرط الضمان على البائع فلا ترد على قاعدة الاقدام، لأن الضمان المعاوضي موضوع عند الشيخ للحكم بضمان المثل أو القيمة مع عدم صحة المعاوضة و عدم سلامة المسمى. و شرط الضمان على البائع لا ينافي إقدام المشتري على ضمان

و أمّا^(١) خبر اليد فدلالته و إن كانت^(٢) ظاهرة، و سنده منجبراً، إلا أن

الدليل الثاني: حديث «على اليد ...»

(١) هذا إشارة الى الدليل الثاني على قاعدة «ما يضمن» و قد ورد ذلك في كلام الشهيد الثاني رحمته الله، و محصّله أن النبوي «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» لا بأس به سنداً، لانجبار ضعفه بعمل المشهور، إلا أنه أخص من القاعدة، لاختصاص المأخوذ باليد بالأعيان، لأنها هي القابلة للأخذ. فتختص القاعدة بالعقود المعاوضية الواقعة على الأعيان كالبيع و الصلح المعاوضي و الهبة المشروطة بالعوض - بناءً على تعميم الاقتضاء للشرط - و لا تشمل العقود الواقعة على المنافع كالإجارة الفاسدة، لأنها تملك المنفعة، و هي لا تؤخذ باليد، و كذا الجعالة الفاسدة، مع أن قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» تشمل تملك المنافع أيضاً.

و عليه يكون النبوي أخص من المدعى، فلا وجه لاستدلال الشهيد الثاني رحمته الله به على المقام.

(٢) يعني: أن دلالة الحديث على الضمان ظاهرة، لما تقدم من أن إسناد الظرف إلى مال ظاهر في الضمان و التعهد، لا الحكم التكليفي.

المسمّى. نعم لم يُقدم المشتري على ضمان المثل أو القيمة، و هو ليس موضوعاً للضمان.

و أمّا البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجر فلا يندرجان في القاعدة موضوعاً، لعدم كونهما عقداً، إذ البيع و الإجارة متقوّمان بالعوضين، فانتفاء أحدهما يوجب انتفاء ماهيتهما، و لعلهما يندرجان في الهبة و العارية غاية الأمر أنهما قد أنشأ بلفظي البيع و الإجارة، فهما من صغريات «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بناءً على صحة إنشائهما بهذين اللفظين. لكن الحق عدم صحته.

و لا بد أن يكون النقص بمورد مسلم، و الشهيدان اختارا عدم الضمان في الإجارة بلا أجر. و استشكل العلامة في الضمان في البيع بلا ثمن.

و بالجملة: فلا يرد شيء من النقوض المزبورة على شيخ الطائفة رحمته الله.

مورده مختص بالأعيان^(١) (*). فلا يشمل المنافع والأعمال^(٢) المضمونة في الإجارة الفاسدة.

(١) لم يرد لهذا الحديث مورد، لعدم قرينة فيه على اختصاصه بالأعيان من سبق سؤال ونحوه. والظاهر أن غرض المصنف رحمته اختصاص الموصول بالأعيان بقرينة الأخذ باليد. والمنفعة حيثية قائمة بالعين كمسكونية الدار، ولا يمكن وضع اليد عليها حتى تصير مضمونة على الآخذ.

(٢) لا يخفى صدق المنافع والأعمال على مثل خدمة العبد والأمة، فإنها منفعة وعمل، إلا أن المراد هنا بالمنافع ما يقابل الأعمال، فالمنافع نظير سكنى الدار وركوب الدابة، والأعمال المضمونة نظير الخياطة والنجارة والطبابة التي هي أفعال آدمي. وعليه فإذا استأجر داراً بإجارة فاسدة، أو استأجر خياطاً لخياطة ثوبه كذلك كان على المستأجر أجرة المثل، مع أن المنفعة غير قابلة للقبض باليد والاستيلاء عليها.

(*) سيأتي إن شاء الله تعالى - في ثالث الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد - أنه لا يمنع ذلك من الاستدلال بالنبوي على ضمان المنافع في صورة قبض العين ذات المنفعة.

ووجه الاختصاص أمران:

أحدهما: ما سيأتي من المصنف من عدم صدق «الأخذ باليد» بالإضافة إلى المنافع. ثانيهما: ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من عدم صدق التأدية في المنافع مطلقاً، فإن ظاهر قوله: «حتى تؤدّي» كون عهدة المأخوذ مغياة بأداء نفس المأخوذ. والمنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها، لا كالعين التي لها أداء في حد ذاتها وإن عرضها الامتناع ابتداءً أو بقاءً^(١).

اللهم إلا أن يستدلّ على الضمان فيها^(١) بما دلّ على احترام مال المسلم

الدليل الثالث: قاعدة الاحترام

(١) أي: في المنافع و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة، و هذا إشارة إلى دليل ثالث على قاعدة «ما يضمن» و ظاهر العبارة و إن اقتضى الاستدلال على ضمان المنافع خاصّة، إلا أنّ الدليل - و هو احترام مال المسلم - عام، لصديق الموضوع - أي المال - على الأعيان و المنافع معاً و إن كان صدقّه على الأعيان أوضح. و على هذا فقاعدة الاحترام دليل على قاعدة «ما يضمن» مطلقاً سواء أكان العقد على تمليك الأعيان أم المنافع.

و كيف كان، فقاعدة الاحترام مصطادة من طوائف ثلاث من الأخبار:
الأولى: ما دلّ على عدم حلية مال المسلم لغيره إلا عن طيب نفسه، كمعتبرة سماعة و زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «أن رسول الله ﷺ قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسٍ منه [نفسه]»^(٢) «١»^(٣).
و كرواية تحف العقول عن رسول الله ﷺ: «أنّه قال في خطبة حجة الوداع: أيّها الناس، إنّما المؤمنون إخوة، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفسٍ منه»^(٢). و نحوهما بما ذكرناه في أدلّة لزوم المعاطاة، فراجع «٣».
و تقريب دلالتها على الضمان: أنّ الحرمة المسندة إلى مال المسلم أو المؤمن يراد بها حرمة التصرف، و من المعلوم أنّ التصرف في المال أعمّ من الخارجي كما في الأعيان

«١» وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١١ و الرواية بتأنيدها مذكورة

في ج ١٩، ص ١٣، الباب من أبواب قصاص النفس، الحديث ٣

«٢» المصدر، ج ٣، ص ٤٢٥، الحديث ٣

«٣» هدى الطالب، ج ١، ص ٥١٦

التمولة التي ينتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع كالأكل والشرب واللبس ونحوها. ومن الاعتباري كالبيع والصلح والهبة والوقف ونحوها. ولا ريب في أن الحرمة تكليفية في التصرف الخارجي، ووضعية في الاعتباري. وحرمة المال تقتضي ضمان المتصرف فيه، هذا.

الثانية: ما دلّ على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه، كمعتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام «قال: قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»^١.

و تقريب دلالتها على الضمان: أنه ﷺ نزل حرمة مال المؤمن منزلة حرمة دمه، وعموم التنزيل يقتضي ثبوت كل حكم ثبت للدم - من التكليف والوضع - للمنزل وهو المال، ومن المعلوم أن الدم لا يذهب هدرًا، وهذا هو المناسب لمقام المسلم وعظم شأنه، لا مجرد حرمة إراقته دمه تكليفاً. فمقتضى عموم التنزيل - بعد عدم قرينة على خصوص الحكم التكليفي - احترام ماله بكل احترام لدمه، ومن الواضح أن احترام دمه بعدم إراقته وبدفع الدية - لو أهرق - حتى لا يذهب هدرًا، فكذا المال، فينبغي ضمانه لو تلف بيد المتصرف، هذا.

الثالثة: ما ورد فيها من التعليل بعدم صلاحية ذهاب حق أحد، كمعتبرة الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حق أحد»^٢.

«١» وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٩٠، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣

و أنه^(١) لا يحلُّ إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد.

و تقريب دلالة التعليل هو: أن المراد بالحق أعم من الحق المالي وغيره، لإطلاقه تارة على المال كالخمس والزكاة ونحوهما، كقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ لِلنَّاسِ وَالْمَحْرُومِ﴾^(٢)، وكقوله ﷺ: «هلك الناس في بطونهم وفروجهم، لأنهم لم يؤدوا إلينا حقنا».

و أخرى على الحق المصطلح المقابل للحكم والملك، كحق الوصية، كما ورد في موثقة سماعة، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة أهل الذمة؟ فقال لا تجوز إلا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٣) إذ المراد بالحق - في التعليل - هو حق الوصية الثابت للمسلم. و على هذا، فيدل التعليل على أنه إذا ثبت حق شخص على غيره لم يصح ذهابه وفواته بغير عوض، وهذا معنى الضمان.

و قد تحصل من هذه الطوائف الثلاث حرمة مال المسلم و ضمانه. ولما كان صدق «المال» على المنافع والأعمال المحترمة حقيقياً كصدقه على الأعيان، دلت قاعدة الاحترام على قاعدة «ما يضمن» مطلقاً سواء أكان متعلق العقد عيناً أم منفعةً، هذا.

(١) هذا وقوله: «و أن حرمة ماله» و «و أنه لا يصلح» معطوفة على قوله: «احترام» عطف تفسير، فالمراد بالكل قاعدة واحدة و هي قاعدة الاحترام المستفادة من النصوص المتفرقة. و يشهد لهذا قوله بعد أسطر، «لقاعدتي الاحترام ونبي الضرر» فليس مقصود المصنف جعل كل طائفة من الطوائف الثلاث دليلاً مستقلاً على ضمان المنافع والأعمال.

«١» المعارج، الآية: ٢٤ و ٢٥

«٢» المصدر، ص ٣٩١، الحديث ٥

مضافاً إلى أدلة نفي الضرر^(*).

الدليل الرابع: قاعدة نفي الضرر

(٢) هذا إشارة إلى دليل آخر على القاعدة، وهو الأخبار المتضمنة لنفي الضرر والضرر في الإسلام، حيث إن تلف مال شخص - بلا عوض - عند غيره بدون إذن مالكة يوجب نقص ماله وتضرره، وكذا الحال في استيفاء منفعة الغير بدون أجره. ولا يخفى أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على المقام مبني على كون مفاد عموم نفي الضرر نفيه مطلقاً وإن كان ناشئاً عن عدم جعل الحكم كالمقام، حيث إن المالك يتضرر من عدم حكم الشارع بضمان المنفعة، ومقتضى حكومة القاعدة على أدلة الأحكام الأولية نفيها، سواء أكانت وجودية كوجوب الوضوء الضروي، أم عدمية كعدم ضمان المستوفي لمنفعة مملوكة للغير، فيحكم بالضمان لئلا يتضرر المالك أو العامل.

(*) قد يستشكل في دلالة قاعدة الاحترام على الضمان بالتلف: بأن تنزيل حرمة مال المؤمن أو المسلم منزلة حرمة دمه يقتضي وجوب حفظه وعدم إتلافه حتى لا يذهب هدرًا. وأما مجرد تلفه عنده بأفة سماوية فلا ظهور لها في ضمانه ووجوب تداركه بالبدل.

وكذا الحال في روايات الشهادة على الوصية، فإن عدم صلاحية ذهاب حق أحد ظاهر في حرمة تضييعه، وإشغال ذمته بالإتلاف. والكلام يكون في التلف. لكن يمكن أن يقال: بأنه - بعد عدم اختصاص الحرمة بالتكليف واستفادة الحكم الوضعي منها كما هو الظاهر - لا وجه للاختصاص بالإتلاف، إذ المقبوض بالعقد الفاسد ليس أمانة مالكية بيد المشتري حسب الفرض، ومقتضى إطلاق دليل الحرمة على الضمان هو الحكم به مطلقاً سواء أكان بالتلف أم بالإتلاف، ولا قرينة على إرادة الإتلاف خاصة من حرمة مال الغير.

وعليه، فالقاعدة سليمة من هذه المناقشة. وللکلام تنمة تأتي في ضمان المنافع

فكُلُّ (١) عَمَلٍ وَقَعَ مِنْ عَامِلٍ لِأَحَدٍ - بِحَيْثُ يَقَعُ بِأَمْرِهِ وَتَحْصِيلاً لْغَرَضِهِ (٢) - فَلَا بُدَّ مِنْ أَدَاءِ عَوَضِهِ لِقَاعِدَتِي الْإِحْتِرَامِ وَنَفْيِ الضَّرَرِ.

(١) هذه نتيجة دلالة الاحترام و نفي الضرر على ضمان منافع الأعيان و أعمال الأشخاص. لكن الضمان مشروط بأن يكون العمل - كالخياطة و الطبابة و الكنس و نحوهما - صادراً من العامل مستنداً إلى أمر المستأجر و تحصيلاً لغرضه، بأن يقول مالك القماش للخياط: «خيطه ثوباً أو قباء» فخاطة و لم يقصد التبرع، فإن له أجره مثل عمله.

(٢) فلو كان العمل مقابلاً بالأجرة عرفاً، لكن العامل تبرع بالعمل و لم يأمره شخص آخر لم يكن عمله مضموناً بالأجرة. و كذا لا ضمان لو إستند العمل إلى أمر الأمر، لكنه لم يحصل غرضه من الأمر، كما لو أمره بصنع سرير فجعله منضدة مثلاً. هذا كله في الوجوه المستدل بها على قاعدة «ما يضمن»، و قد تحصل وفاء ثلاثة منها بإثبات الضمان، و هي اليد - بالنسبة إلى العقود على الأعيان - و الإحترام و نفي الضرر.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

إن شاء الله تعالى.

و اما قاعدة نفي الضرر فقد تُشكل أولاً: بأنها أخص من المدعى، فإن التالف في العقد الفاسد - مضمون بالبدل الواقعي، و ربما كان أكثر مالبية من البدل المسمّى، فلو قيل بالضمان الواقعي كان مخالفاً لامتثانية القاعدة، لتضرر المشتري الذي تلف المبيع عنده مع عدم تقصيره في الحفظ. نعم لا بأس بإثبات الضمان لو كان البدل الواقعي مساوياً للمسمّى أو أقل منه.

و ثانياً: باختصاص القاعدة بالإنلاف الذي هو موردها، و ذلك أجنبي عن التلف الذي هو محط البحث، لإصرار سمة بالاضرار بالأنصاري و تعمده فيه.

إلا أن يقال: إن العبرة بعموم الوارد - و هو لا ضرر - لا بخصوصية المورد و هو الإضرار، بل الغرض نفي الضرر في أحكام الإسلام عن المؤمنين سواء أكان الضرر من قبيل التلف أم الاتلاف، فليتأمل.

ثم^(١) إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه^(٢) - من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه - بيان^(٣) أن العين^(٤)

و سيأتي إستدراك بعض الأعمال المضمونة عند عدم إستيفاء الأمر منفعة العامل كالسبق في المسابقة الفاسدة.

(١) غرضه توجيه إستدلال شيخ الطائفة و الشهيد الثاني رحمهما بقاعدة الاقدام بنحو يسلم من مناقشة المصنف رحمهما. و توضيحه: أن المقتضي للضمان و الموجب له عند تلف مال الغير - من العين و المنفعة - هو قاعدة الاحترام، و قاعدة اليد - بالنسبة إلى الأعيان، لكنها ليستا تمام السبب للضمان، ضرورة توقف وجود المقتضى على علته التامة من المقتضي و الشرط و عدم المانع، و المانع هو تسليط المالك غيره على العين مجتأناً أو دفعها إليه أمانة، أو تبرع العامل بعمله، فالتسليط بهذا النحو مانع عن تأثير الاحترام و اليد في الضمان.

و أما إذا دفع المالك ماله إلى غيره بقصد أخذ عوضه، و أقدم الأخذ على ضمانه بالعوض فقد تم سبب الضمان و هو اليد و الاحترام، بضميمة إنتفاء المانع. و عليه فغرض شيخ الطائفة من الاستناد إلى قاعدة الاقدام ليس إثبات سببيتها التامة للضمان، بل المقصود بيان عدم المانع عن تأثير مقتضي الضمان، و هو وضع اليد على مال الغير و قاعدة الاحترام. و لما لم تكن القاعدة دليلاً مستقلاً لم يرد عليها ما تقدم من المناقشة فيها صغرى و كبرى.

(٢) كابن إدريس، حيث قال في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: «لأن البائع دخل على أن يسلم له الثمن المسمى في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمى إقتضى الرجوع إلى عين ماله ... الخ»^(١). وكذا المحقق الثاني^(٢).

(٣) خبر «يكون».

(٤) كتسلم المشتري للمبيع، فإنه مبني على دفع الثمن إلى البائع.

و المنفعة^(١) اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجّاناً و تبرّعاً حتى^(٢) لا يقضي^(٣) إحترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به، و العين المدفوعة مجّاناً^(٤) أو أمانة^(٥). فليس^(٦) دليلُ الاقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيانٌ لعدم المانع^(٧) عن مقتضي اليد في الأموال^(٨) و إحترام الأعمال.

(١) كتسلم منفعة الدار و هي السكنى فيها، فإنّ المستأجر أقدم على تسلمها في قبال الأجرة. هذا في إجارة الأعيان، و كذا الحال في إجارة الأعمال المحترمة.

(٢) هذا مترتب على المنّي و هو التسلم مجّاناً و تبرّعاً، إذ لو كان تسليمها من قبل مالك العين و المنفعة تبرّعياً لم يكن لهما إحترام حتى يلزم تداركهما بالعوض.

(٣) أي: لا يحكم إحترامهما بتداركهما بالعوض، و كلمة «العين» مجرور عطفاً على «العمل».

(٤) كما في الهبة، فإنّ تسليم العين مبني على المجّانية، فلا يضمن المتسلم - و هو المتهب - العوض.

(٥) كما في الوديعة و العارية.

(٦) هذه نتيجة توجيه ما أفاده شيخ الطائفة رحمته من جعل الاقدام دليلاً على الضمان.

(٧) و هو الاقدام على المجّانية، حيث إنّهُ يمنع عن تأثير اليد - المستولية على الأعيان - في الضمان.

(٨) المراد بالأموال هنا هو خصوص الأعيان المتموّلة، لتصريحه رحمته باختصاص القاعدة بالأعيان، مضافاً إلى قوله: «و إحترام الأعمال» لظهوره في مغايرة المعطوف للمعطوف عليه. و هذا لا ينافي إطلاق المال على المنافع و الأعمال في سائر الموارد.

نعم^(١) ذكر في المسالك كلاً من الاقدام و اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه^(٢) ما ذكر سابقاً من النقض^(٣) و الاعتراض^(٤).

و يبقى الكلام^(٥) حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى

(١) هذا استدراك على قوله: «فليس دليل الاقدام دليلاً مستقلاً» و هو يتضمن أمرين:

أحدهما: أن توجيهنا لكلام شيخ الطائفة رحمته الله من جعل الاقدام بياناً لعدم المانع - لا دليلاً مستقلاً على الضمان - لا يجري في كلام الشهيد الثاني رحمته الله، لظهور استدلاله على قاعدة «ما يضمن» بدليلين - و هما الاقدام و اليد - في كون كل منها دليلاً مستقلاً على الضمان، و هذا آية عن الحمل على عدم المانع.

و عليه فالاشكال على قاعدة الاقدام وارد على الشهيد، و مندفع عن الشيخ. ثانيهما: أن إسقاط قاعدة الاقدام عن كونها دليلاً مستقلاً على الضمان قد يوجب الاشكال في ضمان بعض الأعمال عند جمع، مع أنه لا يستجبه إثبات ضمانه بقاعدة الاحترام، و سيأتي بيانه.

(٢) يعني: فيبقى على الشهيد الثاني رحمته الله ما أورده المصنف رحمته الله عليه.

(٣) المراد به النقض من حيث الطرد و العكس، الناشئ من كون النسبة بين الاقدام و الضمان عموماً من وجه.

(٤) المراد بالاعتراض هو الاشكال الأول و الثالث، أي: منع صفوئية الضمان في العقد الفاسد لكبرى الاقدام، و منع كبروئية سببية الاقدام للضمان.

(٥) يعني: و يبقى الكلام في دليل الضمان - حين عدم كون الاقدام دليلاً مستقلاً على الضمان - في بعض الأعمال المضمونة. و توضيحه: أن إثبات ضمان الأعمال المحترمة بقاعدة الاحترام منوط بأمرين:

الأول: أن يعود نفع عمل الغير إلى الضامن، كتسليم القماش الى الخياط ليخيط ثوباً، فيضمن أجرته، لانتفاعه بعمله.

الضامن، و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة، حيث حَكَمَ الشيخ^(١)

الثاني: أن يستند العمل - كالحياطة - إلى أمر من يضمنه، بأن يقول للخياط: «خُط هذا القماش ثوباً» أو للنجار: «إصنع هذا الخشب سريراً» فالأمر ضامن للأجرة المسماة، أو لأجرة المثل. فلو أوجد العامل عملاً تبرعاً منه لا بأمر من شخص ولم يُعَد نفعه إليه لم يكن ضامناً.

و على هذا فإذا تسابق شخصان على الخيل و عَيَّنَا السَّبَقَ كمائة دينار للسابق منهما، و تبَيَّنَ بعدَ المسابقة فسادُ العقد، ففي المسألة قولان:

أحدهما: عدم إستحقاق السابق أجرة مثل عمله، لعدم ما يوجب ضمان المسبوق، إذ لم يُعَد نفع العمل إلى المسبوق، و إنما المنتفع هو السابق، لتدربته على فنون الحرب، و لم يقع العمل بأمر من المسبوق. و على هذا فلا مورد للنقض والاشكال، إذ لا ضمان حتى يتفحص عن دليله.

ثانيهما: إستحقاق السابق أجرة المثل، لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و حيث إنَّ عقد السبق و الرماية يَحمَا يضمن بصحيحه فكذا بفاسده. و بناءً على هذا القول يُشكل إثبات الضمان، لعدم جريان قاعدة إحترام الأعمال، لانتفاء الأمر بالعمل، و لعدم عود النفع إلى غير السابق. و أمَّا قاعدة الاقدام فالمفروض عدم كونها من موجبات الضمان كما عرفت في توجيه كلام الشيخ رحمته الله. فما الدليل حينئذٍ على وجوب بذل أجرة المثل إلى السابق في المسابقة الفاسدة؟

(١) حيث قال - بعد حكمه بعدم إستحقاق المسمى إذا فسد عقد المناضلة - ما لفظه: «و قال قوم: يستحق أجرة المثل كالبيع و الصلح و الاجارة. و قال آخرون: لا يستحق شيئاً، لأنَّه إنما يجب أجرة المثل في الموضع الذي يُفَوَّت على العامل عمله، و عادَ به نفعه إلى الناضل. كالقراض الفاسد يجب عليه مثلُ أجرة العامل، لأنَّه فَوَّت عليه عمله فيما عاد نفعه إليه»^(١). و المستفاد من سكوته و عدم الاعتراض على القول

و المحقق^(١) و غيرها^(٢) بعدم إستحقاق السابق أجره المثل^(٣). خلافاً لآخرين^(٤).

بعدم إستحقاق أجره المثل إرتضاؤه له.

(١) قال رحمه الله: «إذا فسَدَ عقدُ السبق لم يجب بالعمل أجره المثل، و يسقط المسمّى لا إلى بدلٍ. ولو كان السَّبَقُ مستحقاً وجب على الباذل مثله أو قيمته»^(١).

و في كلامه تفصيل بين كون منشأ الفساد إختلال الشرط، و بين كونه عدم مملوكية العوض لمن يجب عليه بذله.

(٢) كالشاهد الثاني و المحقق الأردبيلي رحمته الله^(٢).

(٣) و أمّا عدم إستحقاق «السَّبَق» المسمّى فواضح، إذ المفروض فساد العقد.

(٤) كالعلامة^(٣) و نجمله فخر المحققين و المحقق الكركي رحمته الله. قال في جامع المقاصد: «إذا فسدت المعاملة بعد المسابقة من جهة العوض فللفساد طريقان، أحدهما: أن يظهر كون العوض المعقود عليه مما لا يملك في شرع الاسلام، كما لو ظهر خمرأ، ففي إستحقاق السابق على الباذل شيئاً قولان: أحدهما: لا يستحق شيئاً، إختاره نجم الدين بن سعيد ... الى أن قال: «وأصحهما واختاره المصنف هنا - أي في القواعد - و في التذكرة وجوب أجره المثل، لأن كل عقد إستحق المسمّى في صحيحه، فإذا وُجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. و العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك، و مع ذلك يكون مضموناً، فيرجع إلى أجره المثل، الى أن قال: الثاني: أن يكون سبب الفساد إستحقاق العوض. و مقتضى عبارة المصنف أن القول بسقوط المسمّى لا إلى بدلٍ غير آتٍ هنا. و هو ظاهر عبارة الشرائع. و يلوح من عبارة التذكرة عدم الفرق.

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٤٠

«٢» مسالك الأفهام، ج ٦، ص ١٠٩ و ١١٠؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ١٨٧، لاحظ قوله: «ويمكن أن يقال ... الخ».

«٣» راجع: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٥٦ و ٣٥٧؛ قواعد الأحكام، ص ١٠٦، السطر ٦ (الطبعة المجرية)؛ تحرير الاحكام، ج ١، ص ٢٦٢

و هو الصواب، فإنّ الدليل في الموضعين واحد، وكذا الفتوى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه مع ظهور العوض مستحقاً هل يجب مثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته ... أم تجب أجرة المثل، لأنّ العوض المسمّى إذا فات وجب قيمة العوض الآخر، وهي أجرة مثله كما في سائر المعاوضات؟ وجهان أصحهما الثاني^(١).

و الغرض من نقل كلامه - المتضمّن لكلام العلامة أيضاً - هو وجوب أجرة المثل في المسابقة الفاسدة سواء أكان فسادها لاختلال شرط الصحة كعدم كون العوض قابلاً للتملّك شرعاً، فيبطل به أصل العقد. أم كان فسادها لمغصوبيّة العوض، لصحة العقد الفضولي و توقفه على إجازة المالك، ولو لم يحز إنتقل الى مثله أو إلى أجرة المثل على الخلاف (*).

(*) لكن تنظر فيه الشهيد الثاني رحمته الله بأنّ الفرق بين عقد المسابقة و غيره من العقود التي يضمن بفاسدها ليس من جهة رجوع النفع و عدمه، بل لأنّ تلك العقود إقتضت الأمر بالعمل، بخلاف هذا العقد، فإنّه لم يقتضِ ذلك، فإنّ قوله: «سابقتك» على معنى: أنّ من سبق مثله كذا. و قاعدة ما يضمن لا دليل عليها كليّة، بل النزاع واقع في موارد ... الخ^(٢).

و التحقيق عدم الضمان، لانتفاء موجباته من الاستيلاء على مال الغير، و من الاستيلاء، و من الأمر بعملٍ محترم يصدر من المأمور حتى إذا لم يعد نفعه إلى الأمر في المسابقة الفاسدة، وإن كان صحيحها مضمناً لامضاء الشارع لها، للإهتمام بأمر الجهاد مع الكفّار. و لولا هذه الجهة كانت المسابقة من أنواع القمار المنهي عنه وضعاً و تكليفاً.

و عليه فالمسابقة الفاسدة مصداق للقمار المحرّم، فيكون أكل المال بها أكلاً له بالباطل، إذ المفروض عدم تحقق ما يوجب الضمان، لأنّه لم يوجد فيها إلا سبق السابق.

«١» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٦٨؛ جامع المقاصد، ج ٨، ص ٣٣٧ و ٣٣٨

«٢» مسالك الأفهام، ج ٦، ص ١١٠

و وجهه^(١) أنَّ عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر^(٢) و لم يقع بأمره^(٣) أيضاً،
فإحترام^(٤) الأموال - التي منها الأعمال - لا يقضي بضمان الشخص له، و وجوب

(١) يعني: و وجهه حكم الشيخ و المحقق بعدم إستحقاق أجرة المثل في المسابقة الفاسدة هو عدم إنطباق قاعدة الاستيفاء عليها.

(٢) و هو من يجب عليه بذل السَّبَق.

(٣) إذ لو وَقَعَ عملُ العامل بأمرٍ من غيره إقتضى إحترامه الضمانَ حتى إذا لم ينتفع الضامنُ بذلك العمل، كما إذا أمره بكنس مسجد، فإنَّ الأمر و إن لم تُعد منفعة العمل إليه، لكنه يغترم بمجرد صدور العمل عن أمره.

(٤) غرضه أنَّ قاعدة الاحترام لا تجري في المسابقة الفاسدة، كما لا يجري فيها قاعدة اليد و الاستيفاء، فلو قيل بوجوب أجرة المثل فيها كان دليلاً قاعدة الإقدام لا غير، مع أنَّ المصنَّف أسقطها عن الدليلية و أرجعها إلى عدم المانع.

و ليس هذا السَّبَق بأمر الميسوق، و لا ممَّا يعود نفعه إليه، و لا أنه أُلِف شيئاً من أموال السابق. و مع إنتفاء هذه الأمور الموجبة للضمان كيف يحكم في المسابقة الفاسدة بالضمان؟
و الحاصل: أنَّ المسابقة الفاسدة من القمار المحرَّم الذي لا يوجب الضمان.

إلا أن يقال: إن المراد بعود النفع إلى باذل العوض كون العمل صادراً لغرض عقلاني مُخرج له عن المعاملة السفهية، كما إذا استأجر شخصاً لكنس مسجد أو بيت عالم أو نقل متاع مؤمن إلى بيته، فإنَّ النفع إن أريد به المال فلا يعود مال في هذه الموارد الى باذل الأجرة، مع أنَّ المعاملة صحيحة، فإذا فرض فساد هذه المعاملة كانت مضمونة، كما إذا صدرت صحيحة. فالمسابقة الفاسدة كالصحيحة تصدر عن غرض عقلاني، و هو التهيؤ للحرب و الوقوف على رموزها، فتكون كالأجرة لكنس مسجد في كون المسابقة من المعاملات العقلانية، فتندرج في «كُلِّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

و عليه فلا ينتقض قاعدة «ما يضمن» بالمسابقة الفاسدة، فالمسابقة كالأجرة في كون فاسدها كصحيحها موجبة للضمان. فما أفاده العلامة و ثاني المحققين رحمهما الله من الضمان في المسابقة الفاسدة هو الجدير بالقبول، و الله العالم.

لا فرق في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بين العلم والجهل ١٣٧

عوضه^(١) عليه، لأنّه^(٢) ليس كالمستوفي له، ولذا^(٣) كانت شرعيّته على خلاف القاعدة، حيث إنّهُ بذل مالٍ في مقابل عملٍ لا يَنْفَع الباذل. وتَمَام الكلام في بابهِ^(٤). ثمّ إنّهُ^(٥) لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض^(٦).

(١) أي: عوض العمل على الآخر الذي لم يأمر بالعمل ولم ينتفع به.
(٢) أي: لأنّ الآخر لم ينتفع ولم يستوفِ عمل الغير حتى يكون ضامناً بمقتضى قاعدة الاحترام.

(٣) أي: ولأجل عدم المقتضي للضمان في مثل المسابقة الفاسدة كانت مشروعيتها على خلاف القاعدة، لعدم بذل مالٍ في مقابل عملٍ ينتفع به الباذل.
(٤) وهو كتاب المسابقة إذا تبين فسادها بعد العمل.
هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المعقودة لبيان مدرك قاعدة «ما يضمن».

عدم إختصاص الضمان بالجهل بفساد المعاملة

(٥) هذا إشارة إلى الجهة الثالثة، ممّا تعرّض له في شرح قاعدة «ما يضمن» وهي إختصاص الضمان بجهل الدافع بفساد المعاملة، وتعميمه لكلتا حالتَي العلم والجهل به.

ولا يخفى أنّ هذا البحث وإن كان له تعلّق بالقاعدة، ولكنّه لا يختص بها، بل يجري في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد سواء أكان الدليل على الضمان حديث «على اليد» أم حديث ضمان قيعة ولد الأمة المسروقة، أم قاعدة «ما يضمن» أم الإجماع المدعى في بعض الكلمات.

وكيف كان فينبغي الإشارة إلى أمرٍ قبل توضيح المتن، وهو: أنّ للمسألة صوراً أربع، وهي: علمها بالفساد، وجهلها به، وعلم الدافع و جهل القابض، وبالعكس. إلّا أنّ المذكور في المتن هي الصور الثلاث الأولى، ولم يتعرّض لحكم صورة جهل الدافع بالفساد مع علم القابض به، ولعلّه إتكالاً على وضوحه.

(٦) الدليل على عموم الضمان ما سيأتي في كلامه من إطلاق النص والفتوى،

و توهم^١ «أن^٢ الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه، والمفروض

وعدم مقيد له في البين.

(١) هذا تفصيل في الضمان بين علم الدافع بالفساد و جهل القابض به، و بين غيره. و هذا التفصيل احتمله الشهيد الثاني رحمته أولاً، لكنه عدل عنه و قال: «والأقوى ثبوته - أي الضمان - في جميع الصور»^١.

و اختاره المحقق الأردبيلي رحمته بناءً على مرجعية أصالة البراءة عن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، لعدم حجية حديث «على اليد» و لا قاعدة «ما يضمن» فقال رحمته: «و هو - أي عدم الضمان - مع الجهل بالفساد قوي، و مع علم الآخر أقوى. و مع علمه بالفساد - و بعدم جواز تصرفه و وجوب حفظه و وجوب رده إلى مالكه معجلاً - كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المسالك على تقدير الفساد، و عدم رضاه بكونه عنده ... و أمّا مع الجهل بالفساد - سيما في أمر غير ظاهر الفساد، و كذا بعد العلم به، ولكن مع عدم العلم بوجوب الرد - فالضمان غير ظاهر ... الى أن قال: نعم إذا علم عدم الرضا إلا بوجه البيع أو إشتبه ذلك، يتوجه جواز التصرف، و الضمان على تقدير فهم عدم الرضا بالملكث عنده، و كونه أمانة على تقدير غيره»^٢.

و حاصله: أنه رحمته فصل بين صورتي العلم بالفساد و الجهل به، فإن كانا جاهلين فعدم الضمان قوي. و إن كان الآخر - أي: الدافع - عالماً و القابض جاهلاً فعدم الضمان أقوى. و إن كان القابض عالماً بالفساد و بجرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، و بوجوب رده إلى مالكه معجلاً فهو ضامن كالغاصب.

(٢) هذا الوجه مذكور في المسالك و إن لم يعتمد عليه. و حاصله: أن الدافع - مع علمه بالفساد و جهل القابض به - سلط القابض على المقبوض، و أذن له في

«١» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٤

«٢» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٩٢ و ١٩٣

لا فرق في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بين العلم و الجهل..... ١٣٩

أنّ القابض جاهل»^(١) مدفوع^(٢) بإطلاق النص و الفتوى. و ليس^(٣) الجاهل مغروراً، لأنّه^(٤) أقدم على الضمان قاصداً.

إتلافه و التصرف فيه مع علمه ببقائه على ملكه، و لا موجب لضمان القابض حينئذٍ.
(١) إذ لو كان عالماً بالفساد كان ضامناً بلا إشكال.

(٢) هذا خبر «توهم» و دفع للتوهم المزبور و ملخص الدفع: أن إطلاق النص و هو «على اليد» و كذا إطلاق الفتوى يُثبت الضمان و يدفع الشك فيه.

(٣) إشارة إلى وجه آخر لنفي الضمان، و هو قاعدة الغرور، بتقريب: أن الدافع مع علمه بالفساد و جهل القابض به قد غرّه، إذ لم يكن موظفاً بدفع المال إلى القابض، و مع ذلك دفعه إليه.

و ببيان آخر: قد تقرّر عندهم في باب الضمان «أنّ المغرور يرجع على من غرّه» كما إذا قدّم شخص طعاماً لضيفه بعنوان أنّه ملكه أو مأذون في تقديمه للضيف، فتبين عدم كون المضيف مالكاً و مأذوناً في التصرف فيه، فإنّ الأكل ضامن له. ولكنّه يرجع بقيمته على الغارّ و هو المضيف. و الوجه في الرجوع إلى الغارّ هو قاعدة الغرور.

و المدعى إنطباق هذه القاعدة على المقام، لأنّ الدافع العالم بفساد العقد أقبض ماله للطرف الآخر - الجاهل بالفساد - بعنوان أنّ المال إنتقل إلى القابض، و أخذ عوضه من القابض. و هذا الاقباض خدعة من البائع العالم بالفساد، لأنّ المشتري يتخيّل صحة المعاملة و وجوب الوفاء بها. و من المعلوم أن إبقاء جهله و إعطاءه ما ليس بنظر البائع مالاً للمشتري نحو غرور و خدعة، و لا وجه حينئذٍ لضمان المشتري لما تسلّمه من البائع العالم بالفساد، بل يرجع عليه بماله، هذا.

(٤) أي: لأنّ الجاهل. و هذا إشارة إلى دفع الوجه المزبور - وهو قاعدة الغرور - و محصله: عدم كون المقام من صغريات هذه القاعدة، و ذلك لأنّ القابض الجاهل - كالمشتري - قد قبض المال مع ضمانه بالمسمى الذي يدفعه إلى البائع، و العالم بالفساد

و تسليط^(١) الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكية^(٢)، لأنه^(٣) دفعه على أنه^(٤) ملك المدفوع إليه، لا أنه^(٥) أمانة عنده أو عارية، ولذا^(٦) لا يجوز له التصرف فيه

إنما سلط القابض على المال بعنوان أنه ملكه، و لم يقصد عنواناً آخر من الأمانة أو العارية، فلا غرور في البين.

(١) هذا من إضافة المصدر إلى الفاعل، و غرض المفضل الاستناد إلى أن العالم بفساد العقد إذا سلط الآخر على ماله فقد أسقط حرمة ماله، فلا وجه لضمان القابض.

و أجاب عنه المصنف رحمه الله بما عرفت من أن مجرد التسليط لا يساوق المجانية والاذن في التصرف، بل هو أعم فإن كان مقروناً بقصد الأمانة أو المجانية لم يضمن الآخذ، وإن كان مبنياً على كون المال ملكاً للآخذ - ولو تشريعاً - كما هو المفروض في البيع الفاسد كان ضامناً، هذا.

(٢) حتى لا يثبت الضمان، إذ الأمانة المالكية كالشرعية رافعة للضمان.

(٣) تعليل لعدم الأمانة المالكية، وحاصله: أن المالك لم يدفع المال بعنوان الأمانة، بل دفعه إليه بعنوان كونه ملكاً له.

(٤) هذا الضمير و ضميراً «دفعه، أنه» راجعة إلى «المقبوض» المستفاد من السياق.

(٥) معطوف على «على» أي: لم يكن دفع المال إلى المدفوع إليه مبنياً على الأمانة و العارية حتى يسقط الضمان.

(٦) أي: و لأجل كون دفع المال مبنياً على كونه ملكاً للمدفع إليه - لا بعنوان الأمانة - لا يجوز للمدفع إليه التصرف في المال، و لا الانتفاع به. ولو كان عارية لجاز الانتفاع به كما هو واضح.

هذا تمام الكلام في المقام الأول و هو البحث عن دليلية قاعدة «ما يضمن» على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

لا فرق في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بين العلم و الجهل ١٤١
والانتفاع به (*) و سيأتي تنمّة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري^(١).

(١) سيأتي في الأمر الثالث ممّا ذكره في العقد المجاز، حيث قال: «ثم إنّ هنا إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب ... الخ».

(*) قد ذكر لهذا التفصيل وجوه:

الأول: الأصل، بتقريب: أنّ أصالة البراءة تنفي الضمان.

وفيه ما لا يخفى، لحكومة «على اليد» عليه، سواء أريد به الأصل الحكمي و هو الضمان، أم أريد به الأصل الموضوعي و هو أصالة عدم تحقق سبب الضمان. أمّا الأول فواضح. و أمّا الثاني فلأنّ اليد تقتضي الضمان. إلّا أن يكون هناك مانع و هو الأمانة، ولا بدّ من العمل على طبق المقتضي حتّى يعلم المانع و هو الأمانة المعلوم عدمها في المقام.

الثاني: التسليط المجاني المانع عن تأثير اليد في الضمان. توضيحه: أنّ العلم بالفساد موجب للعلم بعدم إستحقاق العوض، و هو مستلزم للاقدام على دفع المال مجاناً.

وفيه: - مضافاً إلى عدم إختصاص هذا الوجه بجهل القابض، لجريانه في صورة علمه أيضاً - أنّه إن أريد عدم تمشي قصد البيع مع العلم بعدم إستحقاق العوض، و لازمه قصد المجانية، و هو ينفي الضمان، ففيه أولاً: منع الملازمة بين العلم بعدم الاستحقاق و بين إمتناع قصد البيع. و يتضح وجه عدم الملازمة بملاحظة التشريع، فإنّ الغاصب يُشرّع مالكه للمغصوب ثم يبيعه، فمع علمه بفساد البيع يقصد المعاوضة لا المجانية. و ثانياً: منع الملازمة بين عدم قصد حقيقة البيع و بين مجانية التسليط الخارجي، لجواز كونه بعوض كما هو كذلك في مقامنا، ضرورة أنّ تسليط المشتري على المبيع إنّما يكون في مقابل تسليطه البائع على الثمن، فلا مجانية حتى تمنع عن تأثير اليد في الضمان.

مضافاً إلى: أنّ القبض الخارجي يكون متفرّعاً على البيع الفاسد، لأنّ الكلام في المقبوض به، لا على عدم البيع، فلا مجال لانكار قصد البيع حتى يكون القبض عنواناً

مستقلاً قصد به المجانية.

فالمتحصل: عدم الفرق في الضمان بين علم القابض وجهله.

نعم الفرق بينهما في ثبوت الحرمة التكليفية المنجزة في صورة علم القابض وعدمها مع جهله، فلاحظ.

الثالث: قاعدة الغرور، بتقريب: أن الدافع العالم بالفساد قد غرّ القابض الجاهل به، حيث إن المقبض العالم إنما أقبضه بما هو ماله بنظر القابض خدعة لاتمام المعاملة، وأخذ عوضه من القابض، فإبقاء جهله بحاله وإعطاؤه ما ليس بنظره ماله نحو غرور و خدعة، ومن المعلوم أن المغرور يرجع على من غره. نعم مع علم القابض لاغرور ولا خديعة. فهذا الوجه الثالث مختص بصورة جهل القابض.

وفيه أولاً: أنه أخص من المدعى، لاختصاص الغرور بما إذا كان الجاهل القابض مالياً بماله دخل في صحة المعاملة من الشرائط الشرعية، إذ بدون المبالاة والاقتصار على الصحة العقلانية - بحيث لو علم بفساد المعاملة شرعاً لأقدم عليها أيضاً كبيع الخمر والخنزير وغيرهما من البيوع العقلانية المنهي عنها شرعاً - لا يصدق الغرور والخدعة، لأن إقدام القابض حينئذ ليس ناشئاً من الخدعة أصلاً، بل من عدم مبالاته بالدين. فقاعدة الغرور لا تجري في كلتا صورتى جهل القابض وعلمه، مع أن المدعى ضمان القابض في كليهما، كما لا يخفى.

و ثانياً: أن الغرور بمعنى الخديعة متقوم بأمرين:

أحدهما: علم الغار، والآخر جهل المغرور. وإنتفاء أحدهما يوجب إنتفاء الغرور. وفي المقام وإن كان القابض جاهلاً بفساد العقد. إلا أنه عالم بالضمان ومقدم عليه، غايته أنه أقدم على ضمان المسمى لا أكثر، فلا تجري قاعدة الغرور في أصل الضمان. نعم تجري في الزائد على العوض المسمى، بداهة أن الدافع غاراً بالنسبة إلى هذا الزائد، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

فالمتحصل: أن ما عن المشهور من الضمان في جميع الصور - كما في حاشية

و أمّا عكسها^(١) و هو «أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»
فعناه^(٢): أنّ كلّ عقدٍ لا يفيد صحيحه ضمان موره^(٣) (*) ففاسده لا يفيد ضماناً،

قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(١) أي: عكس قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و قد تقدم
(في ص ٥٧) المساحة في التعبير بالعكس كما لا يخفى، فراجع.
و كيف كان فهذا شروع في المقام الثاني، و هو البحث عن الجهات المتعلقة
بقاعدة «ما لا يضمن» و إقتصر المصنّف رحمه الله هنا على جهات ثلاث، الأولى: مدلول
القاعدة، الثانية: موارد النقض عليها. الثالثة: مدرك القاعدة و مستندها.
و أمّا المباحث المتقدمة في قاعدة «ما يضمن» - من معنى الضمان، و كون عموم
العقود أفرادياً أو أنواعياً أو أصنافياً، و إقتضاء ذات العقد للضمان أو كفاية إقتضاء
الشرط له - فلا حاجة إلى إعادتها، لاشتراكها بين الأصل و العكس.
(٢) هذا شروع في الجهة الأولى.

(٣) مورد العقد ظاهرٌ في نفس ما تعلّق به العقد، و ما هو مصبّه، كالعين في عقد
البيع، و الانتفاع في العارية، و المنفعة في الاجارة. لكن المراد به هنا بقرينة ما يأتي في

الفقيه المامقاني رحمه الله^(١) - هو الأقوى، فلا يقيد الضمان في قاعدة ما يضمن بشيء من
العلم و الجهل.

كما أنّ المتحصّل ممّا ذكرنا تمامية كلية القاعدة من ناحية إيجابها أعني به
«كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و وفاء الأدلة من اليد و قاعدة الاحترام بإثبات
إيجابها الكلي، فلاحظ و تأمل.

(*) ظاهره نفى سببية العقد للضمان، لا إثبات سببية لعدم الضمان، فعدم الضمان
إنّما هو لعدم المقتضي له، لا لوجود المقتضي لعدم الضمان.

كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية غير المضمونة، بل المضمونة -بناءً على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه^(١) لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع في متنته - و غير^(٢) ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

كلامه: «ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين ...» أعم منه و مما يكون متعلق متعلق العقد، إذ لولا هذا التعميم لا يستقيم عدم ضمان العين المستأجرة، حيث إن اليد تقتضي ضمانها، فعدم ضمانها مبني على تعميم متعلق العقد لمتعلق متعلقه. فورد نفس متعلق الاجارة هو المنفعة، و العين تكون متعلق متعلق الاجارة. ففي الاجارة الصحيحة ليست العين مضمونة، و كذا في فاسدها.

(١) هذا متعلق بقوله: «بل المضمونة» و هو إشارة إلى ما مر من إقتضاء العقد بنفسه للضمان، لا من جهة الشرط الذي هو خارج عن ماهية العقد، و يكون الضمان لأمر خارج عن حقيقته و هو الشرط. فبناءً على التعميم تندرج العارية المشروطة بالضمان في أصل القاعدة، و بناءً على الاختصاص تندرج في العكس.

(٢) معطوف على «عقد الرهن ...» و المراد بالغير هو العقود التي لا تتضمن معاوضة كالهبة و الوديعة.

و على هذا فلو ثبت الضمان في فاسد العقد الذي لا يضمن بصحيحه لم يكن معارضاً لهذه القاعدة، لتوقف عدم الضمان على إستقصاء سائر أسباب الضمان و إحراز عدمها. وإلا فمجرد عدم إقتضاء فاسد العقد للضمان لا يُجدي في الحكم بعدم الضمان فعلاً.

هذا لو كانت «الباء» للسببية، بخلاف ما لو كانت ظرفية، لظهورها في تبعية العقد الفاسد لصحيحه في عدم الضمان، فلو قام دليل آخر على الضمان كان معارضاً لهذه القاعدة لو تمت في نفسها، للتنافي بين ما يثبت الضمان في الفاسد و ما ينفيه، فلاحظ.

ثمَّ إنَّ مقتضى ذلك^(١) عدمُ ضمان العين المستأجرة فاسداً، لأنَّ صحيح

(١) المشار إليه هو قوله في تفسير القاعدة: «أنَّ كلَّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورد ففاسده لا يفيد ضماناً» فمقتضى هذه القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة في الاجارة الفاسدة، لأنَّ الاجارة الصحيحة لا تفيد ضمان العين فكذا الفاسدة.

و غرضه تبيُّن أحد النقوض الواردة على قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ولكنه خصَّ هذه المسألة بالذكر هنا و لم يجعلها في عداد النقوض الآتية بقوله: «ثمَّ إنَّه يشكل إطراد القاعدة في موارد» و لعلَّه لخصوصية في هذه، و هي إبتناؤها على الخلاف في أنَّ المراد بالعقد في أصل القاعدة و عكسها هل هو خصوص مصبِّ العقد كالعين في باب البيع، و المنفعة في باب الاجارة، أم ما يعمُّ متعلق المتعلق؟ فإن قلنا بالاختصاص لزم التفكيك بين العين و المنفعة في عقدي البيع و الاجارة، لكون العين في البيع موضوعاً لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و المنفعة موضوعاً لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و ينعكس الأمر في باب الاجارة، إذ المعوِّض فيها هو المنفعة، فتندرج في أصل القاعدة، و تندرج العين في العكس، يعني «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و إن قلنا بالتعميم أي: دخول العين في مصبِّ الاجارة، فلا ضمان في صحيحها و فاسدها. أمَّا في الصحيح فلأنَّ مالك العين يلزمه تسليم العين للمستأجر ليستوفي منفعتها، فهو مأذون من قبَل المالك، و يذَّه يذَّه إستحقاق. و أمَّا في الفاسد فلاقدام المالك على تسليم العين بدون ضمان.

و كيف كان فإذا إستأجر زيد من عمرو داراً عاماً بمائة دينار، فإن كانت صحيحةً كان المستأجر ضامناً للأجرة المسماة، و لا يضمن نفس الدار، فلو تلفت بيده - من دون تعدي و تفريط في الحفظ - لم يضمنها، لكونها أمانة. و إن كانت الاجارة فاسدةً ففي ضمانه قيمة الدار قولان:

الاجارة غير مفيدٍ لزمانها، كما صرح به^(١) في القواعد و التحرير، و حكي عن التذكرة^(٢) و إطلاق^(٣) الباقي.

أحدهما: الضمان، و هو المصرح به في كلام العلامة السيد الطباطبائي رحمته ^(١).

و الآخر: عدمه، و لعلة المشهور، كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

(١) أي: بعدم ضمان العين. قال العلامة في القواعد: «العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعدي أو تفريط، في المدة و بعدها إذا لم يمنعها مع الطلب، سواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة»^(٢). و الجملة الأخيرة صريحة في عدم ضمان العين المستأجرة بالاجارة الباطلة شرعاً. و نحوه عبارة التحرير^(٣).

(٢) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي رحمته ^(٤)، حكاه بتصريف في اللفظ، قال في التذكرة: «إذا كانت الاجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين أيضاً إذا تلفت بغير تفريط و لا عدوان، لأنه عقد لا يقتضي صحيحة الضمان فلا يقتضيه فاسده، كالوكالة و المضاربة. و حكم كل عقد فاسد حكم صحيحة في وجوب الضمان و عدمه، فما وجب الضمان في صحيحة وجب في فاسده، و ما لم يجب في صحيحة لم يجب في فاسده. و لأن الأصل براءة الذمة من الضمان، لأنه قبض العين بإذن مالکها، فلم يجب عليه ضمانها، لعدم موجب له مع هذا القبض»^(٥).

(٣) الأولى أن يقال: «و أطلق الباقي» ليكون مقابلاً لقوله: «كما صرح به في القواعد». و جعله معطوفاً على نائب فاعل «حكي» - ليكون مفاده حكي التصريح عن التذكرة كما حكي إطلاق الباقي - لا بأس به و إن كان خلاف الظاهر. و قد حكي

«١» رياض المسائل، ج ٢، ص ٨

«٢» قواعد الأحكام، ص ٩٣، السطر ١٥ (الطبعة الحجرية).

«٣» تحرير الأحكام، ج ١، ص ٢٥٢

«٤» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ١٣٢

«٥» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣١٨

إلا أن صريح الرياض^(١) الحكم بالضمان، و حكى^(٢) فيها عن بعض «نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب» و الظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٣).

السيد العاملي إطلاق الباقيين، فراجع^(٤).

و كيف كان فالمقصود أن عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً يستفاد من تصريح العلامة و من ظاهر غيره ممّن أطلق عدم الضمان، و لم يقيده بالعقد الصحيح، كالمحقق، حيث قال: «و العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعدّد أو تفريط»^(٥).

(١) قال في ذيل ما ذكره في شرح قول المحقق رحمته الله: «و يثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه الاجارة»^(٢) ما لفظه: «و العين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب. و لعلّه لعموم الخبر بضمان ما أخذته اليد»^(٣).
(٢) يعني: و حكى السيد الطباطبائي في الرياض نسبة الضمان إلى ما فهمه بعض من كلمات الأصحاب، و المناسب هو المحقق الأردبيلي رحمته الله.

(٣) قال المحقق المذكور ما نصّه: «ثم إن الظاهر أن العالم كالعاصب لا يجوز له التصرف، و لا يستحق شيئاً، لما مرّ من أن الأذن إنما علم بالعقد، لا اعتقاد أنّه صحيح، و يلزم الطرف الآخر ما يلزمه، و قد بطل و هو عالم بالفرض، فيبقى أصل المنع على حاله كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً»^(٤).

و هذه الجملة الأخيرة محلّ الاستشهاد بكلام المحقق الأردبيلي رحمته الله، حيث فهم من كلام الأصحاب ضمان العين المستأجرة.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٢٥٢

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٧٩

«٣» المختصر النافع، ص ١٥٣

«٤» رياض المسائل، ج ٢، ص ٨، أواخر الصفحة.

«٥» مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٥٠

و ما أبعد^(١) ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب

(١) يعني: و ما أبعد ما بين ما أفاده المحقق الأردبيلي رحمته الله - من أن المفهوم من كلمات الاصحاب ضمان العين في الاجارة الفاسدة - و بين ما أفاده المحقق الكركي رحمته الله من أنه يلوح من كلامهم عدم الضمان. و غرض المصنف رحمته الله التعجب من إستظهار هذين العلّمين، حيث إدّعى المحقق الأردبيلي أن الضمان يفهم من كلامهم، و إدّعى المحقق الكركي ظهور كلامهم في عدم الضمان.

و كيف كان فيحتمل أن يكون إختلافها في النسبة إلى الأصحاب ناشئاً من الاختلاف في فهم معنى قولهم: «كُلّ ما يضمن بصحيحه ... الخ» بأن يقال: إن المحقق الأردبيلي رحمته الله فهم من هذه العبارة: أن مورد إثبات الضمان و نفيه عند الأصحاب خصوص متعلّق العقد كالمنفعة في الاجارة، فلا يعمّ العين المستأجرة، فلا بدّ حينئذٍ من الحكم بضمن العين لقاعدة اليد، لعدم كون العين مورداً للعقد.

و المحقّق الثاني رحمته الله فهم منها أن مورد النفي و الاثبات عندهم ما يشمل مورد العقد و متعلّق المتعلّق، فيعمّ العين المستأجرة، فيتعارض اليد و القاعدة، فيرجع إلى البراءة. و الحاصل: أن هنا قاعدتين إحداهما - و هي اليد - توجب الضمان، و الأخرى و هي قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه» تنفي الضمان. و الاختلاف إنّما يكون في مفاد الثانية.

فإن كان مفادها عند الأصحاب نفي الضمان عن خصوص مورد العقد، فلا تشمل العين المستأجرة فاسداً كما زعمه المحقق الأردبيلي. و عليه فمقتضى قاعدة اليد ضمانها.

و إن كان مفادها عندهم نفي الضمان عن الأعمّ من مورد العقد كما إستظهره المحقّق الثاني من كلام الأصحاب فلازمه نفي الضمان عن العين المستأجرة فاسداً، إذ المفروض عدم إختصاص قاعدة «ما لا يضمن» بنفس مورد العقد، و شمولها لمتعلّق متعلقه أيضاً كالعين المستأجرة، فإنّ مورد العقد هو المنفعة دون العين.

الغصب: «إنَّ الَّذِي^(١) يلوح من كلامهم هو^(٢) عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء^(٣) المنفعة. و الَّذي ينساق إليه النظر^(٤) هو الضمان، لأنَّ^(٥) التصرف

لكنه بناءً على تعميم مورد العقد لمتعلّق متعلّقه تدرج الاجارة الفاسدة في قاعدة «ما لا يضمن» فإنَّ صحيح الاجارة لا يوجب ضمان العين، وكذا فاسدها.

(١) العبارة منقولة بتصرفٍ غير قادح في المقصود، قال مؤلّف: «و هل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم. و الذي ينساق إليه النظر كونها مضمونة، لأنَّ التصرف في العين غير جائز، فهو بغير حق، فيكون في حال التصرف إستيلاؤه عليها بغير حق، و ذلك معنى الغصب، إلّا أنَّ كون الاجارة الفاسدة ...»^(١) إلى آخر ما في المتن. و كلامه مشتمل على أنظار ثلاثة سيأتي بيانها.

(٢) هذا هو النظر الأوّل المذكور في جامع المقاصد، و هو نسبة عدم ضمان العين - في الاجارة الفاسدة - إلى الأصحاب. و كان مبنى هذه النسبة تصريح العلامة في القواعد و التحرير و التذكرة بعدم الضمان.

(٣) متعلق بـ «عدم ضمان» يعني: أنَّ إستيفاء المنفعة وإن أوجبت ضمانها بأجرة المثل، لكنها لا تقتضي ضمان العين.

(٤) أي: نظر المحقق الثاني، خلافاً لما إستظهره من كلام الأصحاب من عدم الضمان. و هذا ثاني الأنظار في المسألة، و هو إثبات ضمان العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة، لكونه من موارد الغصب، و هو محرم شرعاً، و يترتب عليه الضمان.

و الوجه في حرمة التصرف هو فساد العقد حسب الفرض، و لا إذن من المالك غير الاذن العقديّ، فكما يضمن المستأجر منفعتها المستوفاة فكذا يضمن العين لو تلفت بيده.

(٥) تعليل للضمان، و قد عرفته آنفاً، كما عرفت أنَّ هذه الجملة ليست نصّ عبارة جامع المقاصد.

فيه^(١) حرام، لأنه غصب فيضمنه» ثم قال: «إلا أن^(٢) كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك^(٣)، فيقال: ^(٤) إنه ^(٥) دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن^(٦) مستحقاً، و الأصل براءة الذمة من

(١) كان المناسب تأنيث هذا الضمير و ضمير «فيضمنه» لرجوعها إلى العين في الاجارة الفاسدة، و كذا تأنيث ضمير «لأنه» لو لم يرجع إلى التصرف.

(٢) هذا شروع في بيان النظر الثالث، و هو الخدشة في الضمان، و بيانها: أن قاعدة اليد و إن إقتضت ضمان العين، إلا أنها معارضة بقاعدة أخرى تقتضي عدم الضمان، فيتم نظر المشهور الذين يلوح من كلامهم ذلك، و تلك القاعدة هي «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بتقريب: أن الموجر أقدم على عدم الضمان، حيث إنه سلط المستأجر على العين بلا عوضٍ عنها، و إن لم يكن المستأجر مستحقاً لها من جهة فساد العقد. فإن كان الترجيح مع قاعدة «ما لا يضمن» فلا ضمان. و إن كانتا متكافئتين تساقطتا، و المرجع أصالة براءة ذمة المستأجر عن بدل العين التي إستوفى منفعتها، هذا.

(٣) أي: للضمان الذي تقتضيه قاعدة اليد.

(٤) هذا تقريب تطبيق قاعدة «ما لا يضمن» على الاجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين، و محصله: الاقدام على تسليط المستأجر عليها بلا عوضٍ عنها. و يستفاد من هذا الكلام أن الاقدام على التسليط بعوضٍ يكون من موجبات الضمان، فيكون المحقق الثاني موافقاً لشيخ الطائفة و ابن ادریس رحمهما في عدّ الاقدام من أسباب الضمان.

(٥) أي: أن مالك العين أقدم على عدم ضمانها.

(٦) أي: و إن لم يكن المستولي - و هو المستأجر - مستحقاً للعين مقدّمة للإنتفاع بها، و وجه عدم إستحقاقه لها فساد عقد الاجارة.

الضمان^(١)، فلا يكون العين بذلك مضمونة. و لولا ذلك^(٢) لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن، لأن إستيلاءه بغير حق، وهو^(٣) باطل^(٤) إنتهى.

(١) إن كان الأصل العملي في رتبة الدليل الاجتهادي أعني به قاعدة «ما لا يضمن» فيكون معاضداً لها في تقدمها على قاعدة اليد. وإن كان متأخراً عنها رتبة - كما هو الحق - فتكون مؤيداً، أو مرجعاً على تقدير تساقط القاعدتين بالتعارض.

(٢) أي: و لولا إنطباق قاعدة «ما لا يضمن» على الاجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين لكان المرتهن ... الخ.

و غرضُ المحقق الكركي رحمته من الاستشهاد بمسألة عدم ضمان العين المرهونة - في الرهن الفاسد - هو تأييد مقالته من عدم ضمان العين في الاجارة الفاسدة، لكونه من موارد قاعدة «ما لا يضمن» و بيانه: أن مجرد وضع اليد على مال الغير لا يقتضي ضمانه، بل يتوقف على عدم إذن مالكي و لا شرعي و لا إستيمان و لا معاوضة، فلو كان التسليط المالكى مبنياً على عدم ضمان الآخذ لم تقتض يدُه ضماناً، و هذا أمر مطرد في موارد:

منها: الرهن الفاسد، فإن إستيلاء المرتهن على العين المرهونة يكون بغير حق حسب الفرض، إلا أنها لو تلفت بيده لم يكن عليه بدلها، لأن الراهن سلط المرتهن على ماله مبنياً على كونه وثيقة عنده، لابعنوان المعاوضة. و بهذا يندرج الرهن في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و تجري أصالة البراءة عن الضمان. و لولا هذا لزم الحكم بضمان الرهن عملاً بقاعدة اليد، مع أنهم حكموا بعدم الضمان، أخذاً بالقاعدة و بالأصل.

(٣) يعني: و الحال أن ضمان المرتهن للعين المرهونة - في الرهن الفاسد - باطل، فكذا لا وجه لضمان العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة، هذا تمام كلام المحقق الكركي رحمته.

ولعلّ الحكم بالضمان في المسألة^(١) إمّا لخروجها^(٢) عن قاعدة «ما لا يضمن» لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الاجارة

(١) يعني: و لعلّ حكم الأصحاب بالضمان في مسألة الاجارة الفاسدة - على ما نسبته المحقق الأردبيلي إليهم، و عدم عملهم فيها بقاعدة «ما لا يضمن» المقتضية لعدم الضمان - مستند إلى أحد وجهين ... الخ. و غرضه رحمته من هذه الجملة إلى قوله: «و إمّا لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة بقاعدة اليد» توجيه الحكم بضمان العين بوجهين ذكرهما صاحب الجواهر رحمته وإن تنظرَ فيها في آخر كلامه، و سيأتي نقلُ بعض ما أفاده. و على كلّ منها يُشكّل ما تقدّم عن المحقق الكركي من ترجيح القول بعدم ضمان العين عملاً بقاعدة «ما لا يضمن» و بأصالة البراءة عن الضمان.

(٢) هذا هو الوجه الأوّل للقول بضمان العين، و هو مؤخّر - ذكرأ - في الجواهر، قال رحمته: «على أنّه قد يقال: بعدم إندراج العين في قاعدة ما لا يضمن، فلا تعارض قاعدة اليد حينئذٍ، و ذلك لأنّ المراد من الإيجاب و السلب فيها ما كان مضموناً بسبب العقد، و ما لم يكن مضموناً كذلك. على معنى أنّ الضمان و عدمه مورد العقد كالمنفعة في الاجارة، و العين في الهبة. و لا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلية للعقد فيه، و إنّما هو لكونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسد عليها، لا من القاعدة المزبورة. و كذلك العين في العارية. فع فرض عدم الأمانة - لما سمعته من تقييد الاذن بالصحة، و المفروض إنتفاؤها - يتّجه ما نسباه - يعني المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض - إلى الأصحاب من الضمان ... الخ»^(١).

و محصل هذا الوجه: عدم شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين تخصّصاً، بتقريب: أنّ المراد بـ «ما يضمن و ما لا يضمن» ما وقّع عليه العقد، لا ما هو خارج عنه و يُعدّ من حواشيه، كمتعلّق متعلّقه. فاستفادة حكمه منوطة بملاحظة سائر القواعد والأدلة، فإنّ إقتضت الضمان قيل به، و إن لم تقتضه قيل بعدم الضمان. هذا بحسب الكبرى.

المنفعة، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد^(١). وحيث كانت^(٢) في صحيح
الاجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً، و من طرف المالك^(٣) لم يكن فيه ضمان. و أمّا
في فاسدها فدفع الموجد للعين إنما هو للبناء على إستحقاق المستأجر لها، لحق
الانتفاع فيها، و المفروض عدم الاستحقاق^(٤)، فيدّيه عليه^(٥) يدّ عدوان موجبة للضمان.
و إمّا^(٦) لأن قاعدة

و أمّا تطبيقها على المقام فهو: أن مورد الاجارة و متعلّقها هو المنفعة لا العين.
فإن كانت الاجارة صحيحة لم يضمنها المستأجر، لكونها أمانة شرعية و مالكية، أمّا
الاذن الشرعي فلو جوب تسليم العين للمستأجر من باب وجوب الوفاء بالعقد
ليستوفي منفعتها. و أمّا الاذن المالكّي فلأن الموجد يأذن للمستأجر في الانتفاع بها،
وهو منوط بتسليمها إليه. و من المعلوم فقدان هذا الاذن في الاجارة الفاسدة. فيتحقق
حينئذٍ موضوع قاعدة اليد المقتضية للضمان، و بهذا يتجه حكم صاحب الرياض رحمته
بالضمان، هذا.

(١) من قاعدة اليد و إحترام مال المسلم و نفي الضرر و غيرها، المقتضية
للضمان، أو قاعدة الاستيان المقتضية لعدمه.

(٢) أي العين. و جواب الشرط قوله: «لم يكن فيه ضمان».

(٣) أمّا الاذن الشرعي فلصحة الاجارة شرعاً المقتضية لكون العين أمانة
لاستيفاء منافعها مدة الاجارة. و أمّا الاذن المالكّي فلتسليمه إيّاها بطيب نفسه
للانتفاع بها إذا توقّف الانتفاع بها على التسليم.

(٤) لفساد العقد.

(٥) الضمير راجع إلى العين، فالأولى تأنيثه.

(٦) معطوف على قوله: «إمّا لخروجها» و هذا إشارة إلى ثاني الوجهين للحكم
بضمان العين المستأجرة. قال في الجواهر: «و إن كان قد يوجّه - يعني الضمان - على
تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم - على اليد - المعارض للقاعدة
المزبورة من وجه، و يرجّح عليها بالنسبة المزبورة. و دعوى العكس باعتمادها

بقاعدة الأمانة يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة، لكون الاذن كالمقيدة بذلك - أي بالصحة - فع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة»^(١).

و لا يخفى إبتناء هذا الوجه على شمول قاعدة «ما لا يضمن» للعين المستأجرة وعدم اختصاصها بمورد العقد و مصبه، إذ لو إختصت القاعدة بمورد العقد و متعلقه لم تكن العين المستأجرة مندرجة فيها، لعدم كونها أحد العوضين، فهي خارجة موضوعاً عن القاعدة.

و بناءً على هذا فتوضيح كون النسبة بين قاعدتي «اليد و ما لا يضمن» عموماً من وجه هو: أن قاعدة «اليد» تجري في المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد و نحوهما مما يكون المضمون عيناً، و تقتضي الضمان. و قاعدة «ما لا يضمن» تجري في العارية و نحوها من موارد الاستيان، فتقتضي نفي الضمان. و تجتمع القاعدتان في العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة، فتتطبق قاعدة اليد عليها، لعدم كونها أمانة بيد المستأجر، فتكون مضمونة. و كذلك تنطبق قاعدة «ما لا يضمن» عليها، و تحكم بعدم ضمانها، لتبعية الاجارة الفاسدة لصحتها، فكما لا تضمن العين في صحتها فكذا في فاسدها.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه، فإن كان لأحد العامين مرجح قُدم على الآخر، و إن كانا متكافئين تساقطا و يُرجع إلى دليل ثالث. هذا بحسب الكبرى.

و المدعى في كلام صاحب الجواهر رحمته تقديم قاعدة «اليد» في المجمع - المقتضية للضمان - على قاعدة «ما لا يضمن» النافية له. و الوجه في التقديم معاضدتها بفتوى الأصحاب بالضمان، على ما نسبته المحقق الأردبيلي و صاحب الرياض رحمتهما إليهم. و لامعاضد لقاعدة «ما لا يضمن» لأن قاعدة الاستيان النافية للضمان مخصوصة

«ما لا يضمن» معارضة بقاعدة اليد^(١).

و الأقوى^(٢) عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة^(٣) بالعين

بما إذا كان دفعُ العين إلى المستأجر مبنياً على صحة الاجارة لا مطلقاً. هذا توضيح كلام الجواهر.

و يحتمل أن يكون غرض المصنف رحمته من هذا الوجه الثاني تقديم قاعدة اليد لكونها أخصّ مطلقاً من قاعدة «ما لا يضمن» و من المعلوم أن التعارض بين العام والخاص المطلقين بدوي، و يتعين التخصيص. فيقال: إن قاعدة «ما لا يضمن» تنفي الضمان عن العين في الاجارة الصحيحة و الفاسدة، و قاعدة اليد تقتضي الضمان في الفاسدة، فتكون «اليد» مخصصة لقاعدة «ما لا يضمن» و تبقى العين في الاجارة الصحيحة موضوعاً لها، كموضوعية سائر العقود الأمانية لها.

(١) لا يخفى قصور العبارة عن تأدية المراد، فإن المقصود توجيه ضمان العين في الاجارة الفاسدة، و من المعلوم أن مجرد تعارض القاعدتين ليس من أسباب الضمان، إذ لو كانتا متكافئتين تساقطتا، و المرجع حينئذ هو أصالة البراءة عن الضمان كما تقدم في كلام المحقق الكركي رحمته.

و عليه كان الأولى أن يقال: «معارضة بقاعدة اليد، لكنها لأخصيتها تخصّص قاعدة ما لا يضمن» كما يستفاد هذا التخصيص من قوله: «غير مخصصة».

(٢) بعد أن بين المصنف كلا دليلي الضمان و عدمه قوى عدم الضمان، للخدشة في الوجهين المتقدمين عن الجواهر. و مقصوده رحمته إثبات عدم الضمان بدليل إجتهادي وهو قاعدة «ما لا يضمن» لا بالأصل العملي الذي ركن إليه المحقق الكركي رحمته.

(٣) هذا دفع الوجه الثاني للضمان، و هو تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد.

و محصل الدفع: إبقاء قاعدة «ما لا يضمن» عن التخصيص بقاعدة اليد، لما تقرّر في بحث تعارض الدليلين من اشتراط التخصيص ببقاء العام على حيثية كونه قانوناً، و عدم لزوم الاستهجان العرفي من كثرة التخصيص، بحيث تبقى تحت العام أفراد

المستأجرة،

نادرة، فيمتنع التخصيص لو ترتب محذور الاستهجان عليه. ولا فرق في هذا الامتناع بين كون نسبة المتعارضين عموماً مطلقاً ومن وجه، لاتحاد الملاك في كليهما.

و هذه الكبرى منطبقة على المقام. أمّا بناءً على كون النسبة عموماً من وجه كما صرح به صاحب الجواهر رحمته فلأنّ غالب العقود المندرجة تحت عموم «ما لا يضمن» مشمولة لقاعدة اليد أيضاً، كالمضاربة والرهن والهبة ونحوها مما تقع على الأعيان، فلو بنينا على تقديم قاعدة اليد لزم إختصاص «ما لا يضمن» بالعارية غير المضمونة، وهذا في الحقيقة إلغاء لتشريعها بنحو ضرب القانون. و أمّا لو قدّمنا هذه القاعدة على اليد لم يلزم هذا المحذور، لبقاء موارد عديدة مندرجة تحت اليد المقتضية للضمان كالمغصوب والمقبوض بالسوم وبالبيع الفاسد وغيرها.

و على هذا نقول: إنّ العين المستأجرة بالاجارة الفاسدة باقية تحت قاعدة «ما لا يضمن» بعد البناء على شمول القاعدة لمصّب العقد وملتق متعلقه.

و أمّا بناءً على كون النسبة عموماً مطلقاً فكذا يتعيّن تقديم القاعدة على اليد، فإنّ الظاهر أخصّيّتها من اليد، دون العكس، وذلك لورود هذه القاعدة مورد اليد، نظير ورود قاعدة التجاوز في مورد إستصحاب عدم، إذ البناء على فعل المشكوك فيه - كالركوع والسجود - مخالف لاستصحاب عدم الاثبات به المقتضي لتداركه، مع أنّهم بنوا على تقديم القاعدة على الاستصحاب سواء كانا أمارتين أم أصليين محرزين، أم مختلفين. و الوجه في تخصيص دليل الاستصحاب هو ورود القاعدة مورده بحيث يلزم لغويّة تشريعها لولا التخصيص.

و هكذا الحال في المقام، لأنّ غالب العقود التي تجري فيها قاعدة «ما لا يضمن» تجري فيها قاعدة اليد، ولا عكس. فتقديم قاعدة اليد المقتضية للضمان إلغاء لتشريع قاعدة «ما لا يضمن».

هذا كلّهُ توضيح عدم تخصيص قاعدة «ما لا يضمن» بقاعدة اليد. و عليه فالعين في الاجارة الفاسدة غير مضمونة، عملاً بقاعدة «ما لا يضمن».

(١) هذا إشارته إلى ردّ أول الوجهين المتقدمين عن صاحب الجواهر رحمته الذي كان حاصله خروج العين المستأجرة موضوعاً عن قاعدة «ما لا يضمن» فتشمّلها القواعد الأخر كقاعدة اليد الموجبة للضمان.

و محصل مناقشة المصنّف رحمته فيه هو: إندراج العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» و عدم خروجها عنها تخصّصاً كعدم خروجها عنها تخصّصاً.

و الوجه في بطلان التخصّص المزبور: أنّ المعوِّض في إجارة الأعيان - كالدار - وإن كان هو المنفعة، إلّا أنّ الوفاء بالعقد يقتضي تسليم العين للمستأجر كي ينتفع بها، فالعقد يتضمّن شرطاً إرتكازياً متعارفاً، و هو جعل العين أمانة بيد المستأجر. و حيث كان التسليط مالكيّاً و مبتنياً على الأمانة كان خارجاً عن قاعدة اليد و مندرجاً في «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» لما تقرّر عندهم من إنتفاء الضمان في موارد الاستيذان.

فإن قلت: يختص كون العين أمانة مالكيّة و شرعيّة - بيد المستأجر - بصحة عقد الاجارة، و أمّا مع فسادها فلا، إذ لا يستحقّها المستأجر حتى تكون أمانة عنده. قلت: لا فرق في قصد الاستيذان بين صحة الاجارة و فسادها، فإنّ المالك يرى نفسه ملزماً بالوفاء بالشرط الضمني الارتكازي، فيجعل العين أمانة بيد المستأجر، و يكون إعتقاد صحة العقد داعياً له إلى تسليم العين. فلو كانت الاجارة فاسدة لم تقدح في قصد المالك، و إنّما يلزم تخلف دأعيه إلى التسليم. و قد تقرّر عندهم عدم العبرة بتخلف الدواعي، كما إذا قدّم المضيف طعاماً لضيفه معتقداً بأنّه عالم، فتبيّن كونه جاهلاً، فلا ريب في جواز الأكل، لأنّه من قبيل تخلف الداعي.

و قد تحصل: أنّ العين المستأجرة - فاسدة - غير مضمونة على المستأجر لو تلفت بيده، لشمول قاعدة «ما لا يضمن» لها، و لا منحّص لها في البين، كما عرفت. فالأقوى وفاقاً للمحقق الكركي عدم الضمان، لكن للقاعدة، لا للأصل العملي. هذا كله في التخلّص عن النقض الأوّل من النقوض الواردة على القاعدة.

ثم إنه يشكل إطراد القاعدة في موارد:
منها^(١): الصيد الذي إستعاره المحرم من المحل

الجهة الثانية: موارد النقض على قاعدة «ما لا يضمن»

أ: النقض بعارية الصيد

(١) هذا ثاني النقوض التي أوردوها على قاعدة «ما لا يضمن» و النقض الأول ما تقدم من الاجارة الفاسدة على التفصيل المزبور.

و محصل هذا النقض الثاني: أن العارية الصحيحة لاتوجب الضمان، مع أن فاسدها في الصيد الذي إستعاره المحرم من المحل يوجب الضمان. و فرض هذا النقض هو ما إذا لم يكن في الحرم، لأن الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم أيضاً. فالمسألة مفروضة فيما إذا كان هناك شخصان، أحدهما محرم خارج الحرم، و الآخر محل، فصاد الثاني حيواناً و إستعاره المحرم منه، فإنه لا إشكال في وجوب إرساله عليه، فإن أرسله فلا خلاف في ضمانه لمالكه. و هذا خارج عن مورد البحث، لكونه إتلافاً ولو بإذن الشارع، فلا ينتقض به القاعدة، لأن عدم الضمان في قاعدة «ما لا يضمن» يختص بالتلف، فالإتلاف خارج موضوعاً عن حيزها.

و إن أمسكه فإن مات بآفة سماوية أو كان طائراً فطار - و هذا هو مورد نقض قاعدة «ما لا يضمن» على القول بفساد عارية الصيد للمحرم - ففيه خلاف بينهم، فمنهم من ذهب إلى الضمان، مع أن صحيح العارية لا ضمان فيه، و منهم من قال بعدمه. بل يظهر من الجواهر^(١) عدم وجود مصرح بالضمان في مفروض البحث أعني التلف السماوي، و أن حكمهم بالضمان إنما هو في صورة الإتلاف المترتب على الموت بعد الإرسال.

قال في الشرائع: «و لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له

بناءً^(١) على فساد العارية، فإنهم^(٢) حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به. ولذا^(٣) ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة و الفساد.

إمساكه، فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه، وإن لم يشترط عليه ذلك في العارية»^(١). فإن ظاهره ترتب الضمان على الإرسال الذي هو إتلاف الصيد، فلا يشمل ما نحن فيه وهو التلف.

(١) هذا ظاهر في أن فساد إستعارة المحرم مسألة خلافية كما ستأتي في عبارة المسالك. وعلى كل فنشأ الفساد هو النصوص الناهية عن إمساك الصيد والامرة بتخلية سبيله. ومن المعلوم إشتراط صحة العارية بحلّة الانتفاع بالعين المعارة.

(٢) هذا وجه ورود النقض على قاعدة «ما لا يضمن» وقد عرفته آنفاً.

(٣) يعني: و لكون صحيح العارية لا يضمن به ناقش الشهيد في ضمان المحرم قيمة الصيد للمالك على كل من تقديري صحة عقد عارية الصيد للمحرم و فساده، لأنها إن كانت صحيحة فلا ضمان، وكذا إذا كانت فاسدة، لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

قال في المسالك: «و مقتضى عبارة المصنف رحمته الله و جماعة أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضاً بالقيمة، لأنهم جعلوها من العواري المضمونة، وإن لم يشترط فيها الضمان. و دليله غير واضح، إذ مجرد تحريم إستعارته لا يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته.

أما مع صحته فالأصل في العارية عندنا أن تكون غير مضمونة، إلا أن يدل دليل عليه، و لم يذكروا هنا دليلاً يعتمد عليه. و أما مع فساده فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان و عدمه كما أسلفناه في مواضع قاعدة كلية.

و يمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص بأن المحرم لو أ تلف صيداً مملوكاً فعليّه فداؤه للمالكه، فيدخل فيه صورة النزاع. و فيه نظر، لمعارضته بالنص

إلا أن يقال^(١): إن وجه ضمانه

الصحيح الدالّ على أنّ العارية غير مضمونة، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك، يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد، فالترجيح غير واضح»^(١) (*).

توضيح وجه نظره: أنه كما يمكن أن يقال بالضمان، للنصوص الدالّة على «أنّ من أتلّف صيداً مملوكاً فعليه فداؤه» الشاملة لمورد النزاع، كذلك يمكن أن يقال بعدم الضمان، لما دلّ على أنّ العارية غير مضمونة. وكما يمكن تخصيص نصوص الفداء بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك، فتخرج العارية عنها، فلا ضمان في الصيد المعار؛ فكذا يمكن تخصيص ما دلّ على عدم الضمان في العارية بغير الصيد، ففي عارية الصيد ضمان، ولم يظهر ترجيح لأحدهما.

(١) هذا توجيهٌ لضمان قيمة الصيد المعار، مع إقتضاء قاعدة «ما لا يضمن» عدمه. وحاصل التوجيه: خروج عارية الصيد موضوعاً عن حيّز قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بالتلف. ووجه الخروج كون الضمان للإرسال الذي هو بمنزلة الاتلاف، فلا نقض على القاعدة.

و لتوضيح التوجيه ينبغي تقديم أمرين:

الأول: الالتزام بوجوب إرسال الصيد المعار، كما هو المشهور، بل في

(*) لا يخفى أنه على ما أفاده في المسالك تكون النسبة بين ما دلّ على ضمان الصيد المتلف بغير إذن المالك، وبين ما دلّ على عدم الضمان في العارية عموماً من وجه، ومع عدم المرجح لتخصيص أحد الدليلين في المجمع - وهو الصيد المستعار - يرجع إلى الأصل، وهو هنا البراءة عن الضمان.

جامع المقاصد: «لم اظفر إلى الآن بمخالف»^١ و إن تأمل هو فيه. قال العلامة رحمته: «لا يحل للمحرّم إستعارة الصيد من المحرّم و لا من المحلّ، لأنّه يحرم عليه إمساكه، فلو إستعاره وجب عليه إرساله، و ضمن للمالك قيمته. ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحلّ، و بالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الامساك»^٢.

فلو قلنا بعدم وجوب تخلية سبيله و جواز ردّه إلى المالك المعير لم يتّجه ضمان القيمة حتّى يكون مبنى النقض على قاعدة «ما لا يضمن». و يلوح من الشهيد الثاني رحمته عدم تعيّن وجوب الارسال، قال رحمته بعد التأمل في فساد عارية الصيد ما لفظه: «فعلى تقدير قبضه له - أي قبض المستعير للصيد - إن ردّه على المالك لزمه الفداء لله تعالى، و برىء من حق المالك. و إن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه لله تعالى، لأنّه ثابت عليه بمجرد الامساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك»^٣. فإنّ قوله: «و برىء من حق المالك» ظاهر بل صريح في عدم ضمان القيمة بمجرد الاستعارة، فلا ضمان على تقدير ردّ الصيد إلى مالكة، و إنّما يجب عليه الفداء و الكفّارة.

و الحاصل: أنّ مبنى التوجيه المذكور في المتن هو إستقرار القيمة على عهدة المحرّم المستعير بمجرد قبض الصيد من المحلّ.

الثاني: أنّ كون المستعير ضامناً لقيمة الصيد لمالكه مع فرض بقاء عينه - و عدم إرساله بعد - لا بدّ أن يكون للجمع بين دليلين، أحدهما: حرمة مال المسلم المقتضية لضمان ماله بماله من الخصوصيّات الشخصيّة و الصنفيّة و النوعيّة. و ثانيها: وجوب إرسال الصيد و تخلية سبيله و حرمة تسليمه إلى المعير، فإنّه أمرٌ بإعدام خصوصيّة و شخصيّة.

فمقتضى الجمع بينهما القول بإلغاء إحترام الصيد - بعينه - رعايةً لحقّ

«١» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٦٠

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٠٩

«٣» مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٤٩

- بعد البناء^(١) على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته - أن المستقر عليه^(٢) قهراً^(٣) بعد العارية هي القيمة، لا العين (*). فوجوب دفع القيمة ثابت

المخالف جلت آلاؤه، و بقاء ماله على عهدة المستعير رعاية لحق المخلوق. إذا إتضح ما مهدناه قلنا في تقريب توجيه المصنف رحمه الله: أن ضمان الصيد ثابت بمجرد إستيلاء المحرم على العين، حيث إنه مأمور بالارسال الذي هو إتلاف - ولو تنزيراً - و مورد قاعدة «ما لا يضمن» هو التلف لا الإتلاف. فلا ينتقض القاعدة بضمن الصيد المستعار، لخروجه عن القاعدة موضوعاً، لما عرفت من أن موردها التلف، لا الإتلاف الذي هو المفروض في عارية الصيد.

(١) كما هو المشهور. و أمّا بناءً على تخيير المستعير بين الرد إلى المالك، و بين الارسال و ضمان قيمة الصيد لم يتم هذا التوجيه. و هذا إشارة الى الأمر الأول الذي مهدناه لتوضيح المتن.

(٢) أي: على المحرم.

(٣) يعني: بحكم الشارع، و هذا كأنه خرق لقانون ضمان مال الغير، إذ لم يُعهد إستغال الذمة بالبذل من المثل أو القيمة مع بقاء العين، و التمكن من إيصالها إلى المالك. و لا بد أن يوجه بأن الشارع أبقي مائة العين و ألغى حرمة خصوصيتها، بالأمر بإرساله، كما أوضحناه في الأمر الثاني.

(*) هذا غير ظاهر، إذ لازمه عدم براءة ذمة المستعير بدفع العين، لفرض كون ذمته مشغولة بالقيمة. و لا يظن من أحد أن يلتزم بذلك. و لعله لهذا حمل صاحب الجواهر حكمهم بالضمان على الارسال، لا على مجرد العارية. قال رحمه الله شارحاً لكلام المحقق: «لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً، لأنه ليس له إمساكه، بل يجب عليه إرساله. و حينئذ فلو أثم و أمسكه ثم أرسله ضمنه...»^(١).

قبل التلف^(١) بسبب وجوب الاتلاف الذي^(٢) هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد^(٣).

(١) يعني: فلا تُنقض قاعدة «ما لا يضمن» بعارية الصيد، لأنَّ ضمان قيمته ثابت قبل التلف و مستند إلى الأمر بإرساله، الذي هو بمنزلة إتلافه، ومن المعلوم أنَّ الضمان المنفي في قاعدة «ما لا يضمن» إنّما هو بعد التلف، ولا منافاة بين ثبوت الضمان بالاتلاف وما هو بحكمه، وبين نفيه بالتلف.

(٢) صفة للإتلاف، لا للوجوب، لأنَّ المضمَّن هو الاتلاف لا الأمر به، لقولهم: «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

(٣) المراد بالعقد هو الذي يكون موضوعاً لقاعدة «ما لا يضمن» فإنَّ الاتلاف مضمَّن فيه. و أمَّا العقد الموضوع لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فالضمان بالقيمة الواقعية ثابت بمجرد التلف. ولما كانت العارية مندرجة في «ما لا يضمن» توقَّف الضمان فيها على الاتلاف. هذا توضيح ما أفاده المصنّف رحمه الله.

و لا يخفى أنَّ توجيه الضمان بالاتلاف قد أفاده صاحب الجواهر رحمه الله وإن خصَّ الضمان بما إذا خلى سبيل الصيد، قال رحمه الله: «و وجوب ذلك - أي إرسال الصيد - عليه لا ينافي ضمانه لمالكه وإن أقدم - أي المالك - على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالارسال، فإنَّ ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله، كما لا يقتضي إبطال

ويظهر منه عدم وجود مصرّح بالضمان لو تلف الصيد بأفة سماوية بيد المستعير قبل إرساله. و من العجب أنَّ السيد رحمه الله حكى عبارة الشرائع هكذا قوله: «فلو أمسكه ثم أرسله ضمنه وإن لم يشترط عليه»^(١). ولعله اعتمد على ما في الجواهر من مزج الشرح بالمتن، وإلا فعبارة الشرائع خالية عن ترتب الضمان على الارسال، وإنَّما يترتب على الامساك، فراجع^(٢).

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٤

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٧٢

لا بسبب التلف (*)

سببته - أي الاتلاف - للضمان، الحاصلة من عموم قوله: من أتلف مال غيره فهو له ضامن...»^(١).

(*) فيه: أن الثابت على المستعير المحرم وجوب الإرسال تكليفاً، وهو بنفسه لا يستلزم الوضع أعني به الضمان وإستقرار القيمة في الذمة، بحيث يكون نفس وجوب الإرسال - كالاتلاف - موجباً لاشتغال الذمة بالقيمة، فإن سببته وجوب الإرسال للضمان محتاجة إلى دليل. و وجوب إيجاد سبب الضمان ليس من أسباب الضمان، بشهادة عدم ضمان من يجب عليه أكل طعام الغير حفظاً لنفسه عن التلف لو لم يؤكل منه حتى مات، فإنه لا يضمن قيمة ذلك الطعام الذي أمر بإتلافه و أكله، ولذا لو لم يرسلها بل ردّها إلى المالك لم يضمن له شيئاً وإن كان آثماً لتركه الإرسال الواجب.

و عليه فالضمان لا يتحقق إلا بعد التلف، و يكون مستنداً إليه، فينتقض به القاعدة. وكيف كان فالنقض بعارية الصيد موقوف على أمور:

الأول: فساد العارية، إذ على فرض صحتها لا يكون الضمان فيها نقضاً لقاعدة «ما لا يضمن» بل يكون تقييداً لأدلة عدم ضمان العارية الصحيحة، كما لا يخفى.

الثاني: التلف، إذ الاتلاف خارج موضوعاً عن مفروض البحث، فلا بد من إثبات كون المقام من التلف.

الثالث: الضمان لو تلف الصيد عند المستعير، إذ بدونه لا يكون نقضاً على القاعدة.

الرابع: عدم زوال ملكية المعير المحلّ بتسليم العين إلى المحرم المستعير، إذ مع زوالها كان الضمان - بناءً على ثبوته - غير مرتبط بالعارية الفاسدة، لأن نفس التسليم إلى المحرم و تسلّم المحرم له بأيّ نحو كان موجب لسقوط ملكه. وهذا أجنبى عن الاعارة وعقدها.

أما الأول: فيمكن الاستدلال عليه بقوله تعالى: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صِيدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾^١ بعد ظهور الصيد في المصيد أي الحيوان الوحشي، لا في معناه المصدري، وذلك بقرينة إضافته في الآية الشريفة المتقدمة عليها إلى البرّ والبحر. و بقرينة قوله تعالى: ﴿ متاعاً لكم و للسيارة ﴾^٢ وقوله تعالى في الآيتين المتقدمتين، وهما: ﴿ ليبلوكنكم الله بشيءٍ من الصيد تناله أيديكم و رماحكم ﴾^٣ و ﴿ لا تقتلوا الصيد و أنتم حُرَّم ﴾^٤. و قد أطلق على الحيوان الصيد باعتبار كونه في معرض الاصطياد، و لا بأس به، لأنّه إطلاق شائع.

و تحريم ذات الصيد كغيره من التحريمات المضافة الى الذوات - بقرينة حذف المتعلق - ظاهر في حرمة جميع تقلباته اصطيداً و حيازةً و تملكاً و بيعاً و شراءً و إعارَةً و إستعارةً و إستئماناً و إمساكاً و غيرها، بتقريب: أنّ الحرمة بمعنى المنع الشامل للتكليفي و الوضعي، و على هذا فلا يصح كل تصرف إعتباري و خارجي يتعلّق بالعين التي أضيفت إليها الحرمة، فلا تصح إعارتها، إذ لا يصح الانتفاع بها بعد حرمة كل تصرف يتعلّق بها. و من المعلوم إعتبار حليّة الانتفاع بها في صحة العارية.

و بالجملة: فيمكن الاستدلال على فساد عارية الصيد للمُحرّم بحرمة على المحرّم، بتقريب: أنّ قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ صِيدَ الْبَرِّ ﴾ ظاهر في حرمة جميع التصرفات المتعلقة به من الاصطياد و الامساك و الانتفاع به، كشرب لبنه و أكل بيضه و نحوهما، و بطلان بيعه و شرائه و عاريته و وديعته و إجارته و نحوهما، فإنّ حرمة الانتفاع بالصيد تهدم قوام العارية و هو جواز الانتفاع بالعين المستعارة.

إلا أن يقال: إنّ التحريم المضاف إلى العين ناظر إلى الفعل المناسب لها، كالتحريم

«١» سورة المائدة (٥) الآية ٩٦

«٢» سورة المائدة (٥) الآية ٩٦

«٣» سورة المائدة (٥) الآية ٩٤

«٤» سورة المائدة (٥) الآية ٩٥

المضاف إلى الأمهات. و عليه فالمراد بحرمة الصيد حرمة أكله، لأن الفعل المناسب هنا هو الأكل. نعم يراد بحرمة الصيد بقريئة النصوص حرمة جميع التقلبات.

وكيف كان فالظاهر فساد عارية الصيد لفقدان شرط صحتها وهو حلية الانتفاع به. و أمّا الثاني: - أعني به صدق التلف - فالظاهر ذلك و عدم صدق الاتلاف على الحكم بالارسال، فلا موضوع عرفاً لقاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». ولا شرعاً، إذ لم يظهر دليل على تنزيل الارسال الواجب منزلة الاتلاف حتى يخرج إعارة الصيد عن موضوع قاعدة «ما لا يضمن» و يندرج في قاعدة «من أتلف» الحاكمة على قاعدة «ما لا يضمن» بعد توسعة موضوع قاعدة «من أتلف» ليشمل الاتلاف الحقيقي والتنزيلي.

هذا مضافاً إلى: أن الاتلاف التنزيلي منوط بوجوب الارسال، وهو غير مسلم، لذهاب صاحب الحداثق إلى وجوب رد الصيد إلى مالكه. و على هذا فالنقض وارد.

و أمّا الثالث: - وهو الضمان - فقد عرفت الخلاف فيه، و مناقشة الشهيد الثاني في ذلك، وكلام الجواهر، وهو عدم وجود مصرّح بالضمان في صورة التلف السماوي الذي هو مورد البحث، فراجع. و مع الخلاف في الضمان لا وجه لجعله من موارد النقض.

و أمّا الرابع: - وهو عدم زوال ملكية المعير - فقد يستدل له بالآية الشريفة: ﴿و حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتَ حُرّاً﴾ بالتقريب المشار إليه من أن حرمة ذات الصيد بنحو الحقيقة الادعائية إنما هي بلحاظ حرمة جميع التقلبات تكليفاً ووضعاً، ومنه حرمة الاصطياد مباشرة و تسبيهاً، بل و دلالة وإشارة، و منه حرمة إرجاع الصيد إلى بيت مغلق وإلى الصياد، و ذلك يستلزم وجوب إرساله الذي لازمه الخروج عن ملك صاحبه.

لكن فيه أولاً: أن إستفادة وجوب إرسال مال الغير - و حرمة إرجاعه إلى صاحبه - من الآية المباركة مشكلة جداً، لعدم إطلاق لها يشمل كون الصيد مال الغير.

و ثانياً: - بعد تسليم الوجوب - أن كونه ملازماً لخروجه عن ملكه ممنوع، نظير

وجوب أكل مال الغير في المخصصة، في عدم إستلزامه للخروج عن ملك مالكه.
و مثل الاستدلال المزبور في الضعف ما قيل: من كون إيجاب الارسال مساوفاً
لسلب جميع الانتفاعات، وهو ملازم لسلب الملكية التي تعتبر بلحاظ الآثار، فما لا أثر له
لا يعتبر ملكيته، كأمر الشارع بإهراق الخمر الكاشف عن عدم مملوكيتها. و أمره بإرسال
المحرم صيده الكاشف عن سلب ملكيته.

وجه الضعف بعد التسليم في المثالين - وهما الأمر بإهراق الخمر وإرسال الصيد
- أنه لا وجه له في المقام، إذ الحكم بالاتلاف مع الضمان مؤكّد للملكية لا مزيل لها. نعم
لو نهض دليل على عدم ضمانه بالارسال كان لما ذكر من سلب الملكية وجه.
و ما قيل من: «أن الأمر في المقام دائر بين التخصيص و التخصص، و أصالة
العموم تقتضي عدم التخصيص، لأن جواز التصرف و الارسال مع بقاء الملكية
تخصيص لدليل حرمة التصرف في مال الغير، فأصالة الاطلاق تكشف عن خروجه عن
ملكه، و أن جواز الارسال إنما هو لخروج الصيد عن ملك مالكه» ضعيف.
وجه الضعف أولاً: أن الخروج عن الملك قهراً تقييد لدليل الملكية.
و ثانياً: أن أصالتي العموم و الاطلاق لا تجريان مع العلم بمراد المتكلم كالمقام،
والشك في التخصيص و التقييد كما قرّر في محله.

فالمتحصّل: أن عدّ عارية الصيد للمحرم من نقوض قاعدة «ما لا يضمن» غير
ظاهر. و على تقدير تمامية النقوض لا يرد طعن على القاعدة عكساً أو أصلاً على فرض
تماميتها في نفسها، لكونها من العمومات القابلة للتخصيص.

بقي التعرّض لأشكالٍ أورده السيد ميرزا على المتن، و محصله: أن سببية الاتلاف
لضمان قيمة الصيد مبنية على وجوب إرساله على المحرم حتى يكون إتلافاً لمال الغير.
و ليس الأمر كذلك، إذ المستفاد من النصوص حرمة إمساكه، و هي لا تستلزم وجوب
الارسال، لا مكان التخلص من حرمة برده إلى المعير، و معه لا موجب لضمانه بمجرد

تسَلَّم الصيد من المعير،^١ هذا.

أقول: لا ريب في إختلاف مضامين نصوص الباب، ففي بضعها الأمر بالتخلية. كقوله عليه السلام في رواية: «إِذَا اسْتَوَى جَنَاحَاهُ خَلَّى عَنْهُ»^٢ ونحوه قوله عليه السلام في رواية «فَخَلَّ سَبِيلَهَا»^٣ ونحوهما ممَّا هو ظاهر جدًّا في وجوب الارسال. وفي بعضها النهي عن إمساك الصيد، كرواية شهاب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام: «حُرِّمَ عَلَيْكَ ذَبْحُهُ وَإِمْسَاكُهُ»^٤ وإليه نظر السيد عليه السلام، لا مكان إمتثال هذا النهي بكل من الارسال والرد إلى المعير إن كان عارية.

ولا ريب في أنَّ المَجْعُولَ شرعاً في حقِّ المُحَرِّمِ أمر واحد، وهو إمَّا مطلوبة الارسال، فتكون مبغوضية الامساك والحبس بالعرض، وإمَّا بالعكس. ولا يبعد إستظهار الاحتمال الأوَّل من مجموع النصوص الواردة في الصيد المملوك وغيره، وأنَّه بمجرد الاحرام يُرسله، وأنَّه لا يُغلق الباب عليه ولا يؤذيه، لأنَّ من دَخَله كان آمناً.

مضافاً إلى فهم الأصحاب وتعبيرهم بوجوب الارسال أو التخلية كما يظهر بمراجعة المتون الفقهية كالنهاية وفقه القرآن والشرائع والسرائر والقواعد والمختصر النافع وغيرها، ونحوها الوسائل أيضاً، فإنَّه عنوان الباب الثاني عشر من أبواب الصيد بقوله: «أَنَّ الْحِمَامَ وَنَحْوَهُ حَتَّى الْأَهْلِيَّ إِذَا دَخَلَ الْحَرَمَ وَجَبَ عَلَى مَنْ هُوَ مَعَهُ إِطْلَاقُهُ»^٥ ثم ذَكَرَ بعض النصوص الناهية عن إمساك الصيد في هذا الباب.

وعليه فتعبير المصنَّف عليه السلام بوجوب الارسال أقرب إلى مضامين النصوص الأمرة بتخلية سبيل الصيد وإرساله، خصوصاً مع تأييدها بفهم الفقهاء، وحيث إنَّ الأمر بالارسال أمر بإتلافه كان ضمان قيمته ضمان الاتلاف لا التلف.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٤

«٢» و «٣» وسائل الشيعة، ج ٩، ص ١٩٩، الباب ٢ من أبواب كفارات الصيد و توابها، الحديث ١

«٤» المصدر، ص ٢٠٠، الحديث ٢

«٥» المصدر، ص ٢٠٠

و يُشكّل^(١) إطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها^(٢)، فإنّ هذه المنافع^(٣) غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنّها

ب: النقض على القاعدة بمنفعة المبيع فاسداً

(١) معطوف على «يشكّل» و هذا نقض ثالث على قاعدة «ما لا يضمن» ومحصّله: منع الملازمة بين البيع الصحيح و الفاسد في ضمان المنافع الفائتة، مع أنّ مقتضى القاعدة تبعية العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان.

و توضيحه: أنّ المشتري للمبيع - بالعقد الفاسد - إمّا أن يستوفي منافعه و ينتفع به، كما إذا اشترى داراً فسكن فيها أو سياراً فركبها، و لا ريب في ضمانها، لما سيأتي إن شاء الله تعالى في الأمر الثالث مما يترتب على المقبوض بالبيع الفاسد. وإمّا أن لا يستوفي منافعها، بل فاتت كما إذا لم يسكن في الدار مع قابليتها للسكنى. وهذه المنافع الفائتة غير مضمونة في العقد الصحيح، و مضمونة في الفاسد، فإذا فسخ العقد الصحيح بإقالة أو غيرها لم تكن منفعتها الفائتة مضمونة على المشتري، و إنّما عليه تسليم الدار للبائع و له إسترداد تمام الثمن منه.

و أمّا إذا كان البيع فاسداً فقد حكموا بأنّ المشتري كما يضمن العين - لو تلفت بيده - كذلك يضمن بدل منفعتها الفائتة في المدة التي كانت الدار تحت يده و سلطنته. وهذا الحكم بالضمان منافي لقاعدة «ما لا يضمن» لأنّ عدم ضمان منافع المبيع بالبيع الصحيح يقتضي عدمه في البيع الفاسد أيضاً. مع أنّهم فرّقوا بين البيع الصحيح و الفاسد، و حكموا بضمان المنفعة الفائتة في المقبوض بالبيع الباطل. و هذه التفرقة تكشف عن عدم كون «ما لا يضمن» قاعدةً كليّةً حتى يرجع إليها في كلّ عقدٍ لم يضمن بصحيحه، هذا.

(٢) قد تقدّم آنفاً وجه تقييد المنافع بعدم إستيفائها، لوضوح أنّ المنافع المستوفاة مضمونة بقاعدة الاستيفاء لا باليد، فلا مورد للنقض بها على قاعدة «ما لا يضمن».

(٣) أي: المنافع الفائتة.

مضمونة في العقد الفاسد.

إلا أن يقال^(١): إنَّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفساد^(٢). وفيه نظر^(٣)، لأنَّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيءٍ في العقد

(١) هذا جواب النقض، ومحصّله: أنّه لا موضوع للنقض بالمنافع القائمة، وذلك لأنّها مضمونة في عقد البيع سواء أكان صحيحاً أم باطلاً، فهي داخلة في أصل القاعدة أعني به «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده». والوجه في ضمان المنافع مطلقاً سواء أستوفيت أم فاتت هو: أنَّ البيع وإن كان «تقليك عين بعوض» وظاهره خروج منافع العين عن مورد المعاملة، إلا أنَّ الصحيح ضمان منافعها أيضاً. وذلك لكونها ملحوظة في مقام المعاوضة ومؤثّرة في رغبة المشتري عند شراء العين، بل لزيادة المنفعة وقلّتها دخل في قيمة العين، كما هو المشاهد من طريقة العقلاء في شراء الأعيان ذوات المنافع. وعلى هذا فنمات المبيع مضمونة على المشتري، ويجب عليه ردّ عوضها إلى البائع إذا تبين فساد البيع.

و هذا الجواب وإن لم أظفر به بهذا النحو من إستتباع ضمان العين لضمان المنفعة - في الجواهر وغيره، لكن في بيان المحقق الكركي رحمته ما يستفاد منه ضمان منافع المقصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال رحمته في جواب إشكال عدم ضمان المنفعة ما لفظه: «لما كان المجموع في مقابلة المجموع، وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كلّ منها مضموناً بجميع أجزائه، نظراً إلى مقتضى المقابلة»^(١). وظاهره تقسيط الثمن على العين والمنفعة، وهذا مغاير لما في المتن من الإستتباع الظاهر في كون الثمن بإزاء نفس المبيع وهو العين، وإنّما تضمن المنافع بالاستلزام والاستتباع، فلاحظ.

(٢) يعني: فلا يرد النقض، إذ المفروض ضمان المنافع في العقد الصحيح والفساد معاً، فهي من مصاديق أصل القاعدة لا عكسها.

(٣) هذا ردّ على إستتباع ضمان العين لضمان المنافع في العقد الصحيح والفساد.

الصحيح^(١)، لأن^(٢) الثمن إنما هو بازاء العين، دون المنافع.

وحاصل وجه النظر: أن الثمن يبذل بازاء العين في العقد الصحيح من دون أن يقع شيء منه بازاء المنافع حتى تكون مضمونة في العقد الصحيح. وعلى هذا فالمنافع خارجة عن مورد العقد، فالقاعدة غير متعمّضة لها، بل يرجع في ضمانها إلى اليد أو قاعدة الاحترام أو غيرهما، فالنقض غير متوجّه، لخروج المنافع عن مورد العقد، والقاعدة ناظرة إلى مورد العقد.

و بعبارة أخرى: أن منفعة المبيع وإن كانت ملحوظة للمشتري و متعلّقة لغرضه، إلا أنها داعية له على شراء العين، و من المعلوم الفرق بين الحيثية التقييدية كما إذا شرط في بيع الكتاب خياطة ثوبه، و بين الحيثية التعليلية الخارجة عن مصبّ العقد، كداعوية برودة الهواء لا شراء الألبسة الخشنة الحارة لدفع برودة الشتاء. والمناط في الضمان هو الحيثية التقييدية دون التعليلية، و لذا قالوا بأنّ تخلفّ الداعي عن المعاملة لا يوجب الخيار فيها و لا يُبطلها. وعلى هذا فالمضمون في البيع الصحيح هو نفس العين، كما أن المضمون في الإجارة هو نفس المنفعة. فالجواب المذكور غير وافي بدفع النقض.

و الصحيح في التخلص عنه أن يقال: إنّ المدار على الضمان و عدمه هو مصبّ العقد، لا ما يتعلّق به. و لما كان الثمن مقابلاً بالمبيع لا بمنافعه لم تدرج المنافع في أصل قاعدة «ما يضمن» كما زعمه المجيب عن النقض، و لا في عكسها كما زعمه الناقض. فإن قلنا بضمانها فبدليل آخر كقاعدة الاحترام. و إن قلنا بعدمه فللاقدام على تسليط المشتري على المبيع لينتفع به، هذا.

(١) يعني: لا يقتضي نفس البيع الصحيح ضمان منفعة المبيع حتى يقتضيه فاسده، فلو ضمنها المشتري في البيع الفاسد كان لدليل آخر.

(٢) تعليل لقوله «غير مضمونة» و المستفاد منه أمران، أحدهما: المناقشة في جواب النقض، والآخر: ردُّ أصل النقض. و قد تقدم توضيحها آنفاً بقولنا: «و حاصل وجه النظر: أن الثمن يبذل بازاء العين» وقولنا: «والصحيح في التخلص عنه أن يقال...».

و يمكن نقض^(١) القاعدة أيضاً^(٢) بحمل المبيع فاسداً^(٣)، على ما صرح به^(٤)

ج - النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسداً

(١) هذا نقض رابع على قاعدة «ما لا يضمن» و توضيحه: أنه إذا تباع زيد وعمر و حيواناً حاملاً - كشاة مثلاً - بعشرة دنانير، فإما أن يكون المبيع مؤلفاً من الحمل و الحامل بأن يُقسَّط الثمن على كليهما، و إما أن يكون المبيع خصوص الأم، و يبقى الحمل أمانة عند المشتري إلى أن يولد، فيسلمه إلى البائع.

فإن كان البيع صحيحاً فلا كلام على كلا التقديرين. و إن كان فاسداً توجه التفصيل بين الفرضين، فبناءً على الأول - و هو كون المبيع كليهما - يكون المشتري ضامناً لكل من الحمل و الأم لو تلفا أو تلف أحدهما.

و بناءً على الثاني - أي كون المبيع خصوص الأم - ففقتضى القاعدة عدم ضمان الحمل لو تلف عند المشتري، لأنه مما لم يضمن في البيع الصحيح، فيلزم أن لا يضمن في البيع الفاسد أيضاً، مع أن جماعةً حكموا بضمان هذا الحمل التالف. و هذا نقض على قاعدة «ما لا يضمن».

نعم بناءً على عدم ضمان الحمل - كما ذهب إليه جمع - لم يرد نقض على القاعدة، هذا.

(٢) يعني: كما أمكن نقض القاعدة بما تقدّم من الموارد الثلاثة.

(٣) متعلق بالمبيع، يعني: المبيع بالبيع الباطل.

(٤) أي: بضمان الحمل. قال شيخ الطائفة رحمته الله: «من غَصَبَ جاريةً حاملاً ضمَّنَهَا و حملها معاً. و ولدُ المشتراة شراءً فاسداً مثل ذلك»^(١). و الشاهد في قوله: «و ولد المشتراة» حيث إنه رحمته الله حكمَ على الجارية المشتراة بالشراء الفاسد بالضمان، سواء بالنسبة إليها و إلى حملها. و بهذا يتجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

في المبسوط و الشرائع^(١) و التذكرة^(٢) و التحرير «من كونه مضموناً على المشتري» خلافاً للشهيد^(٣)

(١) قال المحقق رحمته: «و غصبُ الأمة الحامل غصبٌ لولدها، لثبوت يده عليها وكذا يضمن حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد»^(١).

(٢) قال العلامة رحمته فيها: «إذا اشتري شراءً فاسداً وَجَبَ عليه ردُّه على مالكة، لعدم خروجه عنه بالبيع. و عليه مؤونة الردِّ كالمغصوب ... ولو زادت العين في يد المشتري زيادةً منفصلةً كالولد و الثمرة، أو متصلةً كالسمن و تعلُّم الصنعة وجب عليه ردُّ الزيادة أيضاً، لأنَّها غناء ملك البائع، فيُتَّبَع»^(٢).

و الشاهدُ في جعل الولد غناءً مضموناً للمبيع بالبيع الفاسد. و كذلك جَرَم العلامة بضمان الأم و الحمل في التحرير و الارشاد^(٣).

(٣) قال الشهيد رحمته: «و غصبُ الحامل غصبُ الحمل. أمَّا حمل المبيع فاسداً أو المستام فلا ضمان فيه. و قال الفاضل: يضمن الحمل في البيع الفاسد. و لعلَّه أراد مع اشتراط دخوله»^(٤).

أقول: و بهذا الاشتراط صرَّح العلامة في الارشاد، حيث قال: «ولو باع الحامل فالولد له، إلَّا أن يشترطه المشتري»^(٥). فلعلَّ الشهيد أراد إطلاق حكم العلامة في التذكرة و التحرير بضمان الحمل في المبيع بالبيع الفاسد، لا إطلاق كلامه في سائر كتبه. و كذا المحقق في الشرائع^(٦).

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٣٦

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٩٥

«٣» تحرير الاحكام، ج ٢، ص ١٣٧؛ إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٣٦٢

«٤» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٠٨

«٥» إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٣٦٦

«٦» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٥٧

و المحقق الثاني^(١) و بعض آخر^(٢)

و قال الشهيد الثاني رحمته في المسالك - بعد حكمه بضمان حمل الأمة المفصوبة - ما لفظه: «و أمّا ضمان حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد فإنما يتم مع دخوله معها في البيع، إمّا تبعاً كما يقوله الشيخ، أو مع الشرط. أمّا لو لم يكن داخلياً لم يتجه ضمانه، لأنّه مقبوض بإذن المالك، و ليس مبيعاً فاسداً حتى يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه ... و قد اختلف كلام العلامة في المسألة. ففي التحرير جزم بضمان الأمة و الحمل معاً كما ذكره المصنّف - يعني المحقّق - و في القواعد جزم بعدم ضمان الحمل. و هو الأصحّ. و لا إشكال مع دخوله في البيع»^(١).

و قال في الروضة: «و غصب الحامل غصب للحمل، لأنّه مغصوب كالحامل، فالاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعية لأّمه. و كذلك حمل المبيع فاسداً حيث لا يدخل في المبيع، لأنّه ليس مبيعاً، فيكون أمانةً في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، ولأنّ تسلّمه بإذن البائع. مع إحتاله، لعموم على اليد»^(٢).

و إحتاله الضمان غير مذكور في عبارة المسالك المتقدمة.

(١) قال رحمته في شرح قول العلامة في القواعد: «و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع فاسداً» ما لفظه: «أمّا حمل الغصب فإنّه مغصوب كالأصل. و أمّا حمل المبيع فإنّه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأمّ، فيكون أمانةً في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلّمه بإذن المالك الذي هو البائع»^(٣).

(٢) كالمحقق الأردبيلي رحمته «٤». و قال السيد الفقيه العاملي رحمته بعد سرد أسماء المذكورين في المتن: «و لعله - أي عدم الضمان - قضية كلام الباقيين إلّا

«١» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٥٥

«٢» الروضة البهية، ج ٧، ص ٢٤ و ٢٥

«٣» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٢٠

«٤» مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ٥١١

تبعاً للعلامة رحمته في القواعد^(١). مع أن^(٢) الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع^(٣). و عن الدروس^(٤) توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع. و حينئذٍ لا نقض على القاعدة^(٥).

من ستعرفه^(١).

(١) تقدّمت عبارة القواعد آنفاً. و بالجملة فبناءً على القول بعدم ضمان الحمل في بيع الحامل ببيع فاسد لا يتّجه النقض على قاعدة «ما لا يضمن».

(٢) هذا هو النقض على القاعدة بناءً على قول شيخ الطائفة و المحقّق و غيرهما من ضمان حمل المبيع فاسداً كضمانه بالغصب، مع عدم ضمانه في البيع الصحيح، لكون تمام الثمن بازاء الحامل، و عدم تقسيطه عليها و على الحمل.

(٣) إذ لو كان الحمل للمشتري - في البيع الصحيح - كان مضموناً عليه ببعض الثمن، لكونه جزءاً للمبيع.

(٤) غرضه رحمته من نقل توجيه الشهيد رحمته هو سلامة قاعدة «ما لا يضمن» عن النقض بحمل المبيع فاسداً، و محض التوجيه: أن مورد حكم العلامة - في ما عدا القواعد من كتبه - بضمان الحمل في بيع الحامل فاسداً هو ما إذا اشترط المشتري على مالك الأمّ بجزئية الحمل لها، كما إذا قال: «أشتري هذه الشاة الحامل على أن تكون سخلتها لي» و قبل البائع، فإنّ المشتري يضمن كلّاً منهما بالضمان المعاوضي، بمعنى وقوع بعض الثمن بازاء الأمّ و بعضه بازاء الحمل. و إذا تبين فساد العقد كان الضمان لأجل تخلف الشرط، لا لإقتضاء ذات العقد.

(٥) لأنّ الحكم بالضمان مع الشرط إنّما يكون لأجل الشرط، لا لاقتضاء ذات العقد. و من المعلوم أنّ مورد القاعدة هو إقتضاء نفس العقد للضمان و عدمه، لا لأمرٍ خارج عن حقيقته كالشرط، فيخرج عن موضوع القاعدة أصلاً و عكساً. فلا نقض.

و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة^(١) (*).

د - النقض على القاعدة بالشركة الفاسدة

(١) هذا نقض خامس على قاعدة «ما لا يضمن» و هو الفرق بين الشركة الصحيحة و الفاسدة. و تقرّبه: أن الشركة الفاسدة توجب الضمان و حرمة التصرف في المال المشترك، مع أن الشركة الصحيحة لا توجب الضمان، فينتقض قاعدة «كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بالشركة الفاسدة.

لكن هذا النقض إنما يتوجّه بناءً على عدم جواز التصرف بسبب الشركة الفاسدة في المال المشترك، لانتفاء الاذن في التصرف مع فساد الشركة. كما أن الوجه في جواز التصرف بقاء الاذن فيه.

و منشأ الوجهين أن تقييد الاذن بالشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب أم تعدده؟ فعلى الأول لا يجوز، و على الثاني يجوز، فلا نقض، لوجود الاذن الراجع للضمان، كعدم الضمان في الشركة الصحيحة.

مركز تحقيق كليات العلوم الإسلامية

(*) الظاهر عدم ورود هذا النقض، لأن الشركة إن كانت مقتضية لجواز التصرف لم يكن فرق بين الشركة الصحيحة و الفاسدة في عدم الضمان، لكون الشريك أميناً، و لا ضمان على الأمين. و إن لم تكن مقتضية له لم يجز التصرف مطلقاً، سواء صحّ عقد الشركة أم فسد، و يثبت الضمان مطلقاً، لعموم «على اليد» من دون مخصص. فهذا النقض غير وارد.

و قد يقال: بانتقاض أصل القاعدة - أعني به: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - بالنكاح الفاسد، مع علم المرأة بالفساد، لأنها حينئذ زانية، و لا مهر لبغي، فإن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة، دون فاسده.

لكن فيه ما لا يخفى، لأن النكاح خارج عن القاعدة موضوعاً، إذ ليس المهر بإزاء الاستمتاع بالزوجة حتّى يضمن على كلا تقدير صحة العقد و فساد، بل المهر بإزاء

بناءً^(١) على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ^(٢) عدواناً (*) موجب للضمان^(٣).

(١) إذ بناءً على إذن كل واحد من الشركاء لغيره في التصرف في المال المشترك مطلقاً - حتى مع العلم بفساد الشركة - لم يرد نقض على القاعدة، فالنقض مبني على وحدة المطلوب و تقييد الاذن في التصرف بخصوص الشركة الصحيحة شرعاً.

(٢) أي: حين فساد الشركة و إنتفاء الاذن.

(٣) فتُنقض قاعدة «ما لا يضمن» إذ لاضمان في الشركة الصحيحة، مع أن في فاسدها الضمان.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية مما يتعلق بقاعدة «ما لا يضمن» و سيأتي الكلام في الجهة الأخيرة، وهي دليل الاعتبار.

الزوجية الاعتبارية - سواء أكانت دائمية أم إنقطاعية - الثابتة بنفس العقد، لأن إستحقاق المرأة للمهر إنما هو بنفس العقد المحقق للزوجية وإن لم يكن هناك إستمتاع، كما إذا ماتت قبل مباشرة الزوج لها و التمتع بها.

و الحاصل: أنه ليس هنا شيء يضمنه الزوج بالتلف أو الاتلاف. و مورد القاعدة كون الضمان مسبباً عن أمر آخر غير العقد كالقبض في العقد، فإن التلف بعده يوجب الضمان، و قبله لا يوجبه، بل هو من مال بائعه.

و بالجملة: البضع و سائر الاستمتاع لا مالية لها شرعاً، فلا تقابل بالمال. نعم قد ثبت مهر المثل في بعض الموارد كالوطني بالشبهة، لاحترام الأعراض. فالمتحصل: أن ثبوت المهر في النكاح الصحيح، و عدمه في الزنا أجنبى عن مورد القاعدة.

(*) هذا متجه في صورة العلم بفساد الشركة دون الجهل به، فالدليل أخص من المدعى، فالأولى التمسك بقاعدة اليد.

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة^(١) - على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط - هي الأولوية^(٢).

الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»

أ: الأولوية

(١) أي: قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وقد أحسن المصنّف رحمه الله في التعبير بالقضية السالبة الموافق للصناعة، دون العكس لما مر من كون التعبير بالعكس مبنياً على المسامحة. وكيف كان فهذا شروع في الجهة الثالثة - والأخيرة - مما يتعلّق بالقاعدة، وهي مدركها والدليل عليها. والمذكور في المتن أمران: أحدهما الأولوية التي إستظهرها من عبارة المبسوط، و ثانيها الأخبار المتفرقة الواردة في عدم ضمان الأمين، وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا هو الدليل الأول، وقد نقل المصنّف كلام شيخ الطائفة رحمه الله إجمالاً في صدر المسألة و حكيناه هناك بالفاظه، فراجع (ص ٦٠) والمقصود منه هو إستدلاله على عدم ضمان العين المرهونة في الرهن المتضمن لشرط فاسد - مثل كونها مبيعة من المرتهن لو لم يؤدّ الراهن دينه، قال في المبسوط: «لأنّ صحيح الرهن غير مضمون عليه - أي على المرتهن - فكيف فاسده»^(١).

و هذه العبارة الموجزة يُحتمل أن يراد بها التعجّب من الضمان في العقد الفاسد الذي لا يؤثّر صحیحته في الضمان. و يحتمل أن يراد بها أولوية عدم الضمان في العقد الفاسد من عدمه في العقد الصحيح منه، كالرهن الصحيح و الفاسد. و إستظهر المصنّف رحمه الله هذا الاحتمال.

كما أنّه يحتمل أن يريد شيخ الطائفة - بناءً على الأولوية - أولوية عدم ضمان العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه كالرهن - من عدم ضمان نفس هذا العقد الذي لا يضمن بصحيحه. و لعلّ هذا ظاهر العبارة. و يحتمل أن يريد رحمه الله ما إستظهره

و حاصلها: أنَّ الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟ و توضيحه^(١):

المصنّف من أولويّة العقد الفاسد مما لا يضمن بصحيحه من فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه كالبيع.

و الانصاف عدم خلوّ المتن من إندماج، فلا بدّ أولاً من بيان ما أفاده الماتن في توضيح عبارة المبسوط، و ثانياً من التعرّض لما أفاده في تقريب الأولويّة.

(١) أي: توضيح إنتفاء الضمان في الرهن الفاسد و نحوه من العقود التي لا تضمن بصحيحها، و أمّا كون عدم الضمان في الفاسد للمساواة مع الصحيح أو للأولويّة فسيأتي في المتن بقوله: «وجه الأولويّة».

و محصل ما أفاده بقوله: «و توضيحه» هو: أنَّ سبب الضمان الجمليّ في العقود الصحيحة المضئنة كالبيع و الصلح المعاوضيّ و الاجارة إمّا أن يكون إقدام المتعاقدين على صيرورة مالٍ كلّ منهما مضموناً بمال الآخر. و إمّا أن يكون السبب إمضاء الشارع لما أقدم عليه، و حكمه بوجوب الوفاء بما إلترما به.

و كلا السببين منتفٍ في مثل الرهن. أمّا إنتفاء الإقدام على الضمان بالمسمى فواضح، لأنّ تسليم العين إلى المرتهن ليس بقصد تمليكها له بعوضٍ، بل بقصد كونها وثيقةً عنده، فتكون أمانةً كالعين في الوديعة و العارية و الوكالة. و أمّا إنتفاء الضمان الناشئ من حكم الشارع بصحّة العقد فلأنّ المراد بالصحة في باب المعاملات إمضاء ما إلترم به المتعاقدان و وجوب الوفاء به، فالامضاء يكون على طبق المضى و ممثلاً له. و لما كان المضى هو البناء على تسليم العين إلى المرتهن و تسلّمها بلا عوضٍ كان معنى صحة الرهن شرعاً إمضاء ما أقدم عليه من عدم ضمان العين لو تلفت بيد المرتهن.

هذا إذا كان عقد الرهن صحيحاً. و كذا الحال لو كان فاسداً، فلا ضمان فيه، لا من جهة الإقدام على الضمان و لا من جهة حكم الشارع و إمضائه. أمّا إنتفاء الإقدام فلأنّ الرهن الفاسد فرد من طبيعيّ الرهن المبنيّ على كون العين المرهونة وثيقةً

أنّ الصحيح من العقد^(١) إذا لم يقتضِ^(٢) الضمان - مع إمضاء الشارع له - فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر^(٣) في الضمان. لأنّ أثر الضمان^(٤) إمّا من الاقدام على الضمان^(٥).

و أمانة بيد المرتهن. و أمّا إنتفاء الضمان من ناحية الامضاء فلأنّ المفروض فساد العقد و كونه بمنزلة العدم، فكيف يؤثر في الضمان؟ بل عدم الضمان في الرهن الفاسد يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

و المتحصّل: أنّ علّة عدم الضمان مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد، فلا بدّ أن يكون المعلول - و هو عدم الضمان - كذلك. هذا تقريب عدم إقتضاء العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه للضمان. و أمّا أنّه للمساواة أو لألويّة الفاسد بعدم الضمان فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) أي: عقد الرهن و نحوه ممّا لا يضمن بصحيحه.

(٢) قد تقدّم أنّها وجه عدم إقتضاء الصحة و الامضاء الشرعي للضمان، و محصّله: أنّ الامضاء لا بدّ أن يكون على طبق المضمّن، و لما كان المضمّن هو الاقدام على الاستيمان لا المعاوضة، كان حكم الشارع بالصحة تشبيهاً لهذا الاقدام، فيمتنع إستناد الضمان إلى الامضاء.

(٣) هذه العبارة تدلّ على أنّ العقد الفاسد من الرهن لا يكون مضماً، و أمّا أنّه لمساواته للعقد الصحيح أو لألويّته منه في عدم الضمان فلا يستفاد منها.

(٤) الاضافة بيانيّة، و غرضه أنّ الضمان - الذي هو أثر الصحة أو الاقدام - منتفٍ في العقد الفاسد. و قد عرفت توضيحه آنفاً. ولو قال: «لأنّ الضمان ...» كان أسهل تناولاً.

(٥) مقصوده أنّ إنتفاء مقتضي الضمان. و لا يخفى أنّ إستناد عدم الضمان إلى عدم الاقدام على المعاوضة لم يُذكر في كلام شيخ الطائفة هنا، إذ المذكور فيه هو إنتفاء الصحة شرعاً، ولكنّ المصنّف رحمه الله أضاف إليه إنتفاء الاقدام هنا، لأنّه إستفاده من

و المفروض عدمه، و إلا يضمن^(١) بصحيحه. و إمّا^(٢) من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً (*).

و وجه الأولوية^(٣): أن الصحيح

تعليل الضمان في «ما يضمن بصحيحه» في موارد متعددة من المبسوط - بالاقدام والدخول على أن تكون العين مضمونة، فإذا كان الضمان للإقدام في مثل عقد البيع كان عدم الضمان في الرهن لأجل عدم الإقدام على المعاوضة و المبادلة. و لا بأس بما صنعه المصنف رحمه الله استقصاءً لجهات البحث.

(١) أي: لو كان الراهن و المرتهن أقداً على الضمان لكان الرهن الصحيح مؤثراً في الضمان، مع أن المفروض عدم مضمّنيته.

(٢) يعني: أن الموجب الثاني للضمان هو حكم الشارع بالضمان في هذا الرهن الفاسد، ولكن لا يجتمع الفساد الشرعي مع الضمان، لأن معنى الفساد لغوية العقد و كونه كالعدم، و الضمان الشرعي يدور مدار الجعل ولو إمضاءً، و المفروض عدمه.

(٣) ظاهر العبارة أولوية الرهن الفاسد - بعدم الضمان - من البيع الفاسد الذي يضمن بصحيحه، لا أولوية الرهن الفاسد بعدم الضمان من الصحيح منه. و توضيحه: أنه قد سبق في (ص ٥٨ و ١١٥) استدلال شيخ الطائفة على الضمان في الفاسد - ممّا يضمن بصحيحه - بقاعدة الإقدام و الدخول على المعاوضة. و ناقش المصنف فيه بأنه

(*) هذا الوجه إنما يتّجه بناءً على كون الضمان ناشئاً عن العقد بحيث يكون نفس العقد سبباً له، إذ يصح حينئذٍ أن يقال: إذا لم يكن الصحيح مقتضياً للضمان فالفساد - الذي يكون كالمعدوم في عدم ترتّب أثر عليه - أولى بعدم تأثيره في الضمان. و أمّا بناءً على كون سبب الضمان و مقتضيه غير العقد من اليد و التصرف فلا بدّ أن يكون عدم الضمان في الصحيح لاقتضاء العقد له، و لا يلزم من إقتضاء الصحيح للعدم أن يكون الفاسد كذلك، و من الواضح أن الأمر كذلك أي يكون سبب الضمان غير العقد.

لا سبيل لاثبات الضمان في مثل البيع الفاسد بقاعدة الاقدام، لأنها أقدم في العقد الصحيح على ضمان خاص و هو الضمان الجعلي المسمى في العقد، و لم يُقدِّم على طبيعي الضمان، حتى يثبت الضمان بالبدل الواقعي في العقد الفاسد، فثبت المثل أو القيمة في عهدة المتبايعين منوط بالدليل عليه.

فقتضى قاعدة الاقدام إنتفاء الضمان بالمسمى في البيع الفاسد، لفرض أن الشارع لم يصحَّح العقد و لم يُخْصَّ ما أقدم عليه. مع وضوح أن البيع الفاسد يقتضي الضمان من جهة كونه مصداقاً لطبيعي البيع المتقوم بالمبادلة و المعاوضة بين المالين.

و عليه نقول: إن إنتفاء الضمان بالعوض المسمى في البيع الفاسد - لعدم الاقدام على طبيعي العوض و عدم إمضاء الضمان الخاص - يدل بالأولوية القطعية على إنتفاء الضمان في مثل الرهن الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه.

و وجه الأولوية: أن الرهن الفاسد لا يتوقع ترتب الضمان عليه، و ذلك لانتهاء كل من الاقدام على الضمان والامضاء. بخلاف البيع الفاسد، فإنه من جهة كونه مصداقاً لمفهوم البيع المتقوم بالمبادلة و المعاوضة يترقب منه الضمان، و مع ذلك لم يترتب عليه. و هذا البيان كما ترى ظاهر في أولوية فاسد العقد - الذي لا يضمن بصحيحه -

بعدم الضمان من فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه كالبيع. و هو لا يلتئم مع كلام المبسوط - بناءً على إرادة الأولوية دون التعجب و المساواة - لدلالته على أولوية فاسد العقد - الذي لا يضمن بصحيحه - من صحيحه كالرهن الصحيح و الفاسد.

و لذا تكلف المحقق الاصفهاني رحمته في توجيه الأولوية التي إدعاها المصنف رحمته، بأن يقال: إن الملحوظ طبيعي العقد الصحيح، فالصحة في كل عقد تقتضي الضمان، سواء أكان بيعاً أم رهناً، فإذا لم يثبت الضمان فيه فعلاً - مع إقتضاء الصحة ثبوته - فالفاسد الذي ليس فيه إقتضاء الضمان - إما لعدم إقدام مضمّن كما في الرهن، و إما لعدم إمضاء مضمّن كالبيع الفاسد - أولى بأن لا يوجب الضمان.

و على هذا فالرهن الفاسد أولى بعدم الضمان من الرهن الصحيح، لأن الصحة بنفسها

إذا كان مفيداً للضمان^(١) أمكن أن يقال: إنَّ الضمان من مقتضيات الصحيح^(٢)، فلا يجري في الفاسد، لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره^(٣) من أنه أقدم على ضمان خاص^(٤)، و الشارع لم يعضه، فيرتفع أصل الضمان^(٥) (*).

مقتضية للضمان، وإن لم يبلغ مرتبة الفعلية، وهذا الاقتضاء الناقص مفقود في الفاسد^(٦).
(١) هذه الجملة قرينة على أن المصنّف رحمه الله قاس الأولوية بين نوعين من العقود، يعني العقد الصحيح المفيد للضمان الذي لا يؤثر فاسده في الضمان، وبين العقد الصحيح الذي لا يفيد ضماناً كالرهن، فجعل العقد الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه أولى بعدم الضمان من العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه.

(٢) يعني: أن الصحة الشرعية تقتضي الضمان، سواء أكان مضمناً بالفعل أم لا، فإذا إنتفت الصحة لم يبق المقتضي له.

(٣) حيث قال في الاعتراض على استدلال شيخ الطائفة بالاقدام ما لفظه: «وهذا الوجه لا يخلو من تأمل، لأنهما إنما أقدما و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد إنتفاء الخصوصية».

(٤) و هو الضمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضي، كضمان الكتاب بدينار في بيعه به.

(٥) يعني: فيرتفع أصل الضمان في العقد الفاسد الذي يضمن بصحيحه، فكيف حال العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه، فإنّه أحرى بعدم الضمان؟ هذا كله في تقرير الأولوية، و سيأتي مناقشة المصنّف رحمه الله فيها.

(*) لا يخفى أن المحقق الايرواني رحمه الله إستظهر من المتن: أن مقصود المصنّف رحمه الله ملاحظة الأولوية بين عقدين يقتضي صحيح أحدهما الضمان، و لا يقتضيه الآخر، لكنه رحمه الله لغموض كلام الماتن قال: «ينبغي تقرير الأولوية هكذا: إنَّ

لكن يخذشها^(١):

(١) أي: يخذش الأولوية، و محصل الخدشة: أن مبنى الأولوية - و هو إمكان كون علة الضمان صحة العقد و إمضاء الشارع لما أقدم عليه المتعاقدان - معارض بإمكان دعوى كون الصحة في العقد الصحيح غير المفيد للضمان كالرهن و الاجارة - بالنسبة إلى العين المستأجرة - وإمضاء الشارع لما أقدم عليه من التسليط المجاني هو السبب الرافع للضمان، و المانع عن تأثير القبض فيه. و لا يجري في العقد الفاسد، لعدم إمضاء الشارع للتسليط المجاني على ما هو معنى الفساد، فلا أولوية.

و الحاصل: أن لكل من الصحيح و الفاسد ميزة ترفع أولوية الفاسد من الصحيح في عدم الضمان. أما ميزة الفاسد فقد عرفت أنها من عدم إقدام مضمّن و إمضاء مضمّن. و أما ميزة الصحيح فهي أن إمضاءه المقتضي للسلطنة الشرعية الرافعة للضمان عند وجود سببه مختصّ به، فبلحاظ الامضاء - الذي هو أمر وجودي رافع للضمان - يمتاز الصحيح عن الفاسد، فلا أولوية.

و اعلم أن المذكور في المتن من المناقشة في استدلال شيخ الطائفة رحمته الله أمران: أحدهما: ما أفاده المصنّف بقوله: «لكن يخذشها» و غرضه منع أولوية العقد

صحيح العقد الذي كان فيه إقدام على الضمان ليس في فاسده إقدام، لما عرفت أن الإقدام حاصل على المسمّى، و لا ضمان به. و ما به الضمان و هو المثل أو القيمة لا إقدام عليه. فإذا كان هذا حال ما كان الإقدام في صحيحه على الضمان موجوداً، فكيف ما لا إقدام في صحيحه على الضمان، فأنه بالأحرى أن لا يكون في فاسده إقدام على الضمان^(١). و هذا كما ترى ملاحظة للأولوية بين عقدين لا بين صحيح عقيد و فاسده، مع أن ظاهر عبارة المبسوط كما تقدّم في التوضيح جعل عدم ضمان فاسد الرهن أولى من عدمه في صحيحه. إلا أن يتكلّف في توجيه المتن بما أفاده المحقق الاصفهاني، و أدرجناه في التوضيح، فتأمل فيه حقّه.

أنه^١ يجوز أن يكون صحة الرهن و الاجارة^٢ المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً^٣ مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولوية^٤.

فان قلت^٥: إن الفاسد و إن لم يكن له دخل

الفاسد من العقد الصحيح بعدم الضمان، و قد عرفته.

ثانيهما: ما أفاده بقوله: «فان قلت» و أجاب عنه، و محصله منع مساواة العقد الفاسد للصحيح في عدم الضمان، لوجود المقتضي للضمان في الفاسد، و عدمه في الصحيح، فكيف يكون الفاسد أولى بعدم الضمان؟

(١) هذا مرفوع محلاً على أنه فاعل «يحدثها» و الضمير للشأن.

(٢) عطف الاجارة على الرهن - في كون العين غير مضمونة بيد المرتهن والمستأجر للتسلط المالكى - مبني على دخول العين المستأجرة في قاعدة «ما لا يضمن» كما إستظهره ^{في} بقوله: «فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة» و إلا فبناءً على ما ذهب إليه صاحب الرياض و غيره من ضمانها لا تكون الاجارة كالرهن.

(٣) قيد لقوله: «تسلط» يعني: فتكون العين أمانة شرعية و مالكية، فلا وجه للضمان في العقد الصحيح.

(٤) أي: فلا أولوية للفاسد من الصحيح في عدم الضمان.

(٥) هذا الاشكال ناظر إلى أصل إستدلال شيخ الطائفة ^{في} مع الغرض عن الحدشة التي ذكرها بقوله: «لكن يحدثها» و هو مبني على أمرين:

الأول: أن حديث «على اليد» يقتضي ضمان المستولي على مال الغير مطلقاً، سواء أكانت يده عدوانية أم أمانة، و سواء أكان بعقد صحيح أم لا، لصدق «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» على جميع موارد الوضع.

في الضمان^(١)، إلا أن مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان^(٢)، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقي الباقي^(٣).

الثاني: أن هذا العموم خُصّص في جملة من العقود الصحيحة، حيث لا ضمان فيها كالوديعة و العارية و الرهن و الوكالة و نحوها مما يكون التسليط بإذن الشارع و المالك. و أما إذا كانت هذه العقود باطلة غير ممضاة شرعاً كان وضع اليد فيها مندرجاً في عموم «على اليد» كاليد العدوانية في موارد الغصب المقتضية للضمان.

و بناءً على هذين الأمرين يتضح منع مساواة العقد الفاسد - مما لا يضمن بصحيحه - للصحيح في عدم الضمان، فضلاً عن أولوية الفاسد من الصحيح فيه. و الوجه في المنع: أن سبب الضمان غير منحصر في ما أفاده شيخ الطائفة رحمته الله من إقدام المالك على الضمان و إمضاء الشارع له، حتى يقال بتساوي الصحيح و الفاسد في علة عدم الضمان و هي عدم الإقدام المضمّن و عدم الامضاء المضمّن. بل للضمان سبب آخر، و هو قاعدة اليد الشاملة لكل من العقد الصحيح و الفاسد. إلا أنها خُصّصت في العقود الصحيحة التي لا ضمان فيها، كالرهن و الوديعة و المضاربة، و لم تخصّص في فاسد هذه العقود. و مقتضى عموم قاعدة اليد - التي هي أمر خارج عن مرحلة العقد - هو الضمان في العقد الفاسد. و معه كيف حكم شيخ الطائفة رحمته الله بعدم الضمان في الرهن الفاسد، إستناداً إلى مساواته للصحيح في السببية لعدم التضمنين؟ (١) لما عرفت من إنتفاء علة الضمان، و هي الإقدام على الضمان، و إمضاء هذا الإقدام، و هذه مشتركة بين الرهن الصحيح و الفاسد.

(٢) فالعقد الفاسد من جهة وجود هذا العموم فيه أولى بالضمان من الصحيح.

(٣) و العقد الفاسد مما بقي تحته، لعدم صلاحيته لتخصيص عموم قاعدة اليد.

قلت^(١): ما خَرَجَ به المقبوضُ بصحاح تلك العقود يخرج به^(٢) المقبوض

ب : عموم دليل الهبة و الأمانات

(١) هذا جواب الاشكال على المساواة بين العقد الصحيح و الفاسد في عدم الضمان، و غرض المصنّف ﷺ إثبات الملازمة في عدم الضمان بين العقد الصحيح غير المضمّن و بين فاسده.

و هذا الجواب دليل ثانٍ على قاعدة «ما لا يضمن». و محصله: أنّ الدليل المخرج للمقبوض بصحاح تلك العقود عن عموم على اليد - على ما إعترف به المستشكل - هو المخرج بعينه لفاسد تلك العقود عن العموم المزبور. و ذلك الدليل عموم ما دلّ على عدم ضمان من تسلّم مال الغير من دون أن يضمنه المالك، من غير فرق في عدم الضمان بين التملك المجاني كالهبة، و بين التسليط على الانتفاع بعينٍ مجّاناً كالعارية، أو بعوضٍ كالاجارة، إلى غير ذلك من موارد الاستيمان المالكى، بعدّ تساوي صحيح هذه العقود وفاسدها في الجهات الداخلية و الخارجية، أمّا الداخلية فهي عدم الاقدام المضمّن، و عدم الامضاء المضمّن. و أما الجهات الخارجية فهي اليد الموجبة بذاتها للضمان والاذن المالكى الرافع له.

و المراد بالاستيمان المالكى هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذنٍ منه حتى تكون يده عاديةً، و التسليطات المجانية كلّها كذلك. و ليس المراد بالاستيمان المالكى الاستنابة في الحفظ، ضرورة أنّه لاشيء من العقود كذلك إلّا الوديعة.

و بعدّ فرض تساوي العقود الصحيحة و الفاسدة في الجهات الداخلية و الخارجية تكونان متساويتين أيضاً في الحكم بالضمان و عدمه. فإذا دلّ دليلٌ على عدم الضمان في الصحيحة دلّ على عدمه في الفاسدة أيضاً.

(٢) هذا الضمير و ضمير «به» المتقدم راجعان إلى «ما» الموصول المراد به عموم ما دلّ على عدم الضمان في موارد الاستيمان.

بفاسدها^(١)، وهي عموم^(٢) ما دلّ على: أن من لم يضمّنه^(٣) المالك سواء ملكه إياه بغير عوض^(٤)، أو سلّطه على الانتفاع به^(٥)، أو إستأمنه عليه لحفظه^(٦) أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه^(٧)، أو العمل فيه بلا أجر^(٨) أو معها، أو غير ذلك^(٩)، فهو^(١٠) غير ضامن.

أمّا^(١١) في غير التملك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصّص لقاعدة

(١) لمساواة فاسد تلك العقود مع صحاحها في الجهة المخرجة لها عن إطلاق «على اليد».

(٢) هذا العموم يستفاد من النصوص المتفرقة كما سيأتي ذكر جملة منها إن شاء الله تعالى.

(٣) بصيغة التفعيل، أي: لم يقصد المالك ضمان القابض لماله.

(٤) كما في الهبة بغير عوض، لكونها تملكاً للعين مجاناً.

(٥) كما في العارية، فإن المالك المعير يُسلّط المستعير على العين للانتفاع بها.

(٦) كما في الوديعة، فإنها إستئمان لحفظ المال عن الضياع.

(٧) كما في إجارة الأعيان، فالموَجَر يُسلّط المستأجر على العين ليستوفي حقّه منها، كالسكنى في الدار.

(٨) كما إذا دفع القماش إلى الخياط ليخيطه ثوباً تبرّعاً منه بالخياطة، أو دفع القماش إليه ليخيطه ثوباً بأجرة معيّنة. وهذه إجارة على الأعمال المحترمة. فسواء أكان العمل مع أجر أم بدونها تكون يده على الثوب أمانة لا يضمن تلفها.

(٩) كما في دفع مال المضاربة إلى العامل للتجارة به. وكدفع المال الموكل في بيعه إلى الوكيل، فهما غير ضامين لما بيدهما.

(١٠) جزاء الشرط في قوله: «من لم يضمّنه».

(١١) غرضه تبيين إبداء الفرق بين الهبة بغير المعوضة، وبين العقود الأمانية التي لا تضمن بصحيحها وفاسدها، والفارق هو عدم صدق الأمانة في باب الهبة،

الضمان^(١) عموم ما دلّ على أنّ من إستأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل «ليس لك أن تتّهمه»^(٢).

لكونها رافعة للملك و لا تكون العين أمانة بيد المثّيب، بل هي ملكه، بخلاف العارية والوكالة و المضاربة و الوديعة و الرهن و نحوها، فإنّها مصاديق لعموم ما دلّ على «عدم ضمان الأمين». و لا بدّ حينئذٍ من دليل آخر لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة، و ذلك الدليل هو الأولوية القطعية، و سيأتي بيانها.

(١) يعني: قاعدة اليد المقتضية للضمان في كلّ إستيلاءٍ على مال الغير، سواء أكان بالعقد أم بغيره، و سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً.

(٢) كما في رواية مسعدة بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام: «ليس لك أن تتهم من قد إئتمنته، و لا تأتمن الخائن و قد جرّبه»^(١). و رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «ليس لك أن تأتمن من خانك، و لا تتهم من إئتمنت»^(٢). و هناك نصوص أخرى دالة على عدم ضمان الأمين في موارد الوديعة و العارية و الاجارة على الأعمال، فمنها: رسالة أبان بن عثمان عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قال: «و سألته عن الذي يستبضع المال، فيهلك أو يسرق، أعلّى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»^(٣) رواها الكافي و التهذيب بسندٍ كالصحيح عنه عليه السلام.

و منها: صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان، و قال: ليس على مستعير عارية ضمان، و صاحب العارية و الوديعة مؤتمن»^(٤). و منها: معتبرة غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٢٩، الباب ٤ من أبواب الوديعة، الحديث ١٠

«٢» المصدر، الحديث ٩

«٣» المصدر، ص ٢٢٨، الحديث ٥

«٤» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٣٧، الباب ١ من كتاب العارية، الحديث ٦

أَتَى بِصَاحِبِ حِمَامٍ وَضَعَتْ عِنْدَهُ الثِّيَابَ، فَضَاعَتْ، فَلَمْ يُضْمَنْهُ، وَقَالَ: إِنَّمَا هُوَ أَمِينٌ»^(١). وَالتَّعْلِيلُ ظَاهِرٌ فِي كِبَرِيِّ عَدَمِ ضَمَانِ الْأَمِينِ، وَأَنَّ عَدَمَ تَضْمِينِ الْحِمَامِيِّ إِنَّمَا هُوَ لِأَمَانَتِهِ.

وَمِنْهَا: مَعْتَبَرَةٌ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «قَالَ: لَا يَضْمَنُ الصَّائِغُ وَلَا الْقَضَّارُ وَلَا الْحَائِكُ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا مُتَّهِمِينَ، فَيَخُوفُ (فَيَجِثُونَ) بِالْبَيِّنَةِ، وَيَسْتَحْلِفُ لَعْلَهُ يَسْتَخْرِجُ مِنْهُ شَيْئًا. وَفِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ جَمَّالًا فَيَكْسِرُ الَّذِي يَحْمِلُ أَوْ يَهْرِيقُهُ. فَقَالَ: عَلَى نَحْوٍ مِنَ الْعَامِلِ، إِنْ كَانَ مَأْمُونًا فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَأْمُونٍ فَهُوَ ضَامِنٌ»^(٢). وَظَهُورُهَا فِي إِثَابَةِ الضَّحْمَانِ بِالتَّهْمَةِ، وَعَدَمِهِ بِالْأَمَانَةِ مِمَّا لَا يُنْكَرُ.

وَمِنْهَا: قَوْلُ الْفَقِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَكَاتِبِهِ الصَّفَّارِ فِي ضَمَانِ الْقَضَّارِ: «هُوَ ضَامِنٌ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثَقَّةً مَأْمُونًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ»^(٣).

إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ التَّنَوُّصِ الْمَتَفَرِّقَةِ الْوَارِدَةِ فِي الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُرْتَهَنِ وَالْوَدْعِيِّ وَالْمُسْتَبْذِعِ، وَالْأَجِيرِ عَلَى الْعَمَلِ كَالْقَضَّارِ وَالْحَمَّالِ وَالْجَمَّالِ، وَالْمُسْتَأْجَرَ لِلْعَيْنِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ الْمُتَضَمِّنَةِ لِعَدَمِ ضَمَانِهِمْ، بِدَعْوَى: أَنَّ إِشْتِمَالَ بَعْضِهَا عَلَى تَعْلِيلِ عَدَمِ الضَّمَانِ «بِكَوْنِ الرَّجُلِ أَمِينًا» يَدُلُّ عَلَى قَاعِدَةٍ كَلِّيَّةٍ، وَهِيَ عَدَمُ ضَمَانِ الْمُؤْتَمَنِ وَعَدَمُ الْغُرْمِ عَلَى كُلِّ أَمِينٍ. وَمُقْتَضَى تَرْكِ الِاسْتِفْصَالِ عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ كَوْنِ الْإِسْتِيْمَانِ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ أَوْ الْفَاسِدِ.

وَبَدَعْوَى: أَنَّ التَّسْلِيمَ فِي بَابِ الْإِجَارَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَالشَّرَكَةِ وَنَحْوِهَا يَكُونُ مِنْ قَبِيلِ جَعْلِ الْعَيْنِ أَمَانَةً.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧٤، الباب ٢٩ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث ١١

«٣» المصدر، ص ٢٧٥، الحديث ١٨

أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى^(١) ما دلّ على خروج مورد الاستيان، فإن^(٢) إستان المالك لغيره على ملكه إذا إقتضى عدم ضمانه له^(٣) إقتضى^(٤) التسليط المطلق^(٥) عليه مجّاناً عدم

والحاصل: أنّ المدعى عدم ضمان كلّ من إستانه الرجل على ماله. وهذا بمنزلة الكبرى، فكأنّه قيل: «كلّ أمين ليس بضامن». وكون العقود الفاسدة من صغرياته، لصدق الأمين على المستعير في العارية الفاسدة، وعلى المستأجر في الاجارة الفاسدة، إلى غير ذلك. و صغروية العقود الفاسدة تثبت بترك الاستفصال.

هذا كلّ في العقود الفاسدة الأمانية التي لا تضمن بصحيحها. و أما الهبة فسيأتي وجه عدم الضمان بفاسدها.

(١) متعلّق بـ «خروج» وهذا وجه عدم الضمان في الهبة الفاسدة حتى تكون قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» شاملة لها كشمولها للعقود الأمانية،

فهي خارجة عن عموم «على اليد» المقتضي للضمان. و تقريب الأولوية: أنّ عدم الضمان في صورة قطع العلقة عن المال بالمرّة أولى من عدم ضمانه في موارد الاستيان التي تبقى إضافة الملكية على حالها.

(٢) تقريب للفحوى، وقد عرفته آنفاً.

(٣) أي: للمالك.

(٤) جزاء الشرط، و جملة الشرط و الجزاء خبر قوله: «فإنّ إستان».

(٥) المراد بالتسليط المطلق هو سلطنة المتّهب على التصرفات الخارجية والاعتبارية المشروعة في العين الموهوبة، و هذا في قبال تسليط المالك في باب العارية، لكون متعلّقه الانتفاع بالعين بنفسه. و كذا في باب الاجارة، فإنّ المستأجر مسلّط على العين في جهة الانتفاع بها وإستيفاء حقّه منها، لا مطلقاً، ولذا لا يجوز له التصرف الأجنبي عن حيثيّة الانتفاع. و كذا في باب البيع، فإنّ تسليط المالك.

ضمانه بطريق أولى^(١). و التقييد^(٢) بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات، فإنه عين التضمين.

فحاصل^(٣) أدلة عدم ضمان المستأمن^(٤) أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل و القيمة - و لا جعلي فليس

و إن كان مطلقاً غير مقيد بتصرف دون آخر، إلا أنه مقابل بالعوض، و ليس بمجانبة.

(١) تقدم تقريب الأولوية آنفاً.

(٢) غرضه من هذه الجملة أن الموجب لتقييد التسليط المطلق في قوله: «اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً» بالمجانبة هو: أن للتسليط المطلق على المال فردين، أحدهما: بلا عوض و هو الهبة، و الآخر معه و هو البيع و الصلح المفيد فائدة البيع. وما ذكر - من أولوية التسليط المطلق بعدم الضمان من موارد الاستيمان المالكى - فورده الهبة التي لا يضمن المتهب عوض ما أخذه من الواهب. و أمّا التسليط المطلق في باب البيع و نحوه فحقيقته التضمين، فلا معنى لتوهم كونه كالهبة مما لا ضمان فيه.

(٣) هذا الحاصل راجع إلى ما أفاده بقوله: «قلت» الذي محصله خروج العقود الأمانية صحيحها و فاسدها عن الحديث النبوي «على اليد» المقتضي للضمان في مطلق موارد الاستيمان. و عليه فإذا دفع المالك ماله إلى آخر من دون الاقدام على تضمين الآخذ ببذله الواقعي و لا يبدل جعلي مسمى لم يكن ماله مضموناً، فلو تلف لم يلزم تداركه ببدل على الآخذ. و بذلك تم الدليل على أن «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

(٤) بصيغة المفعول أي: من جعله المالك أميناً على ما له لا يكون ضامناً. هذا تمام الكلام في ضمان نفس المقبوض بالبيع الفاسد، و سيأتي الكلام في وجوب رده و سائر آثاره إن شاء الله تعالى.

عليه ضمان (*).

(*) لا يخفى أنه قد استدل على قاعدة «ما لا يضمن» بوجوه:

الوجه الأول: الأولوية. و يكفي في ردّها ما أفاده المصنّف رحمته من الخدشة.

الوجه الثاني: الأصل، إذ الضمان حكم وضعي، فإن شك في ثبوته ولم يكن عليه دليل يُنفي بأصالة البراءة.

وفيه: أن هذا مبني على عدم إمكان التمسك بالنبوي «على اليد ما أخذت» لضعف السند أو غيره. وقد تقدّم البحث فيه، وأنه حجة و يصح الاستدلال به، فراجع. الوجه الثالث: إقدام المتعاقدين على المجانية الرافع للضمان في كل من الصحيح والفساد.

وفيه: أن ما أقدم عليه عنوان خاص صحيح، وقد إنتفى، وإرتفاع العنوان يوجب إنتفاء السبب الرافع للضمان، فمقتضى عموم «على اليد» هو الضمان.

الوجه الرابع: الأدلة الدالة على عدم الضمان في الأمانات كالوكالة و الوديعة ونحوهما، و ذلك كعموم ما دل على «أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه» و ضمّ المصنّف رحمته إلى ذلك: الفحوى بالنسبة إلى مثل الهبة، فإنه إذا لم يضمن فيما لم يكن فيه بذل المال بل كان مجرد استيمان، ففيما كان فيه بذل المال يكون عدم الضمان أولى بالقبول.

و أورد عليه: بأن الكلام إنما هو في مثل الشركة الفاسدة، وكذا الاجارة الفاسدة بالنسبة الى العين، و في مثل حمل المبيع بالبيع الفاسد على القول بكونه مضموناً على المشتري مع عدم الضمان في صحيحه، و في مثل إستعارة المُحلّ من المُحرّم على تقدير فساد العارية.

و حيثنّ نقول: إن العموم المزبور و نحوه من أدلة الاستيمان لا يستفاد منها إلا حكم ما هو إستيمان محض قصد منه مصلحة المالك كالوكالة و الوديعة، أو ما كان مثل العارية بالنسبة الى الصحيح منها الذي هو مورد الاذن، دون غيره، إذ ليس في المورد

إلا الاذن المقيّد بكونه في ضمن العارية الصحيحة أو الاجارة الصحيحة مثلاً، وقد إنتفى القيد فينتفى المقيّد بانتفائه.

و دعوى كون مطلق الاذن رافعاً للضمان، خالية عن البرهان، فإنّ المقبوض بالسوم مع إقترانه بالاذن مضمون على القابض كما عن المشهور. فالحق أنّ هذه القاعدة لم يقم عليها دليل واضح.

فحيثُ نقول: إنّ كلّ موردٍ قام الدليل على عدم ضمان المقبوض باليد كان ذلك مُخرِجاً له عن عموم «على اليد» وكلّ موردٍ لم يقم فيه دليل على عدم الضمان فالمرجع فيه قاعدة اليد. و عليه فلا دليل على عدم الضمان في العقود الفاسدة.

فالتتيعة: أنّ قاعدة «ما لا يضمن» خالية عن الدليل. بل مقتضى عموم «اليد» الضمان.

أقول: بناءً على تسليم الكبرى - وهي: أنّ كل أمين ليس بغارم - و تسليم صغروية المستأجر و المستعير و المرتّهن و الودعي و المستبضع بالعقود الفاسدة لكبرى الأمين لا وجه للضمان.

و دعوى «تقيّد الاذن بصحة العقد بأن يقال: إنّ العقود الفاسدة ليست من موارد الأمانات حتى لا يكون فيها ضمان، إذ الأمانة فرع الاذن، و هو مقيّد في العقود بصحتها، فينتفى الاذن بانتفاء الصحة كانتفاء كل مقيّد بانتفاء قيده» خالية عن الشاهد، بعد صدق عناوين العقود على صحتها و فاسدها بوزان واحد، و اشتراكها فيما عرفت في التوضيح من الجهات الداخلية و الخارجية.

لا يقال: إنّ الاستيمان المالكي هو الاستنابة في الحفظ، و ليس شيء من العقود كذلك إلا الوديعة، فاستناد عدم الضمان في قاعدة «ما لا يضمن» إلى الاستيمان المالكي في غير محله. بل لا بدّ من الالتزام بالضمان في تلك العقود.

فإنّه يقال: إنّ المراد بالاستيمان المالكي هو التسليط عن الرضا و عدم كونه بلا إذن

حتى تكون يده عادية، و من المعلوم أن ما ذكره من التسليطات المجانية كلها كذلك، فلا تكون اليد عادية حتى يضمن القابض، بل اليد مأذونة وليس مضمّنة.

و أمّا ما ورد من «أنّ المستعير والمستأجر، مؤتمنان» فهو تنزيل لهما منزلة من إستمناه المالك حقيقة في عدم الضمان بمجرد التلف، لا أنهما مؤتمنان حقيقة من قبل المالك.

و أمّا ما ورد في النصوص من «أنّه إذا كان مأموناً لا يضمن» فإنّه في قبال المتهّم، فالفرق بين الأمين و المتهّم هو: أنّ الأمين في صورة دوران الأمر بين التلف و الاتلاف لا يحكم عليه بالضمان، إمّا واقعاً كما إذا لم يتلف بالتعدّي أو التفريط، و إمّا ظاهراً و في مقام الدعوى، فليس لصاحب الحال مطالبته بالبيئة و اليمين، بخلاف المتهّم، فإنّه يطالب بهما.

فهذه الأخبار في مقام التفكيك بين الأمين و المتهّم في الحكم الظاهري، لا في مقام بيان حكم التلف المحض الذي نتكلّم فيه. و لا يتفاوت فيه بين الأمين و المتهّم. كما أنّه لا تفاوت بينهما في الضمان بالتلف مع التعدي أو التفريط.

ثم إنّ لبعض الأعلام كلاماً، و هو: «أنّ ما ورد في رسالة أبان بن عثمان المتقدمة - من عدم الضمان بعد كون الرجل أميناً - يحتمل فيه وجوه، بعد الخدشة في كون ما ذكر بمنزلة التعليل، و احتمال أن يكون بياناً لمورد القضية، أي بعد ما جعلته في المورد أميناً لا غرم عليه، و هذا نحو أن يُسأل الطبيب عن الرّمان، فيقول بعد أن كان حلوّاً لا مانع منه، الذي يفهم منه أنّ كلّ حلوٍ لا مانع منه» هذا.

و فيه: أنّ قوله: «بعد أن يكون الرجل أميناً» مساوق لقوله في خبر غياث المتقدّم: «إنّما هو أمين» و ظهور مثل هذه التعبيرات في بيان الكبرى الكلية و هي عدم ضمان كل أمين - خصوصاً بعد ملاحظة كون وظيفة الشارع بيان الأحكام الكلية - مما لا ينكر، إذ من

المعلوم أن التعليل بكون الرجل أميناً ظاهر عرفاً في حكم كلي و هو عدم ضمان كل أمين، ولا ظهور له في كونه بياناً للمورد، فإن المورد من قبيل ما إذا أمر الامام عليه السلام بأخذ معالم الدين من أحد الأصحاب، و قال: «إنه ثقة» فإنه لا ريب في كونه تنبيهاً على وثاقته الموجبة لاندراجه في «الثقة» الذي يكون قوله حجة.

ثم قال: «إن في الرواية احتمالات: أحدها: أن المقصود الاخبار عن قضية واقعية، و هي: أن الأمين لا تصدر منه الخيانة حتى يضمن، فلا ضمان عليه واقعاً. و عليه فلا يكون تعليلاً ليستفاد منه حكم غير المورد».

و فيه: أن الاخبار - الذي هو حكاية أمر خارجي - خلاف الأصل في كلام الشارع، فإن الأصل في كلامه هو الحمل على إنشاء الأحكام. فقوله عليه السلام: «ليس عليه غرم» حكم قد علل بكونه أميناً، فكأنه قال عليه السلام: «علة عدم الغرم شرعاً هي أمانة الرجل» فموضوع عدم الضمان هو الأمين. كتعليل حرمة الخمر «بأنه مسكر» الظاهر في كون موضوع الحرمة حقيقة هو المسكر، و أن حرمة الخمر إنما هي لأجل إنطباق موضوع الحرمة أعني طبيعي المسكر عليه، فيكون المقام من قبيل العلة المنصوصة، لا من قبيل علة التشريع.

و إن شئت فقل: إن ما نحن فيه من قبيل علة المجعول، لا علة الجعل على ما هو مصطلح بعض المحققين.

ثانيها: «أن يراد بقوله: - بعد أن يكون الرجل أميناً - أنه بعد ما إتخذته أميناً وجعلت المال أمانة عنده لم يحكم عليه بالغرم، إلا مع قيام البيّنة. و على هذا يمكن أن يقال: إن الاتخاذ أميناً في عقد الوديعة إنما يصدق مع صحته. و أما مع فساده فلا، إذ ليس المراد كونه أميناً واقعاً أو كونه مورد وثوق المودع، بل المراد أنه مع إتخاذه في العقد أميناً وجعلت بضاعتك أمانة لديه لم يحكم عليه بالغرم، فلا يكون صادقاً في فاسد العقد، لأنه لم يتخذه أميناً مطلقاً، بل في العقد مع البناء على صحته».

و فيه: أن كون الرجل أميناً معناه: أن كونه أميناً واقعاً دعا الناس إلى أن يجعلوا أموالهم أمانةً عنده. وهذا الداعي موجود في كلتا صورتني صحة العقد وفساده، لأن إمضاء الشارع لا دخل له في الرضا بكون المال أمانةً عند الأمين. بل بعد البناء على أمانته يرضى بجعل المال عنده وديعةً سواء أمضاها الشارع أم لا. بل الرضا مقيد بالأمانة المحرزة بالفرض.

نعم إن كان الموجب لفساد الوديعة إختلال ما هو مقوم لمفهومها عرفاً - لا إختلال ما هو شرط لصحتها شرعاً - كانت دعوى تقييد الوديعة بالرضا في محلها، حيث إن الرضا تعلق عرفاً بالوديعة، والمفروض عدم تحققها، فلا موضوع للاستيمان، فتأمل.

ثالثها: «أن يراد به أنه بعد إتخاذ أميناً لا يكون ضامناً بالتلف السماوي، من غير إفراط و تفريط، فيأتي فيه الاشكال المتقدم».

والفرق بينه وبين سابقه: إن هذا الوجه راجع الى الحكم الواقعي، وهو أن التلف من غير إفراط و تفريط - لا يوجب الضمان. والوجه السابق راجع الى الحكم الظاهري، وهو عدم الضمان مع قيام البيّنة. و غرضه من الاشكال المتقدم هو أن الاتخاذ أميناً لا يصدق مع فساد عقد الوديعة.

و فيه ما تقدم من: أن الاتخاذ أميناً لا يتوقف على صحة العقد، بل يتوقف على أمانته واقعاً، وأن لا يكون العلم بأمانته جهلاً مركباً. وأما حكم الشارع بصحة العقد فليس مقوماً لاتخاذ أميناً.

رابعها: «أن يكون المراد أنه بعد ما كان أميناً واقعاً لا يضمن. ومقتضى التعليل: أن لا يضمن الأمين بالتلف السماوي مطلقاً، و يضمن غير الأمين. ففي المقبوض بالعقد الفاسد مثلاً إذا كان القابض أميناً ثقة لا يضمن، بخلاف غير الأمين».

والظاهر أن غرضه أخصية هذه الرواية من المدعى، لأنها تدل على عدم ضمان الأمين، فالمقبوض بالعقد الفاسد غير مضمون على القابض إن كان أميناً، ومضمون عليه

إن لم يكن أميناً. والمدعى أعم من ذلك، إذ المقصود من قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» هو عدم الضمان مطلقاً وإن لم يكن القابض أميناً.

و فيه: أن عدم الضمان في العقود الصحيحة منوط أيضاً بالوثوق والأمانة، لأن رضى المالك منوط بالأمانة، فإن لم يكن أميناً لا يرضى المالك بأن يكون المال أمانة عنده. إنجبه من الحكم بالضمان مع الأمانة وإن كان العقد صحيحاً، و بعدم الضمان وإن كان العقد فاسداً، لأن المدار حينئذ الأمانة. فإن كان أميناً فلا ضمان عليه، وإلا فعليه الضمان.

خامسها: أن يراد: كل من استأتمته لا يضمن، بمعنى أن كل من جعلت الشيء عنده بعنوان الأمانة ليس بضامن، فيشمل الصحيح والفاسد. وهذان الاحتمالان بعيدان^١.

و فيه: أن الظاهر إرادة هذا المعنى من الرواية، لأن استبضاع المال لا يحصل عادة إلا عند الأمين، فالاستيمان متحقق من صاحب المال، فالمستفاد من الرواية: أن كل من استأتمنه المالك على ماله وكان القابض أميناً لا يضمن، فالاستيمان من المالك وأمانة القابض دخیلان في إرتفاع الضمان.

فتحصل: من جميع ما تقدم أن ما أفاده الشيخ رحمته من إرتفاع الضمان بإستيمان المالك يستفاد من النصوص، فلاحظ وتدبر.

تكملة: هل المستفاد من الروايات المتفرقة في هذه الأبواب هو كون الضمان في مورده وعدمه في مورده بنحو الاقتضاء كوجوب الصلاة وحرمة شرب الخمر، حتى يكون شرطه وجوداً أو عدماً مخالفاً لمقتضى العقد، فشرط الضمان في العارية مثلاً مخالف للكتاب، و شرط عدمه في عارية الذهب والفضة - التي فيها الضمان - مخالف لمقتضى العقد المستفاد من الأدلة الخاصة الدالة على الضمان في عاريتهما؟ أم التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، وبين شرط الضمان في مورد عدمه، كشرط

الضمان في عارية غير الذهب والفضة، بدعوى: أن الظاهر من جعل الضمان كونه حكماً إقتضائياً، لأن ثبوت الحكم لموضوع لا يكون إلا عن الإقتضاء، فشرط عدمه مخالف للشرع، بخلاف شرط الضمان في مورد عدمه، وذلك لأن أدلة نفي الضمان لا تدل على أزيد من عدمه، ولا تدل على أنه عن إقتضاء، فإن دلالة تلك الأدلة على ذلك محتاجة إلى قرينة مفقودة. كما أن دلالة دليل إباحة شيء على أن الإباحة تكون لوجود المقتضي أو لوجود المانع عن جعل الحرمة منوط بدلالة دليل.

أم يقال: إن شرط عدم الضمان في مورد ثبوته أيضاً ليس مخالفاً للشرع، لا مكان دعوى أن تشريع الضمان إنما هو إرفاق بالمالك و مراعاة لمصلحته، فأدلة الضمان منصرفة عن مورد الاشتراط برضا المالك بعدمه.

والحاصل: أنه يحتمل وجوه:

أحدها: صحة اشتراط الضمان في مورد عدمه، وإشتراط عدمه في مورد ثبوته، فالشرط مطلقاً - أي وجود الضمان وعدمه - في مطلق الموارد ليس مخالفاً للشرع.

ثانيها: عدم صحة الشرط مطلقاً، أي شرط الضمان في مورد عدمه، وبالعكس.

ثالثها: التفصيل بين شرط عدم الضمان في مورد ثبوته، وبين شرط الضمان في مورد عدمه، بكون الأول مخالفاً للشرع دون الثاني.

لا يبعد أن يقال: إن الظاهر هو الاحتمال الأول، فشرط الضمان في مورد عدمه وشرط عدمه في مورد ثبوته ليس مخالفاً للشرع. وذلك لا مكان إستفادة هذه الكلية من جملة من الروايات، كصحيفة زرارة: «قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما إستعرت فتوى فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك

لزمك. والذهب والفضة لازم عليك وإن لم يشرط عليك»^(١). فإن المستفاد منه نفوذ شرط الضمان في مورد عدمه، و شرط عدمه في مورد ثبوته، إذ عارية غير الذهب والفضة لا ضمان فيها، لقوله عليه السلام: «جميع ما استعرتة فتوى ...» وعارية الذهب والفضة فيها الضمان، و شرط عدمه ينفيه، لقوله عليه السلام: «فإنهما يلزمان إلا أن تشترط ...».

و صحيحته الأخرى: «قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ودعة الذهب والفضة؟ قال: فقال: كل ما كان من ودعة ولم تكن مضمونة لا تلزم»^(٢) و من المعلوم أن المراد به اشتراط عدم الضمان، وإلا فهو من توضيح الواضح كما لا يخفى.

و تدل أيضاً على صحة الشرط مطلقاً - الكاشفة عن عدم كون الضمان وعدمه إقتضائياً - بعض روايات الاجارة، فلاحظ.

ولعل المستفاد من هذه الروايات نفوذ شرط الضمان وعدمه في جميع الموارد. ففي الأمانات التي نفى الشارع فيها الضمان يجوز شرط الضمان فيها، كالعين المستعارة والمستأجرة، ولا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة. وكذا يجوز شرط عدم الضمان فيما جعل فيها الضمان كعارية الذهب والفضة.

و الحاصل: أن هذه الروايات ترجح الاحتمال الأول و هو نفوذ شرط الضمان وعدمه في الأمانات، فيتعين في مقام الاثبات، دون الاحتمالين الآخرين. فجعل الضمان شرعاً في بعض موارد الأمانات وعدمه في بعضها الآخر ليس من باب المقتضي والعلة التامة، فيتغير بالشرط الذي هو من العناوين الثانوية المغيّرة للأحكام الأولية.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٣٩، الباب ٣ من كتاب العارية الحديث ٢، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن ابن أبي عمير عن جميل عن زرارة، و الرواية صحيحة كما لا يخفى على من راجع تراجم هؤلاء.

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٢٨، الباب ٤ من أبواب الودعة، الحديث ٤، رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد عن حريز عن زرارة، و الرواية صحيحة.

الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً إلى المالك^(١). و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح^(٢) من مجمع الفائدة.

وجوب رد المبيع فاسداً إلى مالكة فوراً

(١) قد تقدم في أول مسأله المقبوض بالعقد الفاسد (ص ٦) أنه موضوع لأحكام تكليفية و وضعية، و قد كان الكلام إلى هنا في عدم التملك، و ضمان العين لو تلفت بيد الآخذ. و كان المناسب إتباعه ببحث ضمان المنافع المستوفاة و الفائدة، لكن المصنف رحمه الله قدّم البحث عن حكم تكليفي متعلق بنفس المقبوض بالبيع الفاسد، و هو وجوب رده فوراً إلى المالك. تحقيق دكتور علوم إسلامي
و استدلل عليه بوجوه ثلاثة، و هي الإجماع المنقول في مجمع الفائدة، و التوقيع الشريف، و النبوي، و سيأتي بيانها.

و لا يخفى أن محل الكلام و موضوع البحث عن وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فوراً هو القول بعدم جواز التصرف فيه، و كون القبض وفاءً بالعقد الفاسد. فلو قيل بمحصول إذن جديد - بعد العلم بالفساد على ما سبق تفصيله في أول المسألة و في ثامن تنبيهات المعاطاة - أو قلنا ببقاء الاذن المقارن للعقد و عدم إرتفاعه بفساد العقد لم يبق موضوع لوجوب رد المقبوض بالمعاملة الباطلة إلى مالكة فوراً كما لا يخفى.
(٢) يعني: يلوح من مجمع الفائدة عدم الخلاف في حرمة التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد و وجوب رده فوراً إلى مالكة، قال المحقق الأردبيلي رحمه الله: «و مع علمه بالفساد - و بعدم جواز تصرفه و حفظه و وجوب رده إلى مالكة معجلاً - كالمغصوب، و ذلك قد يكون بعلمه بطلب من المالك على تقدير الفساد، و عدم رضاه

بل^(١) صرح في التذكرة - كما عن جامع المقاصد^(٢) - «أن مؤونة الردّ على المشتري». وإطلاقه^(٣) يشمل ما لو كان في رده مؤونة كثيرة،

بكونه عنده، وفتوى العلماء له بذلك...»^(١).

و المراد بعدم الخلاف في المسألة قوله: «و فتوى العلماء». ولكن مورد كلامه ﷺ علم المشتري بفساد العقد و بحرمة التصرف بل بحرمة إمساكه، و أنّ المالك لو إطلع على فساد العقد لطالب المشتري بالمبيع و لم يرض بكونه عنده. و هذا أخص من محل البحث و هو عدم إختصاص حرمة التصرف - و ما يترتب عليها من وجوب الردّ فوراً - بصورة علم المشتري بالفساد، كما أنّ ضمان المقبوض بالمبيع الفاسد لا يختص بصورة الجهل بالبطلان على ما سبق تصرّح المصنّف به في الأمر الأوّل.

(١) غرضه الترقّي و الاضراب عن بناء وجوب الردّ فوراً على حرمة التصرف إلى أنّ وجوب الردّ كأنه من المسلّمات، بشهادة جزم العلامة به، و بنى عليه وجوب مؤونته لو توقّف الردّ عليها. قال ﷺ: «إذا اشتري شراءً فاسداً وجبّ عليه رده على مالكه، لعدم خروجه عنه بالمبيع، و عليه مؤونة الردّ كالمغصوب»^(٢).

(٢) الأولى إضافة «أيضاً» إليه، لأنّ غرضه ﷺ أنّ المصرّح بكون مؤونة الردّ على المشتري ليس هو العلامة خاصّة، بل المحقّق الكرّكي صرح به أيضاً. و الأمر سهل. قال المحقّق الثاني ﷺ: «فرع: على المشتري مؤونة ردّ المبيع فاسداً إن كان له مؤونة كالمغصوب، و لا يرجع بالنفقة إلّا إذا كان جاهلاً بالفساد، إذ لا يعدّ متبرّعاً بنفقته، إذ لم يُنفق إلّا بناءً على أنّه ماله، فإذا فات ذلك رجع كلّ إلى حقّه، و جعل في التذكرة البائع غاراً»^(٣).

(٣) يعني: و إطلاق وجوب الردّ - المنقول عن التذكرة - يقتضي إيجاب مقدّماته التي منها بذل المال سواء أكان قليلاً أم كثيراً، إلّا أن تكون كثرة مؤونة الردّ ضرراً

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٩٢

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٩٥

«٣» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤٣٥

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - وجوب ردّه فوراً ٢٠٣
إلا أن يقيّد^(١) بغيرها^(٢) بأدلة نفي الضرر (*).

على المشتري، فينفي وجوب بذل المال الكثير عنه. بل مقتضى حكومة قاعدة الضرر نفي وجوب بذل المال وإن كان يسيراً، إلا إذا كان بمثابة لا يصدق عليه الضرر.
(١) التعبير بالتقييد دون الحكومة - مع أنّ مبناه حكومة دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام الأولية - مسامحة، ولعله لأجل أنّ الحكومة قد تخصّص العام وتقيّد المطلق، وقد تعمّم، فالتعبير بالتقييد مبنيّ على ملاحظة نتيجة الجمع بين الدليلين.
(٢) أي: بغير المؤونة الكثيرة، وهذا الغير هو المؤونة المتعارفة أو ما دونها.

(*) لم يظهر وجه لكون المؤونة على القابض، لأنّ الردّ لا يتوقف غالباً على بذل مالٍ حتى يقال: إنّ الزائد على ما يقتضيه طبع الردّ من بذل المال على المالك، بل تمامه يكون على المالك، لقاعدة نفي الضرر. ولو كان الردّ بذاته و طبعه متوقفاً على مؤونة لم تكن منفكة عن مصاديقه، هذا.
مضافاً إلى: أنّ حرمة الامساك لا تستلزم وجوب الردّ، لعدم الملازمة بين حرمة الضدّ و وجوب ضده. وكذا وجوب نقيض الامساك لا يدلّ على وجوب الردّ، لما قرّر في الأصول.

مع أنّه على القول به - لرفع اليد عن المبنى الأصولي - يمكن القول بعدم وجوب الردّ أيضاً، لأنّه متقوم برفع يد الدافع وإثبات يد القابض، و الرفع مقدّم على الاثبات دائماً، فيتصف هو بالوجوب، دون ما تأخر عنه.

لكن فيه ما لا يخفى، لأنّ الردّ ليس مركّباً من الرفع و الاثبات، بل هو عبارة عن الايصال إلى المالك، و الاثبات منتزع عنه. و أمّا مراد الشيخ الأعظم رحمته من الاستدلال على وجوب الردّ بحرمة الامساك فليس مبنياً على إقتضاء حرمة الضدّ لوجوب ضده، بل على فهم العرف من مثل قوله: «يحرم عليك إمساك مال الناس» لزوم الردّ إلى المالك، سيّما بملاحظة تعليل لزوم ردّ الأمانات إلى أهلها بأنّه «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه».

إلا أن يدعى: عدم ملازمة وجوب ردّ الأمانات إلى أصحابها للإيصال إليهم، وأن المراد رفع اليد والتخلية بينها وبين صاحبها. لكنّه خلاف ظاهر الأدلة. وكيف كان لا يكون وجوب الردّ مبنياً على إقتضاء حرمة الضدّ لوجوب ضده، فتدبر.

و يمكن أن يستدلّ على وجوب الردّ بروايات متفرقة في أبواب اللقطة والتجارة والجهاد والوديعة وغيرها، فلاحظ.

ثم إن للسيد رحمته الله تفصيلاً: وهو ما لفظه: «ثمّ على فرض كون الردّ واجباً وكون مؤونته على القابض إنّما يتمّ فيما إذا كان هو الناقل له عن مكانه. وأمّا إذا كان في مكان القبض وقد انتقل البائع إلى بلد آخر فلا دليل على وجوب نقله إلى ذلك البلد وكون مؤونته على القابض، فتدبر»^(١).

و إختار المحقّق النائي رحمته الله هذا التفصيل بما حاصله: «أنّه يجب الردّ إذا نقل القابض المقبوض بالعقد الفاسد إلى بلد آخر مع كون المالك في بلد القبض. وأمّا إذا كان المقبوض في بلد القبض و إنتقل المالك إلى مكان آخر لم يجب نقله إليه، بل يرده إلى وكيله أو الحاكم، إذ لا دليل على لزوم الدفع إلى شخص المالك في هذه الصورة»^(٢). وهذا موافق لما فصله السيد، إلا أنّه لم يتعرض لوجوب ردّ المال في بلد القبض إلى وكيل المالك أو الحاكم، و صرح به الميرزا رحمته الله.

وفيه: أنّ إطلاق دليل وجوب الردّ كقوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ... الخ» بعد البناء على إعتباره - كما هو التحقيق على ما تقدّم - كافٍ في المطلوب، لأنّ قضية إطلاق وجوب الردّ إلى المالك عدم الفرق بين كون المقبوض و المالك معاً في بلد القبض و بين تفرّقهما، بأن كان المقبوض في مكان القبض و المالك في بلد آخر، أو كان المالك في مكان القبض و المال منقولاً إلى محلّ آخر. ففي جميع الصور يجب ردّه إلى المالك.

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٥

«٢» منية الطالب، ج ١، ص ١٣٢

و يدلّ عليه^(١): أن الامساك آنأماً تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز، لقوله عبّّل الله تعالى فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره

(١) أي: على وجوب الردّ فوراً، وهذا إشارة إلى دليل ثانٍ على المدّعى. وحاصل الاستدلال بهذا التوقيع المبارك على فوريّة وجوب الردّ - بناءً على كون الامساك تصرّفاً - أن الامساك آنأماً مصداق للتصرّف المحرّم، لقوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد...» فيجب التخلّص عن هذا المحرام برّدّه فوراً إلى مالكه.

نعم إذا إستلزم الردّ الى المالك ضرراً أو حرجاً سقط أصل وجوب الردّ على فرض وجوده، ويبقى وجوب تمكين المالك من ماله ورفع اليد عنه.

والحاصل: أن الواجب هو الردّ إلى المالك إن لم يكن فيه ضرر أو حرج. وأمّا الردّ في خصوص مكان القبض لخصوصيّة فيه من كثرة الرغبات ونحوها فلا وجه له، إذ لا دليل عليه، وإنّما الدليل دلّ على وجوب الردّ إلى المالك سواء أكان في بلد القبض أم لا.

وبالجملة: فالردّ واجب مطلقاً وفي جميع الصور. إلّا إذا لزم منه الضرر أو اسحرج، فيرفع بقاعدتهما، وإن كان المال في مكان القبض والمالك فيه أيضاً. وإن لم يلزم منه أحد هذين المحذورين وجب الردّ إلى المالك وإن كان المالك في مكان ثالث، أي: لا في محلّ القبض ولا في المكان الذي نقل إليه المال، كما إذا كان محلّ القبض النجف الأشرف، والمال نقل إلى كربلاء المقدّسة، والمالك سافر إلى بغداد.

ولو كان وجه التفصيل لزوم الضرر من الردّ في غير مكان القبض فلا بدّ من التفصيل بنحو آخر، وهو: أن الردّ إن إستلزم الضرر إرتفع وجوبه سواء أكان الردّ في محلّ القبض أم غيره، و سواء أكان المالك في ذلك المحلّ أم غيره. وإن لم يستلزم الضرر وجب الردّ من غير فرق فيه بين محلّ الردّ وغيره، وكون المالك في مكان ثالث وغيره، كما لا يخفى.

إلا بإذنه»^(١).

ولو نوقش^(١) في كون الإمساك تصرفاً كفى عموم^(٢) قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»^(٢) حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

(١) بأن يقال: إنّ «التصرّف» مأخوذ من الصّرف، فيراد به التّقليب و التّقلّب، وهما مفقودان في الإمساك، فلا يصدق التصرّف على مجرد الإمساك حتى يكون منهياً عنه، و يجب التّخلص عنه بالردّ إلى المالك.

(٢) هذا إشارة إلى دليل ثالث على وجوب الردّ فوراً إلى المالك، وهو النبويّ الذي رواه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في حكاية خطبته ﷺ في حجة الوداع، وفيه: «قال: اللهم اشهد، ألا من كان عنده أمانة فليؤدّها إلى من إئتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه...» الحديث. و رواه صاحب الوسائل^(٣) في مكان المصلي بما يقرب منه، ولكنّه ليس فيه لفظ «دم».

وكيف كان فتقريب دلالة الحديث على وجوب الردّ فوراً: أنّ الحرمة المستفادة من «لا يحلّ» منسوبة إلى الذات - وهو المال - ولا بدّ من تقدير الفعل المناسب، كما في إسناد الحرمة إلى سائر الأعيان من الخمر والدم والميتة ونحوها. و حيث إنّ لا قرينة تقتضي تقدير فعل خاصّ لزم تحريم جميع الأفعال والشؤون المتعلقة بالمال، التي منها إمساكه وجعله في يده، فإنّ حذف المتعلق يدلّ على العموم. و عليه فلا وجه لدعوى: «أن حرمة المال تكليفاً تقتضي تقدير فعل مناسب

«١» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦، وفيه «فلا يحلّ» بدل «فلا يجوز».

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٣، الباب ١ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٣

«٣» وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣

و أمّا توهُّم أنّ هذا^(١) بإذنه، حيث إنّه دَفَعَهُ بإختياره^(٢) فندفع^(٣) بأنّه إنّما ملكه إِيّاه عوضاً (*)

له و هو التصرّف أو الانتفاع، و أمّا مجرد الامساك فيشكّ في صدق التصرّف عليه، فيكون التمسك بهذا النبويّ من التشبّث بالدليل في الشبهة الموضوعيّة». إذ في هذه الدعوى: أنّ حذف المتعلّق يقتضي حرمة كلّ ما يتعلّق بالمال، و لا وجه لاختصاص المتعلّق بالانتفاع و التصرّف حتى يشكّ في صدقهما على الامساك.

خصوصاً بملاحظة ورود هذه الجملة تعليلاً لوجوب ردّ الأمانات، فإنّ التعليل يصير نصّاً في المورد، فكيف يدعى تقدير التصرّف أو الانتفاع؟ إذ لازمه أجنبيّة هذه الكبرى الكلّيّة عن المورد و هو ردّ الأمانة، و من المعلوم أنّ التخلف عن ردّها إنّما بالتصرّف فيها و إنّما بمجرد الامساك، و كلاهما منهيّ عنه. و مجرد كون غالب فائدة الأموال التصرّف فيها و الانتفاع بها لا يوجب إختصاص العموم - المدلول عليه بحذف المتعلّق - بهما.

و عليه فقريّة حذف المتعلّق على العموم باقية بحالها.

(١) أي: الامساك، حاصله: أنّه قد يتوهُّم عدم حرمة الامساك و إن كان تصرفاً، حيث إنّ المالك قد أذن له بالامساك حين دفع المبيع إليه، فيكون الامساك مأذوناً فيه و جائزاً.

لكن هذا التوهُّم مندفع بأنّ المالك قد دفع المبيع إلى المشتري باعتقاد أنّه ملكه بازاء الثمن الذي دفعه المشتري إليه، و المفروض عدم سلامة العوض له شرعاً، لفساد المعاوضة و بقاء العوضين على ملك مالكيهما.

(٢) الضمائر البارزة في «إذنه، إنّه، بإختياره، بأنّه» و المستتر في «دفعه، ملكه» راجعة إلى المالك المفهوم من السياق و من قوله: «امرء مسلم» و الضميران البارزان فيهما راجعان إلى المال.

(٣) جواب «و أمّا توهُّم» و دفع له، و قد تقدّم توضيحه آنفاً.

فإذا إنتفت^(١) صفة العوضيّة باعتبار^(٢) عدم سلامة العوض له شرعاً، و المفروض^(٣) أن كونه على وجه الملكية المجانيّة مما لم يُنشئها المالك^(٤).

(١) لم يظهر جواب لهذا الشرط في العبارة، و التقدير «إنتفى الاذن» و نحوه.
(٢) متعلّق بـ «إنتفت» و هذا وجه إنتفاء صفة العوضيّة، إذ بفساد العقد لا يسلم العوض للبائع، فينتفي إذنه للمشتري بالتصرّف في المبيع.
(٣) غرضه تفكيك نفي الأسباب التي يجوز لقاطض المال - كالمشتري - التصرف فيه. فما أنشأه البائع - و هو التملك بالعوض - لم يقع، لفرض فساد البيع. و الملكية المجانيّة بعنوان الهبة لم يُنشئها، فلا معنى لأن يتصرّف هذا المشتري في المبيع بزعم كونه هبة بلا عوض. و كذلك لم يُنشئ البائع عنوان الوديعة حتى يكون المال بيد المشتري أمانة مالكية.

ولو فرض إنشاء أحد هذين بعد العلم بفساد البيع كان خارجاً عن محلّ البحث أعني به ترتّب قبض المبيع وإقباض الثمن على ذلك العقد الفاسد وفاءً به، وإنّدرج في مورد التراضي الجديد.
(٤) حتى يكون الاذن في الامساك باقياً مع فساد البيع.

أعمّ، فالصواب في الجواب أن يقال: إنّ الاقباض في العقود التمليكيّة المعاوضيّة والمجانيّة لما كان بعنوان الوفاء بالعقد، و كون المقبوض ملكاً للقاطض لم يكن معنىً لاذن الدافع، لأنّه باعتقاده مملوك للقاطض، و لا محصّل لاذن الغير في تصرّف المالك في ماله، لعدم تسلطه على ذلك.

و أمّا العقود الاستيمانية فالاذن فيها بالتسليط إنّما كان وفاءً بمضمون العقد، و مع فساده ينتفي الاذن.

نعم قد يُحرز طيب النفس بالتصرّف في العقود التمليكيّة المجانيّة كالهبة الفاسدة، فعلى فرض حصوله يجوز التصرف، لكن لا بدّ من إحرازه، و لا يكفي إحتماله. و على تقدير عدمه لا يجوز التصرف فيه.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد - وجوب ردّه فوراً ٢٠٩

و كونه^(١) مالاّ للمالك وأمانةً في يده^(٢) أيضاً ممّا لم يؤذن فيه، ولو أذن له فهو إستيداعٌ جديد^(٣). كما أنّه لو ملكه مجّاناً كانت هبةً جديدة. ولكن^(٤) الذي يظهر من المبسوط^(٥) «عدمُ الاثم في إمساكه^(٦)، وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب^(٦)».

(١) معطوف على «كونه» و غرضه سدُّ باب احتمال أن يكون المبيع أمانةً مالكيّةً بيد المشتري.

(٢) حتّى يندرج هذا البيع الفاسد في الأمانات المالكيّة، و يجوزُ الامساك من هذه الجهة، كما يجوزُ إمساك ملك الغير في باب الوديعة و العارية و نحوهما. و الوجهُ في عدم إندراجهِ في الأمانات واضح، لأنّ البائع أقدم على تمليك ماله بعوضٍ، لا على جعله أمانةً عند غيره.

(٣) في قبال البيع الفاسد القديم، و المفروض أنّ هذا الاستيداع المالكيّ لم يتحقّق، و احتمالُه لا يكفي في صيرورته أمانةً، بل إذا شكّ فيه إقتضى الأصلُ عدمه. (٤) هذا تصريح بما فهم من التقييد في أوّل هذا الأمر الثاني بقوله: «على تقدير عدم جواز التصرّف فيه» لظهوره في وجود قائل بجواز الامساك أو بجواز التصرّف لو كان الامساك تصرفاً.

(٥) قال شيخ الطائفة رحمته الله في المقبوض بالبيع الفاسد: «و يجب عليه ردّه و ردُّ ما كان من غائنه المنفصل منه، لأنّ ملك الأوّل لم يزل عنه، فالتصرّف فيه لا يصحّ، ويلزمه ردّه على البائع لأنّه ملكه. و لا إثم عليه، لأنّه قبضه بإذن ماله» و هذه الجملة الأخيرة ظاهرة في عدم فورية وجوب الردّ، فيجوز للمشتري إمساك المبيع.

(٦) قال ابن إدريس رحمته الله في المقبوض بالبيع الفاسد: «فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلّا في إرتفاع الاثم بإمساكه»^(٢) بناءً على أن يكون عدم الاثم في

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ١٤٩

«٢» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٣٢٦

و هو^(١) ضعيف. و النسبة^(٢) غير ثابتة. و لا يبعد إرادة صورة الجهل^(٣).
لأنه لا يعاقب^(٤) (*).

الامساك معقداً لاجماع الأصحاب كإجماعهم على حقوق حكم المصوب بالمبيع بالبيع
الفاسد.

(١) أي: و هذا القول الثاني - و هو عدم الاثم الكاشف عن عدم الحرمة
- ضعيف، لما تقدّم من دلالة النبويّ على حرمة كلّ فعلٍ يتعلّق بمال الغير بدون إذنه،
ولولم يصدق التصرف عليه.

(٢) يعني: ما نسبته إبن إدريس إلى الأصحاب من عدم الاثم في الامساك
غير ثابت، لاحتمال رجوع الاتفاق المدلول عليه بقوله: «عند أصحابنا» إلى المستثنى
منه خاصّة، بأن يراد: أنّ كون البيع الفاسد بمنزلة الغصب يجمع عليه من جميع الجهات
إلا جهة الاثم في إمساكه، فإنّها تختلف فيها. و عليه لا يكون جواز الامساك مجمعاً
عليه، فلا مانع من القول بالحرمة عند مساعدة الدليل.

(٣) أي: صورة جهل القابض بفساد المعاملة.

(٤) و من المعلوم أنّ عدم العقاب يكشف عن عدم الاثم، و ذلك يلائم حال
جهل القابض بفساد المعاملة. و يمكن أن يكون عدم الاثم لتوهم الاذن المالكى كما
عليه جماعة. و لعلّ هذا الاحتمال أقرب من الحمل على صورة الجهل، إذ غايته عدم
تنجّز التكليف عليه لاعداد حرمة واقعا، و المدعى هو حرمة الامساك واقعا سواء
تنجّز على المشتري باحراز الفساد أم لم يتنجز عليه.

هذا تمام الكلام في الأمر الثاني. و سيأتي الكلام في ضمان منافع المقبوض بالبيع
الفاسد.

(*) قد ذكر السيد في حاشيته في الردّ على المصنّف في القائل بأن الاذن
مقيّد بالملكية، و هي غير حاصلة - بما حاصله: أنّ الاذن إنما تكون بالملكيّة الانشائيّة،

والمفروض تحقّقها، وأنّ البائع بنى - ولو تشريعاً - على كون المشتري مالكا، لا بالملكيّة الشرعيّة التي لم تحصل لفرض فسادها شرعاً.

ثمّ أشكل على ذلك بقوله: «فإن قلت: لم يصدر من البائع إلّا التملك، وقد صار لغواً في حكم الشرع بالفرض، فأين الاذن».

و أجاب عنه بما لفظه: «قلت: هذا التملك له حيثيتان، فهو إذن من حيثية وتمليك من أخرى. ولما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة والمفروض عدمها، فهو غير مؤثر من هذه الجهة، لعدم حصول شرطه. وأمّا من حيثية الأخرى فهي غير مشروطة شرعاً، فيجوز العمل به، فإنّ الاذن مؤثر في جواز التصرف، من غير اشتراط بصيغة خاصّة، فيشمّله عموم ما دلّ على جواز التصرف مع الاذن و طيب النفس. وإذا جاز التصرف فلا يجب الردّ إلى المالك فضلاً عن كونه فورياً. نعم لو رجع عن إذنه و طيبه وجب الردّ إليه فوراً، فتدبر»^(١).

وحاصله: أنّه لا مانع من تأثير التملك من حيثية الاذن في جواز التصرف، وعدم تأثيره من حيثية أخرى، فتأثير الاذن في جواز التصرف لما لم يكن مشروطاً بشرط حاصل، لشمول ما دلّ على جواز التصرف مع الاذن و طيب النفس له.

وفيه: أنّ جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد منوط بأحد أمرين على سبيل منع الخلوّ: إمّا كون ذلك ملكاً للقباض، وإمّا إذن المالك في التصرف فيه. أمّا الأوّل فإنتفاؤه معلوم بالفرض.

و أمّا الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك أصلاً. توضيحه: أنّ الأفعال تارة تتعلّق بالعناوين الكلّيّة كالأفعال الاعتبارية من بيع الكلّي من الحنطة والشعير وغيرهما، وكالاذن و طيب النفس. وأخرى تتعلّق بالجزئيّات الخارجيّة كالأكل والشرب والنوم والضرب والقيام والقعود وأشباهاها.

فإن كان الفعل متعلقاً بالشخص كان إعتقاد الفاعل بانطباق الكلّي عليه داعياً، فإذا ضرب شخصاً باعتقاد أنه كافر، فتبين أنه مؤمن كان هذا من التخلف في الداعي، فإن الضرب وقع على المؤمن حقيقة، والتخلف إنما هو في إعتقاد كفره.

وإن كان متعلقاً بالكلّي فلا يسري إلى غير مصداقه وإن إعتقد الفاعل بمصداقيته له. مثلاً إذا أذن المالك بدخول العلماء في داره لم يجز لغير العالم الدخول فيها وإن اعتقد المالك بعالميته. ومن المعلوم أن متعلق الاذن في قوله (عج): «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» هو العنوان الكلّي، وهو التصرف في مال الغير بغير إذنه وبعنوان أنه مال الأذن.

وبعبارة أخرى: إذا أحرز عنوان الاذن في التصرف في ماله جاز التصرف. وأما الاذن في التصرف في مال غيره فلا معنى له. ومن الواضح أن إذن المالك لغيره في التصرف في ماله بعنوان أنه ماله مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أن الدافع سلّم المال إلى القابض بعنوان أنه ماله لا مال الدافع، ولم يسلمه إليه بعنوان العارية ونحوها. وحيث إن القابض لم يصير مالاً للمقبوض ولا مأذوناً من قبل مالكة في التصرف فيه لم يجز له التصرف فيه، لبقائه في المستثنى منه. وهو: «لا يجوز لأحد أن يتصرف ... الخ».

والحاصل: أن جواز التصرف للمقبوض منوط بإحراز إذن المالك للمقبض بالتصرف في المقبوض بما أنه ملك للدافع، لا بما أنه ملك للمقبض، إذ لا معنى لأذن غير المالك بتصرف المالك في ماله، فما أفاده الشيخ رحمته من عدم جواز تصرف القابض هو الأقوى.

الثالث^(١): لو كان للعين المتباعدة منفعةً إستوفاهما المشتري قبل الرد^(٢) كان

ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد

أ : المنفعة المستوفاة

(١) البحث في هذا الأمر عن حكم آخر من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد لو كان له منفعة، وهو ضمانها، والكلام في مقامين أحدهما في المنافع المستوفاة، والآخر في المنافع الفائتة. فإذا إشتري داراً صالحة للسكنى فيها ببيع فاسد، وتسلّمها من البائع فهل يضمن أجره مثل السكنى فيها كما يضمن قيمة الدار أم لا؟ وهكذا الكلام في سائر الأعيان ذوات النماء والمنفعة لو بيعت بعقد باطل شرعاً.

وقدّم رحمته الكلام في المنافع المستوفاة، وحكم بضمانيها وفاتماً للمشهور وخلافاً لابن حمزة الطوسي كما سيأتي.

(٢) هذا من القيود المحققة لموضوع ضمان المنافع نظير قولهم: «ان رزقت ولداً فاختنه» في سوقه لبيان موضوع الحكم، ولذا يكون مفهومه سالبة بانتفاء الموضوع. وكذا في المقام لوضوح أنّ منافع المبيع بعد رده إلى المالك غير مضمونة على المشتري

عليه عوضها^(١) على المشهور^(٢). بل ظاهر ما تقدّم من السرائر^(٣) - من كونه بمنزلة المغصوب - الاتفاق على الحكم^(٤).

و يدلّ عليه^(٥) عموم قوله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب

إلّا بالاستيلاء على العين مرة ثانية عدواناً، فيصير أجنبياً عن حكم المقبوض بالعقد الفاسد و مندرجاً في الغصب.

(١) كما إذا اشترى شاة فانتفع بلبنها و صوفها و سائر نساءاتها، فيجب عليه ردّ عوضها. و لا يخفى أنّ التعبير بالعوض - كما في المتن - أولى من التعبير بالأجرة الظاهرة في بدل عملٍ محترم أو منفعة عينٍ كركوب الدابة. و أمّا المنافع الأخرى التي هي أعيان أيضاً كشجرة المبيعة بالبيع الفاسد و لبن الشاة كذلك و نحوهما فالأولى التعبير عن بدلها بالعوض دون الأجرة.

(٢) كما في مفتاح الكرامة^(١)، مطبوع في بيروت.

(٣) تقدّم كلام السرائر في الأمر الثاني، فراجع (ص ٢٠٩)^(٢) و غرض المصنّف الاضراب و العدول عن مجرّد شهرة ضمان عوض المنفعة المستوفاة إلى كون الحكم إجماعياً، لاتّحاد المقبوض بالبيع الفاسد مع الغصب في الأحكام ما عدا الاثم في الامساك.

(٤) و سيجيء في عبارة التذكرة تصريحه باتفاق علمائنا على ضمان المنافع المستوفاة و غيرها^(٣).

(٥) أي: يدلّ على ضمان المنافع المستوفاة عموم قوله ﷺ: «لا يحلّ»

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٧٤٨

«٢» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٣٢٦

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨١

نفسه» بناءً^(١) على صدق «المال» على المنفعة،

و تقريب الاستدلال يتمّ ببيان أمرين:

الأول: أن المنافع أموال حقيقة، سواء أكانت أعياناً تابعة لأعيان أخرى كالثمرة للشجرة، أم أعراضاً وحيثيات قائمة بالأعيان كالسكنى في الدار و الأعمال المحترمة كالخياطة، لما تقدّم في أول كتاب البيع من أن مناط مالّية الأشياء هي رغبة العقلاء فيها و تنافسهم عليها، و لا ريب في عدم إختصاص رغبتهم بالأعيان المتموّلة، بل تعمّ المنافع أيضاً. و يشهد لمالّية المنافع حكمهم في مسألتين:

إحدهما: جواز جعلها ثمناً في باب البيع، مع أن حقيقة المبادلة بين مالين، ولو لم تكن المنفعة مالاً لما صحّ جعلها عوضاً عن المبيع، بل يتعيّن كون كلا العوضين من الأعيان على ما ذهب إليه الوحيد البهبهاني رحمته الله و بعض آخر.

ثانيتهما: جواز جعلها صداقاً في باب النكاح، مع وضوح إعتبار مالّيته.

الثاني: أن الحِلّ المضاف إلى المال ظاهر في التكليف كما في نظائره. و هذا أجنبي عن المدعى، و هو ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد، و لذا ينبغي تقريب الاستدلال بقوله عليه السلام: «لا يحل مال ...» بأن يقال: إن حِلّ المال المتلف عبارة عن عدم تعلّقه بذمّة المتلف و عدم كونه مطالباً بالأداء، و مقتضى عدم حِلّه إستقراره على عهدة المتلف له. و هذا هو ضمان ما استوفاه المشتري من المنافع، فإنّ وزان الاستيفاء في المنافع وزان الاتلاف في الأعيان في كونه مضمّناً.

و بهذا التقريب جاز التمسك بالنبويّ المذكور لضمان توابع المغصوب من ولد الشاة و اللبن و الصوف و نحوها من التوابع التي هي من الأعيان التي يصدق عليها المال إذا تلفت، فإنّ مناط الضمان في الجميع صدق التصرف في مال الغير بدون إذنه، و المفروض مالّية المنافع بأقسامها، هذا.

(١) مبنى هذا البناء هو ظاهر كلام الفيروزآبادي في القاموس من تعريف المال

ولذا^(١) يُجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح (*).

بما يختص بالأعيان، وكذا العلامة الطريحي في المجمع^(٢). لكنّه مزيف ولم يعتمد عليه المصنّف في أول البيع، حيث قال: «و أمّا العوض فلا إشكال في جواز كونها منفعة». وقال أيضاً: «إنّ الصلح قد يتعلق بالمال عيناً أو منفعة...»^(٣). وكذلك رجّح مآليّة المنفعة بالاستشهاد بجواز وقوعه ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح، ولو لم تكن مالاً تعيّن كون الثمن و الصداق من الأعيان.

(١) أي: و لأجل كون المنفعة مالاً يجعل ثمناً و صداقاً.

(*) في كلا الشاهدين منع. أمّا في الأول فلعدم إعتبار كون الثمن مالاً بعد صدق البيع العرفي على تبديل العين بمنفعة أو حق، كصدقه على تبديلها بعين. وكذا الحال في الصداق.

ثمّ أنّه يمكن أن يستدلّ على ضمان المنافع بوجوه أخرى:

منها: قاعدة اليد، بالتقريب الذي تقدّم في ما يتعلق بمباحث اليد (ص ٤٠).

إلا أن يستشكل فيه بأنّ الأخذ وإن لم يكن مختصاً بالأعيان الخارجية، لصحة إضافة الأخذ إلى العلم والبيعة والعهود والمواثيق، فيراد باليد هنا الاستيلاء الصادق على أخذ المنافع، إلا أنّ ذيله يمنع عن الأخذ بظهور الصدر، حيث إنّّه لا يعقل ردّ المأخوذ بعينه في المنافع المتصرّمة الوجود، إذ لا تضمن قبل وجودها في الخارج، وبعد وجودها تنعدم، فيمتنع أداؤها إلى المالك.

و المستفاد من النبويّ إعتبار إمكان أداء المأخوذ ذاتاً وإن صار ممتنعاً بالعرض حتى ينتقل إلى البدل، خصوصاً على النسخة المشتملة على قوله: «حتى تؤديه» لكونه كالصريح في ردّ نفس المأخوذ.

«١» القاموس المحيط، ج ٤، ص ٥٢؛ مجمع البحرين، ج ٥، ص ٤٧٥

«٢» راجع هدى الطالب، ج ١، ص ٥٩ و ٢٣٧

و منها: قاعدة الاتلاف، و هي من القواعد العقلانيّة التي لم يردع عنها الشارع، بل أمضاها في موارد كثيرة. مثل ما ورد في شهادة الزور، كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً بعينه ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^(١) و نحوه غير من روايات الباب.

و مثل ما ورد في تلف الرهن بتفريط المرتهن، كموثقة إسحاق بن عمّار، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم، و هو يساوي ثلاثمائة درهم، فيهلك، أعلّى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهناً فيه فضلٌ و ضيعة...»^(٢) الحديث.

و نحوها سائر روايات الباب، فإنّ التعليل يدلّ على ضمان كلّ من ضيّع مال الغير، إذ لا خصوصيّة عرفاً للرهن، بل موضوع الضمان هو تضييع مال الغير وإن لم يكن رهناً. و هذا هو قاعدة الاتلاف.

ثم إنّ المراد بالاتلاف على ما يستفاد من النصوص التي تستند إليها قاعدته ما يعمّ الأكل و الشرب و التضييع و الفساد، فلو لم يصدق مادّة الاتلاف - و هي التلف - في موردٍ ولكن صدق التضييع و الفساد كفى في جريان قاعدة الاتلاف.

فما في حاشية المحقق الايرواني رحمته: من «أنّ المتبادر من إتلاف المال إخراجه عن المالية بتضييعه، لا إتلافه في سبيل الانتفاع به كأكل المأكول و شرب المشروب»^(٣). لا يخلو من غموض، لما عرفت من أنّ المستفاد من الروايات ما يعمّ ذلك. و لا دليل على ما أفاده.

مضافاً إلى: أنّ الأكل و الشرب مصلحة للأكل و الشارب، و إتلاف حقيقة لمال

«١» وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٣٩، الباب ١١ من كتاب الشهادات، الحديث ٢

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث ٢

«٣» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٦

المالك، فلم لا تشمله القاعدة.

فالمتحصل: أن الاستدلال بقاعدة الائتلاف لضمان المنافع المستوفاة - بعد صدق المال على المنافع عرفاً كما هو كذلك و عدم العبرة بما يظهر من بعض اللغويين من إختصاص المال بالعين ذات المنفعة، لتقدم العرف العام عليه - في محله. فالاعدام والافساد والتضييع كلها موضوع لقاعدة الائتلاف. ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سئل عن القصار يُفسد؟ فقال: كل أجير يُعطى الأجرة على أن يُصلح فيفسد فهو ضامن»^(١).

و في رواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: «إن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل استأجر رجلاً ليصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمنه أمير المؤمنين عليه السلام»^(٢).
و أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صائغ أو غيره. قال: إن كان ضيغ شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون»^(٣).
و منها: قاعدة الاحترام المستفادة من موثقة أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله ﷺ: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»^(٤) بتقريب: أن إتلاف ماله يوجب الضمان، و لا يذهب هدرأً، كما أن دمه لا يذهب هدرأً. و من الواضح شموله للمنافع المستوفاة كشموله للأعيان، لكون المنافع مما يصدق عليه المال.

و المناقشة فيه «بأن الظاهر من حرمة المال بقريئة سائر الجمل المذكورة في الرواية هو الحكم التكليفي، فإن سب المؤمن و أكل لحمه بمعنى إغتيابه حرام تكليفي

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧١، الباب ٢٩ من أبواب الاجارة، الحديث ١

«٢» المصدر، ص ٢٧٤، الحديث ١٠

«٣» المصدر، ص ٢٥١، الباب ١١ من أبواب الاجارة، الحديث ٢

«٤» وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب احكام العشرة، الحديث ٣

فقط. و وحدة السياق تقتضي كون حرمة المال أيضاً تكليفية محضة، فلا يستفاد الحكم الوضعي و هو الضمان من هذه الرواية^(١).

مندفعة أولاً: بأنه لا موجب للحكم الوضعي في سائر الجمل، لأنّ الفسوق والكفر والمعصية كالصریح في الحرمة التكليفية، ولذا عبّر بغير هذه التعبيرات في المال، فلا مانع من حرمة المال تكليفاً و وضعاً. وهذا بخلاف النهي عن السباب والغيبة والقتل الظاهر في التكليف خاصة.

و ثانياً: بأنّ تشبيه حرمة المال بحرمة الدم ظاهر في الضمان، و أنّ ماله كدمه لا يذهب هدرأ. فحمل هذه الجملة - كسائر الجمل - على الحكم التكليفي فقط أو جعلها مجملة كما في بعض الكلمات^(٢) ليس كما ينبغي.

نعم يمكن المناقشة في قاعدة الاحترام بأخصيبتها من المدعى الذي هو ضمان المنافع سواء أكان المقبوض مالاً لمسلم أم غيره. و روايات القاعدة تتضمن حرمة مال المسلم، و هذه الاضافة ظاهرة في كونها حيثية تقييدية، فعال المسلم من حيث إضافته إلى المسلم محترم، فالاحترام إنما هو لهذه الحيثية، لا لحيثية المال ليكون الاحترام مترتباً على المال من حيث كونه مالاً حتى يكون دليلاً على ضمان منافع المبيع فاسداً المستوفاة.

اللهم إلا أن يتشبت بعدم الفصل في حرمة المال بين المسلم و من بحكمه كالذمي. و منها: الروايات الدالة على عدم حلية مال إمرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و على حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه^(٣). بعد ما عرفت من صدق المال على المنافع، ولذا تقع ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح. و قد تقدّم ذلك.

و منها: ما ورد في جملة من الروايات من: «أنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» كحسن الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٩١

«٢» ذكرنا مصادرها في ص ١٢٤ فراجع.

على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إذا لم يجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، أنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^١.

والاستدلال بها منوط بصدق الحق على المال، و يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، وإلا فلا وجه للاستدلال بها على الضمان كما قيل. و مورد بعض هذه الروايات الوصية، و مقتضاها أن للمسلم أن يوصي بماله، و هذا حق له، و لا يصلح ذهاب حقه. و هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه.

مضافاً إلى ما قيل من: أنها لا تشمل صورة التلف، فالدليل أخص من المدعى. إلا أن يقال: إنه إذا كان الحق لازم الرعاية، مع أنه ليس مالاً، و إضافته إلى من له الحق أضعف من إضافة المال إلى مالكه، فرعاية المال أولى.

أو يقال: إن حق أحد إذا ثبت على ذمة غيره فلا يصح ذهابه بغير عوض، و هذا يدل على الضمان.

و أما ورود الروايات في باب الوصية فلا يمنع عن الاستدلال بها على الضمان، لباء التعليل بعدم صلوح ذهاب حق أحد عن الاختصاص بباب الوصية، و بملة دون أخرى. إلا إذا قام دليل على التخصيص و عدم حرمة المال، كما ورد في الحربي.

و منها: قاعدة نفي الضرر في الشريعة المقدسة المستفادة من عدة روايات. تقريب الاستدلال بها: أن الحكم بعدم ضمان القابض لمنافع المال بالعقد الفاسد ضرراً على المالك، فينفي بالقاعدة.

و نوقش فيه بأنها لا تدل على الضمان سواء أريد بها نفي الحكم الضرري أولاً كما هو مقتضى النفي البسيط و عليه المصنف. أم أريد بها النفي المركب أعني نفي الحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه صاحب الكفاية و بعض المحققين.

وجه عدم الدلالة: إختصاص أدلة نفي الضرر برفع الأحكام الوجودية الضرورية كوجوب الوضوء و لزوم البيع. و أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم كالضمان.

في المقام، فقاعدة نفي الضرر لا تنفيه ليثبت الجعل الشرعي كالضمان. ولكن يمكن دفع هذه المناقشة بأنّ العدم تارة يراد به العدم الواقعي كعدم الوجوب وعدم الحرمة. وأخرى يراد به إنشاء عدمهما، كأن يقول الشارع «لا يجب أو لا يحرم». فإن أريد بالعدم المعنى الأول لم يرتفع بقاعدة الضرر، لعدم كونه حكماً حتى يرفعه دليل نفي الضرر.

وإن أريد به المعنى الثاني كان مجعولاً مشمولاً لقاعدة نفي الضرر، والأعدام بعد تشريع الأحكام تكون مجعولة ولو بالامضاء، لأنّ إبقاء الشارع لها مع تشريع الأحكام جعل لها بقاءً، لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما تخيله بعض. وهذا المقدار من الجعل كافٍ في نفيها بقاعدة الضرر، لأنّ إمضاء تلك الأعدام - ولو بمثل أصالة عدم الضمان - من الاسلام أيضاً، فيشملة قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» أو «في الدين». فعدم ضمان المنافع المستوفاة حكم ضرريّ يُنفى بقاعدة الضرر. والحاصل: أنّ إبقاء عدم ضمانها حكم ضرريّ ينفى بقاعدته.

هذا بناءً على كون مفاد قاعدة نفي الضرر نفي نفس الحكم الضرري كما عليه المصنّف رحمه الله.

وأما بناءً على كون مفادها نفي الحكم بلسان نفي الموضوع فالأمر أوضح، لأنه يقال: إنّ إستيفاء المنافع مجاناً ضرريّ، أو تفويت منافع العين المملوكة للغير بإمساك العين ضرريّ، فيرتفع حكمه أعني عدم الضمان ويثبت الضمان. لا يقال: إنّ المقام يكون من تعارض الضررين، لأنّ إشتغال ذمة القابض ضرر أيضاً كتضرر الدافع.

فإنه يقال: إنّ الضرر - وهو النقص - لا يرد على الدافع، لأنه يدفع بدل المنفعة التي إستوفاه، لا أنه يتضرر حتى يندرج في تعارض الضررين، فإن دفع عوض المال الذي دخل في كيسه ليس نقصاً في المال، بل دفع لمال الغير، كأداء الثمن.

و منها: قاعدة الاستيفاء، فإنّ إستيفاء مال الغير من دون إذن المالك في إستيفائه مجاناً موجب للضمان إجماعاً، وعليه السيرة العقلانية التي لم يردع عنها الشارع. وهذه الوجوه لو نوقش في بعضها ففي البعض الآخر منها كفاية.

خلافاً للوسيلة^(١)، فنفي الضمان، محتجاً بأن «الخراج بالضمان» كما في النبوي المرسل^(٢). و تفسيره^(٣): أَنَّ مَنْ ضَمَّنَ شَيْئاً وَ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ فَخَرَجَهُ لَهُ. فالباء

(١) قال ابن حمزة رحمته: «فإذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً و إنتفع به المبتاع، و لم يعلم بفساده، ثم عرفا، و إستردَّ البائع المبيع، لم يكن له إسترداد ثمن ما إنتفع به، أو إسترداد الولد إن حملت الأمُّ عنده و ولدت، لأنَّه لو تلف لكان من ماله، و الخراج بالضمان»^(١).

و صريح كلامه رحمته إختصاص عدم ضمان المنافع المستوفاة في المبيع بالعقد الفاسد بصورة جهلها بالفساد، مع أنَّ عنوان البحث في المتن شامل لصورة علمها أو علم أحدهما بالفساد.

و كيف كان فيكفي للتعريض لكلام ابن حمزة قوله بعدم الضمان موجبة جزئية وهي صورة الجهل بالبطلان. و محصل إستظهاره من الحديث النبوي هو: أَنَّ مَنْ أَدَّاهُ عَلَى ضَمَانٍ شَيْءٍ وَ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ بِتَضَمُّنِ الْمَالِكِ فَالْخَرَجُ - أي: ما يخرج من ذلك الشيء من الفوائد و المنافع - لَهُ مَطْلَقاً، سواء أَمْضَى الشَّارِعُ هَذَا الضَّمَانَ أَمْ لَا. و من المعلوم أَنَّ المشتري في المقام أَدَّاهُ عَلَى ضَمَانِ الْمَبِيعِ بِتَضَمُّنِ الْبَائِعِ إِيَّاهُ عَلَى أَنْ يَكُونَ خَرَجُهُ لَهُ مَجْتَاناً، فضاء المبيع عليه و منافعه له، حتى على تقدير فساد المعاملة.

(٢) قال ابن أبي جمهور الأحسائي «و روي عنه رحمته: أَنَّهُ قَضَى بِأَنَّ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ» ثم قال: «و معناه: أَنَّ الْعَبْدَ مِثْلًا يَشْتَرِيهِ الْمُشْتَرِي، فَيُغْتَلَّ حِينًا، ثُمَّ يَظْهَرُ عَلَى عَيْبٍ بِهِ، فَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ أَنَّهُ لَا يَرُدُّ مَا صَارَ إِلَيْهِ مِنْ غَلَّةٍ وَ هُوَ الْخَرَجُ، لِأَنَّهُ كَانَ ضَامِنًا لَهُ وَلَوْ مَاتَ»^(٢).

(٣) هذا التفسير إلى قوله: «و الفائدة بازاء الغرامة» إستظهار المصنف من كلام ابن حمزة رحمته، و توجيه إستدلالة بالحديث.

«١» الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٧٤٤، السطر ٣٣

«٢» عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢١٩، الحديث ٨٩

للسببية^(١) أو المقابلة^(٢) (*). فالمشتري^(٣) لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله^(٤) على نفسه بتقبل البائع و تضمينه إياه على^(٥) أن يكون الخراج له مجاناً كان^(٦) اللازم

(١) لأن ضمان المبيع سبب للملكية المنافع. وجه تسمية «الباء» بالسببية أنها تدخل على الأسباب، كقوله تعالى: ﴿أدخلوا الجنة بما كنتم تعملون﴾.
(٢) «باء» المقابلة هي التي تدخل على الأعواض، مثل «إشتريته بألف، وكافيت إحسانه بضعف» ففي المقام إذا ثبت الخراج كان ضمان العين عوضاً عنه، فتدبر.

(٣) قد عرفت في توضيح ما استدلل به شيخ الطائفة على قاعدة «ما لا يضمن» من قاعدة الاقدام: أن كل واحد من البائع و المشتري أقدم على الضمان المعاوضي، فالبايع يضمن المشتري المبيع، و يجعله على عهده و يتقبله المشتري، و يضمن البائع الثمن و يتقبله هو. و بعد هذا الاقدام لو كان غناء للمبيع كان ملكاً للمشتري في قبالة ضمانه للمبيع.

(٤) أي: تقبل المشتري المبيع على نفسه و ضمنه - بعد تملك البائع و تضمينه - مبنياً على أن تكون منفعة للمشتري مجاناً، فلو استوفاه لم يلزمه عوضها.
(٥) يعني: أن الشرط الارتكازي المبني عليه البيع هو كون الغناء للمشتري سواء صح البيع أم فسد.

(٦) جواب الشرط في قوله: «لما أقدم».

(*) قد يقال: إن «الباء» كما يحتمل أن تكون للسببية، يحتمل أن تكون للمقابلة، فيكون الكلام مجعلاً، و الاستدلال بالحديث على عدم الضمان مبني على السببية، فلا يصح.

لكنه مندفع بأن الأصل في الباء السببية، بل يمكن إرجاع المقابلة - بنحو من العناية - إلى السببية أيضاً.

من ذلك^(١) أنَّ خراجه له على تقدير الفساد^(٢). كما أنَّ الضمان عليه^(٣) على هذا التقدير أيضاً.

و الحاصل^(٤): أنَّ ضمان العين لا يجتمع^(٥) مع ضمان الخراج. و مرجعه^(٦) إلى أنَّ الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة.

و هذا المعنى^(٧) مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله - في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري - : «ألا ترى أنَّها

(١) أي: من الاقدام على ضمان المبيع على أن يكون خراج المبيع له مجَّاناً.

(٢) كما أنَّ الخراج للمشتري مجَّاناً على تقدير الصحة، لوحدة الدليل و هو الاقدام على تضمين العين بشرط مجَّانية المنفعة.

(٣) أي: كما أنَّ ضمان العين يكون على المشتري على تقدير فساد العقد - ولو ببذله الواقعي لا المجعلي - إذ ليس مدار ضمان العين على صحة البيع شرعاً، بل على جعل المتعاملين و إقدامهما، و هو موجود في كلتا صورتَي إمضاء الشارع و عدمه.

(٤) يعني: حاصل تفسير ابن حمزة للحديث النبويّ هو عدم إجتماع ضمان العين و المنفعة في باب البيع.

(٥) إذ المفروض كون ضمان العين سبباً لملكية المنافع للضامن، فلا يجتمع الضمانان - أي: ضمان العين و المنافع - على ضامن العين، كالمشتري، فلا بدّ أن يكون ضامناً للعين فقط، لأنَّ ضمان العين عوض المنافع.

(٦) أي: و مرجع عدم إجتماع ضمان العين مع ضمان الخراج هو: أنَّ الغنيمة تكون بإزاء غرامة العين و بدلاً لها.

(٧) أي: كون ضمان العين سبباً لملك الخراج، بحيث يكون ضامن العين مالكاً لمنافعها - المعبر عنها بالخراج - ليرتّب عليه عدم ضمان المنافع التي إستوفاه من المقبوض بالعقد الفاسد.

و غرض المصنّف رحمه الله من هذا بعد نقل تفسير الحديث على رأي ابن حمزة رحمه الله هو تأييد هذه المقالة بما ورد في غير واحد من الأخبار، مثل ما دلّ على أنّ منفعة الدار المبيعة ببيع خياريّ تكون ملكاً للمشتري في الزمان المستخلّل بين البيع و الأخذ بالخيار.

ففي وثيقة إسحاق بن عمار، قال: «حدّثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و أنا عنده، فقال: رجل مسلم إحتاج الى بيع داره، فجاء إلى أخيه، فقال له: أبيعك داري هذه، و تكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشتري لي إن أنا جئتك بشمها إلى سنة أن تردّ عليّ؟ فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بشمها إلى سنة ردّها عليه، قلت: فإنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّها لو احترقت لكانت من ماله»^(١).

و في رواية معاوية بن ميسرة: «قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل، و كان بينه وبين الرجل الذي يشتري منه الدار حاصر، فشرط أنّك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله. و قال أبو عبد الله عليه السلام: أرايت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري»^(٢).

و تقريب دلالتها على مدعى ابن حمزة رحمه الله هو: أنّ الامام عليه السلام حكم بدخول منافع الدار - في مدّة الخيار - في ملك المشتري المستوفي لها، و لا يكون ضامناً لعوضها للبائع بعد فسخ العقد. و الوجه في عدم ضمانها هو ضمانه لنفس المبيع و بذل الثمن بازائه، و هذا المطلوب هو مفاد حديث «الخراج بالضمان».

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١، و المراد بالحاصر هو الجدار.

«٢» المصدر، الحديث ٣

لو أحرقت كانت من مال المشتري» (*).
و نحوه في الرهن^(١) و غيره^(٢).

(١) كموثق إسحاق بن عمار، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرهّن الغلام و الدار فتصيبه الآفة، على من يكون؟ قال عليه السلام: على مولاه، ثم قال: رأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد. قال عليه السلام: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثم قال: رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ ماقي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال عليه السلام: كذلك يكون عليه ما يكون له»^(١).

(٢) لعل مراده عليه السلام ما ورد في باب الاجارة من أنه يجوز لمن إستأجر أرضاً أن يؤجرها بأكثر مما إستأجرها بشرط أن تكون الأجرة الثانية مغايرة للأجرة الأولى في الجنس، أو أن يحدث في الأرض ما يقابل التفاوت بأن يحفر فيها نهراً و نحو ذلك. فيقال في تقريب دلالتها على مدعى ابن حمزة: إن المستأجر الأول لما ضمن الأجرة للمالك أو للسلطان أو لمن بيده أمر الأرض كانت الفائدة الحاصلة بالاجارة الثانية عائدة له، لا للمالك الأرض. تحقيق كافي في علوم راسدي

(*) الظاهر عدم إرتباطهما بهذا المعنى أي كون ضامن العين مالكاً لخراجها لأجل ضمان العين. بل هي في مقام بيان كون العين في مدة الخيار ملكاً للمشتري، و أن ملكية المنفعة لقاعدة تبعيتها في الملكية للعين.
و بعبارة أخرى: قاعدة تبعية المنافع للعين في الملكية سارية في جميع موارد ملكية العين مطلقاً و إن لم يكن ضمان للعين بازاء مال كالمجانبات من الهبة و نحوها، فإن ملكية العين مطلقاً تقتضي ملكية المنفعة.
فليس المقصود سببية ضمان العين لملك المنفعة و خراجها. و لا قاعدة «من له الغنم فعليه الغرم» فالأخبار المشار إليها أجنبية عن مدعى ابن حمزة.

و فيه^(١): أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون

ففي معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألتُه عن الرَّجلِ إستأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسمّاة أو بطعامٍ مسمّى، ثم أجرها، و شرّط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر، و له في الأرض بعد ذلك فضلٌ، أ يصلح له ذلك؟ قال: نعم إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك قلّة ذلك» الحديث^(١).

هذا ما يتعلّق بالجهة الثانية و هي تأييد مقالة ابن حمزة الطوسي أعلى الله مقامه. (١) هذا شروع في الجهة الثالثة مما يتعلّق بكلام ابن حمزة، و هو المناقشة فيه، والمذكور في المتن وجوه ثلاثة من الايراد، أفاد أولها المصنف، ثم تعرّض للوجهين الآخرين و ردّهما.

أمّا مناقشة المصنف في كلام ابن حمزة فتوضيحا: أنه قد تقدم (في ص ١١٦) الايراد على إستدلال شيخ الطائفة بالاقدام على الضمان في البيع الفاسد بما محصّله: أن ما أقدم عليه من العوض المسمّى لم يسلم لهما، ولم يقدم على البديل الواقعي حتى يضمناه. و كذلك يقال في المقام، حيث إنّ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ضمان قهريّ شرعيّ، و ليس ضماناً إختيارياً للمتبايعين حتى يستلزم ملكيّة المنافع لضا من العين. والمفروض أن الضمان الموجب للملكيّة المنافع هو الضمان المعاوضيّ الذي أقدم عليه المتعاقدان و أمضاه الشارع.

و بالجملة: الضمان المستلزم لملكيّة الخراج هو الضمان المقيّد بقيد الاقدام والامضاء، دون الضمان القهريّ الذي يكون من باب الغرامة المعبر عنها بالضمان الواقعيّ، و المفروض أن الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ليس من الضمان المعاوضيّ الاختياريّ الذي أقدم عليه المتعاقدان و أمضاه الشارع، بل من الضمان القهريّ الذي لا يوجب ملكيّة المنافع.

الخراج بإزائه^(١)، وإنما هو أمرٌ قهريٌّ حَكَمَ به الشارع كما حَكَمَ^(٢) بضمان المقبوض بالسَّوْمِ و المَقْصُوبِ. فالمراد بالضمان^(٣) الذي بإزائه الخراج إلْتِزَامٌ^(٤) الشيء على نفسه و تقبُّله له مع إمضاء الشارع له (*).
و ربَّما ينتقض ما ذكرنا^(٥) في معنى الرواية بالعارية المضمونة،

(١) بمقتضى «الخراج بالضمان» وجه عدم الاقدام على ضمان المبيع فاسداً هو: أنه مضمون بالبدل الواقعي مع أنَّ المقدم عليه ضمان جعلي.
(٢) بإطلاق «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي».

(٣) يعني: في حديث: «الخراج بالضمان» و غرضه تَحْكِيمُ - بعد أن نفى كون ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من الضمان المعاوضي الاختياري الممضى شرعاً - أنَّ المراد بالضمان الموجب للملكية المنافع هو معناه المصدري أي إلْتِزَامُ الشيء على نفسه و تقبُّله له، مع إمضاء الشارع له. و الضمان بهذا المعنى مفقود في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يكون ضمان العين فيه موجباً للملكية المنافع حتى لا يضمنها.

(٤) خبر قوله: «فالمراد».

(٥) من كون الضمان في الحديث هو الضمان الاختياري الممضى شرعاً الذي تَبَّه عليه بقوله: «فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج ...» دون الضمان القهري الجاري في المقبوض بالبيع الفاسد.

و توضيح النقض الوارد على إرادة الضمان الاقدامي الاختياري هو: أنَّ المستعير إذا أقدم على ضمان العارية - بأن شرطه المعير عليه - و أمضاه الشارع لم يوجب هذا الاقدام مالكيَّةَ المستعير لمنافعها، لما تقرَّرَ عندهم من أنَّه لا يملك منافع العارية، و إنما يملك الانتفاع الذي عيَّنه المالكُ له. و بهذا يشكل جعل مدلول الحديث

(*) لكنه لا قرينة عليه، فيحتمل أن يراد به إسم المصدر، يعني كونه في العهدة، كما يحتمل إرادة معانٍ أخر منه سيأتي بيانها.

حيث إنه ^(١) أقدم على ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له (*) لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الانتفاع الذي عيّنه المالك ^(٢)، فتأمل ^(٣).

مخصوصاً بالضمان الاقداامي المضمي شرعاً، فإنّ الشارع المضي للعارية المضمونة لم يحكم بالكيّة المستعير لخراجها.

(١) أي: أنّ المستعير أقدم على ضمان العين و لم يملك الخراج.

(٢) كما في الشرائع، حيث قال: «و يقع بكل لفظٍ يشتمل على الاذن في الانتفاع» وقال أيضاً: «و لا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك، و لا إجارتها، لأنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير و إن كان له إستيفؤها» ^(١).

(٣) لعلّه إشارة إلى كفاية جواز إستيفاء الخراج - بلا ضمانٍ له مع ضمان العين - في صدق «الخراج بالضمان» إذ حاصل المعنى حينئذٍ: أنّ ضمان العين رافع لضمان المنافع، سواء صارت ملكاً لضا من العين أم لا.

أو إلى: فقدان تملك الانتفاع في العارية أيضاً، بل تباح المنافع له بإذن مالك العين، فكأنّ معناه: أنّ ضمان العين يمنع عن ضمان المنافع و إن لم تصر مملوكة لضمان العين، فلا ينتقض - إرادة الضمان الاختياري - بالعارية.

أو إلى: أنّ معنى «الخراج بالضمان» هو كون الخراج في مقابل ضمان العين بعنوان كونها ملكه في حال الانتفاع بالعين، و من المعلوم أنّ العارية المضمونة ليست كذلك، لأنّها لم تضمن بعنوان كون العين ملكاً للمستعير، فلا نقض .

(*) المعروف في العارية أنّها إباحة الانتفاع بمنافع ملك الغير مجاناً مع بقاء المنفعة على ملك مالك العين، نظير إباحة الطعام للضيف و نثار الأعراس. قال في التذكرة: «ليس للمستعير أن يعير». و قال في وجهه: «إنّه غير مالك للمنفعة، و لهذا

و الحاصل^(١): أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك

(١) هذا ملخص ما أورد به المصنف على ابن حمزة رحمته الله النافي لضمان المنافع المستوفاة مستدلاً بالحديث النبوي. و محصل الكلام: أن الحديث موهون سنداً ودلالة. أما سنداً فلأنه مروى بطرقنا مرسلأ، و لا عبرة بالمراسيل ما لم تنجر بعمل المشهور، و قد عرفت إعراض المشهور عن المدلول الذي إستظهره ابن حمزة، بل إدعي الاجماع على ضمان المنافع المستوفاة. و هذا الحديث و إن روي مسنداً بطرق العامة لكأنه مرمي بضعف بعض رجاله كما سيأتي في التعليقة.

و أما دلالة فلأن محتملات الحديث كثيرة، و لا معين لما استظهره ابن حمزة منه، و يكفي في ردّه ما أفاده المصنف من إختصاصه بموارد الاقدام المضمّن المعضى شرعاً. و عليه فلا معارض لما يدلّ من القواعد الجارية في ضمان مطلق الأموال

لا يجوز أن يؤجر^(١).

و يحتمل - كما قيل: - أن تكون العارية تمليك المنفعة مجاناً، كالهبة التي هي تمليك العين مجاناً، كما أن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، في مقابل البيع الذي هو تمليك العين بعوض. ففي التذكرة في مقام الاستدلال على مشروعية العارية ما لفظه: «أما الإجماع فلا خلاف بين علماء الأمصار في جميع الأعصار في جوازها و الترغيب فيها. ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، و لذلك صحت الوصية بالأعيان و المنافع جميعاً»^(٢) و هو صريح في كون العارية من هبة المنافع.

لا يقال: إنه على هذا يجوز للمستعير إجارة العين المستعارة، مع أن من المسلّم عدم جوازها.

فإنه يقال: إن عدم جواز إجارتها إنما هو لأجل شرط إنتفاع المستعير بنفسه، ولو شرطاً ضمنياً مبنياً عليه عقد العارية.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٠٩، السطر ١٤

«٢» المصدر، السطر ٢٧

لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و إحترامه و عدم حلّه ^(١) إلا عن طيب النفس.
و ربّما يُردّ هذا القول ^(٢)

- سواء أكانت أعياناً أم منافع - كقاعدة الاحترام.

(١) هذا عطف تفسير للإحترام، و ليس دليلاً آخر على ضمان مال المسلم.

(٢) أي: قول ابن حمزة رحمته الله بعدم ضمان المنافع المستوفاة، و يستفاد هذا الردّ من العلامة و غيره حيث إستدلّوا على ضمان منافع المبيع فاسداً بالروايات المتقدمة في الأمر الأوّل - و هو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد - المتضمنة لحكم الامام عليه السلام بضمان منافع الأمة المسروقة. قال السيد العاملي رحمته الله في بيع الفضولي: «إذا لم يحجز المالك رجوع في عين ماله و ثمنه متصلاً أو منفصلاً، و عوض منفعه المستوفاة و غيرها ... و في رواياتهم ما يدل عليه ...» ^(١). و قال في موضع آخر: «و يرجع به - بالمبيع فاسداً - و بزوائده متصلة كالسمن و منفصلة كالولد، و بمنافعه المستوفاة و غيرها كما في المبسوط و غيره، و المخالف ابن حمزة» ^(٢).

و حاصل الردّ: أنّ الجارية المسروقة كما تكون بنفسها مضمونة على المشتري الجاهل بالحال. كذلك تكون منافعها من الولد و الخدمة و اللبن مضمونة عليه. ولو كان ضمان العين - في البيع الفاسد - موجباً لحلّية المنافع للمشتري لم يكن وجه لحكم الشارع بضمان غنائمها.

و عليه ف ضمان المنافع منافي لما إستظهره ابن حمزة من حديث «الخراج بالضمان» فلا بدّ من حمله - بعد فرض إعتباره سنداً - على البيع الصحيح كما صنعه العلامة ^(٣) رحمته الله، هذا تقريب الردّ على ابن حمزة، و ستأتي خدشة المصنف فيه.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٨

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٩

«٣» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣١٩

بما ورد^(١) في شراء الجارية المسروقة: من ضمان قيمة الولد^(٢) و عوض اللبن، بل عوض كل ما إنتفع.

و فيه^(٣): أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين^(٤) من

(١) كخبر زرارة، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يشتري جارية من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيّنة. قال: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»^(١).

(٢) لا يخفى أنّ ضمان قيمة الولد و اللبن و سائر المنافع لم يرد في رواية واحدة، بل تضمّنتها نصوص متفرقة، ففي صحيحة جميل «و يدفع إليه المبتاع - وهو المشتري - قيمة الولد» و في رواية زرارة المتقدمة ضمان عوض اللبن و الخدمة، و في خبر آخر ضمان كل ما إنتفع، فقصود الرّادّ على ابن حمزة ورود ضمان هذه في الأخبار المتفرقة.

(٣) هذه مناقشة المصنّف رحمه الله في التمسك بهذه الروايات لردّ ابن حمزة. و حاصل المناقشة: أنّ مورد الأخبار المتقدمة أجنبي عن مسألة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وعدمه، لأنّ الكلام بين ابن حمزة و بين المشهور إنّما هو في المقبوض بالعقد الفاسد، من غير جهة الغصب، كما يدلّ عليه قوله في ذيل عبارته في الوسيلة: «فإنّ غصب إنسان أو سرق مال غيره ... الى قوله: وإن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن و بما غرم للمالك» حيث إنّه يدلّ على غرامته للمالك غير الثمن من عوض المنافع، و لا وجه له إلّا ضمانها للمالك.

(٤) و هذا أجنبي عن أخبار ضمان منافع الجارية المسروقة، إذ ليس بائعها مالکها، بل هو غاصب، و لا ملازمة في الضمان بين منافع المغصوب المبيع، و بين منافع

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٤ و نحوه

جهة^(١) أن مالك العين جعل خراجها له^(٢) بإزاء ضمانها بالثمن، لا^(٣) ما كان فسادُه من جهة التصرف في مال الغير (*).

المبيع فاسداً لاختلال شرط صحته.

(١) متعلق بـ «الكلام» يعني: أن وجه البحث في مسأله ضمان منافع المقبوض بالبيع الفاسد هو: أن البائع أقدم على جعل منافع المبيع ملكاً للمشتري في قبالة الثمن، فإمضاء هذا الإقدام و عدم إمضائه غير مرتبط بضمان غناء الجارية المسروقة التي يكون ضمانها من جهة الغصب.

(٢) أي: للمشتري، في قبالة الثمن الذي يدفعه إلى البائع.

(٣) معطوف على «جهة» يعني: ليس كالمثمن في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد شاملاً لمطلق موارد الفساد حتى من ناحية مفسوئية العوضين أو أحدهما، حتى نستدل على ضمان المنافع بنصوص الجارية المسروقة، بل محل الكلام فساد العقد من غير ناحية الغصب، بأن كان العوضان مملوكين.

(*) قد يشكل هذا الجواب بمنافاته لما تقدّم منه من الاستدلال بفحوى أخبار

ضمان منفعة الجارية المسروقة على ضمان نفس الجارية لو تلفت بيد المشتري.

وجه المنافسة: أن الاستدلال بالفحوى منوط باتحاد المقبوض بالعقد الفاسد و المغصوب حكماً، سواء أكان منشأ فساد العقد إختلال شرط الصيغة أو العوضين أو المتعاملين، كما أن إطلاق عنوان المسألة شامل لجميع مناشيء الفساد. و من المعلوم أن ما أفاده هنا من قوله: «لا ما كان فسادُه من جهة التصرف في مال الغير» يقتضي إختصاص مدلول هذه الأخبار بما كان منشأ بطلان العقد عدم تملك العوضين خاصة، و معه كيف يتجه الاستدلال بفحواها على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد مطلقاً؟ و جعلها في عداد حديث اليد و غيره ممّا يدل على ضمان المبيع بالبيع الفاسد؟

و أضعف من ذلك^(١) ردّه بصحيحة أبي ولّاد المتضمنة لضمان منفعة

(١) المشار إليه هو ردّ قول ابن حمزة بنصوص ضمان منافع الجارية المسروقة. وهذا إشارة إلى وجه آخر لردّ مقالة ابن حمزة رحمه الله. و توضيحه: أنّه وَرَدَ في صحيحة أبي ولّاد الحناط السؤال عن إكتراء بغلٍ من الكوفة إلى مسافة معينة - وهي قصر بني هبيرة - لاستيفاء دين من غريم، فلما خرج من الكوفة و وصل إلى قنطرتها أخبر بخروج الغريم إلى مكان آخر، و هو النيل، فتابعه أبو ولّاد إلى أن ظفر به ببغداد، و فرغ ممّا بينه و بينه، و رجع إلى الكوفة، و قد طال سفره من مبدئه إلى انتهاء خمسة عشر يوماً، و هي أزيد بكثير من المدة المتعارفة للسير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة و الرجوع منه إلى الكوفة. فأراد أبو ولّاد التحلّل من المكاري ببذل أجرة أخرى زائدة على الأجرة المعيّنة أولاً، فلم يرصّ بها صاحبُ البغل، فتراضيا بالترافع إلى قاضي الجور، فحكّم ببراءة ذمّة أبي ولّاد من الأجرة الزائدة، مستدلاً بحديث الخراج بالضمان، فاسترجع صاحبُ البغل من هذا القضاء الجائر.

إلى أن تشرف أبو ولّاد للحجّ و زار الإمام الهمام أبا عبدالله جعفر بن محمّد الصادق صلوات الله و سلامه عليه و على آبائه و أبنائه الطاهرين، و قصّ عليه قصّته، فقال عليه السلام: «في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركايتها» و حكّم على أبي ولّاد بضمانه لأجرة البغل في جميع المدة التي خرج به من الكوفة حتى عوده إليها، لأنّه إستوفى منفعته بإجارة فاسدة، لاخلاله بالشرط، فصار البغل مغصوباً، فيضمنه كما يضمن ما إستوفى من منفعه.

و عليه تكون هذه الصحيحة ردّاً على ابن حمزة القائل بأنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها، هذا.

و ناقش المصنّف رحمه الله في هذا الردّ مقتصرأ على قوله: «و أضعف منه ذلك» وجه الأضعفية: أنّه ليس في الغصب - الذي هو مورد صحيحة أبي ولّاد - عقد فاسد، بخلاف ما قبلها، فإنّ فيه عقداً بين المشتري و غير المالك، و من المعلوم أنّ الغصب

المغصوب المستوفاة^(١)، ردّاً على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقّق ضمان العين - ولو بالغصب - سقط كراهها، كما يظهر^(٢) من تلك الصحيحة.

نعم^(٣) لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق^(٤) القول بأنّ الخراج بالضمان إنتهضت الصحيحة^(٥) و ما قبلها^(٥) ردّاً عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاة.

أجنبيّ عن العقد الفاسد الذي هو مورد كلام ابن حمزة، إذ الغصب خالٍ عن العقد. (١) صفة للمنفعة، و المراد بالمنفعة المستوفاة في هذه الصحيحة هو الركوب على الدابة و السير بها.

(٢) يعني: كما يظهر قول أبي حنيفة - بسقوط ضمان الأجرة بسبب ضمان العين - من تلك الصحيحة، و سيأتي متن صحيحة أبي ولاد إن شاء الله تعالى في (ص ٤٨٢ إلى ٤٨٨). (٣) إستدراك على عدم كون الصحيحة ردّاً على ابن حمزة، و حاصله: أنّ الصحيحة تنهض للردّ على ابن حمزة إذا كان قائلاً بإطلاق «الخراج بالضمان» بحيث يشمل الغصب كما يقول به أبو حنيفة. وأمّا إذا لم يقل بذلك، و كان قائلاً باختصاص «الخراج بالضمان» بالعقود المعاوضة و عدم شموله للغصب لم تنهض الصحيحة للردّ عليه.

(٤) المقصود من إطلاق «الخراج بالضمان» أنّ كلّ موردٍ تحقّق فيه ضمان العين كان منفعته مجّاناً و بلا عوض، سواء أكان بالعقد الصحيح كما يقول به أصحابنا - عدا ابن حمزة - أم أعمّ منه و من العقد الفاسد كما هو رأي ابن حمزة، أم أعمّ منها و من الأعيان المغصوبة كما يقول به أبو حنيفة، لعدم تضمينه أبا ولادٍ عوضٍ إنتفاعه بالبغل الذي صار مغصوباً بيده من قنطرة الكوفة إلى النيل، ثمّ إلى بغداد، ثمّ إلى الكوفة.

(٥) و هو نصوص الجارية المسروقة، فإنّها أيضاً صالحة لردّ مقالة أبي حنيفة، لما تقدم من صراحتها في ضمان اللبن و الخدمة و سائر منافعها. فكما تكون نفس الجارية مضمونة فكذا غناؤها، و هذا معارض بالتباين لما إستفاده أبو حنيفة من

حديث «الخراج بالضمان» (*).

هذا ما يتعلق بتوضيح المتن في ردّ استدلال ابن حمزة بالحديث النبوي، و بقيت مباحث أخرى تأتي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(*) و ربّما ينتقض قاعدة «الخراج بالضمان» بالمنافع التي تملك بالارث تبعاً للأعيان، أو بالأصالة، حيث إنها ليست بسبب ضمان العين و تعهدها ببذل مالٍ بازائها. و فيه: أن قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» ليس في مقام حصر سببية ضمان الأعيان لملكية المنافع، بل في مقام نفي الضمان عن المنافع فيما إذا حصل تعهد ببذل عوض بإزاء العين. فكأنه قيل: كل من ضمن عيناً ملك منافعها، و هو لا يدلّ على تسبّب ملكية المنافع عن ملكية العين على وجه الحصر، فيمكن أن تكون ملكية المنافع بسبب آخر.

و هذا نظير أن يقال: «البيع سبب للنقل و الإنتقال» و هو لا ينافي سببية الصلح والهبة مثلاً لهما، و لا ينفي سببية غير الضمان لملكية المنافع، لأن «الخراج بالضمان» قضية لقبية لا مفهوم لها، فلا تدلّ على الحصر أصلاً.

ثم إنه لا بأس بعطف عنان البحث الى النبوي «الخراج بالضمان» سنداً و دلالة، فنقول و به نستعين و بوليّه صلوات الله و سلامه عليه و على آبائه الطاهرين و عجل فرجه الشريف نتوسّل و نستجير: ينبغي البحث في مقامين، أحدهما: في السند، و الآخر في الدلالة.

أما المقام الأول فمحصله: أنه لم يرو هذا الحديث في جوامعنا الروائية، وإنما روي مرسلاً في بعض الكتب الفقهية كالخلاف و المبسوط و الوسيلة و السرائر و غيرها، فالاعتماد عليه منوط بإحراز عمل المشهور به.

نعم روي بسندين في كتب العامة، وإختلفوا في صحة كلا الطريقين، وروايتهم له تارة بعنوان قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان» أو «قضى بالخراج الضمان» وأخرى مع ذكر السبب. فعن السيوطي: «القاعدة الحادية عشر، قال: الخراج بالضمان حديث صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة. وفي بعض طرقه ذكر السبب، وهو: أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله ﷺ: قد استعمل غلامي، فقال: الخراج بالضمان»^(١).

والسند الأول هو ما عن سنن ابن ماجه «بالإسناد عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: إن رجلاً اشترى عبداً... الخ». والسند الثاني: «مخلد بن خفاف عن هشام بن عروة عن أبيه... الخ».

وإختلفوا في صحة الطريقين، فعن تاج العروس نقل تصحيح جماعة. وعن ابن حزم: «لا يصح حديث الخراج بالضمان، لأنفراد مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي به» وعن الزبيدي: «ضعف البخاري حديث مخلد بن خفاف».

وأما السند الآخر فعن الحاكم تصحيحه، إلا أنه حكى عن الذهبي: «إختلاف كلام ابن معين فيه، فتارة يقول: لا بأس به. وأخرى: إنه ثقة. وثالثة: إنه ضعيف. وعند الساجي: كثير الغلط، ويرمى بالقدر».

فالمحصل من كلماتهم بعد التتبع فيها: أن هذا الحديث ليس مما إتفق الكل على صحته، بل إعتباره عند العامة مورد الخلاف. هذا ما يرجع إلى سنده الذي لا يحصل

«١» الأنشاه والنظائر، ص ١٢١، نقلاً عن هامش تقارير السيد المحقق الخوئي، محاضرات في الفقه

الوثوق بصدوره عنه صلى الله عليه وسلم.

و أما من ناحية عملهم به فالعاملون به كثيرون من المذاهب الأربعة، إلا أنه لما لم يكن جدوى في وثوقهم به عندنا، فالأولى الاقتصار على ذكر من عمل به من فقهاءنا الأبرار رضوان الله تعالى عليهم. وإن شئت الوقوف على أقول العامة وعملهم بالحديث فراجع ما تتبعه العلامة السيد المقدم في تعليقه على تقارير السيد الخوئي رحمته الله «١».

و أما الامامية أعلى الله كلمتهم فقد أسنده شيخ الطائفة رحمته الله إليه صلى الله عليه وسلم في الخلاف والمبسوط.

فقال في الخلاف: «إذا اشتري جارية حاملاً، فولدت في ملك المشتري عبداً مملوكاً، ثم وجد بالأم عيباً، فإنه يرد الأم دون الولد، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، والثاني: له أن يردهما معاً، لأنه لا يجوز أن يفرق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين. والأول أصح عندهم. دليلنا: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: الخراج بالضمان» «٢».

و قال في المبسوط: «فصل في أن الخراج بالضمان: إذا كان لرجل مال فيه عيب فأراد بيعه وجب عليه أن يبين للمشتري عيبه، ولا يكتمه، أو يتبرأ إليه من العيوب. والأول أحوط. فإن لم يبينه وإشتراه إنسان فوجد به عيباً كان المشتري بالخيار إن شاء رضي، وإن شاء رده بالعيب وإسترجع الثمن. فإن إختار فسخ البيع و رد المبيع نظر، فإن لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده وإسترجع ثمنه، وإن كان قد حصل نماء وفائدة فلا يخلو من أن يكون كسباً من جهته أو نتاجاً وثمره. فإن كان كسباً مثل أن يكتسب بعمله

«١» محاضرات في الفقه الجعفري، ج ٢، ص ١٦٩ الى ١٧٤

«٢» الخلاف، ج ٣، ص ١٠٨، المسألة: ١٧٦ من كتاب البيع.

أو تجارته أو يوهب له أو يصطاد شيئاً أو يحتطب أو يحتش، فإنه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخراج بالضمان». فالخراج إسم للغلة و الفائدة التي تحصل من جهة المبيع إلى أن قال: «و قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج أن يكون المأل يتلف من ملكه، ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري، لأن الضمان إنتقل إليه بالقبض كان الخراج له»^(١).

وإستند صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الى هذا الحديث في بيع المصرة، فقال: «ولا يرد اللبن الحادث، لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن الخراج بالضمان»^(٢).

و قال في السرائر في عدم ضمان العين المرهونة: «و يحتج على المخالف بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان، و خراجه إذا كان للراهن بلا خلاف، و جب أن يكون من ضمانه»^(٣).

و قال العلامة في المختلف - بعد نقل كلام ابن حمزة في الوسيلة - ما لفظه: «والمعتمد أن النماء للبائع، لأن الملك باق عليه، و النماء يتبع الملك. و قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمان محمول على الصحيح، و إلا لكان الغاصب مالكا للمنافع، لدخول الأصل تحت ضمانه»^(٤).

و ظاهر العبارتين إعتمادها على الحديث. ولو كان في سنده غمز لكان المناسب التخلف منه بطرحه كلفة، لا بحمله على العقد الصحيح.

نعم يحتمل في كلام ابن ريس إيراد احتجاجاً على المخالفين لا إستناداً، وإن

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ١٢٦

«٢» المصدر، ص ١٢٥

«٣» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٢٠

«٤» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣١٩

أمكن التخلص عن هذا الاحتمال بمخالفته للظاهر، ولو كان الغرض الاحتجاج عليه بما هو مسلم عندهم كان الأولى أن يقول: «و يحتج على المخالف بما يرويه عنه عليه السلام» مع أنه عليه السلام أسنده إليه عليه السلام. وقد تقدم نظيره في حديث «على اليد».

نعم يشكل تعليل العلامة: «وإلا لكان الغاصب مالكا للمنافع...» بعدم صلاحية هذا الوجه لأن يكون منشأ لحمل «الخراج بالضمان» على خصوص الصحيح، ضرورة قابلية عمومته للتخصيص بأدلة الغصب كصحيحة أبي ولاد.

وقال في الجواهر: «المشهور نقلاً وتحصيلاً - بل في ظاهر التذكرة الاجماع - على أن المبيع يملكه المشتري في زمن الخيار بالعقد» إلى أن قال: «وقيل به وبانقضاء مدة الخيار» وإستدل عليه بأمور، إلى أن قال: «والنبوي الخراج بالضمان الذي معناه أن الربح في مقابلة الخسران، فإن الخراج إسم للفائدة الحاصلة في المبيع، والمراد أنها للمشتري، كما أن الضرر الحاصل بالتلف عليه، فهو دال على المطلوب، وإن كان مورد الحديث خيار العيب»^(١).

أقول: الغرض مما ذكرناه من سند الحديث وعمل الفقهاء به من العامة - كما حكي - وبعض الخاصة هو: أنه هل يوجب ذلك السند والعمل وثوقاً بصدور الحديث حتى يصح الركون إليه والاعتماد عليه أم لا؟ فإن حصل ذلك وصلت النوبة الى البحث عن معنى الحديث.

وقد حكي عن شيخ الشريعة الاصفهاني عليه السلام: «أنا تتبعنا غاية التتبع فلم نجدنا في كتب الامامية رضوان الله تعالى عليهم صحاحها و غير صحاحها، بل وجدناه في كتب العامة بطرق متعددة في موارد عديدة». ولعل غرضه عليه السلام عدم الظفر به مسنداً في جوامعنا

الروائية، وإلا فقد عرفت روايته مرسلًا عنه صلى الله عليه وسلم، بل نسبه شيخ الطائفة إلى النبي جازماً، ولم يقل: «وروي عنه». هذا بعض الكلام في المقام الأول.

وأما المقام الثاني وهو الدلالة فلنذكر كلام بعض اللغويين في معنى الخراج والضمان، ثم ما يحتمل في مفاد الحديث.

أما الخراج ففي مفردات الراغب: «و الخراج مختص في الغالب بالضريبة على الأرض، وقيل: العبدُ يؤدِّي خرجه أي غلته، والرعية تؤدِّي إلى الأمير الخراج»^(١).

وقال ابن منظور: «وقال الزجاج: و الخراج إسمٌ لما يخرج، و الخراج غلة العبد والأمة، و الخرج و الخراج الاتاوة، تؤخذ من أموال الناس» ثم قال: «و أما الخراج الذي وظفه عمر على السواد و أرض الفيء، فإن معناه الغلة أيضاً ... و لذلك يسمّى خراجاً يؤدونها كل سنة ... و قيل للجزية التي ضربت على رقاب أهل الذمة: خراج، لأنه كالغلة الواجبة عليهم. ابن الأعرابي: الخرج على الرؤوس، و الخراج على الأرضين»^(٢).

وقال العلامة الطريحي رحمته الله: «الخرج و الخراج - بفتح المعجمة فيهما - ما يحصل من غلة الأرض. و قيل: يقع إسم الخراج على الضريبة و الفيء و الجزية و الغلة، و منه خراج العراقيين»^(٣).

وقال ابن الأثير: «الخراج بالضمان يريد ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبداً كان أو أمة أو ملكاً. و ذلك أن يشتريه فيستغله زماناً» إلى أن قال: «و يكون للمشتري ما استغله، لأن المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه، و لم يكن على البائع شيء. و الباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف، تقديره: الخراج مستحق بسبب الضمان»^(٤).

«١» مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ١٤٥

«٢» لسان العرب، ج ٢، ص ٢٥١ و ٢٥٢

«٣» مجمع البحرين، ج ٢، ص ٢٩٤

«٤» النهاية، ج ١، ص ٣٢١

هذا ما يتعلق بمعنى كلمة الخراج.

و أما الضمان فهو التكفل بالشئ. قال في المجمع: «و ضمنت الشئ ضماناً كفلت به، فأنا ضامن و ضمين، و ضمنت المال إلترمته»^(١) و نحوه ما في الصحاح والمصباح^(٢).

و هذا المعنى ما يساعده العرف العام، فإن الضمان العرفي هو كون مال الغير في العهدة، سواء أكان سببه إختيارياً كقبول شرط ضمان العين المستأجرة أو عارية غير الذهب و الفضة، أم قهرياً كإتلاف مال الغير غفلة أو في حال النوم.

و أما ضمان الشخص لمال نفسه فلا معنى له، و ليس ذلك معنى لغوياً ولا عرفياً للضمان، فإن البيع ليس إلا المبادلة بين المالكين، و لا يخطر الضمان فيه أصلاً، فلا يصح أن يقال: إن المنافع غير مضمونة على المشتري، لأنه ضمن العين، و ضمانها يوجب أن تكون منافعها للضامن.

بل يقال: إن المنافع - تبعاً للعين - مملوكة للمشتري، فلا يضمنها، إذ لا معنى لضمان الشخص مال نفسه، و جعل ماله في عهده.

بل يقال: إن المنافع غير مضمونة عليه، لعدم ضمانه لها من جهة كونها ماله، فاستوفى مال نفسه، و لا معنى لضمان مال نفسه.

ففي مورد الحديث يقال: منفعة العبد المستوفاة غير مضمونة على المشتري في الزمان المتخلل بين عقد البيع و بين رد العبد لأجل العيب على البائع. وجه عدم الضمان: أن الخراج كمنفعة العبد غير مضمون على المشتري، لأن المشتري لم يجعلها في عهده.

«١» مجمع البحرين، ج ٦، ص ٢٧٥

«٢» صحاح اللغة، ج ٦، ص ٢١٥٥؛ المصباح المنير، ص ٣٦٤

وكذا لم يجعلها الشارع في عهده. و المفروض أن ثبوت الخراج على العهدة منوط بصيرورة الخراج في العهدة، و بدون صيرورته في العهدة لا ضمان على من إستوفى الخراج.

ففي مورد الحديث يقال: إن المشتري لا يضمن منافع المبيع المعيب ما لم يرد المبيع على البائع أخذاً بخيار العيب. وجه عدم ضمانها: أن المشتري لم يجعلها في عهده، لأنه إستوفاهما بعنوان كونها مملوكة له بتبعية مملوكية أصل المبيع له. وقاعدة التبعية تقتضي كون المنافع كنفس العين ملكاً لمالك العين، و لا معنى لضمان شخص لمال نفسه كما هو الظاهر.

فكأنه قيل: الخراج كائن على عهدة من إستخرجه بسبب ثبوت عهده عليه. و في مورد الحديث ليس الخراج - أي المنفعة - على المشتري، لأنه لا بد أن تكون عهدة المنفعة على المشتري إذا ضمن و تعهد، و المفروض عدم تعهده لبدل المنفعة، فلا ضمان عليه. هذا ما خطر ببالي في معنى هذا الحديث، وليكن هذا أحد المعاني المحتملة فيه، و سيأتي بيانه.

و كيف كان فيحتمل في مفاد جملة: «الخراج بالضمان» وجوه:

الاحتمال الأول: ما استفاده ابن حمزة، حيث إستدل به على عدم ضمان المنافع المستوفاة، و قد خرج منه منافع المغصوب، حيث إنها مضمونة على الغاصب بصحيح أبي ولاد الآتي إن شاء الله تعالى، فإنه يخصص النبوي المزبور.

و حاصل هذا الاحتمال: أن المراد بالخراج مطلق المنافع الشامل للخراج المصطلح و غيره. و يراد من الضمان المعنى اللغوي أعني به مطلق التعهد، سواء أكان أمراً إختيارياً مترتباً على العقود الصحيحة أو الفاسدة، أم كان أمراً غير إختياري مترتباً على الغصب. فالمراد: أن المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة

أو الفاسدة، أو المأخوذة غصباً مملوكة للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكية المنافع، فتدل الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفاة كما عليه ابن حمزة وفاقاً لشيخ الطائفة. و خلافاً للحنفية، إذ المحكي عنهم: «و لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه، لأنها حصلت على ملك الغاصب، إلا أن ينتقص باستعماله، فيغرم النقصان.

الاحتمال الثاني: أن يكون المراد من كلمة «الخراج» فيه ما هو المعروف المتبادر منه من الخراج والمقاسمة. و المراد من كلمة «الضمان» فيه ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل و الاجارة. و لعل هذا أقرب الاحتمالات - كما في تقرير سيدنا الخوئي رحمته الله - وإن لم يذكر في كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم.

و ملخص هذا الاحتمال: أن المتقبل للأرض الخراجية يملك ما يخرج منها من الغلة بسبب الضمان و التقبل، و لا ربط لهذا المعنى بمورد البحث.

الاحتمال الثالث: أن يراد بالخراج مطلق المنافع الخارجة عن الشيء، لا خصوص الخراج المصطلح، و يراد بالضمان مطلق العهدة، سواء أكانت إختيارية كالمترتبة على العقود الصحيحة و الفاسدة، أم غير إختيارية كالعهدة المترتبة شرعاً على الغصب.

و حاصل هذا المعنى: أن منافع الأموال المأخوذة بالعقود الصحيحة أو الفاسدة أو بالغصب مملوكة للضامن بسبب ضمانه للعين أو بازاء ضمانه لها، و لازم هذا الضمان عدم ضمان المنافع التي يستوفيهها ضامن العين، سواء أكان إستيفاء المنفعة في حال التملك كالعبد الذي إشتراه، فاستغله، ثم رده بالعيب السابق، فإن مقتضاه كون الغلة للمشتري. أم في غير حال التملك كإنتفاع البائع بالمبيع الذي تلف قبل قبض المشتري له، فإن المنافع التي إستوفاهها البائع من المبيع تكون له، لأن ضمانه عليه بمعنى: أنه ينتقل

إليه المبيع آناءً قبل التلف، فيتلف من ماله.

و على هذا المعنى يتم ما أفتى به أبو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لما يستوفيه من منافع العين المغصوبة، ولا يلتزم به ابن حمزة ولا غيره، فلا يكون النبوي بهذا المعنى سنداً للقول بعدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد.

نعم يكون دليلاً لأبي حنيفة على عدم ضمان الغاصب لمنافع العين المغصوبة.

الاحتمال الرابع: أن يراد بالضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحة الممضاة شرعاً كالبيع و الاجارة و نحوهما، و بالخراج المنافع المستوفاة. فيكون المعنى: من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع.

و هذا الاحتمال أجنبي عن المدعى، و هو إستيفاء منافع المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصح إستدلال ابن حمزة رحمته بالنبوي على هذا الاحتمال.

الاحتمال الخامس: أن يراد بالخراج - كما في الاحتمال الثالث - معناه المصدري أي الانتفاع بالشيء، فيختص بالمنافع المستوفاة، و بالضمان الضمان المعاملي الاختياري مطلقاً ولو لم يمضه الشارع، فيشمل العقود الصحيحة و الفاسدة. و على هذا المعنى يصح إستدلال ابن حمزة رحمته بالنبوي.

لكن لا بد في صحة الاستدلال من كون النبوي ظاهراً في هذا المعنى بحيث يتبادر في أذهان العرف عند إلقاء الكلام إليهم، و هو كما ترى. بل قد عرفت أن الظاهر من لفظ الخراج ما هو المعروف في باب الخراج و المقاسمة، كما في حاشية العلامة الشهيد رحمته «١». و أن المراد بالضمان ضمان الأراضي الخراجية بسبب التقبل و الاجارة من السلطان العادل أو الجائر. و من المعلوم أن هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه من ضمان المنافع المستوفاة من العين المقبوضة بالعقد الفاسد، هذا.

مضافاً إلى: ما في هذا الاحتمال الخامس من الاشكال، إذ لازمه ضمان البائع

للمشتري منافع المبيع بالبيع الفاسد إذا إستوفاهما قبل تسليمه إلى المشتري.
و أيضاً: لازمُه ضمان غاصب المبيع للمشتري إذا إستوفى المنافع، إذ المفروض ضمان المشتري للمبيع، فمنافعه له، فإذا غصبه غاصب و إستوفى منافعه كان ضامناً للمشتري لا البائع. و هذا من الفساد بمكانٍ من الواضح. فدعوى القطع ببطلان هذا الاحتمال في محلها.

الاحتمال السادس: ما في حاشية المحقق الخراساني رحمته الله و هو: «أن خراج الأرض كماً و كيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها»^(١).

الاحتمال السابع: ما خطر ببالي، و هو: أن المراد بالضمان معناه العرفي، و هو صيرورة مال الغير في العهدة، و المراد بالخراج إما معناه المصدري و هو الانتفاع بالشيء، و إما حاصل المعنى المصدري و هو ما يخرج من الشيء و يعدُّ منفعةً له. و على الأول يختص بالمنافع المستوفاة، و على الثاني يكون أعم منها، فيشمل المنافع غير المستوفاة أيضاً.
فمعنى الحديث - والله العالم - أن المنافع مطلقاً أو خصوص المستوفاة ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده، كما إذا غصب مال الغير، فإن العين و منافعها مضمونة عليه، فبدل المنافع ثابت عليه، لصيرورتها في عهده بسبب الغصب. و هذا المعنى يستفاد من قرينة المورد، و هو شراء العبد المعيب و إستيفاء المشتري منافعه وردّه بعد ظهور العيب، فإن البائع طلب من المشتري بدل منافع العبد بقوله: «يا رسول الله ﷺ: إنه قد إستغلّ عبدي، فقال رسول الله ﷺ: أن عمله للمشتري، لأن الخراج بالضمان».

و حكى أن عمر بن عبدالعزيز قضى - في عبدٍ اشتراه شخص و إستعمله ثم إنكشف كونه معيباً فردّه - «بأن عمله للبائع» يعني: أن المشتري ضامن للمنافع التي إستوفاهما من العبد قبل فسخ البيع. ثم قيل لعمر بن عبدالعزيز: إنه روي عن عائشة أن مثله وقع في حياة رسول الله ﷺ و قال ﷺ: «الخراج بالضمان».

و بالجملة: فبعد البناء على كون الخراج ظاهراً في مطلق المنافع - الذي هو حاصل المصدر - أو في الانتفاع بالشيء الذي هو المعنى المصدري، و كون الضمان معناه العرفي المتبادر منه حين إطلاقه، و كون الظرف مستقراً، يكون محصل معنى الحديث: أن المنافع ثابتة على الشخص بسبب صيرورتها في عهده و ضمانه، فما لم يتحقق عهدها على شخص لا يحكم بضمانه لها و خسارتها عليه.

و هذا المعنى ينطبق على مورد الحديث، و هو كون منافع العبد للمشتري، و ذلك لأن المشتري لم يضمن المنافع أي لم يجعل بدلها في عهده، لأنه إستوفى منافع ماله، و لم يستوفها ضامناً لها، إذ لا معنى لضمان مال على عهدة مالكه، فلا وجه لتضمين المشتري بالنسبة إلى المنافع المملوكة له بقاعدة تبعية المنفعة للعين في الملكية.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أن حديث «الخراج بالضمان» لم يثبت الوثوق بصدوره، و لا يكفي مجرد تشبث شيخ الطائفة به في ثلاثة موارد، وكذا تشبث ابن حمزة به و غيرهما ممن عرفت في المقام الأول.

مضافاً إلى إجماله و عدم ظهوره فيما إدعاه ابن حمزة و الشيخ رحمتهما، فلا يصح التمسك بهذا النبوي لعدم ضمان المنافع التي إستوفاهما قابض العين بالعقد الفاسد.

ثم إن المحقق النائيني رحمته - على ما في تقرير بحثه الشريف - إستظهر من قوله صلى الله عليه وآله: «الخراج بالضمان» معنى لا بأس بالتعرض له، فأنه - بعد بيان: أن مفاد الحديث بمناسبة الحكم و الموضوع هو الضمان الجعلي الفعلي الأصلي الممضي شرعاً، و بعد دعوى عدم شموله للبيع الفاسد و الضمان القهري كما في ضمان المغصوب - أفاد ما توضيحه: أن الضمان بمعناه المصدري المعبر عنه بالفارسيّة «عهده گرفتن يا قرار دادن چیزی در عهده» يتصور على أنحاء:

أحدها: أن يكون جعل شيء في العهدة ببذل عوض في مقابله، كما في العقود المعاوضيّة من البيع و نحوه.

ثانيها: أن يكون هذا الجعل بسبب الشرط من دون بذل عوض في مقابل ما جعله في عهده، كشرط الضمان في عارية غير الذهب و الفضة، و في كل عقد صحيح.

أو بسبب التعبد كحكم الشارع بالضمان في عارية الذهب والفضة.
وكل واحد من هذين القسمين تارة يكون في العقد الصحيح، وأخرى في
الفاسد، لأن العقد المعاوضي إما صحيح وإما فاسد. وكذا العقد المشروط بالضمان، أو
كان الضمان فيه بالتعبد. فالأقسام أربعة.

و ظاهر قوله ^{بالتعبد} «الخارج بالضمان» هو كون الضمان معاوضياً وثابتاً ببذل
العوض. والوجه في هذا الاستظهار هو دخول باء السببية على كلمة «الضمان» الظاهرة
في كون الضمان ببذل العوض، لا بالشرط. فالأموال تبذل بإزاء تعهد المال بازائها،
فالمبيع مثلاً يبذل بعوض في عهدة المشتري، فبسبب تعهد المشتري لعوض الجميع
يُبذل له المبيع، فكأنه قيل: الأموال مبذولة بسبب التعهد بعوضها.

فيختص الحديث بما إذا كان الضمان ببذل العوض، ولا يشمل الضمان بالشرط
كضمان عارية غير الذهب والفضة، ولا بالتعبد كضمان عاريتهما. كما يختص بالعقد
الصحيح، لوجهين:

الأول: ظهور كلمة «الخارج بالضمان» في كون التعهد بالمبيع مثلاً ببذل الثمن في
مقابله هو المنشأ لكون الخارج كالمبيع له. وهذا مختص بما إذا كان العقد صحيحاً، لأن
في العقد الفاسد يكون الضمان بالمثل أو القيمة، لا بالعوض المسمى في العقد. فضمان
العوض إسم لما هو كذلك واقعاً. وهو متف في العقد الفاسد.

الثاني: أن منشأ الضمان في العقد الفاسد هو اليد، ولذا يراد بالضمان فيه معناه
الاسم المصدري، فلو أريد تعميمه للعقد الفاسد لزم إرادة معنى إسم المصدر منه كما
فهمه أبو حنيفة. فقاعدة «الخارج بالضمان» بعد اختصاصها بالعقد الصحيح لا تصلح
لأبواب عدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد كما في الوسيلة.

ثم إن بذل العوض يكون بازاء الأموال سواء أكانت باقية مع الانتفاع بها كالدار
والدكان، أم تالفة كالشبع المترتب على أكل الخبر، فإن الغرض منه يستوفى بإعدامه

بالأكل كالعقاقير، فإن ترتب خواصها و ما هو مناط ماليتها منوط بإعدامها.
وكيف كان فالظاهر من الضمان في الحديث الضمان المعاوضي، بقرينة الباء في «الضمان» الظاهرة في السببية أو المقابلة، و مقتضاهما السببية و المقابلة من الطرفين، بمعنى: كون تملك المنافع داعياً إلى الضمان و التعهد بالعوض، فلحاظ تملك المنافع علة غائية للضمان أي بذل العوض، فالمنفعة علة غائية للبذل، و متقدمة تصوراً عليه و متأخرة عنه في الخارج، كما هو شأن العلة الغائية، فيصح أن يقال: تملك المنافع سبب للضمان، و الضمان سبب لكون المنافع له، فالضمان متأخر عن لحاظ تملك المنفعة، كما أن وجود المنفعة خارجاً متأخر عن الضمان.

فالمتحصل: أن الحديث ظاهر في الضمان المعاوضي الصحيح، و لا يشمل العقد الفاسد. كما أنه لا يشمل الضمان الحاصل بالشرط أو التعبد من دون بذل عوض في مقابله، لكونه خلاف مقتضى الباء من السببية أو المقابلة. فلا يصح الاستدلال به على ضمان المنافع المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد، لما عرفت من ظهوره في الضمان المعاوضي الصحيح، أو إجماله^(١).

و قد نوقش في كلام المحقق النائيني رحمته تارةً بإنكار ظهور الخبر في المعنى الأخير و هو منشأ ضمان العين، و الداعي إليه تملك المنافع لينحصر بباب البيع. وجه الإنكار: أن الضمان بهذا المعنى لا ينطبق على جعل الثمن مقابل العين و بالعكس، و لا على القرار و العقد، فإنها ليست ضماناً عرفاً و لغةً.

و أخرى: بأن جعل مبنى إظهار الجعلي المعاوضي ظهور الباء في السببية أو المقابلة، ثم دعوى أن مقتضى السببية أن تكون من الطرفين، مع أنها لا تقتضي ذلك بلا شبهة، عجيب.

و ثالثة: بأن حمل السبب على العلة الغائية خلاف ظاهر آخر.

و رابعة: بأن المقابلة من الطرفين لا محصل لها.
و الكل كما ترى، إذ في الأولى: أن الضمان المعاوضي وإن لم يكن ضماناً عرفاً
ولغة، إلا أن قرينة مورد النبوي - وهو شراء العبد المعيب - توجب الحمل عليه، وإلا
إمتنع تطبيقه على المورد.

و في الثانية: أن الاستظهار المزبور خارج عن طريقة أبناء المحاورة بعد البناء على
ظهور الباء في السببية والمقابلة.

و أما الاستعجاب من أن تكون قضية السببية من الطرفين، ففيه: أن المراد بالسبب
في المعاملات هو الداعي إلى إنشاء المعاملة، و من المعلوم أنه موجود في الطرفين، فإن
الداعي للمشتري إلى شراء الكتاب مثلاً هو الانتفاع به، و الداعي للبائع إلى بيع الكتاب
هو إنتفاعه بالثمن.

و منه يظهر ما في المناقشة الثالثة من الاشكال، إذ لحاظ إحتياج كل من
المتعاقدين علة غائية لإنشاء المعاملة، بحيث لولاه لم يقدم عليها. فحمل السبب على
العلة الغائية ليس على خلاف الظاهر و ليس مخالفاً لطريقتهم، فإن السببية مساوقة للعلة.

و في الرابعة: أن المقابلة من المتضايقات، فلا يتصف شيء بالمقابلة إلا مع
إتصاف غيره بها، كالأبوة والبنوة والأخوة وغيرها. فيتصف كل من العوضين بالمقابلة. و
كيف يمكن أن يكون الثمن مقابلاً للمبيع و لا يكون المبيع مقابلاً للثمن؟

فالمتحصل: أن الاستظهار المنسوب الى المحقق النائيني - بقرينة الباء و كذا مورد
الرواية من بيع العبد و الجارية المعيين - في محله. لكنه متجه في المتن الذي يشتمل
على الموردين المزبورين. و أما المتن الخالي عنهما فأثبت ظهوره في الضمان
المعاوضي الصحيح مشكلاً جداً.

و على كل حال لا يصح الاستدلال بالنبوي المذكور لنفي ضمان المنافع
المستوفاة من المقبوض بالعقد الفاسد بعد الغض عن ضعف سنده، إما لاجماله، و إما
لظهوره في العقد المعاوضي الصحيح الذي هو أجنبي عن المقام.

و أمّا المنفعة الفاتئة (*) بغير إستيفاء^(١)

ب: ضمان المنفعة الفاتئة

(١) هذا شروع في المقام الثاني ممّا تعرّض له في الأمر الثالث المنعقد لبيان حكم منافع المقبوض بالبيع الفاسد، وقد تمّ الكلام في المقام الأول وهو ضمان المنافع المستوفاة خلافاً لابن حمزة ممّا. والمراد بالمنفعة الفاتئة هي المقابلة للمستوفاة، سواء أكانت عيناً - كنفس المبيع - كثمرة الشجرة المبيعة فاسداً، ولبن الشاة كذلك وصوفها، أم كانت حيثيّة متصرّمة الوجود قائمة بالعين، وهي المعبر عنها بالمنافع

(*) قد يقال: إنّ المنافع الفاتئة هي الحكميّة. و أمّا المنافع العينيّة المتصلة كالسمن، والمنفصلة كالصوف واللبن ونحوهما فلا إشكال في ضمانها، لصدق المال عليها، وصدق الأخذ بمعنى الاستيلاء عليها، فيشملها الموصول في «ما أخذت» وعليه فمصبّ الأقوال في المنافع غير المستوفاة هي الحكميّة.

لكنّه ممنوع، لما سيأتي في المتن من استدلال المصنّف عليه على عدم ضمان المنافع الفاتئة بأخبار الجارية المسروقة التي حكم الإمام عليه السلام فيها بضمان خصوص النماء المستوفى كاللبن والولد والخدمة، دون ما فات منها، حيث إن مقتضى المقابلة عدم ضمان اللبن لو لم يتفع به، كما إذا إستأجر مريضاً للولد ولم يرتضع منها، فذهب لبئها هدرًا.

مضافاً إلى: التصريح بالأعميّة في بعض الكلمات كقول العلامة عليه السلام: «و يضمّنه وما يتجدّد من منفعه، الأعيان أو غيرها، ... الخ»^(١).

و عليه فلم يتّضح وجه إختصاص المنفعة الفاتئة بالحكميّة، مع عموم المدعى والدليل، فلاحظ.

«١» قواعد الأحكام، ص ٨١، السطر ٢٧، (الطبعة الحجرية) ونحوه تصريح المحقق في منافع المصوب، و إطلاقه في منافع المبيع فاسداً، فراجع شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٤ و ٢٤٥

فالمشهور فيها^(١) أيضاً^(٢) الضمان. وقد عرفت^(٣) عبارة السرائر المتقدمة.

الحكمة كسكنى الدار و الأعمال المحترمة المملوكة كخدمة العبد.

و كيف كان فقد أفاد المصنف رحمه الله أن الأقوال في حكم المنافع الفاتئة خمسة:

أولها: الضمان، و هو المشهور، بل المدعى عليه الاجماع.

ثانيها: العدم و هو الظاهر من فخر المحققين رحمهم الله.

ثالثها: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بالضمان في الثاني و بالعدم

في الأول.

رابعها: التوقف في صورة علم البائع بالفساد، و الضمان في صورة الجهل.

خامسها: التوقف عن الحكم بالضمان، و بعدمه مطلقاً سواء علم البائع بالبطان

أم لم يعلم.

و اضطربت كلمات المصنف في المسألة، فاختر القول الأول في بدء كلامه،

و استدلل له بوجهين، ثم ناقش فيهما، ثم رجح القول الثاني لوجوه ثلاثة تقتضي عدم

الضمان، ثم جعل التوقف هو الانصاف في المسألة، ثم رجح في آخر كلامه القول الأول

و هو الضمان مطلقاً. و ستأتي الوجوه بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(١) أي: في المنفعة الفاتئة، و هذا شروع في القول الأول في المسألة.

(٢) يعني: كالمنافع المستوفاة التي تقدم أن المشهور فيها هو الضمان.

(٣) يعني: في أول بحث المقبوض بالبيع الفاسد، حيث قال: «و في السرائر: أن

البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب» و غرض المصنف من الإشارة إلى

كلام ابن إدريس رحمهم الله هو إستفادة الاجماع المنقول على ضمان المنافع الفاتئة في المقبوض

بالبيع الفاسد. و ذلك لمساواته للمغصوب في ما عدا حرمة الامساك، و لما كانت

المنافع الفاتئة مضمونة في باب الغصب فهي كذلك في المقام.

و على هذا فالمدعى و إن كان شهرة القول بالضمان في المنفعة غير المستوفاة، إلا

أن من يعتمد على الاجماع المنقول بخبر الواحد يلزمه الأخذ به، و لاسبيل له إلى

القول بعدم الضمان أو التوقف فيه.

و لعلّه^(١) لكون المنافع أموالاً في يد مَنْ بيده العين، فهي مقبوضة في يده،

(١) أي: و لعلّ الضمان، و هذا استدلال للقول المشهور، و المذكور منه في المتن

وجهان:

الوجه الأول: قاعدة اليد، فإنها كما تجري في الأعيان و تُثبت ضمانها، كذلك

تجري في المنافع، و ذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: أنّ المنافع أموال حقيقة، لما تقدّم في أوّل بحث البيع من جواز كون

الثن منفعة، مع أنّه تعتبر مائيّة العوضين، لوضوح كون البيع مبادلة مال بمال.

ثانيهما: أنّ المناط في ضمان العين - و هو قبضها و الاستيلاء عليها - متحقق في

المنافع أيضاً، حيث إنّها مقبوضة بقبض العين. و الدليل على صدق «القبض» على

المنفعة ما ذكره في مسألتين:

الأولى: أنّ الاجارة هي «تمليك منفعة بعوض» فيجب على الموجر تسليم

المنفعة إلى المستأجر وفاءً بالعقد، و من المعلوم أنّ قبضها يكون بقبض العين، فإذا

أقبض الموجر داره للمستأجر فقد أقبضه سكنها. ولو لم تكن المنافع قابلة لوقوعها

تحت اليد لم يكن مجرد تسلّم المستأجر للدار استيلاءً على سكنها. مع أنّه لا ريب في

دخول المنفعة في ضمان المستأجر، و ثبوت الأجرة عليه بنفس تسلّطه على العين.

و هذا كاشف عن قابلية المنافع للقبض كالأعيان.

الثانية: أنّهم اعتبروا في بيع السّلم قبض الثمن في مجلس العقد، و جوّزوا وقوع

المنافع المملوكة ثناً - كسكنى الدار و خدمة العبد و الجارية - كما إذا باع طناً من

الحنطة سلفاً و جعل المشتري خدمة الجارية سنة عوضاً عنه، فحكموا بصحته، و أنّ

تسليم الجارية - لينتفع البائع بخدمتها - تسلّم للثمن حقيقة. و هذا كاشف عن قابلية

المنافع للقبض و الوقوع تحت اليد، ولو لا بالاستقلال بل بتبع الأعيان. ولو إختصّ

القبض و الاستيلاء بالأعيان الخارجيّة لزم بطلان عقد السّلم في الفرض المزبور، مع

أنّ ظاهرهم صحته بلا ريب.

و لذا^(١) يجري على المنفعة حكمُ المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر^(٢). و يتحقق^(٣) قبضُ الثمن في السَّلَم بقبض الجارية المَجْعُول خدمتها ثَمناً، وكذا^(٤) الدار المَجْعُول سكنها ثَمناً.

مضافاً^(٥) إلى أَنَّهُ مقتضى إحترام مال المسلم، إذ كونه في يد غير ماله

و بهذا يتَّجه الاستدلال بحديث «على اليد» على ضمان المنافع مطلقاً سواء أَسْتَوْفِيَتْ أم فاتت. هذا تقريب الدليل الأول، و سيأتي تقريب الدليل الثاني و هو قاعدة الاحترام.

(١) يعني: و لأجل كون المنافع أموالاً في يَد مَنْ بيده العين يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قَبِضَ العين. و غرضه تَهَيُّؤُ الاستشهاد بما ذكره الفقهاء في المسألتين المتقدمتين آنفاً.

(٢) هذا إشارة إلى المسألة الأولى، فإنَّ المنفعة في باب الاجارة تكون كالبيع، فكما يكون المبيع في ضمان البائع قبل إقباضه للمشتري، فكذا المنفعة تكون في ضمان الموجر قبل تسليم العين إلى المستأجر. و أمَّا بعد التسليم فتدخل في ضمانه، ولو تلفت و لم يستوفها فقد تلفت من ماله لا من مال الموجر. و الغرض من هذا الفرع صدق قبض المنفعة بقبض العين.

(٣) هذا إشارة إلى المسألة الثانية، و هي جعل المنفعة المملوكة ثَمناً في بيع السَّلَم، سواء أكانت سكنى دارٍ أم كتابة عبدٍ أم خدمة جارية، فيتحقق قبضُ الثمن فيها بقبض الجارية أو العبد أو الدار. ولو كانت «اليد» مختصةً بالأعيان أشكال جواز وقوع هذه المنافع ثَمناً في بيع السَّلَم.

(٤) معطوف على «الجارية» يعني: يتحقق قبضُ الثمن بقبض الدار المَجْعُول سكنها ثَمناً في السَّلَم. و الجامع بين منفعة الدار و خدمة الجارية هو كونها حيثيتين قائمتين بالعين و هي الدار و الجارية.

(٥) هذا إشارة الى الدليل الثاني على ضمان المنافع الفائتة في المقبوض بالبيع

مدّة طويلة^(١) من غير أجره منافع^(٢) للإحترام.
لكن يشكل الحكم^(٣) - بعد تسليم كون المنافع أموالاً

الفاقد، و هو قاعدة إحترام مال المسلم. و تقرّيبها - بعد صدق المال على المنفعة - أنّ إحترام المسلم و شرفه يقتضيان حرمة التصرف في ماله بدون إذنه، و حرمة حبسه عن مالكه مدّة طويلة من غير أجره في قبال منفعته، سواء إستوفى ذلك الغير منفعتَه أم لا. وعليه فإحترام ماله يقتضي ضمان بدل ما تلف منه أو فات بيد الغير، فلا إحترام لماله بدون الضمان.

(١) الظاهر أنّه لا خصوصيّة لطول المدّة، إذ المناط في الضمان فوت المنفعة التي يبذل بازائها المال، و لعلّ ذكرها من جهة التريديد في صدق «فوت المال» على فوات المنفعة في مدّة قصيرة، كإشغال دار الغير ساعة أو أقلّ.
(٢) خبر قوله: «كونه».

(٣) يعني: يشكل الضمان الذي ذهب إليه المشهور. و غرض المصنّف المناقشة في الدليلين المتقدمين. و حاصل الاشكال على الأوّل أمران:
أحدهما: أنّ الموصول في «ما أخذت» هو المال، و لم يحرز صدق «المال» على المنافع حتى تندرج في الضمان اليدي. فيحتمل إختصاصه بالأعيان المتموّلة، و يكفي في شبهة شمول المال للمنافع كلامُ ابن الأثير المنقول في اللسان: «المال في الأصل ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كلّ ما يقتنى و يملك من الأعيان، و أكثر ما يُطلق المال عند العرب على الابل، لأنّها كانت أكثر أموالهم»^(١) لظهور قوله: «من الأعيان» في عدم مالّيّة المنافع و الحقوق.

و عليه فالمنافع خارجة عن حديث «على اليد» موضوعاً، و لابدّ من إلتماس دليل آخر على ضمانها.

ثانيهما: أنّ مجرد صدق «المال» على المنفعة لا يكفي في الضمان ما لم تندرج تحت

عموم قاعدة «على اليد» و المفروض عدم إندارجها تحته، لأن صلة الموصول في قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أخذت» لاتشمل المنافع، لظهوره في كون المأخوذ باليد قابلاً - بنفسه - للردّ و الأداء، و لا يكون ذلك إلا عيناً، فإنها تؤخذ و تردّ. بخلاف المنفعة، لكونها حيثية قائمة بالعين، و ليست بنفسها قابلة للأخذ و الردّ، هذا.

فإن قلت: قد تقدّم في مسألتي الاجارة و بيع السّلم تحقق قبض المنفعة بقبض العين، و معه لا وجه لمنع شمول الصّلة - و هي «أخذت» - للمنفعة، و دعوى اختصاصها بالأعيان. فإمّا أن يقال: بصدق الأخذ على المنفعة بتبع وضع اليد على العين، و مقتضاه دلالة الحديث على ضمان المنافع حتى الفائتة منها. و إمّا أن يقال: بأنّ ما يقبل الأخذ و القبض هو خصوص العين، و مقتضاه الاشكال في المسألتين المتقدّمتين، لأنّ الكلّ من باب واحد، هذا.

قلت: إنّ المنفعة تحصل في اليد و تُقبض بقبض العين، و لذا يصحّ وقوعها ثناً في بيع السّلم، و يتحقّق قبضها بتسليم العين ذات المنفعة، ولكن لا يصدق «أخذ المنفعة» عند وضع اليد على العين، فالأخذ أضيّق مفهوماً من القبض، لأعميته، لصدقه على كلّ من المقبوض إستقلاً، و المقبوض تبعاً. بخلاف الأخذ الظاهر في المأخوذ بالأصالة. و بهذا ظهر الفرق بين المسألتين و بين المنافع الفائتة، لعدم صدق «الأخذ» عليها حتى تندرج في حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

فإن قيل: لا وجه لاختصاص صلة الموصول - و هي: أخذت - بالأعيان التي تتناولها الجارحة الخاصة، و إلا يلزم عدم شمول الحديث لوضع اليد على الأموال غير المنقولة كالبسّاتين و الدور و الدكاكين، مع أنّه لا ريب في تحقق وضع اليد بمجرد الاستيلاء عليها. و هذا يكشف عن عدم إرادة معنى «الأخذ» حقيقةً، و إنّما هو كناية عن مطلق الاستيلاء. و بناءً على هذا المعنى الكنائي نقول بصدق الاستيلاء على كلّ من العين و المنفعة، و يتعيّن حينئذٍ الحكم بضمان المنافع الفائتة كالمستوفاة، هذا.

حقيقة^(١) - بأن^(٢) مجرد ذلك^(٣) لا يكفي في تحقق الضمان، إلا^(٤) أن يندرج في عموم

قلنا: لا ريب في صدق «الأخذ» على الاستيلاء على الأعيان غير المنقولة كالدار و البستان، لكنه لا يوجب شموله للمنفعة أيضاً، وذلك فإنّ الأخذ وإن كان كنايةً عن الاستيلاء، إلا أنّ الاستيلاء الحقيقيّ على شيء يقتضي أن يكون المستولى عليه موجوداً حقيقياً قارراً، سواء أكان الاستيلاء عليه باليد كالمفتاح و الكتاب ونحوهما ممّا يتناول بالجراحة الخاصة، أم بالتصرّف فيه بالجلوس و المشي و سائر أنحاء التقلّب.

و أمّا المنفعة التي لا وجود لها بالفعل حين الاستيلاء على العين - بل إمّا توجد تدريجاً على تقدير الاستيفاء، و إمّا لا توجد أصلاً على تقدير الفوات - فلا وجه للتكلّف في صدق «الاستيلاء» عليها بمجرد الاستيلاء على العين، لما عرفت من أنّها معدومة فعلاً، فكيف يستولى عليها؟.

و الحاصل: أنّ حديث «على اليد» لا يشمل المنافع الفاتئة، لمنع صدق الموصول عليها، فلا استدلال به على ضمانها مشكل. و ستأتي المناقشة في الاستدلال بقاعدة الاحترام.

(١) هذا إشارة إلى أوّل الاشكالين على الاستدلال بقاعدة اليد. و مقصوده بقوله: «حقيقة» أنّ المناط في شمول القاعدة للمنافع هو صدق «المال» بمعناه الحقيقيّ عليها، و إلا فلا عبرة بعدها من الأموال بالمساحمة و العناية كما هو واضح.

(٢) هذا هو الاشكال الثاني على الاستدلال بقاعدة اليد، و قد عرفته آنفاً.

(٣) أي: مجرد كون المنافع أموالاً حقيقة لا يكفي في ضمان المنافع الفاتئة.

(٤) متعلّق بقوله: «لا يكفي» و هذا تمهيد لبيان عدم شمول الصلّة للمنافع، لعدم

قابليّتها للأخذ.

«على اليد ما أخذت». و لا إشكال^(١) في عدم شمول صلة الموصول للمنافع. وحصولها^(٢) في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ (*).

(١) يعني: و الحال أنه لا إشكال في عدم شمول «أخذت» للمنافع، لما عرفت آنفاً.
(٢) مبتدأ خبره «لا يوجب» و غرض المصنف من هذا بيان الفارق بين المنافع الفائتة و بين مسألتي الاجارة و ثمن بيع السلم، بصدق قبض المنفعة فيها بقبض العين، دون المقام، حيث إن دليل الضمان هو حديث اليد المشتمل على مادة «الأخذ» و هي غير صادقة على المنفعة. وقد تقدم توضيح المطلب بقولنا: «فان قلت ... قلت» فلاحظ.

(*) لم يظهر الفرق بين قبض المنافع في الاجارة و أخذها هنا، لأن الأخذ والحصول في اليد المعبر عنه بالقبض متقاربان، بل هما بمعنى، ففي اللسان: «أخذت الشيء أخذه أخذاً: تناولته»^(١) و قال في القبض: «قبضت الشيء قبضاً: أخذته ... والقبض: التناول للشيء بيدك ملامسة»^(٢).
و عليه فلم يتضح الفارق بين القبض و الأخذ حتى يصدق الأول على المنفعة ولو تتبع الاستيلاء على العين، دون الثاني.

و توجيه المطلب بما في حاشية سيدنا الأستاذ رحمه الله من «أن الأخذ إذا أخذ موضوعاً لحكم شرعي لا يكفي في تحققه القبض بالتبع تشبهاً بإطلاق: ما أخذت»^(٣) لا يخلو عن غموض أيضاً، إذ لو كان القبض التبعي مسامحياً أشكل صدق القبض في بابي الاجارة و السلم أيضاً، لعدم العبرة بالمسامحات العرفية في مقام التطبيق. ولو كان القبض التبعي حقيقياً لزم صدقه على المنفعة في المقام، بعد ترادف الأخذ و القبض لغة، فالفرق بينهما غير متضح، هذا.

«١» لسان العرب، ج ٣، ص ٤٧٢

«٢» لسان العرب، ج ٧، ص ٢١٤

«٣» نهج الفقهة، ص ١٣٦

و دعوى^(١) «أنه كناية عن مطلق^(٢) الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان» مشكّلة.

و أمّا إحترام مال المسلم فإنما^(٣) يقتضي عدم حلّ التصرف فيه و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك^(٤) في الاستيفاء.

(١) غرض المدّعي إثبات شمول الحديث للمنفعة مع الغضّ عن صدق قبضها بقبض العين، بل لأنّ «الأخذ» هنا بمعنى الاستيلاء كنايةً، و من المعلوم صدق الاستيلاء عرفاً على كلّ من العين و المنفعة.

و قد منّع المصنّف رحمته هذه الدعوى بقوله: «مشكّلة» و تقدم توضيحها بقولنا: «فان قيل ... قلنا».

(٢) هذه الكلمة قرينة على أنّ «الأخذ» و إن كان بمعنى الاستيلاء في الجملة حتّى يتحقّق ذلك بالنسبة إلى ما لا يُنقل من الأموال، إلّا أنّه لا موجب للتوسعة في معناه بجعل الأخذ كنايةً عن مطلق الاستيلاء كي تندرج المنافع في الحديث، لكون هذا المفهوم العامّ خلاف الظاهر، فلا يصار إليه بلا قرينة.

(٣) هذا إشكال المصنّف على الاستدلال بقاعدة الاحترام لضمان المنافع الفائتة، و حاصل الاشكال: أنّ ظاهر القاعدة ضمان المنافع المستوفاة، لأنّ الاتلاف عبارة عن إعدام الموجود، و هو لا يتحقّق إلّا في إستيفاء المنافع و إتلاف الأعيان، فيقال: إنّ حرمة مال المسلم تقتضي ضمان من أتلفه لئلا يذهب هدرًا، كما أنّ دمه لا يذهب هدرًا، و من المعلوم أجنبيّة هذا المعنى عن ضمان المنافع الفائتة، فإنّها تالفة لا متلّفة حتّى يلزم تداركها ببدلها.

و قد تحصّل: أنّه لا مقتضي للقول المشهور من ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبيع الفاسد، لما عرفت من الخدشة في الدليلين، و هما قاعدة اليد و الاحترام.

(٤) أي: إنّما يتحقّق التصرف فيه و إتلافه فيما إذا إستوفى المنفعة، و هذا خارج عن محلّ البحث و هو المنفعة الفائتة.

فالحكم^(١) بعدم الضمان مطلقاً^(٢) كما عن الايضاح، أو مع علم البائع بالفساد، كما عن بعض آخر^(٣) موافق^(٤) للأصل^(٥) السليم.
مضافاً إلى: أنه قد يدعى^(٦) شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن

(١) غرضه **مَنْعُ** - بعد إبطال المقتضي للضمان - إبداء المقتضي لعدم الضمان وفقاً لفخر المحققين، وهذا المقتضي لنفي الضمان أمور ثلاثة:
أولها: الأصل السليم عن الحاكم والمعارض.
و ثانيها: قاعدة «ما لا يضمن».

و ثالثها: أخبار بيع الجارية المسروقة التي ضمنت المشتري خصوص المنافع المستوفاة، و سيأتي بيانها.

(٢) أي: مع علم البائع بالفساد و جهله به، فالإطلاق في قبال تفصيل بعض بين صورتي العلم والجهل.

(٣) لعل مراده من البعض هو العلامة في القواعد، حيث استشكل في ضمان المنافع الفائتة. فقال: «و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، و يضمنه و ما يتجدد من منفعته، الأعيان أو غيرها، مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء، وبدونه إشكال»^(١) بناءً على ما فهمه المحقق الكركي من العبارة من جعل مورد الاشكال علم البائع بالفساد و عدم إستيفاء المشتري للمنفعة، فراجع.

(٤) خبر قوله: «فالحكم».

(٥) و هو أصالة البراءة عن الضمان عند فوت المنفعة بيد المشتري، و لا معارض لهذا الأصل من دليل إجتهادي أو أصل عملي.

(٦) هذا وجه آخر إستدل به بعضهم على عدم ضمان المنفعة الفائتة في المقبوض بالبيع الفاسد، و هو مبني على إختصاص قاعدة «ما يضمن و ما لا يضمن» بمصّب العقد و مورده، على ما سبق من المصنّف **مَنْعُ** التنبيه عليه، و فرّع عليه عدم ضمان العين

بفاسده» و من المعلوم^(١) أن صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة، لأنها^(٢) له مجّاناً. و لا يتقسط^(٣) الثمن عليها. و ضمانها^(٤) مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة، لأنها^(٥) بالنسبة إلى التلف لا الاتلاف.

المستأجرة بالاجارة الفاسدة، بدعوى: أن متعلّق المعاوضة فيها هو المنفعة، فتندرج العين في قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و كذا يقال في المقام: بأن صحيح البيع لا يوجب ضمان المشتري للمنفعة، حيث إنّ الضمان المعاوضي يقع بين المبيع و الثمن، و منافع المبيع ليست طرفاً للمعاوضة و لا تُقابل بشيء من الثمن، فلا تُضمن لو تلفت و فانت. كما أن العين المستأجرة لا تُضمن لو تلفت بيد المستأجر.

نعم إتلاف العين و إستيفاء المنفعة يوجب الضمان، لقاعدة الاتلاف، و هذا لا ينافي قاعدة «ما لا يضمن» المختصة بمورد التلف، لا الاتلاف كما لا يخفى.

(١) هذا تقريب شمول قاعدة «ما لا يضمن» للمنفعة الفائتة، و قد عرفته آنفاً.

(٢) يعني: لأنّ المنفعة تكون للمشتري مجّاناً، لكون تمام الثمن بإزاء نفس العين.

(٣) بأن يكون مقدار من الثمن بإزاء العين، و مقداره بإزاء المنفعة حتى تندرج المنافع - كنفس العين - في قاعدة «ما يضمن» ليكون نتيجة تقسيط الثمن ضمان منافع المبيع بالبيع الفاسد سواء أستوفيت أم فانت.

(٤) مبتدأ خبره «لأجل» و غرضه دفع توهم المنافاة بين نفي الضمان للمنافع بقاعدة «ما لا يضمن» و بين الالتزام بالضمان في إستيفائها، و قد عرفت تقريبه بقولنا: «نعم إتلاف العين...».

(٥) يعني: لأنّ قاعدة «ما لا يضمن» نافية للضمان في مورد التلف، و لا تتعرض لحال الاتلاف أصلاً حتى يتحقق التنافي بينها و بين ما يوجب الضمان كالاتلاف والاستيفاء.

مضافاً إلى الأخبار^(١) الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

(١) هذا ثالث الوجوه المستدل بها على عدم ضمان المنافع الفائتة، ومحصّله: إستفادة عدم الضمان من السكوت في مقام بيان مورد الضمان في الجارية المسروقة، ثم إثباته في المقبوض بالبيع الفاسد بالأولوية القطعية، فهنا أمران ينبغي توضيحهما.

الأول: أصل دلالة الأخبار على عدم ضمان المنفعة الفائتة في مورد بيع الجارية المسروقة.

الثاني: أولوية المقام بعدم الضمان.

أما الأول فبيانه: أنه قد ورد في جملة من الأخبار سؤال الراوي عن حكم جارية مسروقة بيعت، فاستولدها المشتري و إنتفع بلبنها و خدمتها، فحكم عليه بضمان قيمة الولد و اللبن و أجرة مثل خدمتها من طبخ و كنس و طحن و نحوها من المنافع التي إستوفاهها المشتري في المدة التي مكثت عنده، كقوله عليه - كما في خبر زرارة - : «و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها»^(١) و سكّت عليه عن ضمان منافعها الفائتة، مع كون السائل يصدّد إستعلام وظيفته الفعلية و ما تشغل عهده به، و من المعلوم أن السكوت في مقام البيان بيان العدم.

فإن قلت: إن كون هذه الأخبار ناظرة إلى المنفعة الفائتة حتى يستفاد عدم ضمانها من السكوت محلّ تأمل، لأنّه عليه إقتصر على بيان ضمان قيمة الولد و المنافع المستوفاة، و لم يفرض فوت بعض منافع الجارية حتى يتحقق موضوع للكبرى المقررة، و هي: أن السكوت في مقام البيان بيان العدم.

قلت: ليس كذلك، لأن مورد السؤال منزل على المتعارف، و لا ريب في أن للجارية منافع يُستوفى بعضها و يفوت بعضها الآخر، و ليست تستخدم بمثابة لا يفوت شيء من منافعها. و لو شك كفى إستفادة الاطلاق من ترك الاستفصال،

«(١) وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ٤، و قد تقدم في ص ٤٩ و ٥٠ نقل بعض هذه الأخبار، فراجع.

المسروقة المبيعة الساكتة^(١) عن ضمان غيرها^(٢) في مقام البيان (*).

إذ لم يسأل عليه السلام عن أن المشتري هل إستخدمها في تمام منافعها أم في مقدار منها؟ وعليه فقوت المنفعة مفروض في الرواية، ويتجه الاستدلال بسكوته عليه السلام عن ضمان المنافع الفائتة، وإقتصاره على ضمان المستوفاة.

و أمّا الأمر الثاني - وهو الأولوية - فتقريبه: أن الأخبار الواردة في بيع الجارية المسروقة لم تضمن المشتري عوض المنفعة الفائتة، مع كون موردها شراءها من الغاصب الأجنبي عن المالك، وكون مقتضى أخذ الغاصب بأشق الأحوال هو ضمان المشتري للمنفعة الفائتة أيضاً ليرجع على الغاصب من جهة غروره. فإذا كان البائع مالكا للجارية كان عدم ضمان المشتري أولى قطعاً، لأن المالك أقدم على البيع وتسليمها إلى المشتري.

هذا تمام الكلام في تقريب دلالة هذه الطائفة على إنتفاء الضمان في المنفعة الفائتة. وكذا الكلام في رواية أخرى وهي صحيحة بمحمد بن قيس الآتية.

(١) صفة لـ «الأخبار» وهذا إشارة إلى الكبرى المقررة في الأصول من: أن السكوت في جواب السؤال عن الوظيفة الفعلية دليل على عدم الحكم، ففي المقام لو كان المشتري ضامناً لبيته الإمام عليه السلام، لئلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، مع عدم حكمة ظاهرة في تأخيره.

(٢) أي: غير المنافع المستوفاة، وهذا الغير هو المنافع الفائتة.

(*) قد يقال: إن تلك الأخبار ليست في مقام بيان حكم المنافع من حيث الضمان وعدمه، والتعرض لدفع قيمة الولد إلى مالك الجارية إنما هو لدفع توهم رقية الولد وكونه ملكاً لمالك الجارية، لأنه نماء ملكه. ولو كانت في مقام بيان حكم المنافع فلا بد من بيان ضمان المنافع المستوفاة التي هي مضمونة على مستوفيها قطعاً، ومن المعلوم عدم التعرض لها مع إستيفائها عادة، كخدمة الجارية في المدة التي كانت عند المشتري.

وكذا^(١) صحيحة محمد بن قيس الواردة في مَنْ باعَ وليدة أبيه بغير إذنه،

(١) معطوف على «الأخبار» ومقصوده أن الأمرين المتقدمين في تلك الأخبار - من السكوت والأولوية - جاريان في صحيحة محمد بن قيس أيضاً، فالتقريب مشترك بينهما.

أما الصحيحة فقد رواها شيخ الطائفة بإسناده عن علي بن الحسن بن فضال، عن سندی بن محمد و عبدالرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في وليدة باعها ابنُ سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاماً، ثم قديم سيدها الأول، فخاصم سيدها الأخير، فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال: خذ وليدتك و ابنها. فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك. فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني. فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى سيده الوليدة الأول أجاز بيع ابنه»^(١).

و سيأتي الكلام في مفاد الصحيحة في بيع الفضول إن شاء الله تعالى. إلا أن

لكن فيه: أن أخبار الباب متعددة، وقد صرح في بعضها بضمان خدمتها. كما أدرجناه في التوضيح، و معه لا مجال لدعوى إختصاص القيمة بالولد لأجل دفع توهم رقية الولد و كونه ملكاً لسيده الجارية، فلاحظ.

و لم يظهر من المتن إعتداد المصنف عليه السلام على خصوص الرواية المتضمنة لقيمة الولد حتى يتجه ما ذكر، بل مقصوده الاستدلال بمجموعها، و قد عرفت إشمال بعضها على ضمان ما أصاب من خدمتها، و هو المنفعة المستوفاة، فيبقى مجال إستفادة عدم ضمان المنفعة الفائتة من السكوت.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث: ١، و رواه ثقة الاسلام بسنده، و فيه «قضى أمير المؤمنين عليه السلام».

فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» و سَكَتَ عن المنافع الفائتة. فإن^(١) عدم الضمان في هذه الموارد^(٢) - مع كون العين لغير البائع^(٣) - يوجب عدم الضمان هنا^(٤) بطريق أولى.

و الانصاف أن للتوقّف في المسألة - كما في المسالك تبعاً للدروس والتنقيح^(٥) - مجالاً.

المقصود من نقلها فعلاً دلالتها على عدم ضمان مافات من الجارية المسيبة بغير إذن مالِكها. فإنه عليه السلام قضى أولاً للمالك بأخذ الجارية من المشتري، و كذا ولدها الذي هو منفعتها، و لم يضمّن المشتري مافات من منفعتها في المدة التي كانت عنده. و حيث إنّ الصحيحة في مقام بيان الوظيفة الفعلية كان إقتصاره على ضمان قيمة الولد دليلاً على عدم إستقرار عوض المنفعة الفائتة على عهد المشتري. هذا تقريب أصل الدلالة. و أمّا أولوية المقام - و هو البيع الفاسد مع إقدام المالك على البيع - فقد تقدّمت آنفاً.

(١) هذا تقريب الأولوية، و أمّا الدلالة على عدم ضمان المنفعة الفائتة فنشؤها السكوت.

(٢) يعني: مورد الصحيحة و موارد بيع الجارية المسروقة، لظهورها في تعدّد الواقعة، لأنّ المسؤول في بعض الأخبار أبو جعفر عليه السلام، و في بعضها أبو عبدالله عليه السلام.

(٣) يعني: ليس المبيع ملكاً للبائع، إذ البائع فضول، إمّا غاصب كما في الجارية المسروقة، و إمّا غير غاصب كما في صحيحة محمد بن قيس.

(٤) أي: في المقبوض بالبيع الفاسد، إذ قد ينشأ الفساد من إختلال بعض شروط الصيغة خاصّة، مع إجتماع شروط العوضين و المتعاقدين، بأن يكونا مالِكين أو مأذونين في التصرف. هذا تمام الكلام في وجه عدم الضمان و سيأتي التوقّف في المسألة.

(٥) قال الفاضل المقداد رحمته: «و أمّا مع الفوات فوجهان، من أصالة البراءة، و من أنّها منافع عين مضمونة فتضمن»^(١).

و ربّما^(١) يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد إختصاصُ الاشكال و التوقّف بصورة علم البائع، على ما إستظهره السيد العميد و المحقّق الثاني من عبارة الكتاب^(٢).

و قال الشهيد رحمته الله في حكم البيع الفاسد: «و يرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فانت بغير إستيفاء فوجهان»^(٣).

و قال الشهيد الثاني رحمته الله: «ولو فانت بغير إستيفاء فوجهان»^(٤).
ولكنّه في موضع آخر من البيع رجّح الضمان فقال: «و كما تضمن العين تضمن منافعها؛ سواء إستوفاه أم لا، على الأقوى»^(٥).

و كيف كان فقد جعل المصنّف رحمته الله هنا - و في عبارته الآتية قريباً - التوقّف مقتضى الانصاف في المسألة، و لعلّه لأجل تمنع وجهي الضمان و عدمه لو تمّ مقتضى في كلّ منهما، بعد عدم ترجيح أحدهما على الآخر. لكنّه رحمته الله عدّل عن هذا الانصاف إلى القول المشهور و هو الضمان إعتدأ على الإجماع المصرّح به في التذكرة، و سيأتي.

(١) غرضه رحمته الله من هذه العبارة - إلى عدّ الأقوال في المسألة - هو: أن الأقوال في ضمان المنافع الفاتئة أربعة، إلّا أن إختلاف شراح القواعد في الاستظهار من العبارة جعلها خمسة، ففخر المحقّقين رحمته الله جعل مصبّ إشكال العلامة في ضمانها أعمّ من علم البائع بالفساد و جهله به، ولكنّ المحقّق الثاني و السيد العميد إستظهرا من عبارة القواعد إختصاص التوقّف في ضمان المنافع الفاتئة بما إذا علم البائع بالفساد، فلو كان جاهلاً به كان ضامناً لها.

(٢) يعني: عبارة كتاب القواعد، و هي قول العلامة المتقدم في (ص ٢٦٠) وفيه: «و بدونه إشكال» فإن كان مرجع ضمير «بدونه» الاستيفاء، إتجه ما إستظهره

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٤

«٢» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٤

«٣» المصدر، ص ١٧٤

و عن الفخر^(١) حمل الاشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء.
فيتحصل^(٢) من ذلك كله أن الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة.

فخر المحققين من التوقف في ضمان المنافع الفاتئة مطلقاً سواء علم البائع بالبطلان أم جهل به.

و إن كان مرجع الضمير الاستيفاء مع قيد «علمه» إنجبه ما إستظهره المحقق الثاني، إذ المعنى حينئذ: «أنه مع علم البائع بالفساد إذا فاتت المنفعة في الضمان إشكال و توقف» فيتألف موضوع توقف العلامة من أمرين: أحدهما علم البائع بالبطلان، و الآخر عدم إستيفاء المشتري للمنفعة.

قال المحقق الثاني في ضمان المنافع: «فلا تفاوت في كون المتجدد في البيع عيناً كالولد أو منفعة كسكنى الدار، و لا في كون البائع عالماً بالفساد و جاهلاً، و لا بين أن يستوفي المشتري فاسد المنفعة و عدمه، على إشكال في بعض الصور، و هو ما إذا علم البائع بفساد البيع و لم يستوف المشتري المنفعة»^(١).

(١) الحاكي لكلام فخر المحققين هو السيد الفقيه العاملي رحمته الله، قال في الايضاح - في شرح عبارة القواعد المتقدمة: «و بدونه إشكال» - ما لفظه: «ينشأ من تبعية الأصل، و لأن الأصل في قبض مال الغير الضمان إلا بسبب عدمه، و لم يثبت. و من أنها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب. و الحق الثاني، لأن مال الغير يجدد في يده بغير فعلها، فكان كالثوب تطيره الريح»^(٢).

و ما ذكره رحمته الله من وجه عدم الضمان بقوله: «و من أنها لم تقبض بالبيع الفاسد و لا بالغصب» جارٍ في صورتي علم البائع بالفساد و جهله به، و مقتضاه أنه فهم من عبارة والده توقفه في ضمان المنافع الفاتئة مطلقاً بلا فرق بين العلم و الجهل.

(٢) يعني: بعد أن اختلف شراح القواعد في مراد العلامة رحمته الله من قوله: «و بدونه إشكال» فقد تحصل أقوال خمسة في حكم المنافع الفاتئة.

«١» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٣٢٤

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٣٠٥؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩٤

الأول: الضمان، و كآته للأكثر^(١).

الثاني: عدم الضمان، كما عن الايضاح^(٢).

الثالث: الضمان، إلا مع علم البائع^(٣)، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

الرابع: التوقف^(٤) في هذه الصورة، كما إستظهره جامع المقاصد و السيد العميد^(٥) من عبارة القواعد.

إلا أن يقال: بأن الأقوال ثلاثة، و التوقف ليس قولاً، بل هو تردّد في الحكم، فتأمل.

(١) تقدم الاستدلال له بقاعدتي اليد و الاحترام، و ناقش فيها المصنف، و بقي وجه آخر و هو الاجماع المنقول، فلا منافاة بين إنكار الضمان، للخدشة في القاعدتين، و بين إثباته للإجماع.

(٢) و إستدلّ عليه في عبارته المتقدمة بقوله: «لأن مال الغير يجدد في يده بغير فعلها...» و يمكن المناقشة فيه بأن المشتري قبض المبيع باختياره، و يكفي في قبض المنافع قبض العين، فقياس المقام بإطارة الريح في غير محله.

(٣) لعل وجهه - كما عن بعض - أن البائع مع علمه بفساد البيع هو المُقَدِّم على تسليط المشتري على المنافع مجّاناً، فلا وجه حينئذٍ لضمان المشتري للمنافع.

لكن فيه أولاً: أن قضية هذا الوجه عدم ضمان المنافع مطلقاً حتى المستوفاة منها، و هو كما ترى.

و ثانياً: أن مجرد التسليط ليس رافعاً للضمان، لا مكان بناء البائع تشريعاً على صحة المعاملة، و كون التسليم إلى المشتري بعنوان الوفاء بالمعاملة، فالتسليط معاوضي، و الراجع للضمان هو التسليط المجّانيّ و بلا عوض.

(٤) و سيأتي إن شاء الله تعالى، في التعليقة وجهه وضعفه.

الخامس: التوقّف مطلقاً^(١) كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

و قد عرفت^(٢) أن التوقّف أقرب إلى الانصاف.

إلا^(٣) أن المحكي عن التذكرة: «أنّ منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و القوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن إستعملها، أو فاتت تحت يده، بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها، عند^(٤) علمائنا أجمع^(٥)».

(١) يعني: مع علم البائع بالفساد و جهله به.

(٢) حيث قال قبل أسطر: «و الانصاف أن للتوقّف في المسألة كما في المسالك ... الخ».

(٣) يعني: أن المنافع عن التوقّف هو الاجماع الذي إدّعاه في التذكرة على ضمان الغاصب للمنافع مطلقاً - من المستوفاة و غيرها - بعد البناء على كون يد المشتري فيما نحن فيه من اليد العادية خصوصاً مع علمه بفساد العقد.

و كذا يظهر الاجماع من عبارة السرائر من قوله: «المنافع تضمن عندنا بالغصب»^(١).

و تقدّم منه أيضاً: «أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين منزلة المغصوب إلا في إرتفاع الاثم بإمساكه».

(٤) هذا متعلّق بقوله: «مضمونة بالتفويت و القوات» يعني: أن ضمان مطلق المنافع إتفاقي.

(٥) ثم قال العلامة رحمته: «و به قال الشافعي و أحمد بن حنبل، لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغصب كالأعيان ... الخ»^(٢).

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٧٩

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨١

و لا يبعد^(١) أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقّة، فيشمل^(٢) يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصاً^(٣) مع علمه،

(١) غرضه من هذا الاستظهار: أن عبارة التذكرة تحتل وجهين: أحدهما: اختصاص معقد الاجماع بباب الغصب، لأنّ المتيقّن من قوله: «تحت اليد العادية» هو الغصب الذي يكون إستيلاء الغاصب إعتداءً على مال الغير. و بناءً على هذا الاحتمال يمتنع الاستدلال بإجماع التذكرة على ضمان المنفعة الفائتة في المبيع بالبيع الفاسد، و ذلك لتعدد الموضوع، إذ ليست يد المشتري عاديةً حتّى تندرج في موضوع حكمهم بالضمان في منافع المغصوب.

ثانيهما: شمول «اليد العادية المضمّنة» للمقام، لوضوح أن اليد على مال الغير إمّا حقّة، لإستنادها إلى إذن مالكي أو شرعي، وإمّا عاديةً، و لا ثالث لهما. ولأرباب في أن يد المشتري - على المبيع بالبيع الفاسد - ليست حقّةً واقعاً، لفرض فساد السبب المملوك. نعم قد يزعم إستحقاقه للتصرّف فيه في صورة الجهل بالفساد، لكن لا عبرة بهذا الاعتقاد، لأنّ المناط في جواز التصرّف تملكه للمبيع واقعاً. و حيث لم يدخل في ملكه كانت يده عاديةً و إن لم يعلم به المشتري.

و على هذا الاحتمال لا يختصّ الاعتداء على مال الغير بباب الغصب، بل تندرج منافع المبيع بالبيع الفاسد فيه، فتتجه دعوى الاجماع على ضمان المنفعة الفائتة. و إستظهر المصنّف من هذا الاحتمال الثاني، لما ذكرناه آنفاً من صدق «اليد العادية» على كلا المقامين، و لا قرينة على الاختصاص بباب الغصب. بل في ما نقلناه من التذكرة قرينة على أن ضمان منافع المبيع فاسداً أوضح وجهاً من باب الغصب، فلاحظ قوله: «لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، فتضمن بالغصب».

(٢) لعدم كون يد المشتري حقّةً بعد فساد العقد واقعاً.

(٣) وجه الخصوصية: أنه لو نوقش في صدق «اليد العادية» على يد المشتري الجاهل بفساد العقد - بأنّه يزعم إستحقاق التصرّف في المبيع - فلا ريب في صدقها

سيماً^(١) مع جهل البائع به.

و أظهر منه^(٢) ما في السرائر في آخر باب الاجارة من «الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغمصوب الفائتة»^(٣) مع قوله في باب البيع: «أن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغمصوب إلا في إرتفاع الاثم عن إمساكه»^(٤) إنتهى.

وعلى هذا^(٥) فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة، وإن كان المتراءى من ظاهر

على يده عند علمه بالفساد، لاعتقاده حينئذ بأن إستيلاءه على المبيع إعتداءً على البائع.

(١) وجه الخصوصية: أن البائع العالم بفساد البيع ربما يرضى بتسلط المشتري على المبيع، فيشكل صدق «اليد العادية» على يد المشتري. و أما مع جهل البائع بالفساد و علم المشتري به فلا ريب في صدق الاعتداء كما تقدم آنفاً.

(٢) يعني: و أظهر من كلام التذكرة - في دعوى الاجماع على ضمان المنافع مطلقاً أستوفيت أم فاتت - كلام ابن إدريس ^{عليه السلام} بعد ضم كلامه في باب البيع الفاسد إلى ما أفاده في الغصب من تصريحه بضمان المنفعة الفائتة. فيحصل منه الاجماع على ضمانها في البيع كالغصب.

و وجه أظهرية عبارة السرائر في الاجماع على ضمان المنافع الفائتة هو أن تعبير العلامة باليد العادية يحتمل وجهين كما ذكرناه، لكن تعبير ابن إدريس بضمان منافع المغمصوب و كون البيع الفاسد بمنزلة المغمصوب لا يقبل الحمل على معنى آخر.

(٣) أي: و بناءً على الاجماع الذي حكاه ابن إدريس و العلامة فالقول بالضمان قوي.

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٧٩

«٢» المصدر، ص ٣٢٦

صحيحة أبي ولّاد^(١) اختصاص الضمان^١ في المصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة.

(١) غرضه عليه السلام دفع توهم يُورد به على المحكم بضمان المنافع الفائتة في البيع الفاسد. و محصل التوهم: أنّ صحيحة أبي ولّاد الواردة في البغل المصوب خصّت الضمان بالمنافع المستوفاة، فحكم الامام أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام على أبي ولّاد بضمان أجرة مثل كراء البغل بالنسبة إلى خصوص المنفعة المستوفاة، لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، توفيه إياه» و سكت عليه السلام عن ضمان مافات من منفعة البغل في المدة، فإنّ قطع هذه المسافة يتحقق بأقلّ من خمسة عشر يوماً، فيتراءى من ذلك أنّ ذمته لم تشتغل إلاّ بأجرة المنافع التي إستوفّاها من البغل، دون ما لم يستوفّاها من المنافع، فإنّ طي المسافة المزبورة إذا تحقق في مدة عشرة أيّام كانت منافع البغل الفائتة في مدة الخمسة غير مضمونة على مستأجر البغل.

مركز تحقيق كاتوير علوم إسلامي

و الحاصل: أنّ المنافع التي فاتت في مدّة الخمسة التي لم يستعمل البغلة فيها غير مضمونة، فالصحيحة تدلّ على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

و محصل دفع التوهم هو: أنّ ضمان المنفعة الفائتة من المصوب من مسلمات الفقه، فلو فرض ظهور سكوت الامام عليه السلام في عدم ضمانها قلنا بأنّ هذا الظهور معرض عنه، و من المعلوم أنّ إعراض جميع الأصحاب عنه يؤهّن أصالة الجدل فيها، فلا يمكن التمسك به لاثبات عدم الضمان في باب الغصب، فكيف يُعارض به الإجماع على ضمان المنفعة الفائتة للمبيع بالبيع الفاسد.

ثمّ إنّ تعبير المصنّف عليه السلام بقوله: «و إن كان المتراءى ... الخ» ظاهر في عدم جزمه بالاستظهار المزبور. و لعلّ وجهه أنّ سيره لم يكن من الطريق المتعارف في هذه

إلا أنا لم نجد^(١) بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها^(٢) (*).

الأعصار من الكوفة إلى بغداد، فإن السير في هذا الزمان من الطريق المتعارف من الكوفة إلى بغداد و بالعكس بالبغال و الحمير يتحقق في مدة ثمانية أيام تقريباً، لكن السير في مورد الصحيحة كان على غير المتعارف، لأنه ركب من الكوفة إلى النيل الواقع في الواسط - و يسمى فعلاً بالحَيّ - و من النيل إلى بغداد، و قيل: إن السير على هذا النحو يحتاج إلى زمان أوسع.

و على هذا فلا يبقى للصحيحة ظهور في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة حتى يقال: إنه موهون بالأعراض عن العمل بها في موردها و هو الغصب، فكيف يمكن التعدي عن موردها إلى المقام، و هو منافع المقبوض بالعقد الفاسد؟

(١) هذا دفع التوهم، و قد أوضحناه آنفاً.

(٢) أي: مورد صحيحة أبي ولاد.



(*) قد عرفت أن الأقوال في المسألة خمسة:

الأول - و هو المشهور - : الضمان مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك، كما ظهر من عبارة الايضاح.

الثالث: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بعدم الضمان في الأول،

وبالضمان في الثاني.

الرابع: التوقف عن الحكم بالضمان في الصورة الثالثة، و هي صورة علم البائع.

الخامس: التوقف في الضمان مطلقاً.

لكن لا يستقيم عدُّ التوقف في هاتين الصورتين من الأقوال، لأن مرجع التوقف

إلى عدم الحكم، و من المعلوم أنه ليس قولاً و رأياً في المسألة. و عليه فالأقوال ثلاثة،

ثالثها: التفصيل بين علم البائع بالفساد و جهله به، بالضمان في الثاني، و عدمه في الأول.

أما القول المشهور - و هو الضمان مطلقاً - فقد استدل له بوجوه:

أحدها: الاجماع الذي يظهر من عبارة السرائر المتقدمة.

ثانيها: قاعدة اليد، بعد صدق «الأخذ» على المنافع بأخذ الأعيان، كما أفاده المصنف رحمته الله.

ثالثها: قاعدة الاحترام المستفادة من جملة من الروايات الدالة على «أن حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» و المفروض كون المنافع من الأموال، لتنافس العقلاء عليها، فمنعها عن المالك بدون الضمان ينافي حرمة مال المؤمن.

رابعها: قاعدة نفي الضرر، حيث إن عدم ضمان من فوت منافع الغير ضرر عليه، فينفي بقاعدته.

خامسها: قاعدة الاتلاف، كما استدلل بها السيد رحمته الله «فإن الاستيلاء على العين ومنع المالك عن الانتفاع بها تفويت وإتلاف لمنافعها. ومقتضى قاعدة الاتلاف ضمانها. ولأجل هذه القاعدة نحكم بضمنان منافع المصنوع التي لم يستوفها الغاصب»^١.

سادسها: قوله عجل الله تعالى فرجه وصلى عليه وجعلناه فداء: «فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه»^٢.

سابعها: ما في حاشية المحقق الخراساني رحمته الله من «أن الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه. ولا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاة وغير مستوفاة كما لا يخفى. والظاهر أن هذا هو الوجه في ضمانها مطلقاً في باب الغصب قولاً واحداً. ولا أظن اختصاص ذلك الباب بوجه غير جارٍ في الباب. إلا أن يكون هو إجماع الأصحاب. لكنه لا يظن أن يكون مدرّكهم أيضاً إلا ما ذكرنا، فافهم»^٣.

وحاصله: أن الوجه في ضمان المنافع المستوفاة وغيرها هو: أن من آثار ضمان

«١» حاشية المكاسب، ص ٩٦

«٢» وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٣

«٣» حاشية المكاسب، ص ٣٤

العين ضمان منافعها، فدلِيل ضمان العين دليل على ضمان منافعها. وإدعى رحمته أن هذا هو الوجه في ضمانها مطلقاً في باب الغصب. إلا أن يكون الوجه في ضمان منافع المغصوب مطلقاً هو الاجماع المفقود هنا، لكون الأقوال في ضمان منافع المغبوض بالعقد الفاسد متعدّدة، هذا.

أما الاستدلال بالاجماع ففيه أولاً: عدم الاتفاق، لكون المسألة ذات أقوال، كما عرفت.

و ثانياً: أن من المحتمل كونه مدركيّاً، بأن يكون مستندهم في الضمان ما تقدّم من قاعدتي اليد والاحترام.

و ثالثاً: بأنه من الاجماع المنقول الذي تقرّر في الأصول عدم حجّيته. مضافاً إلى: أن الظاهر من عبارة السرائر ترتيب خصوص وجوب الردّ من أحكام الغصب على المغبوض بالعقد الفاسد، ضرورة أن الغاصب إذا استولد الجارية المغصوبة لا يلحق به الولد، لأنه زان، بخلاف ما إذا أولدها من قبضها بالعقد الفاسد، فإن الولد يلحق به.

و توجيه إجماع السرائر والتذكرة بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقّق النائيني رحمته من قوله: «ولكنّه لا يخفى أن إختياره الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الاجماع المنقول، مع أنّه رحمته منكر لحجّيته في الأصول، بل إعتد على نقل الاجماع من جهة كشف إتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع»^١ لا يخلو من الغموض، إذ فيه أولاً: أن لازم الاتفاق على شمول قاعدتي اليد والاحترام للمنافع عدم الاختلاف في ضمان المنافع غير المستوفاة. وقد عرفت تعدّد الأقوال فيه.

و ثانياً: أن موضوع القاعدتين - أعني بهما اليد والاحترام - من الموضوعات العرفيّة التي يكون المرجع في معرفتها العرف، وليس بيد الفقيه بما هو فقيه. فالاجماع

التعبدى القائم على تشخيص المفهوم العرفي أو تطبيقه على مصاديقه غير الاجماع الذي هو حجة - أعني به الاجماع - على الحكم الشرعي.

نعم إذا كان الموضوع من الموضوعات المستنبطة التي لا بد فيها من الرجوع الى الفقيه، كالغناء، والمفازة والصعيد والآنية وغيرها وكان مرجع الاجماع إلى تحديد الموضوع الذي يترتب عليه الحكم الشرعي، فهو وإن كان وجيهاً. إلا أن جماعة ناقشوا في صدق اليد على المنافع ومنهم المصنف، حيث قال قبل أسطر - بعد تسليم كون المنافع أموالاً - ما لفظه: «بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان. إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت، ولا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع».

و مع هذه المناقشة - بل نفي الاشكال عن عدم صدق اليد على المنافع - كيف يمكن أن يدعى رجوع الاجماع إلى الاتفاق على صدق اليد على المنافع؟
وقد تقدم كلام الايضاح و تنظير المنافع بالثوب الذي أطارته الريح، فإنه ظاهر في إنكار صدق اليد على المنافع، فلا بد أن يراد بالاجماع الاتفاق على نفس الحكم أعني به الضمان، لا على دليل الحكم، ولا على تحديد موضوعه. لكن قد عرفت عدم الاجماع على الضمان، هذا.

ثم أفاد المحقق المذكور في وجه الضمان ما حاصله: «أن المقتضي له و هو اليد الشاملة للعين أصالة و المنافع تبعاً - لصدق اليد و الأخذ عليهما - موجود، و المانع عنه مفقود، لأنه إما قاعدة «ما لا يضمن» في كلتا صورتَي العلم بالفساد و الجهل به. و إما تسليط البائع للمشتري على المنافع مجاناً في صورة علم البائع بالفساد.

و كلاهما مفقود، إذ الأول مختص أصلاً و عكساً بمصّب العقد و هو العين في المقام، و المنافع خارجة عنه، فيرجع فيها إلى القواعد الأخر.

والثاني لا يستلزم المجانية الرافعة للضمان، لا مكان البناء على الصحة تشريعاً»^(١)

.....

إنتهى ملخصاً.

و يتوجه عليه: أن جعل وجود المقتضي و هو اليد مفروغاً عنه أول الكلام، لما عرفت من المناقشة في صدق اليد على المنافع، لظهور النبوي في اعتبار كون المأخوذ بنفسه قابلاً للرد، و ليست المنافع كذلك. فالظاهر قصور الحديث عن شموله للمنافع. فمع عدم تسلم وجود المقتضي لا تصل النوبة إلى البحث عن وجود المانع أو عدمه. بل لو سلمنا صدق اليد على المنافع أمكن المناقشة فيه أيضاً بأن اليد المضمّنة هي خصوص العادية، و هي مفقودة هنا، لعدم منع القابض للمالك عن إستيفاء المنافع كما لا يخفى.

نعم قاعدة الاحترام - بناءً على عدم إختصاصها بالحكم التكليفي - تجري في المنافع غير المستوفاة. و كذا قاعدة الاتلاف فيما إذا إستند تفويت المنافع إليه على التفصيل الآتي.

و أمّا الاستدلال بقاعدة اليد، ففيه: أن اليد وإن كانت كنايةً عن الاستيلاء الصادق على الأعيان و المنافع، و ليس المراد بها خصوص الأخذ بالجارحة الخاصة قطعاً، و إلا يشكل الأمر في غير المنقولات كالأرض و الدار و نحوهما، لكن الذيل و هو «حتى تؤدي» ظاهر في كون المأخوذ بنفسه مردوداً، فيختص النبوي بما كان في نفسه قابلاً للرد و إن إمتنع عرضاً كالتلف.

و بالجملة: فجعل اليد كنايةً عن الاستيلاء الشامل للأعيان و المنافع لا يجدي في شمول النبوي أيضاً للمنافع، مع قرينة «حتى تؤدي» على كون المأخوذ بعينه قابلاً للرد، فيختص النبوي بالأعيان.

و أمّا قاعدة الاحترام فهي متوقفة على صدق المال على المنفعة، لاضافة نفي الحل إلى المال في قوله عليه السلام: «حرمة ماله كحرمة دمه» أو «لا يحل مال امرئ مسلم» و مع الصدق لا ينبغي الاشكال في صحة الاستدلال بها.

و دعوى كونها في مقام بيان الحكم التكليفي - و أنه لا يجوز التصرف فيه بدون إذنه، بقرينة السياق المستفاد من الجمل السابقة، كقوله: «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمة معصية» إذ لا ريب في ظهورها في الحكم التكليفي - غير مسموعة، لأنه خلاف إطلاق الحرمة، فاحترام المؤمن و شرفه يقتضي حرمة التصرف في ماله بدون إذنه، و ضمانه أيضاً لو أتلّفه متلفٌ بغير إذنه الراجع للضمان.

و اقا قاعدة الاتلاف فهي منوطة أيضاً بصدق المال على المنافع، و إلا فلا إشكال فيها من حيثية أخرى.

و الاتلاف و إن كان إعدام الموجود، إلا أن التفويت الذي هو إبداء المانع عن الوجود يستفاد من النصوص التي هي مدرك قاعدة الاتلاف أيضاً.

فالالاتلاف أعم من إعدام الموجود و من المنع عن الوجود.

و قد يستشكل في جريان القاعدة في المنافع المستوفاة فضلاً عن غير المستوفاة بما في حاشية سيدنا الاستاذ رحمته الله من: «أن المستفاد من أدلة القاعدة خصوص الاضرار بالعين بالجناية على ذاتها أو صفاتها، فلا تشمل المنافع التي هي إعتبار محض، فالتمسك بقاعدة الاتلاف لضمان المنافع مطلقاً مشكل»^(١).

لكن يمكن أن يقال: إن المراد بالنقص هو العرفي الصادق على المنافع التي هي إعتبار محض، فتفويت المنافع بلا عوض جنابة عرفاً على المنفعة التي هي صفة العين. و اقا قاعدة الضرر فلا إشكال في التمسك بها أيضاً، بعد صدق النقص على فوت المنافع تحت يد قابض العين. و الاشكال عليها بما قيل من: «أنها ناظرة إلى الأحكام الشرعية التي ينشأ منها الضرر، و عدم الضمان ليس حكماً شرعياً، فلا تجري القاعدة فيه» مندفع بما عرفت من: أن عدم الضمان كسائر الأعدام بعد تشريع الأحكام أيضاً حكم شرعي يحكم عليه القواعد الثانوية كقاعدتي الضرر و الحرج، فإن تفويت المنافع على

مالكها ضرر عليه، لكونها مالاً عرفاً، فينفى بقاعدة نفي الضرر فإتلافها يوجب الضرر وهو النقص في مال مالكها، لا أنه يوجب عدم النفع، كما لا يخفى.

وأما قوله عجل الله تعالى فرجه و صلى عليه: «فلا يحل لأحد أن يتصرف...» فحاصل الكلام فيه: أن عدم حلية التصرف - الذي هو فعل إختياري - ظاهر في الحرمة التكليفية المستتبعة للمؤاخذه والعقوبة، وعدم حلية المال ظاهر في التبعية والخسارة، وذلك هو الضمان. فحرمة المال يراد بها الحكم الوضعي أعني به الضمان، وحرمة الفعل كالتصرف يراد بها الحكم التكليفي أعني به الحرمة. وهذا هو ظاهر الرواية.

وأما ما أفاده المحقق الخراساني رحمته في عبارته المتقدمة ففيه: أنه إن أراد إقتضاء أخذ العين ضماناً منافعها - لتحقق الاستيلاء عليها بجميع حيثياتها و شؤونها بسبب الاستيلاء على العين - فيرد عليه ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من: أن المنافع لا فعلية لها، لأنها موجودات بالقوة، فلا يصدق عليها الاستيلاء ^١.

لكن لا يخفى أن هذا ما يقتضيه النظر الدقي العقلي الذي لا عبرة به في المقام. وأما النظر العرفي فيساعد على صدق الاستيلاء على المنافع غير المستوفاة. ولذا يصح جعلها طرفاً لإضافة الملكية، فإن الاجارة تملك لتلك المنافع التي هي حيثيات قائمة بالعين، فلا يعتبر في صحة تملكها، ولا في صدق الاستيلاء عليها فعليتها، بل المدار في صدق الاستيلاء عليها و صحة إعتبار الملكية لها عرفاً وجودها الشائي كقابلية الدار للسكنى، لا الوجود الفعلي، حتى يقال: إنها قبل فعليتها أعدام، فلا يصح الاستيلاء عليها. فالاستيلاء على العين من قبيل الواسطة في الثبوت للاستيلاء على منافعها، لا من قبيل الواسطة في العروض كحركة السفينة ونحوها بالنسبة إلى جالسها، إذ لو كان من قبيل الواسطة في العروض لزم عدم ضمان حابس الحرّ الأجير المقدر عمله بأجرة، لأن الاستيلاء على العين لا يوجب ضمانها حتى تضمن منافعها عرضاً، فلا بد من الحكم

بعدم ضمان حابس الحر، إذ لا ضمان لنفس العين التي إستولى عليها ذاتاً - وهي الحر - حتى يصح نسبته عَرَضاً إلى منفعته و هي عمله.

و إن أراد أن نفس ضمان العين بدليله الخاص مستلزم لضمان منافعه من دون سبب آخر بالاضافة إلى منافعها، فيرد عليه ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله «١» من أنه يشبه الجزاف، إذ معناه أن ضمان شيء بموجبه سبب لضمان شيء آخر، فنفس الضمان يكون من أسباب الضمان. مع أنه لا شبهة في ضمان المنافع المستوفاة بدون ضمان العين، كما إذا إشتري عيناً مسلوقة المنفعة مدّة، فاستوفى منافعها في تلك المدّة، فإن المنافع مضمونة و العين غير مضمونة حتى يكون ضمانها بضمان العين. و كما إذا استوفى عمل الحر، فإن الحر غير مضمون، مع أن عمله المستوفى مضمون إلى غير ذلك. نعم لا مانع من أن يكون الحديث دليلاً على قاعدة التبعيّة، يعني: أن ضمان العين في مواردّه يوجب ضمان ما يعدّ من توابعها من باب التبعيّة، كتمليك العين الموجب لتمليك منافعها تبعاً، لكون البيع تمليك العين لا المنفعة، فإن التبعيّة جارية في كثير من الموارد كالطهارة و النجاسة و الاسلام و الكفر و غير ذلك.

و لا يرد عليه: أن لازمه أن يكون ضمان شيء بسببه سبباً لضمان شيء آخر. وجه عدم الورود: أن ذلك الشيء إن كان من توابع العين المضمونة فلا مانع من ضمانه تبعاً. وإن لم يكن من توابعها لم يلزم ذلك أصلاً، للإختصاص بالتوابع، لا كل شيء ولو كان أجنبياً عن مورد اليد. فلا يلزم أن يكون سبب ضمان الدار مثلاً موجباً لضمان العبد. و من هنا يظهر الاشكال فيما ذكره رحمته الله من النقص باستيفاء منافع العين المسلوقة المنفعة و إستيفاء عمل الحر، فإن اليد تدلّ على عقد إيجابيّ، و هو أن العين إذا صارت مضمونة صارت منافعها مضمونة أيضاً. و لا تدلّ على عقد سلبي و هو عدم ضمان المنافع إذا لم تكن العين مضمونة.

و الحاصل: أنَّ المدلول عقد إيجابيّ أعني به ضمان المنافع بتبع ضمان العين، وليس المدلول عدم ضمان المنافع تبعاً لعدم ضمان العين، فيرجع في ضمان منفعة الدار المسلوقة المنفعة و عمل الحرّ المستوفى و نحوهما إلى دليل آخر، كقاعدة الاحترام وغيرها، هذا.

مضافاً إلى: أنَّ قاعدة اليد المقتضية لضمان المنافع التابعة لما أخذته اليد من العين من العمومات القابلة للتخصيص.

فالمتحصّل: أنَّ ما أفاده المحقّق صاحب الكفاية رحمته من التمسك بقاعدة اليد لضمان المنافع المستوفاة وغيرها مما لا بأس به.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنَّ ما عن المشهور من ضمان المنافع غير المستوفاة لا يخلو من قوة.

إلا أن يناقش في صدق الأخذ على المنافع وإن صدق عليها القبض بأخذ العين، بأن يقال: إنَّ الأخذ لا يصدق على التخلية ورفع المانع عن استيلاء الغير، بخلاف القبض، فإنّه يصدق عليه. و الأخذ ظاهر في الاستيلاء المقرون بالغلبة، والمقبوض بالعقد الفاسد يكون مبيّناً على الوفاء بالعقد لا القهر والغلبة، فالتمسك بقاعدة اليد لضمان المنافع غير المستوفاة مشكل جداً.

فإن دلّ دليل آخر على الضمان كقاعدة الاحترام وغيرها فلا كلام، وإلا فتفصيل النوبة إلى الأصل المقتضي لعدم الضمان.

إلا أن يدعى أنَّ موضوع الضمان لما كان من الموضوع المركّب أمكن أن يقال: إنَّ الاستيلاء على مال الغير محرز وجداناً، و جزؤه الآخر و هو عدم الرضا محرز بالاستصحاب، فيتمّ موضوع الضمان.

إلا أن يستشكل في الاستصحاب بأنَّ القبض لما كان بعنوان الوفاء بالعقد. فالرضا محرز، دون عدمه حتى يستصحب، و يثبت به الضمان، والله العالم.

وأما القول بعدم الضمان مطلقاً وهو المنسوب إلى فخر المحققين تتبعاً فقد عرفت وجهه من عبارته التي نقلناها عنه في التوضيح، وضعفه.

وأما القول بالضمان في صورة جهل البائع بالفساد، وعدمه في صورة علمه به فقد تعرضنا لوجهه بقولنا: «وجه الاشكال أن المالك مع علمه بالفساد ... الخ».

وأما التوقف في صورة علم البائع بالفساد فوجهه ما تقدم في التوضيح من تسليط البائع.

لكن فيه: أنه لو تم إقتضى عدم الضمان لا التوقف فيه.

وأما التوقف مطلقاً فوجهه تضارب الأدلة.

أقول: لعل الأقرب التفصيل، بأن يقال: إن المشتري مع علمه بالفساد يضمن، لقاعدة الاتلاف، حيث إن عدم انتفاع المالك بماله مستند إلى قبض المشتري العالم بعدم استحقاقه للقبض الموجب لكون يده عادية، فلو لم يقبضه كان البائع قادراً على الانتفاع بماله، فالمشتري غاصب فوت المنافع على المالك، فيضمن. و مع جهله بالفساد لا يضمن، لأن فوت المنافع لا يستند إلى المشتري، بل إلى البائع الدافع للمبيع إليه، لبئائهما على صحة العقد، فلا يعد يد المشتري عادية. نعم إذا علم بالفساد و تساهل في دفع المبيع إلى البائع ضمن جميع المنافع من المستوفاة وغيرها.

وبالجملة: فصدق اليد العادية على يد المشتري مع جهله بالفساد، وكون قبضه مبنياً على زعم صحة العقد الموجب لعدم التزامه برّد المبيع إلى المالك العالم بالفساد محل تأمل بل منع.

نعم إذا نهض دليل على «أن كل من وقع تحت يده مال الغير ضامن له إلا ما خرج بدليل» كان لضمان المنافع من المستوفاة وغيرها وجه. وعليه فلا يحكم بضمان المنافع الفائتة بغير إستيفاء إلا مع علم المشتري بالفساد، بحيث يستند فواتها إلى فعله و إلا فلا دليل على الضمان أصلاً.

أما اليد فلعدم صدقها على المنافع غير المستوفاة أولاً، ولعدم كونها عاديةً على تقدير صدقها عليها ثانياً. إذ الظاهر أن المراد بالعادية - بناءً على تعنون اليد بها - ما لا يحكم شرعاً ولو ظاهراً بعدم العداونية كالمقبوض بالعقد الفاسد، فإن يد القابض قبل علمه بفساد العقد ليست عاديةً، للحكم بصحة العقد ظاهراً بمقتضى أصالة الصحة، فلا تكون يده عادية، بل حقةً في ظاهر الشرع.

إلا أن يقال: إن اليد وإن لم تشمل يد القابض حدوثاً، لكنها بعمومها الأزمانى تشملها بعد علمه بالفساد بقاءً.

وأما ضمانها على القول به في الغصب فلصدق الاتلاف والتفويت عليها، وكون حبس العين الذي هو فعل الغاصب سبباً لقواتها على المالك كما لا يخفى.

وأما قاعدة الاحترام فهي غير جارية، للتعارض، لأن احترام مال مؤمن لا يقتضي سلب احترام مال مؤمن آخر بلا وجه. ولا يكون الاضرار بمؤمن آخر من مقتضيات احترام مال مؤمن غيره، ضرورة أن المشتري لم يهتك حرمة مال البائع، بل قبضه بعنوان مال نفسه.

نعم مع العلم بالفساد وحبسه يصدق الهتك.

وأما قاعدة الضرر فهي معارضة بمثلها في طرف المشتري، إذ المفروض أن أخذ بدل المنافع الفائتة من المشتري ضرر عليه ونقصان في ماله، إذ لم يعد إليه نفع.

وأما قاعدة الاستيفاء فلا موضوع لها، إذ المفروض عدم إستيفائها.

وأما أصالة الضمان فموردها الشك في تحقق موضوعها، وهو الاستيلاء على مال الغير بدون رضا مالكة، فيقال: إن الاستيلاء محررٌ وجداناً، وعدم الرضا تعبدٌ للإستصحاب، فيتم موضوع الضمان، كسائر الموضوعات المركبة المحرر بعض أجزائها بالوجدان وبعضها الآخر بالتعبد.

وليس المقام كذلك، لأن الشك في ضمان المنافع الفائتة بغير إستيفاء ليس ناشئاً

من الشك في طيب نفس المالك حتى يستصحب عدمه. بل الشك نشأ عن احتمال صدق أصل اليد أو اليد العادية على المنافع غير المستوفاة وعدمه. وهذا لا يجري فيه الأصل، لأنه بعد قبض العين إما يصدق اليد على منافعها، وإما لا تصدق عليها، فالشك يكون في قابلية المنافع لوقوعها تحت اليد، وهذا الشك مانع عن التمسك بقاعدة اليد، لكون الشبهة مصداقية، ومن المعلوم أن الاستصحاب لا يثبت القابلية.

نظير الشك في تحقق التذكية، للجهل بقابلية الحيوان لها، فإن الأصل لا يجري في القابلية ولا يثبتها، لأن الحيوان إما خلق قابلاً للتذكية، وإما خلق غير قابل لها. نظير القرشية، فإن الأصل في العدم المحمول لا يثبت عدم القابلية وعدم قرشية المرأة إلا بناءً على الأصل المثبت. وفي العدم النعني الذي هو موضوع الأثر لا يجري، لعدم العلم بالحالة السابقة.

وقد ظهر من هذا البيان عدم المجال لأصالة الضمان في المنافع غير المستوفاة، لأنه على تقدير صدق اليد عليها لا ينبغي الاشكال في الضمان، وعلى تقدير عدمه لا ينبغي الاشكال في عدم الضمان، فتنتهي النوبة إلى الأصل المحكوم وهو أصالة البراءة عن الضمان.

بل يمكن أن يقال بعدم الضمان ولو مع صدق اليد على المنافع أيضاً - بعد البناء على كون اليد المضمّنة هي العادية، واليد غير المضمّنة هي الأمانة - لأنه يشك في صدق العدوانية عليها، فيتشبهت بأصالة البراءة لنفي الضمان.

فالمحصل: أنه في صورة علم المشتري بالفساد تكون المنافع مضمونة عليه. وفي صورة جهله به لا ضمان عليه. أما في الصورة الأولى فلكون يده عادية كالغاصب، بل هو نفسه. وأما في الثانية فللأصل بعد عدم الدليل على الضمان. وليكن هذا قولاً سادساً في المسألة.

فقد ظهر وجه العقد السلبي أعني به عدم الضمان في صورة جهل المشتري بالفساد، كما ظهر وجه العقد الإيجابي، وهو الضمان في صورة علم المشتري بالفساد.

كما ظهر أيضاً وجه عدم دخل علم البائع وجهله بالفساد في الضمان وعدمه، والله العالم.
ثم إن سيدنا الخوئي رحمته الله إلتمز بعدم الضمان، لوجيهين:
«أحدهما: عدم جريان قاعدة الاتلاف في تلك المنافع، لعدم إستناد الاتلاف إلى القابض، حيث إنه لم يزاحم المالك في إستيفائها.
ثانيهما: عدم جريان السيرة على ضمانها بمجرد تلفها تحت يد القابض من دون إستناد إليه.

و ناقش في الوجوه التي إستند إليها القائلون بالضمان - من قاعدتي اليد والاحترام و حديث الحل والاجماع - بعدم جريان قاعدة اليد في المنافع غير المستوفاة، لعدم قابليتها للرد.

و بعدم جريان قاعدة الاحترام فيها، إذ ليس مقتضاها أزيد من توقّف جواز التصرف على إذن المالك.
و بأن حديث الحل لا يدل إلا على حرمة التصرف تكليفاً.
و بأن الاجماع غير ثابت أولاً. وعلى تقديره يكون المتيقن من معقده هو وجوب الرد فقط، لا جميع أحكام الغصب»^(١) إنتهى ملخصاً.
و توضيح ما له و عليه تقدم فيما اخترناه.

فروع ترتبط بضمان المنافع

أ: ضمان عمل الحرّ الكسوب المحبوس

ثم إنه يناسب المقام التعرّض لبعض الفروع المبثلي بها في هذا العصر:
الأول: ما إذا حبس ظالم حرّاً كسوباً، فهل يضمن ما فات عنه في مدّة الحبس من العمل الذي يبذل بازائه المال أم لا؟ فيه قولان، وقد ذكرناه في بحث عمل الحرّ، فراجع^(٢).

«١» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٣٨ إلى ١٤٤

«٢» هدى الطالب، ج ١، ص ٧٥ إلى ٨٥

ب : جواز مطالبة المستأجر بتخلية العين المستأجرة

الثاني: ما إذا إستأجر دكاناً و إتجر فيه مدةً مديدة، و باع جملةً من متاعه نسيئةً، وبعد إنتهاء مدة الإيجار أخرجه المؤجر عن الدكان و أخذَه منه، و هذا الإخراج يوجب تضرر المستأجر، لذهاب أمواله التي تكون على الناس، لعدم معرفتهم بمكانه الفعلي حتى يؤدوا إليه. و كذا يتضرر المستأجر بترك تجارته مدةً حتى ينتهيأ له محلٌ جديد، و يعرف الناس مكانه ليعاملوا معه و يؤدوا أمواله، فهل تكون هذه الخسارات على عهدة المؤجر أم لا؟ للمسألة صورتان:

الأولى: ما إذا لم يشترط المستأجر على المؤجر بقاءه في الدكان إلى مدةً مديدة يريد إستيجاره فيها. و الثانية: ما إذا إشتراط على المؤجر ذلك.

أما الأولى فملخص البحث فيها: أن مقتضى سلطنة المؤجر على ماله جواز أخذ الدكان من المستأجر، و عدم ثبوت حق للمستأجر في الدكان، إذ المفروض عدم إشتراط حق لبقائه. و مجرد إستيجاره الدكان مدةً مديدة لا يوجب حقاً له بحيث يسقط سلطنة المالك على دكانه، و يجب عليه إبقاء المستأجر فيه.

و الظاهر عدم موجب لضمان المؤجر لخسارات المستأجر، لأن المديونين يجب عليهم الفحص عن الدائن و مكانه مقدمةً لأداء دينهم، فالضرر الوارد على المستأجر من ناحية أمواله التي له على الناس مستند إلى تقصير المديونين في أداء ديونهم، لا إلى المؤجر، فلا يجري شيء من أسباب الضمان - كقواعد الضرر و الاتلاف و اليد و الاحترام - في المقام، لأن مناط شمولها لموردٍ هو عدم توسط إرادة فاعل مختار بين موارد هذه القواعد، و الشخص الذي يراد تضمينه لا بد من إستناد الفعل إليه، نظير إرسال الماء إلى دار الجار مثلاً، فإن إتهام الدار حينئذٍ منسوب إلى مرسل الماء، لعدم توسط فعل فاعل مختار بين الانهدام و بين إرسال الماء حتى يستند الانهدام إليه.

بخلاف المقام، فإنَّ الخسارات المتوجَّهة إلى المستأجر ناشئة من تقصير المديونين، فيتوسَّط بين تلف أمواله و بين أخذ المالك دكانه إرادة فاعل مختار أعني به المديونين، فلا يستند تلف الأموال إلى المالك حتى يكون ضامناً لها، بل يستند إلى فعل المديونين، و هو تقصيرهم في الأداء. هذا ما يرجع إلى أمواله التي على الناس. و أمَّا ما يرد عليه من ضرر تعطيل تجارته إلى زمان ظفَّره بمحلِّ لها، فليس ضرراً أي نقصاً مالياً، بل هو من عدم النفع، فلا تشمله قاعدة الضرر.

وبالجملة: فما نحن فيه أجنبى عن قاعدة نفي الضرر، إمَّا لعدم صدق الضرر، وإمَّا لعدم كونه مستنداً إلى مالك الدكان. وكذا قاعدة الاحترام، لأنَّ مال المالك أيضاً محترم، وهو يتصرَّف في ماله لقاعدة السلطنة. نعم لو فرض كون أخذ الدكان من المستأجر علة تامَّة لفوات مال أو عمل ذي قيمة منه - كما إذا كان محلَّ الخياطة منحصراً بذلك الدكان، بحيث لا يمكن إشتغاله بها في غيره، و يتَّصف إخراجُه عن الدكان بالتفويت - أمكن أن يقال بالضمان، و أنَّ الخياطة الفائتة منه مضمونة على مالك الدكان، إذا أعطي المستأجر أجره المثل، بحيث لا يتضرَّر المالك من بقاء المستأجر في الدكان، و لا من جهة أخرى.

و الوجه في الضمان حينئذٍ قاعدة الضرر من دون معارض، إذ المفروض عدم تضرُّر المالك ببقاء المستأجر في الدكان، حتى يقال: بوجوب دفع ضرر عن الغير، و هو المستأجر، و تحمُّله عنه. بل ليس في البين إلا قاعدة السلطنة، و هي محكومة بقاعدة الضرر.

والحاصل: أنَّه على تقدير كون فعل المالك - أي أخذ الدكان من المستأجر - علة تامَّة لضرر المستأجر، أو وقوعه في الحرج و المشقة يمكن القول بضمان المالك له إنَّ لم يكن في البين سوى قاعدة سلطنة المالك على ماله.

و لا بأس ببيان صور المسألة، و هي: أن قاعدة الضرر في ناحية المستأجر تارة لا معارض لها إلا قاعدة سلطنة المالك. و أخرى يعارضها قاعدة الضرر في ناحية المالك، أو قاعدة الحرج، فللمسألة صور:

إحداها: كون سلطنة المالك ضرراً على المستأجر أو حرجاً عليه من دون لزوم ضررٍ على المالك، فحينئذٍ يقدم حق المستأجر على حق المالك، لكون سلطنة المالك حينئذٍ ضرراً أو حرجاً على المستأجر، فتتفنى بقاعدة الضرر أو الحرج.

ثانيتهما: أن يتعارض الضرران، كما إذا تضرر المالك ببقاء المستأجر في الدكان، و تضرر المستأجر أيضاً بتخلية الدكان.

ثالثتهما: كون التخلية حرجاً على المستأجر، و عدها حرجاً على المالك، فيتعارض قاعدتا الحرج.

رابعتهما: كون التخلية ضرراً على المستأجر، و عدها حرجاً على المالك.

خامستها: عكس ذلك، بأن تكون التخلية حرجاً على المستأجر، كما إذا وقع في مشقة إستيفاء أمواله من الناس، و عدها ضرراً على المالك، فيقع التعارض في هاتين الصورتين بين قاعدتي الضرر و الحرج، فيرجع إلى قاعدة السلطنة، فللمالك إلزام المستأجر بالتخلية.

و بالجملة: هنا كبريان في قاعدة الضرر: إحداهما: حرمة الاضرار بالغير، بأن يكون فعله علة تامة أو الجزء الأخير منها لورود الضرر على الغير.

ثانيتهما: عدم وجوب تحمّل الضرر عن الغير.

و للمسألة المبحوث عنها صور يندرج بعضها في القاعدة الأولى، و بعضها الآخر في القاعدة الثانية. و مجموع الصور المتصورة في هذه المسألة تسعة:

الأولى: عدم الضرر لا للمالك في عدم التخلية، و لا للمستأجر في التخلية.

والحكم فيه و هو سلطنة المالك على إلزام المستأجر بالتخلية واضح لا غبار عليه.

و بقية الصور أربع منها مركبات، و مثلها بسائط.

أما المركبات فهي: تضرُّر كلِّ من المالك بعدم التخلية و المستأجر بالتخلية، و حرجية التخلية و عدها للمالك و المستأجر، و كون التخلية ضرراً على المستأجر و حرجاً على المالك، و عكس ذلك.

و في هذه الصور الأربع - بعد تعارض الضررين أو الحرجين أو المختلفين - يرجع إلى قاعدة سلطنة المالك المقتضية لجواز إلزامه المستأجر بتخلية الدكان. هذا بناءً على كونها من صغريات كبرى التعارض.

و أمّا بناءً على صغرويتها لكبرى عدم وجوب دفع الضرر و المشقة عن الغير، فيقدّم حقُّ المالك على المستأجر، إذ لا يجب على المالك دفع الضرر أو المشقة عن المستأجر، فلا بدّ من التأمل في أنّ الضرر أو الحرج الوارد على المستأجر هل هو ناشٍ عن فعل المالك أو غيره؟

فعلى الأول تسقط سلطنة المالك بضرر المستأجر، كسقوط سلطنة المالك على حفر بالوعة في داره إضراراً بجاره، فإنّ ضرر الجار يُسقط سلطنة الحافر على حفر البالوعة في داره، لكونه من صغريات الاضرار بالغير.

و على الثاني لاتسقط سلطنة المالك، لكونه من صغريات كبرى عدم وجوب تحمّل الضرر عن الغير.

و أمّا البسائط، و هي الضرر على المالك فقط، و الحرج عليه كذلك، و الضرر على المستأجر فقط، و الحرج عليه كذلك، فالحكم في الأولين منها سلطنة المالك على إلزام المستأجر بالتخلية، لوضوح عدم مانع من قاعدة السلطنة. و في الآخرين منها يكون

الحق للمستأجر إن كان فعل المالك موجبا لوقوع المستأجر في الضرر والخرج الرافعين
لسلطنة المالك، وإلا فسلطنة المالك باقية على حالها، لعدم وجوب دفع الضرر أو
المشقة عن الغير.

ولو نوقش في سلطنة المالك ففي إستصحابها غنى وكفاية، حيث إنه قبل الإيجار
كان سلطاناً على شؤون دكانه، والآن كما كان، فتأمل جيداً.

هذا كله في الصورة الأولى وهي عدم الشرط على المالك.

و أما الصورة الثانية وهي ما إذا شرط المستأجر على المالك في ضمن عقد لازم
أن يؤجره الدكان إلى مدة مديدة كعشرين سنة، فليس للمالك إلزام المستأجر بالتخلية،
بل عليه أن يؤجره الدكان بعد مضي السنة الأولى من مدة الاجارة، فلو لم يؤجره
و أجبره بالتخلية، فتضرر المستأجر بتخلية الدكان ضمن المالك كل ضرر يرد على
المستأجر من ناحية التخلية، لقاعدة الضرر، حيث إنه صار سبباً لوقوعه في الضرر،
فلو آجر المالك دكانه من غير المستأجر المشروط له فله فسخه وإجباره المالك
بأن يؤجره منه.

فقاعدة الشرط قصور سلطنة المالك عن الإيجار من الغير. بخلاف الصورة
السابقة، فإن المالك فيها مسلط على ماله، ولا ملزم له بأن يؤجر الدكان من المستأجر.
فالاجارة الثانية فضوليّة منوطة بإجازة المستأجر الأول، وله أخذ مالٍ لاسقاط حقه من
المالك أو المستأجر الثاني، كما أن له إسقاط هذا الحق مجاناً.

ثم إنه مع الشرط المزبور ليس للمستأجر الشارط إلا إلزام المالك بأصل الإيجار،
وليس له إلزامه بالإيجار بمبلغ معين، إلا إذا شرطه على المالك أيضاً في ضمن عقد لازم،
بأن شرط عليه بأن يؤجره الدكان عشر سنين مثلاً كل سنة بكذا، فحينئذ يكون الشرط
بالنسبة إلى أصل الإيجار والأجرة نافذاً، فيجب على المالك الوفاء بهما كما لا يخفى.
وهل يجوز للمستأجر أن يأخذ مالاً من المالك أو الأجنبي لاسقاط حقه؟ الظاهر

ذلك. أمّا بالنسبة إلى المالك فلا ينبغي الاشكال فيه، لأنّ فائدة إسقاط الشرط دفع قصور سلطنة المالك، و هذا غرض عقلائي. و أمّا بالنسبة إلى الأجنبيّ فلائذ بذل المال لرفع الموانع عن الوصول إلى الأغراض العقلانيّة ممّا جرت عليه السيرة الممضاة شرعاً، وحيث إنّ الشرط كجزء أحد العوضين يكون حقاً للشارط و قابلاً بنفسه للنقل والانتقال إن لم يكن هناك مانع كشرط تقوّم الشرط بنفس المشروط له صريحاً أو ضمناً.

ففي مسألتنا إن كان شرط الايجار على المستأجر مقيداً بنفسه لم ينتقل إلى وارثه، كما لا يقبل النقل إلى غيره. نعم هو قابل للإسقاط مجاناً و مع العوض، سواء أكان مُعطي العوض نفس المشروط عليه أم الأجنبي.

كما أنّه بدون شرط المباشرة يكون الشرط قابلاً للانتقال القهري كالارث، إذ مع الشكّ لامانع من إستصحابه إلى زمان موت المشروط له، فيشمله ما دلّ على أنّ ما تركه الميّت فلوارثه. هذا كلّهُ إذا كان حقّ المستأجر ناشئاً من مجرد الشرط الضمني.

و أمّا إذا كان ناشئاً من بذل السرقة إلى الموجر كان تابعاً لكيفيّة المعاهدة بينهما، و تتصور المسألة بوجوه ليس هنا محل ذكرها، و إستوفينا الكلام فيها في رسالة المسائل المستحدثة، وفقنا الله لنشرها.

ج : حق الطبع و النشر

الثالث: أنّه إذا عمل عملاً يوجب نقصان ماليّة مال الغير، كما إذا كان وجيهاً عند الناس، و جعل محلّ تجارته في مكانٍ يوجب كساد تجارات غيره، أو نزل سعر السلّع فأقبل الناس إليه و أدبروا عن غيره، أو طبع كتاباً عزيز الوجود و صار بذلك كثير الوجود و قليل الثمن، فهل يوجب ذلك ضماناً على من تسبّب تنزّل الماليّة أم لا؟

الحق التفصيل بين الموارد، بأن يقال: إن العمل المزبور إن كان تصرفاً في ملك الغير - كما إذا طبع ما ألفه غيره بدون إذن مؤلفه و صار الطبع سبباً لتنزّل قيمة الكتاب - ضمن المتصرف النقص المالي الحاصل بسبب الطبع، حيث إن الكتاب مملوك ذاتي للمؤلف بمعنى كونه نتيجة لعمله و فكره، و الناس مسلطون على أموالهم، و لا يجوز التصرف فيه إلا بإذنهم و طيب نفوسهم. ولو كان التصرف منقّصاً لماليتّه ضمن النقص، لأنّه أتلّف ماليتّه مال الغير. و التصرف العدواني يوجب الضمان بالنسبة إلى نفس المال و ماليتّه، كما إذا غصب ثلجاً أو ماءً في مفازة و أراد أن يؤدي الثلج في الشتاء أو الماء على الشاطئ، إلى غير ذلك من الأمثلة.

و الحق عدم الضمان في شيء من الموارد، لأن قاعدة الضرر لا تجري أولاً، لأن الضرر عبارة عن النقص في المال أو العرض أو الطرف. و المقام يكون من نقص الماليتّه، لا من نقص المال، إذ لم يرد نقص في نفس المال.

و ثانياً: على تقدير جريانها متعارضة - بعد وضح كونها من الأحكام الامتنائية - لتضرر النوع بغلو سعر تلك السلعة التي صارت عزيزة الوجود، و من المعلوم أنّ الضرر النوعي أهم من الشخصي.

نعم في مثال طبع الكتاب من غير إذن مؤلفه يكون للمؤلف حق إجازة النشر و عدمها، فلو طلب من طابعه مالا لأن يأذن له في نشره كان له ذلك، لأن النشر تصرف فيما ألفه، فله المنع عن النشر و أخذ المال لرفع هذا المنع.

فالمتحفظ: أنّه لا ضمان في غير قضية طبع الكتاب بغير إذن المؤلف. و أمّا هو فقد عرفت أنّ للمؤلف أخذ مال للإجازة في نشره. و أمّا كونه شريكاً في المطبوع - لكون مافيه من المطالب من نتائج أعمال المؤلف المملوكة له بالملكية الذاتية - فهو غير واضح، إذ الكتاب مملوك بالملكية الاعتبارية لطابعه. و أمّا المطالب فهي وإن كانت نتيجة أعمال المؤلف و أفكاره، لكنّها ليست مملوكة له بالملكية الاعتبارية. ولو بُني على

التضمين بالملكية الذاتية لزم من ذلك تضمين حابس الحرّ الكسوب وإن لم يستوف عمله. والظاهر عدم التزامهم بذلك، لأنهم لم يلتزموا بكفاية الملكية الذاتية في الضمان، وإعتبروا فيه الملكية الاعتبارية.

لكن يبقى حيثئذ سؤال الفرق بين إستيفاء الحابس عمل الحرّ وعدمه، بالضمان في الأول دون الثاني، إذ الاستيفاء لا يجعل عمل الحرّ مملوكاً إعتبارياً له حتى يضمه الحابس.

نعم إذا صار أجيراً، ثم حبسه الحابس كان ضامناً لعمله، سواء إستوفاه أم لا، لأن عمل الحرّ بسبب الاجارة صار ملكاً إعتبارياً للمستأجر، فيضمه الحابس كضمان عمل العبد بالحبس، فإن عمله مملوك للسيد ملكية إعتبارية تبعاً لرقبته.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: أنه لا وجه للضمان في الأمثلة المزبورة.

نعم في طبع الكتاب بدون إذن المؤلف وإن لم يكن ضماناً على الطابع، إلا أن إختيار نشر مطالبه وكتمانها بيده، لأنها نتيجة عمله، فهي مملوكة له بالملكية الذاتية. ومقتضى «الناس مسلطون على أنفسهم» سلطنته على ما هو من شؤون نفسه وأعماله، فله الاذن في نشر مطالبه مجاناً ومع العوض.

و أما القرطاس والخطوط فهي مملوكة للطابع ملكية إعتبارية، والمؤلف أجنبي عنهما.

و يمكن أن يقال: إن المؤلف يصير مالكا لمالية مطالب الكتاب لا نفس الخطوط والنقوش، و تكون ملكيته لها نظير ملكية الزوجة بالارث مالية الأبنية، إذ لا ترث من نفس البناء، بل ترث من قيمة الأبنية.

و عليه فالمراد بما تداول كتبه من «أن حق الطبع محفوظ للمؤلف» إن كان حق النشر فلا بأس به. وإن كان غيره فلا بد من النظر فيه. و أما إذا كتب هذه الجملة غير المؤلف فلا أثر له.

الرابع^(١): إذا تلف المبيع،

٤ - ضمان المثلي بالمثل

(١) بعد أن ثبت في المبحث الأول ضمان المشتري لما أخذه بالبيع الفاسد، فتلف - وأنه يجب عليه ردُّ بدله إلى البائع - يقع الكلام في خصوصية هذا البدل المضمون، وأنه هل يكفي ردُّ ما يشاركه في النوع وهو ما ليته المتحققة في ضمن مطلق الأموال من النقود و السلع المختلفة؟ أم لابد من رعاية خصوصيته الصنفية بدفع ما يكون أقرب إلى التالف مما يشترك معه في الصفات الدخيلة في الرغبات، و يلزم حينئذٍ البحث عن ضمان التالف المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة. وهو بحث مبسوط لما فيه من الفروع التي تعرض المصنّف ^{في} لجملة منها، فعقد هذا الأمر الرابع المتضمن لمقامات ثلاثة:

أولها: تعريف المثلي.

ثانيها: دليل إعتبار ضمان المثلي بمثله، وهي وجوه ثلاثة، الاجماع المتضافر نقله، و الاطلاق المقامي، و آية الاعتداء بالمثل. وإن كان مفاد هذه الوجوه مختلفاً كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

ثالثها: حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً، وأنه يتخير الضامن بين دفع المثل أو القيمة، أو أنه يتخير المالك بين مطالبة ما شاء منها، و غير ذلك مما سيأتي بالتفصيل.

ثم إن الداعي لمعرفة مفهوم المثلي هو وقوع هذا العنوان في دليلين:

فإن كان مثلياً وَجَبَ مثله^(١) بلا خلاف^(٢)، إلا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي.

أحدهما: الاجماع على ضمان المثلي بمثله، و عدم أجزاء أداء قيمته مع إمكان المثل.

و ثانيهما: الآية الشريفة المجوزة للإعتداء بالمثل. فيلزم حينئذ تمييز موضوع الحكم ليرتب عليه آثاره، و لأجله قدّم المصنّف رحمه الله البحث الموضوعي، هذا.

(١) هذا هو الدليل الأول على أن المثلي يضمن بالمثل. و نقل الاجماع تمهيد للبحث المبسوط عن تعريف المثلي.

(٢) هذا العنوان مقابل لما سيأتي في الأمر السابع في حكم ضمان القيمي: «لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة» ... ثم قال: «فقد حكي الخلاف في ذلك عن الاسكافي».

و العبارة المنقولة عن ابن الجنيّد هي: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه»^(١). فإن كان مراده بالمضمون ما هو أعم من المثلي و القيمي كان معناه مخالفة ابن الجنيّد في ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة، لحكمه بضمان القيمة مطلقاً إلا مع رضا المالك بالمثل. فيتجه حينئذ ما نسبته المصنّف إليه هنا و في الأمر السابع من أن المخالف لضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة هو أبو علي الاسكافي.

و إن كان مراده بالمضمون خصوص القيمي - كما احتمله جماعة منهم الشهيد رحمه الله بقوله: «و لعله يريد القيمي» - فما نسبته إليه هنا من قوله: «عدا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي» لا يخلو من غموض، لكون مصبّ كلام الاسكافي خصوص المضمون القيمي، و لا تعرّض فيه للمثلي أصلاً، حتى يكون مخالفاً لاجماع أصحابنا على ضمان المثلي بالمثل (*).

(*) و احتمل قوياً السيد المحقق الخوئي رحمه الله وقوع السقط في عبارة المتن، فكأنه قال: «إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وَجَبَ مثله، و إن كان قيمياً وجبت قيمته، بلا خلاف

وقد اختلف^(١) كلمات أصحابنا في تعريف المثلي. فالشيخ^(٢) وابن زهرة^(٣) وابن إدريس^(٤) والمحقق^(٥) وتلميذه والعلامة^(٦) وغيرهم^(٧) «قدس الله أسرارهم»

- (١) هذا شروع في تحقيق معنى المثلي، وقد إقتصر في أول كلامه على تعريف المشهور و حام حوله، و نقل بعد الفراغ منه تعاريف أخر.
- (٢) نقلنا عبارة المبسوط في (ص ٢٦) فراجع، و من جملتها قوله: «فأله مثل ما تساوت أجزاؤه. و معناه: تساوت قيمة أجزائه ... الخ».
- (٣) قال السيد الفقيه العاملي بعد عدّ كتب الجماعة المصّرّح بأسمائها في المتن: «والمهذب البارع و المقتصر و التنقيح، وفيه و في المسالك و الكفاية: أنّه المشهور»^(٦).

في ذلك بين الأصحاب، إلّا عن الاسكافي، فإنّه حكم بضمان المثل في القيمي أيضاً^(٧). و هذا التوجيه منوط بظهور كلام الاسكافي في الاحتمال الثاني، و هو إرادة القيمي. و أمّا بناءً على إطلاق كلامه فلا نقص في عبارة المتن، لاقتصار المصنّف في هذا الأمر الرابع على بيان حكم المثلي، و في الأمر السابع على ضمان القيمي، و لا مانع من كون الاسكافي مخالفاً في المسألتين، هذا.

«١» المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٥٩ و ٦٠؛ و نحوه في الخلاف، ج ٢، ص ١٠٣، المسألة ٢٩ كتاب الغصب.

«٢» غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٥٣٧

«٣» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٨٠

«٤» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٣٩؛ و تلميذه هو الفاضل الآبي في شرحه على المختصر النافع، لاحظ كشف الرموز، ج ٢، ص ٣٨٢

«٥» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣، السطر ١٠؛ قواعد الأحكام (الطبعة المجرية) ص ٧٩؛ تحرير الاحكام، ج ٢، ص ١٣٩

«٦» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ١٤١

«٧» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٤٥ و ١٤٦

ـ بل المشهور على ما حُكي^(١) - «أنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة».
و المراد^(٢) بأجزائه ما يصدق عليه

(١) قال الشهيد الثاني رحمته الله: «و المشهور بين الأصحاب ما ذكره المصنّف من أنّ المثلي ما يتساوى قيمة أجزائه، أي: أجزاء النوع الواحد منه ...»^(١). و الحاكي عنه هو السيّد الفقيه العاملي رحمته الله كما عرفت آنفاً.

(٢) غرضه رحمته الله توجيه تعريف المشهور للمثلي - بحيث يسلم عن بعض ما يرد عليه - ببيان المراد من الأجزاء، و توضيحه: أنّ الجزء يقابل الكلّ، كما أنّ الجزئيّ يقابل الكلّيّ، فالجزء يطلق على أبعاد المركّبات كالرأس و الرقبة و اليد بالنسبة إلى كل فردٍ من أفراد الانسان، و من المعلوم عدم صدق الكلّ - كزيد - على أجزائه، فلا يقال: إنّ يده إنسان. و هذا بخلاف الجزئيّ، لصحّة حمل الكلّيّ على أفرادهِ، فيقال: زيد إنسان.

و على هذا، يرد على تعريف المشهور للمثلي ما حكاه الشهيد الثاني رحمته الله بقوله: «و اعترض بأنّه إن أريد بالأجزاء كلّ ما تركّب عنه الشيء، فيلزم أن لا تكون الحبوب مثليّة، لأنّها تركّب من القشور و الألباب. و القشر مع اللّب مختلفان في القيمة. و كذا التمر و الزبيب، لما فيها من النوى و العجم. و إن أريد بالأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لا تكون الدراهم و الدينار مثليّة، لما يقع في الصّحاح من الاختلاف في الوزن، و في الاستدارة و الاعوجاج، و في وضوح السكّة و خفائها، و ذلك ممّا يؤثّر في القيمة»^(٢).

و حاصل الشّق الأوّل من الاعتراض هو: أنّ المشهور حكموا بكون الحنطة و الشعير مثليّين، مع أنّ التعريف غير صادق عليهما، إذ الصبرة من الحنطة تحتوي على حبّاتٍ مشتملة على ألباب و قشور، و من الواضح عدم مساواتهما في القيمة، فالحقّة من اللباب إذا قوّمت بدينار مثلاً كانت الحقّة من القشور درهماً لا خمسة دراهم، مع مساواتهما في المقدار من وزنٍ أو كيلٍ.

إسم الحقيقة^(١).

و المراد^(٢) بتساويهما من حيث القيمة تساويهما بالنسبة، بمعنى^(٣) كون قيمة كلٍّ بعضٍ بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث

و لأجل دفع هذا الاعتراض وجّه المصنّف تعريف المثلّي بأن المراد بـ«الأجزاء» هنا هو الأفراد و الجزئيات التي تصدق عليها طبيعة واحدة، كالحنطة الصادقة على كل حبة من حباتها.

فلخص هذا التعريف: أن المثلّي هو «ما يكون أفرادُه متساوية قدرًا و قيمةً» فالحنطة من المثلّيات، لأنّ فردين منها متساويان في المقدار و القيمة كالمئتين منها مثلاً، فإنّ كل واحد من المئتين يسوى خمسة دراهم مثلاً. فالمثلّي على هذا هو الكلّي الذي تكون أفرادُه المتساوية في المقدار متساوية في المالّة أيضاً.

و أمّا بناءً على إرادة ظاهر لفظ «الأجزاء» فموضوع المثلّية هو الفرد، و مثلّيته بلحاظ تساوي أجزائه معه. و موضوع المثلّية بناءً على خلاف ظاهر الأجزاء هو الكلّي الذي تتساوى أفرادُه و متصاديقه في القيمة، ولا يرد إشكال حينئذٍ.

(١) كمن من الحنطة - مثلاً - بالنسبة إلى من آخر منها، فيصدق حقيقة الحنطة على كلا المئتين، مع تساويهما قيمةً.

(٢) هذا مترتب على توجيه التعريف بإرادة الجزئيات من «الأجزاء» فالمثلّي هو ما تتساوى قيم أفرادُه، فإذا كان المن من الحنطة عشرة دراهم كان نصف المن منها خمسة دراهم، و رُبعه درهمن و نصف، و هكذا. و لا يكون العبرة بقيمة اللباب و القشور حتى يقال بكون قيمة اللب أضعاف قيمة القشر. مع وضوح عدم صدق عنوان «الحنطة» على القشر الذي هو بعض المركّب، بل لا بدّ من إضافته إليها فيقال: قشر الحنطة. و هذا بخلاف إرادة الأفراد، فإنّ كل مقدار منها كالمئ و الحقّة و الأوقية مصداق حقيقي لطبيعي الحنطة كما لا يخفى.

(٣) هذا معنى التساوي في القيمة، و قد عرفته آنفاً.

المقدار، و لذا^(١) قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوي قيمةً فنصفه يستوي نصف تلك القيمة. و من هنا^(٢) رجَّح الشهيد الثاني كونَ المصوغ من النقدين قيمياً قال: «إذ لو انفصلت نقصت قيمتها» (*).

(١) يعني: و لأجل تساوي الأفراد قيمةً و مقداراً قيل في توضيح التساوي ... الخ، و القائل هو السيّدان الطباطبائي و العاملي رحمهما: «و المراد بتساوي قيمة أجزائه تساوي قيمة أجزاء النوع كالحبوب و الأدهان، فإنَّ المقدار من النوع الواحد يساوي مثله في القيمة، و نصفه يساوي بنصف قيمة»^(١).

(٢) أي: و ممّا قيل في توضيح التساوي - المأخوذ في تعريف المثلي - رجَّح ثاني الشهيدين رحمهما كونَ المصوغ من النقدين قيمياً، لأنّه لو انفصل نقصت قيمته، فبعد الانفصال لا يساوي قيمة نصفه الفعلي نصف قيمة المجموع قبل الانفصال، فقيمة نصفه بعد الانفصال خمسة دنانير مثلاً، مع أنّ قيمته قبل الانفصال كانت سبعة دنانير مثلاً.

قال في الاشكال على ما أفاده المحقق رحمهما من قوله: «ولو كان في المصوب صنعة لها قيمة غالباً كان على الغاصب مثل الأصل و قيمة الصنعة» ما لفظه: «و هذا - أي لزوم الرّبا من دفع قيمة الصنعة - أقوى، فضمانها بالقيمة أظهر. مع أنّا نمنع من بقائه - أي المصنوع من النقدين - مثلياً بعد الصنعة، لأنَّ أجزاءه ليست متّفقة القيمة، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها متّصلة كما لا يخفى»^(٢).

(*) لا يخفى أنّ كلام الشهيد الثاني رحمهما مبني على كون موضوع المثلي هو الفرد، و مثليته ملحوظة بالنسبة إلى أبعاد الفرد، لا الكلّي بالنسبة إلى أفراد، كما هو مقتضى قول المصنّف: «و المراد بأجزائه ما يصدق عليه إسم الحقيقة» فتدبر في العبارة.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤١ رياض المسائل، ج ٢، ص ٣٠٢، السطر ٢٧

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٩١

قلت: وهذا^(١) يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً، إذ^(٢) لو إنكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع.
إلا أن يقال^(٣) (*): إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه، وهو الصحيح

(١) المشار إليه هو قوله: «إن المقدار منه إذا كان يساوي قيمة فنصفه يساوي قيمة نصفه» و غرض المصنف رحمه الله الأيراد على تعريف المشهور حتى بعد توجيه السيد العاملي رحمه الله، وحاصله: أنه بناءً على كون المناط في المثلي مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة كله يلزم خروج مسكوك النقدين - وهما الدرهم والدينار - عن ضابط المثلي وإندارجهما في القيمي، فإذا كان الدينار الصحيح يساوي عشرة دراهم لم يكن قيمة نصف الدينار خمسة دراهم، بل أقل، لأن السكة المنقوشة على الذهب دخيلة في قيمته، وليست المادة بخصوصها مدار ماله، فكيف جعل المشهور الدرهم والدينار مثليين مع عدم إنطباق التعريف عليهما؟

وبهذا ظهر أن الذهب والفضة لا يكونان مثليين. أما المصوغ من أحدهما فلما أفاده الشهيد الثاني رحمه الله من عدم مساواة قيمة نصفه لنصف قيمة تمامه، مثلاً إذا كانت قيمة سوار عشرة دنانير ووزنها مثقالين لم تكن قيمة مثقال من المكسور منه خمسة دنانير، بل هي أقل منها. وأما المسكوك منها فلما أفاده المصنف رحمه الله، لنفس التقريب. ولعله إقتبس المطلب من تعليل الشهيد الثاني رحمه الله «إذ لو انفصلت نقصت قيمته».

(٢) هذا تعليل ورود الاشكال على المشهور الذين جعلوا الدرهم مثلياً، مع أنهم إعتبروا مساواة قيمة النصف - مثلاً - لنصف قيمة المجموع.

(٣) غرضه رحمه الله توجيه عد المشهور الدرهم من المثليات، وتوضيحه: أن

(*) لكن على هذا يكون المصوغ من النقدين أيضاً مثلياً، كالخاتم، والسوار، والخلخال ونحوها، لتساوي أمثالها في القيمة كالدرهم الصحيح.

ثم إن هذا التوجيه غير وجيه، لأن معنى النقص هو ما ذكر في التوضيح من كون موضوع المثلية الفرد، والتوجيه مبني على كون موضوع المثلية هو الكلّي، وإرادة الأفراد من الأجزاء.

ولذا^(١) لا يُعدُّ الجريش مثلاً للحنطة، و لا الدقاقة مثلاً للأرز.
و من هنا^(٢) يظهر أنَّ كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد، بل كلَّ صنف من

«الدرهم» جنسٌ يشتمل على نوعين:

أحدهما: الصحيح، و هو الذي تكون سِكَته و هيئته محفوظة.
و ثانيهما: المكسور و المعيوب، كما إذا إنكسر نصفين أو أكثر، أو عابَ
بأنْ إنغحى نقشه المضروب عليه.
فإن كان موضوع مثليَّة الدرهم هو الجنس الصادق على السليم و المعيب
ينتقض تعريف المثلي، لأنَّ النصف المكسور من الدرهم لا يسوى قيمة نصف الدرهم
الصحيح، لزوال ماليَّة هيئته بالكسر، و صيرورة العبرة في ماليَّته بنفس المادَّة و هي
الفضة.

و إن كان موضوع المثليَّة خصوص النوع الصحيح لم ينتقض تعريف المثلي، إذ
لا ريب في أنَّ الدراهم الصَّحاح متساوية في الماليَّة، و ليست الدراهم المكسورة
مندرجة في النوع الصحيح حتى يقال بعدم مساواة أبعاضها. و الظاهر أنَّ مناط المثليَّة
عندهم هو النوع لا الجنس، و لذ لا يعدّون الجريش و الطحين مثلاً للحنطة، مع
إنطباق الجنس عليهما.

(١) يعني: و لكون المثليَّة ملحوظة بالنسبة إلى النوع - كما وجَّهه بقوله:
إلا أن يقال - لا يُعدُّ الجريش مثلاً للحنطة. و الجريش هو الحنطة المطحونة بطحنٍ
غير ناعم، بحيث تبقى قطعاً صفاراً. فالحنطة جنسٌ لها أنواع، منها الحبَّات
غير المطحونة، و منها: الجريش، و منها الطحين. فإذا إشتغلت الذمَّة بحقِّة حنطة
لم تفرغ بدفع حقِّة من نوع آخر كالجريش.

(٢) يعني: و من لحاظ المثليَّة بالنسبة إلى النوع - لا الجنس - يظهر أنَّ
المثليَّة ملحوظة في النوع بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع فقط، لا سائر أنواع
الجنس.

أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف^(١).
 فلا يرد^(٢) ما قيل من: «أنه إن أريد التساوي بالكليّة، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من مثلي إلا و أجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فإن قفيزاً من حنطة تساوي عشرة، و من أخرى تساوي عشرين. وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب و الأرض»^(٣) إنتهى.

(١) فالرّز في عصرنا له أنواع و أصناف عديدة ربّما يكون سعر النوع الجيّد ضعف سعر المتوسط أو الرديء. و هكذا الحنطة، و نحوها سائر السّلع.

(٢) هذا متفرّع على كون مناط المثليّة هو النوع و الصنف، دون مجرد ما يصدق عليه الحقيقة. و غرضه أنّ دفع ما أورده المحقّق الأردبيليّ رحمته على تعريف المشهور، و محصّله: أنّ تفسير المثليّ بـ «ما تساوت أجزاؤه» إمّا غير منطبق على شيء ممّا عدّ مثلياً، و إمّا غير مانع الصدق على الغير و هو القيميّ.

و بيانه: أنه إن أريد بالتساوي التساوي الكلّي و من جميع الجهات، فالظاهر عدم صدقه على شيء ممّا عدّ مثلياً، لاختلاف أجزاء كلّ مثلي في القيمة، فإن قفيزاً من حنطة يساوي عشرة، و من حنطة أخرى يساوي عشرين، مع أنّ الحنطة من أظهر أفراد المثليّ.

و إن أريد بالتساوي التساوي في الجملة أي التقارب في القيمة - في قبال الأشياء المختلفة قيمها بكثير، كالتفاوت بين سعر الحنطة و الشعير و الأرز مثلاً - لزم دخول جملة من القيميّات في التعريف، لتقارب قيم كثير من الحبوب و الأقشة و الثياب و نحوها، مع أنّهم جعلوها من القيميّ. و عليه فجعل ضابط المثليّ التساوي الكلّي غير سديد. هذا تقريب إشكال المحقّق الأردبيليّ رحمته ^(١).

(٣) هذه العبارة تختلف يسيراً مع ما في مجمع الفائدة، و كلامه رحمته متضمّن لشقّ ثالث للمنفصلة لم تذكر في المتن، و هي قوله: «و إن أريد مقداراً خاصاً فهو حوالة على المجهول».

و قد لوح هذا المورد^(١) في آخر كلامه إلى دفع إيرادها بما^(٢) ذكرنا من: أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل الأجزاء^(٣) و متساو في القيمة، لا بمعنى أن^(٤) جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة. فإذا كان المضمون

(١) و هو المحقق الأردبيلي رحمته، فإنه جعل مناط المثلية النوع أو الصنف، و دفع به الإيراد المتقدم في كلامه.

و لا يخفى أن تماثل الأفراد في النوع و الصنف غير مصرح به في مجمع الفائدة، لكن يستفاد منه ذلك. قال رحمته: «و الذي يقتضيه القواعد أنه - أي المثلي - لفظ بُني عليه أحكام بالاجماع، و كأنه بالكتاب أيضاً، مثل ما تقدم، و السنة أيضاً، و ليس له تفسير في الشرع، بل ما ذكر إصطلاح الفقهاء، و لهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن أن يُحال إلى العرف، إذ الظاهر أنه ليس بعينه مراداً، فإن المثل هو المتشابه و المساواة في الجملة. و هو موجود بين كل شيء ... فكل شيء يكون له مثل في العرف، و يقال له: إن هذا له مثل عرفاً، فيؤخذ ذلك ... و يؤيده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثلياً مثل الحنطة لا يؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ما تلف عرفاً ... الخ»^(١).

و مثل أيضاً بسنّ الجمل و الثوب و الفرس العتيق، حيث إن المضمون هو المماثل للتالف عرفاً. و هذا هو النوع أو الصنف في تعبير المصنف.

(٢) متعلق بـ «دفع» و المراد بالموصول قوله: «إلا أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه».

(٣) أي: متساوية الأفراد و متساوية في القيمة.

(٤) يعني: أن تماثل الأجزاء و تساويها قيمة ملحوظ بالنسبة إلى أبعاد الصنف الذي هو أخص من النوع، فالحنطة الحمراء و الصفراء نوعان، و لكل منهما أصناف كالحبات و الجريش و الطحين، فإذا كان المضمون حقة من الجريش الأحمر كان الواجب دفع هذا المقدار من هذا الجريش، لا دفع نفس الحنطة الحمراء

بعضاً من صنفٍ فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة^(١) و لا بعض من صنفٍ آخر^(٢).

لكن الانصاف^(٣)

و لا دقيقتها، و لا حنطة صفراء.

(١) لاختصاص وجوب دفع القيمة بما إذا كان التالف قيمياً، و المفروض كونه مثلياً كالحنطة.

(٢) لفرض أن مناط المثلية هو الصنف لا الجنس و لا النوع، فلو كان المضمون دقيقاً من الحنطة الحمراء لم تفرغ الذمة بدفع دقيق حنطة أخرى، لعدم تماثل الحنطتين كما عرفت.

فتحصل من كلام المصنف رحمه الله - وفقاً للمحقق الأردبيلي و غيره - وجه تعريف المشهور للمثلي بإرادة تساوي جزئيات الأصناف، هذا. و سيأتي عدم تمامية التعريف حتى بالنظر إلى هذا التوجيه.

(٣) أورد المصنف رحمه الله على تعريف المشهور بوجهين، الأول: أن جعل مدار المثلية هو الصنف مخالف لظاهر كلمات المشهور، لأنهم يطلقون المثلي على الجنس، لا الصنف. فقد عرفت تعريف المثلي في عبارة المبسوط و تنظيره له بالتصور و الأدهان و الحنطة و الشعير، و ظاهره أن كل ما يصدق عليه التمر فهو مثلي، مع كونه على عشرات الأصناف، و هكذا لكل من الحنطة و الشعير و الأدهان أقسام كثيرة. و يترتب على مثلية جنس واحد - بماله من الأصناف - كفاية دفع صنف في مقام تفريغ الذمة المشغولة بصنف آخر. مع أنه لا ينطبق تعريف المثلي على الأصناف، لعدم تساوي صنفٍ لجزئيات صنفٍ آخر قيمة.

و دعوى «توجيه إطلاق المثلي على جنس الحنطة بلحاظ تساوي أجزاء صنفٍ واحد قيمة، لا بلحاظ تساوي قيمة أفراد كل ما يصدق عليه الحنطة، فيتم تعريف المشهور حينئذٍ ممنوعة، لتوقفه على الاضمار في التعريف، بأن يقال: «المثلي

أنّ هذا^(١) خلاف ظاهر كلماتهم، فإنّهم يُطلقون المثليّ على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه^(٢). و إطلاق^(٣) المثليّ على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلّا^(٤) أنّ إنطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار^(٥) بعيد جداً. إلّا^(٦) أنّ يُهملوا خصوصيّات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها،

هو ما تساوت أجزاء كلّ صنف من أصنافه، و ما تساوت أجزاء كل نوع من أنواعه» و لا ريب في أنّ الاضمار و التقدير خلاف الأصل، و لا يصار إليه بلا قرينة. (١) أي: جعل مدار المثليّة على الصنف خلاف ظاهر كلماتهم، لأنّهم يُطلقون المثليّ على الجنس لا الصنف.

(٢) أي: على الجنس، إذ المفروض صدق التعريف أي تماثل الأجزاء - أي الأفراد - على أفراد الصنف، لا أفراد الجنس. فجعل جنس الحنطة من المثليّات لا وجه له.

(٣) مبتدأ خبره جملة «وإن لم يكن بعيداً» و قد أوضحناه بقولنا: «و دعوى توجيه ... الخ».

(٤) هذا استدراك على قوله: «وإن لم يكن بعيداً» و هو جواب الدعوى، و قد عرفته أيضاً.

(٥) أي: باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف. وجه البُعد: لزوم المسامحة في التعريف، للاحتياج إلى الاضمار، بأن يقال: «ما يتساوى أجزاء أنواعه أو أصنافه» مع عدم البناء على المسامحة في التعاريف.

(٦) ظاهر العبارة أنّ غرضه توجيّه إنطباق التعريف المذكور على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه على نحو يسلم عن هذا البعد. لكنّه ليس كذلك، لأنّ هذا الاهمال يوجب كون الإطلاق بلحاظ نفس الجنس لا بلحاظ الأنواع والأصناف.

كما إلزمه بعضهم، غاية الأمر^(١) وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التألف^(٢) أو القرض، وهذا أبعد^(٣)، هذا.

ولكن الصحيح أن قوله: «إلا أن يُهملوا» معادل لقوله يُهْمَلُونَ: «باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه».

فالأولى في تأدية المطلب أن يقال: إن إطلاقهم المثل على الجنس إن كان باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه من باب توصيف الشيء بحال متعلقه، فهو وإن لم يكن بعيداً، إلا أن إنطباق التعريف المذكور عليه بهذا الاعتبار بعيد جداً.

وإن كان باعتبار إهمال الخصوصيات النوعية و الصنفية الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها و لحاظ جنس الشيء من حيث هو، فهو وإن كان يقرب معه إنطباق التعريف على الجنس بلا مسامحة ولا إحتياج إلى الاضمار، بأن يكون المعنى: ما يتساوى أجزاؤه في القيمة من حيث هو مع قطع النظر عن الأوصاف النوعية و الصنفية، وإن كانت تتفاوت فيها مع ملاحظتها.

لكن هذا الإهمال بنفسه أبعد، لأن مقتضى التعريف للمثلي حينئذ أنه لا يجب على الضامن إلا ما صدق عليه التعريف، فلا معنى لوجوب رعاية الخصوصيات عند الأداء، وإلا فلا فائدة في التعريف.

و بالجملة: الغرض من التعريف تشخيص ما يتحقق بدفعه فراغ الذمة عما إشتغلت به من مال الغير، و من المعلوم دخل القيمة الناشئة من الخصوصيات الصنفية في الضمان، فلا معنى لإهمال الخصوصيات.

(١) يعني: أنهم أهملوا خصوصية مساواة أفراد صنف لأفراد صنف آخر قيمة، ولكن لابد من رعاية خصوصية المضمون في مقام تفريغ الذمة. ففرق بين مقام تعريف المثلي و بين مقام الأداء.

(٢) يعني: في المقبوض بالعقد الفاسد، في قبال ضمان البذل بالقرض.

(٣) يعني: أن إهمال الخصوصيات في التعريف أبعد من الاضمار، لأن الغرض من تعريف المثلي تشخيص ما إشتغلت به ذمة الضامن، فلا وجه لوجوب رعاية

مضافاً إلى^(١): أنه يُشكل إطراد التعريف

الخصوصيات عند الأداء، إذ مقتضى مثلية كلي هو جواز إعطاء أي فرد منه أداءً لما في الذمة، من غير ملاحظة الخصوصيات.

(١) هذا هو الاشكال الثاني على تعريف المثلي بما في كلام المشهور من «أنه ما تساوت قيمة أجزائه» بناءً على إرادة تساوي أفراد الصنف. و حاصل الاشكال: أن التعريف إمّا غير جامع للأفراد على تقدير، وإمّا غير مانع للأغيار.

توضيحه: أن «تساوي أفراد الصنف الواحد قيمة» إن أريد به تساويها فيها بالدقة - بحيث لا يكون بينها تفاوت في القيمة أصلاً - لزم خروج أكثر المثليات عن التعريف، وذلك لأن أفراد الصنف الواحد من الأجناس المثلية وإن كانت متشابهة في جهات، لكنها تتفاوت في بعض الخصوصيات الدخيلة في مالية السلعة.

مثلاً إذا كان طن من الحنطة الحمراء مائة دينار - أي ما يساوي ألف درهم - لم تكن قيمة أوقية منها درهماً، بل قيمتها أزيد منه، لتفاوت المبيع جملةً لقيمته مفرداً، فلا يصدق تعريف المثلي بـ «ما تساوت قيمة أجزائه صنف واحد» على الحنطة، مع كونها من أظهر أفراد المثلي. وهكذا الحال في سائر السلع والأمتعة.

و إن أريد بتساوي الأفراد قيمةً تقارب قيم الجزئيات - لا تساويها - لم يكن التعريف مانعاً للأغيار، لصدق هذا المعنى على كثير من القيميات، فإن أفراد القيمي وإن لم تتساو في الصفات والخصوصيات، إلا أن أسعارها متقاربة، بل ربما تتساوى. مثلاً: الكتابة والفطانة ونحوهما من صفات الكمال دخيلة في قيمة الجارية التي لها أنواع كالرومية والزنجية والتركبة وغيرها، فيمكن أن تكون الجارية المضمونة رومية كاتبة، ولكن للضامن دفع جارية تركبة خدومة وفطنة تساوي تلك في القيمة، فيلزم صدق تعريف المثلي على الاماء، مع أنها من أظهر أفراد القيمي.

و على هذا فتعريف المثلي إمّا غير جامع للأفراد، وإمّا غير مانع للأغيار، فلا جدوى فيه، ولا بد من إلتباس تفسير آخر له.

- بناءً على هذا^(١) - بأنه إن أُريد تساوي الأجزاء من صنفٍ واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقلًا يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع، لأنَّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات^(٢) الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أُريد^(٣) تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة - و إن لم يتساو حقيقةً - تحقق ذلك في أكثر القيميات، فإنَّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، و بهذا الاعتبار^(٤) يصحُّ السَّلم فيها، و لذا^(٥) إختار العلامة في باب القرض من التذكرة [على ما حكى عنه] أنَّ ما يصح فيه

(١) أي: بناءً على إعتبار تساوي أفراد كلِّ صنفٍ من أصناف المشلي، لا تساوي أفراد الطبيعة.

(٢) و أقلَّ تلك الخصوصيات بيعها جملةً و بمقدارٍ كثير، و بيعها بمقدارٍ قليل كالحقَّة و الأوقية.

(٣) معطوف على قوله: «و إن أُريد تساوي الأجزاء من صنف واحد» و هذا إشارة إلى إشكال عدم مانعية التعريف عن الأغيار، و قد تقدّم بقولنا: «و إن أُريد بتساوي الأفراد قيمةً تقاربُ قيم الجزئيات ... الخ».

(٤) أي: باعتبار تحقق تقارب صفات أصناف الجارية، الموجبة لتساوي القيمة بمعنى التساوي العرفي المسامحي لا الحقيقي. و لأجل الاكتفاء بذلك المقدار في رفع الجهالة القادحة في صحة البيع يصح السَّلم فيها. فلو كانت متباعدة الصفات المانعة عن صدق التساوي العرفي - بحيث لم يكتف بذلك في رفع الغرر - لم يصحَّ السَّلم فيها من جهة الغرر.

(٥) أي: و لأجل تحقق التقارب - الموجب للتساوي العرفي في القيميات - إختار العلامة أنَّ القيميات التي يصح فيها السَّلم مضمونة في القرض بمثلها. فلو لم يتحقق التقارب فيها كيف يحكم بضمان بعضها بالمثل، و المراد منه الفرد الآخر

السَّلَم من القيمّات مضمون في القرض بمثله».

وقد عدَّ^(١) الشيخُ في المبسوط الرُّطْبَ و الفواكه من القيمّات، مع أن كلَّ نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربةٍ في القيمة، بل متساوية عرفاً.

المماثل للعين المقترضة المتقارب لها في الصفات، بل لابدّ من الحكم بضمان القيمة فيها مطلقاً، لعدم وجود المثل حينئذٍ.

ففي التذكرة: «مال القرض إن كان مثلياً وجب ردُّ مثله إجماعاً ... وإن لم يكن مثلياً، فإن كان ممّا ينضبط بالوصف - وهو ما يصحّ السلف فيه كالحیوان و الثياب - فالأقرب أنه يضمّنه بمثله من حيث الصورة ... وأمّا ما لا يضبط بالوصف كالجواهر و القسيّ و ما لا يجوز السلف فيه تثبت فيه قيمته»^(١).

وهذه العبارة تتكفل الكبرى، وهي الملازمة بين القرض و بيع السَّلَم، بإناطة كليهما بكون المال ممّا ينضبط بالوصف. و طبقَ هذه الكبرى في عبارة أخرى على الجارية، فقال: «الأموال إمّا من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، فالأوّل يجوز إقراضه إجماعاً. و أمّا الثاني فإن كان ممّا يجوز السَّلَم فيه جاز إقراضه أيضاً ... و هل يجوز إقراض الجوّاري؟ أمّا عندنا فنعم، و هو أحد قولي الشافعي، للأصل، و لأنّه يجوز إقراض العبيد، فكذا الجوّاري، و لأنّه يجوز السَّلَم فيها فجاز قرضها كالعبيد»^(٢).

و غرض المصنّف رحمه الله الاستشهاد به على تحقق تقارب أفراد القيميّ في القيمة، كتقارب أفراد المثليّ، فينتقض تعريف المثليّ بكثيرٍ من القيمّات.

(١) غرضه رحمه الله الاستشهاد ثانياً على تقارب قيمة القيمّات، فينتقض تعريف المثليّ بها، لاشتراكهما في تقارب أسعار أفرادها. قال شيخ الطائفة رحمه الله: «و إن غصب شجراً فأثمرت كالنخل و نحوها، فالثمار لصاحب الشجر ... و إن تلف رطباً فعليه قيمته، لأن كلَّ رطبٍ من الثمار كالرُّطْب و التُّفاح و العنب و نحوها إنّما تضمن بالقيمة.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥، السطر ٤ إلى ٩

«٢» المصدر، السطر ٢٧ إلى ٢٩

وإن كان رطباً فشمسه فعليه رده إن كان قائماً، ومثله إن كان تالفاً، لأن الثمر له مثل^(١).

ولا يخفى أنه ﷺ جعل الثمار كالتمر مثلياً على ما نقلناه عنه (في ص ٢٦) ويمكن حمله على ما فصله هنا بين الثمرة الرطبة والمجففة، فالرطبة قيمية، والمجففة مثلية. وتحقيق ما هو الحق من كلاميه موكول إلى محله.

وقد تحصل: أن المصنف ﷺ إعرض بوجهين على تعريف المثلي بما في كلام المشهور، وإستشهد بعبارتي التذكرة والمبسوط لاثبات الشق الثاني من الايراد الثاني، وهو إنتقاض التعريف بكثير مما عدوه قيمياً، لأن تقارب قيم أفراد الصنف جهة مشتركة بين المثلي والقيمي، كما عرفت.

فإن قلت: لا ينتقض تعريف المثلي بما ذكر من أفراد القيمي، وذلك لأن الأفراد المتقاربة أو المتساوية قيمة من كل صنف من أصناف المثلي كثيرة، كالحنطة والشعير، وأما تساوي سعر أفراد صنف من أصناف القيمي فنادر. فلو سلمنا دخول بعض القيميات في تعريف المثلي لم يقدح ذلك في إنطباق التعريف على المثليات، وعدم إنطباقه على غالب القيميات.

قلت: الغرض من التعريف تحديد ما تشتغل ذمة الضامن به، إما المثل أو القيمة، فيلزم تعريف كل منهما بما يجمع الأفراد ويمنع الأغيار، ومن المعلوم أن دخول بعض أفراد القيمي في تعريف المثلي قادح في التحديد، ومجرد قلة مورد النقض وندرته لا يوجب سلامة التعريف. لأن التعريف مبني على شرح الحقيقة، لا على ما هو الغالب خارجاً.

نعم يوجب عزة الوجود الفرق بين المثلي والقيمي في حكمة الحكم بضمان المثل في الأول، وضمان القيمة في الثاني، لا في تشخيص مصاديق أحدهما عن مصاديق الآخر الذي هو المطلوب هنا.

ثم^(١) لو فرض أنَّ الصَّنْفَ المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيميَّة عزيز الوجود - بخلاف الأنواع المثليَّة - لم يوجب^(٢) ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك^(٣) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثليِّ بالمثليِّ، والقيميِّ بالقيمة.

ثم إنَّه عُرِّفَ المثليُّ بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم، أو أخص. فعن التحرير: «أنَّه ما تماثلت أجزاؤه، و تقاربت صفاته^(٤)»^(١).

(١) هذا إشارة إلى دخلٍ يرد على قوله: «تحقق ذلك في أكثر القيميات» وأوضحناه بقولنا: «فان قلت» وهو - كما أفاده سيّدنا الاستاذ رحمته - من صاحب الجواهر رحمته حيث قال: «و لا يرد النقص بالشوب أو الأرض، الذي يمكن رفعه بعدم غلبة ذلك - أي التساوي أو التقارب قيمةً - فيهما. و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب إطاراد قواعد الشرع»^(٢).

(٢) هذا جواب الشرط في «لو فرض» وهو دفع الدخل المتقدم، وقد عرفته أيضاً.

(٣) أي: يوجب عزّة الوجود في تساوي أفراد كلّ صنف من أصناف القيميِّ - وكثرة تساوي أفراد كلّ صنف من المثليِّ - الفرق بين النوعين في الحكمة الداعية للحكم بضمان المثليِّ بمثله، والقيميِّ بقيمته. و من المعلوم خروج الجهات التعليلية عن موضوعات الأحكام، فالعبرة بما أخذ في لسان الدليل. وقد ثبت إنطباق تعريف المثليِّ على بعض القيميات، وهذا المقدار كافٍ في بطلان تعريف المشهور. هذا تمام الكلام فيما يتعلق بتفسير المثليِّ بما تساوت أجزاؤه في القيمة. وقد ظهر الاشكال فيه.

(٤) هذا التعريف مساوٍ لتعريف المشهور بناءً على توجيهه بتساوي أفراد الصنف لا الجنس، و أخصّ منه بناءً على ظاهره من تساويها في الحقيقة النوعية.

«١» تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٣٩

«٢» نهج الفقه، ص ١٣٨

و عن الدروس و الروضة البهية: «أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة^(١) المتقارب الصفات»^(٢).

و عن المسالك و الكفاية: «أنه أقرب التعريفات إلى السلامة»^(٣).

و عن غاية المراد: «ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية»^(٤)^(٥).

و عن بعض العامة «أنه ما قُدِّر بالكيل أو الوزن»^(٦)^(٧).

(١) قال المحقق القمي رحمته الله - في ما حكي عنه - : «و لعلَّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدَّرة، يعني المتساوي الأجزاء في القيمة و المنفعة. و يمكن أن يكون نظره في زيادة المنفعة إلى إخراج مثل المنطة و الحمص معاً إذا تساوى في القيمة، و قيل النوع الواحد في تعريف المشهور يكفي عن ذلك، و في زيادة تقارب الصفات إلى ملاحظة الأصناف كما ذكرنا».

و كيف كان فتعريف الدروس أخص من سابقه و لاحقه كما لا يخفى.

(٢) هذا أعم، و هو قريب من تعريف المشهور بناءً على إرادة التساوي في الحقيقة، لا في النوع و الصنف. و أمّا بناءً على توجيهه بالتساوي في قيمة أفراد الصنف كان تعريف الشهيد رحمته الله أعم، كأعميته من تعريف الدروس و الروضة.

(٣) هذا أيضاً أعم من تعريف مشهور الخاصّة، لأن كثيراً من القيمات لا تُباع جزافاً، بل لابدّ من تقديرها بكيل أو وزن كالفواكه الرطبة، و الحبوب، و المعاجين. و لا يخفى أنّ التعاريف الثلاثة المنقولة عن العامة مشتركة في ضبط المثليّ بالمكيل و الموزون، و يكون اختلافها بالاطلاق و التقييد، فهذا التعريف مطلق، و يشتمل التعريف الثاني و الثالث على قيد زائد.

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣: الروضة البهية، ج ٧، ص ٣٦

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٣: كفاية الأحكام، ص ٢٥٧

«٣» غاية المراد، ص ١٣٥

«٤» روضة الطالب، ج ٤، ص ١٠٨

و عن آخر منهم: «زيادة جواز بيعه سَلماً»^(١).

و عن ثالثٍ منهم: «زيادة جواز بيع بعضه ببعض»^(٢). إلى غير ذلك مما حكاها في التذكرة^(٣) عن العامة (*).

(١) فيصير أخص من تعريف المثلي بـ «مطلق ما يقدر كُتُه بالكيل أو الوزن» لتوقف بيع السلم على إمكان ضبط المبيع بالوصف. فما يعتبر فيه المشاهدة كالجلود لا تباع سَلماً.

(٢) كجواز بيع الحنطة بمثلها كيلاً أو وزناً، و التمر بمثله، و هكذا. فيندرج فيه كل مكيل أو موزون جاز بيعه ببعض آخر من جنسه، و هو صادق على جملة من القيمات.

(٣) قال فيها - بعد حكاية تعريف شيخ الطائفة و التعاريف الثلاثة عن العامة - : «و قال بعضهم: المثليات هي التي تقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم... و قال آخرون: المثلي ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة... و يقرب منه قول من قال: المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة و في معظم المنافع، أو ما يتساوى أجزاؤه في المنفعة و القيمة. و زاد بعضهم: من حيث الذات لا من حيث الصفة... الخ»^(١) مما لا جدوى في نقله، فراجع.

(*) و في حاشية المحقق الايرواني رحمته على المتن: «و الأحسن أن يعرف المثلي بما تشابهت أفراده و جزئياته في الصورة و الصفات، اللازم منه التساوي في الرغبات، اللازم منه التساوي في المائلة. و على هذا فجنس الحنطة المختلف الأنواع و الأصناف اختلافاً فاحشاً إن لم يكن مثلياً صادقاً عليه التعريف، فأصنافه النازلة مثلية ألبتة»^(٢). و يمكن أن يقال: إن تفرغ ما في الذمة مقام، و تعريف المثلي و تمييز كون شيء

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٨١

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٧

مثلياً عن كونه قيماً مقام آخر، لأنّ تفريغ الذمة إنّما يحصل بأداء ما إشتغلت به من الجهات الكلية والشخصية الدخيلة في المالية. فالمثلية إنّما تكون بلحاظ الجامع الذي له أفراد كثيرة متماثلة في الصفات التي تختلف بها الرغبات. فكلّ كلّيّ تكثر أفراد المتماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات الدخيلة في إختلاف المالية يكون مثلياً، والقيمي بخلافه.

و على هذا فمنتجات المعامل الحديثة من الفروش و الظروف و غيرها مما يغلب إتفاقها في الصفات المختلفة بها الرغبات كلّها مثلية، لتساويها في المقدار و الهيئة. و عليه فالذهب و الفضة المسكوكان و كذا غير المسكوكين - إذا لم يكونا مصوغين - من المثليات. و أمّا المصوغان فهما من القيمي، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات، و إختلاف المالية. و كذا الحال في الحديد و النحاس.

و قيل في ضابط المثلي و القيمي: إنّ مالية الأموال تارة تكون باعتبار الجامع و الجهات الكلية من دون لحاظ الشخصيات الفردية كالحنطة، فإنّ ماليتها إنّما تكون بالحنطية، و الحمرة و الصفرة و غيرها من الجهات الكلية نظير كتابة زيد لانسانيته. و أخرى تكون بلحاظ الجهات الشخصية و الخصوصيات الفردية. فالأول هو المثلي، و الثاني هو القيمي.

و على هذا فالمثلي هو الكلي الذي تكون مالية أفراد الجهات الكلية الجنسية أو النوعية أو الصنفية، بحيث لا دخل للخصوصيات الشخصية في ماليتها.

و لعلّه يرجع إلى هذا التعريف ما أفاده المحقق الخراساني في قوله: «فالأولى تعريفه بما كثر أفراده التي لا تفاوت فيها بحسب الصفات المختلفة بحسب الرغبات»^(١). و القيمي بخلافه كالفرس، فإنّ مناط ماليتها هي الجهات الشخصية.

ثم^١ لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية ولا متشرعية. وليس

(١) هذا تنمّة البحث عن معنى المثلي، و تمهيد لبيان حكم الشك في كون المضمون مثلياً أو قيميّاً. و توضيحه: أن تعرّض الفقهاء لتفسير المثلي و القيمي منوط بوقوع لفظها موضوعاً لحكم شرعيّ في لسان الدليل، كموضوعيّة «الصعيد» لجواز التيمّم به، و موضوعيّة «المفازة و الوطن و الغناء» لأحكام أخرى، فلو لم يتعلّق به حكم لم يكن شأن الفقيه تحقيق معنى اللفظ. هذا بحسب الكبرى.

و أمّا بحسب الصغرى فلم يرد لفظ «المثلي» في نصوص الضمان حتى يبحث عن مفهومه. فالداعي لبيان معناه هو الاجماع على ضمان المثلي بالمثل، فيلزم حينئذٍ تعريفه لتمييز المضمون، و أنّه مثلي أو قيمي.

و على هذا نقول: إمّا أن يكون «المثلي» بمعناه اللغوي و هو المائل و «الشبيه»^١ و إمّا أن يكون منقولاً عن اللغة إلى معنى آخر شرعياً أو متشرعياً، كنقل ألفاظ الصلاة و الزكاة و الحجّ و نحوها عن معانيها اللغويّة إلى ما ينسب إلى أذهان المتشرّعة. و إمّا أن يكون بمعناه العرفي، وهو أعمّ من اللغوي. هذا بحسب الثبوت.

فما تُنتجها المعامل الحديثة يكون مثلياً، لأنّ ماليّته بجهاته الكلّية، مثل كون الظرف المُنتج فيها من القسم الكذائي. و كذا الذهب و الفضة المسكوكان و غير المسكوكين قبل الصياغة. و أمّا بعدها فإن كانت مصنوعة في المعامل فهي مثليّة أيضاً، لتساوي أفراد كلّ صنف منها في الوزن و عيار الذهب. و إن كانت مصوّغة باليد كانت قيمية، لاختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات و اختلاف المايّة. و إن أمكن جعلها مثليّة أيضاً، لامكان صوغ أسورة عديدة متساوية وزناً و قدراً. هذا كلّّه إذا أحرز كون المضمون مثلياً أو قيميّاً. و أمّا إذا شكّ فيه، فسيأتي البحث عنه في آخر هذا الأمر الرابع إن شاء الله تعالى.

المراد معناه اللغوي، إذ^(١) المراد بالمثل لغةً المائل (*). فإن أُريد من جميع الجهات فغير منعكس^(٢)، و إن أُريد من بعضها فغير مطرد^(٣). و ليس^(٤) في النصوص

و أما بحسب مقام الاثبات فلا يراد منه المعنى اللغوي و هو المائل، لما تقدّم من الاشكال الثاني على تعريف المشهور، حيث إنّه غير جامع لأفراد المثليّ لو أُريد التماثل من جميع الجهات، و غير مانع عن دخول بعض القيميّات فيه لو أُريد التماثل من بعض الجهات.

و أما المعنى الثاني - و هو نقله إلى إصطلاح شرعيّ أو متشرعيّ - ففيه: أنّه لا حقيقة شرعيّة و لا متشرعيّة في مثله.

فيتعيّن إرادة معناه العرفي بأن يقال: إنّ الفقهاء بصدد بيان مفهومه عرفاً. نعم إختلف المجمعون في مثليّة جملة من الأشياء، و القاعدة تقتضي الحكم بضمان المثليّ بمثله إذا كانت مثليّة متفقاً عليها، و الرجوع في الأمور المختلف فيها إلى وجه آخر سيأتي بيانه.

(١) تعليل لعدم إرادة معنى «المثل» لغةً في مبحث الضمان.

(٢) يعني: فغير منطقيّ على أفراد المعرف، بمعنى عدم كونه جامعاً لأفراده.

(٣) أي: غير مانع عن دخول أفراد القيميّ في التعريف.

(٤) هذا إشارة إلى الكبرى المتقدّمة بقولنا: «و توضيحه: أنّ تعرّض الفقهاء ... إلخ»

(*) هذا خلط بين المثل الذي هو مباين للمال التالف، و بين المثليّ الذي هو كليّ ينطبق عليه و يصحّ حمله عليه بالحمل الشائع، و كلامنا في الثاني الذي عُرّف بتعاريف. و المثل بالمعنى الأوّل موضوع لأداء ما في الذمّة، لصدق الأداء الراجع للضمان عليه، لكونه الفرد المماثل للتالف من جميع الجهات الدخيلة في ماليّة التالف. و لم يتصدّ أحدٌ لتعريفه و إن تصدّوا لتعريف المثليّ الذي هو الكليّ. و الاشكالات الطردية و العكسية واردة على تعريف المثليّ، لا تعريف الفرد المماثل للتالف.

حكم يتعلّق بهذا العنوان حتى يبحث عنه.

نعم^(١) وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على «أنّ المثليّ يضمن بالمثل وغيره بالقيمة» و من المعلوم أنّه لا يجوز الاتّكال في تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين^(٢). و حينئذٍ^(٣) فينبغي أن يقال: كلّما كان مثلياً باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للاجماع (*). و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين. فإنّ صريح الشيخ في المبسوط كونها من القيميّات^(٤).

و كان المناسب تقديم الوجه الداعي لهذا البحث المفصل عن معنى المثليّ.

(١) إستدراك على ما يفهم من قوله: «و ليس في النصوص ...» يعني: أنّه وإن لم يرد لفظ المثليّ في الأخبار، لكنّه ورد في دليل تعبديّ آخر و هو الاجماع.
(٢) سيأتي في المتن ذكر بعض موارد إختلاف الفقهاء في المثليّة و القيمة، مع إتفاقهم على أصل الحكم و هو ضمان المثليّ بالمثل.
(٣) أي: و حين عدم جواز الاتّكال - في تشخيص صغريات المثليّ - على قول بعض المجمعين فينبغي أن يقال ... الخ. و قد ذكر المصنّف من موارد المختلف في مثليّتها و قيميّتها أموراً أربعة ستأتي في المتن.

(٤) قال ﷺ فيه: «و أمّا إذا كان - أي التالف - من جنس الأثمان لم يخلُ من أحد أمرين، إمّا أن يكون ممّا فيه صنعة، أو لا صنعة فيه، فإن كان ممّا لا صنعة فيه - و هو

(*) ظاهر هذه العبارة و قوله: «و حينئذٍ فينبغي أن يقال ... الخ» أنّ مثليّة بعض الأموال و قيمية الآخر تعبدية، فلا بدّ من الرجوع إلى الدليل الشرعيّ في تعيينه و هو الاجماع بالنسبة إلى بعض الموارد. و الظاهر أنّه ليس كذلك، لأنّ المثليّة و القيمة من الموضوعات العرفيّة التي يرجع فيها إلى العرف، فإتفاق المجمعين في بعض الموارد، و إختلافهم في الآخر إنّما هو من حيث كونهم من أهل العرف، لا من حيث إنّهم من أهل الشرع. هذا ما قيل، فتأمل فيه.

و ظاهر غيره^(١) كونها مثليتين. وكذا الحديد و النحاس و الرصاص، فإنّ ظواهر عبارة المبسوط^(٢) و الغنية و السرائر كونها قيمية. و عبارة التحرير^(٣) صريحة في كون أصولها مثلية، و إن كان المصوغ منها قيمياً.

الثقرة - فعليه قيمة ما أتلّف من غالب نقد البلد ... فأما إذا كان فيها صنعة، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يكون إستعمالها مباحاً أو محظوراً. فإن كان إستعمالها مباحاً كحليّ النساء و حليّ الرجال مثل الخواتيم و المنطقة ... فإن كان غالب نقد البلد من غير جنسها قوّمت به ... الخ^(٤). و المستفاد منه تقويم الذهب و الفضة بنقد البلد، سواء كانا سبيكتين، أم مصوغتين.

(١) كإبن إدريس و المحقّق و العلامة و فخرالدين و الشهيد و المحقّق الثاني، على ما حكاه عنهم السيد الفقيه العاملي رحمته الله، ذكر ذلك شارحاً لقول العلامة: «و الذهب و الفضة يضمنان بالمثل، لا بنقد البلد»^(٥).

(٢) قال فيه: «فإن كان - أي التالف - من غير جنسها - أي جنس الأثمان - كالثياب و الخشب و الحديد و الرصاص و النحاس و العقار و نحو ذلك من الأواني كالصّحاف و غيرها فكلّ هذا و ما في معناه مضمون بالقيمة»^(٦).

و في التذكرة أيضاً، حيث قال بعد ذكر عديد من الأشياء: «و الأظهر عندهم أنّها بأجمعها مثلية»^(٧). و كلامه رحمته الله ناظر إلى أصولها - كما نسبّه المصنّف إليه في التحرير - لا المصنوع منها.

(١) تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٣٩

(٢) المبسوط، ج ٣، ص ٦٠ و ٦١

(٣) مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٨؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٤

(٤) المبسوط، ج ٣، ص ٦٠؛ غنية النزوع، ص ٥٣٧، السطر ١٣؛ السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٨٠

(٥) تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨١، السطر ٣١

وقد صرح الشيخ^(١) في المبسوط^(٢) «بكون الرطب و العنب قيمياً، و التمر و الزبيب مثلياً».

و قال في محكي المختلف: «إن^(٣) في الفرق إشكالاً» بل^(٤) صرح بعض من قارب عصرنا^(٥) «بكون الرطب و العنب مثليين».

و قد حكى^(٦) عن موضع من جامع المقاصد: «أن الثوب مثلي» والمشهور خلافه.

و أيضاً^(٧) فقد مثلوا للمثلي بالحنطة و الشعير. و لم يعلم أن المراد نوعهما

(١) تقدّم نقل كلامه آنفاً، فراجع. و هذا ثالث موارد الاختلاف.

(٢) قال بعد نقل كلام الشيخ رحمه الله: «و في الفرق إشكال»^(٣).

(٣) الوجه في الاضراب هو: أن العلامة لم يجزم بمثلية الرطب و العنب، و إنما إستشكل في الفرق بين العنب و الزبيب بجعل العنب قيمياً و الزبيب مثلياً. و أمّا المحقق القمي رحمه الله فلم يتردد في مثلية الرطب و العنب، فيكون مخالفاً لشيخ الطائفة رحمه الله.

(٤) هذا مورد رابع مما اختلفوا في كونه مثلياً أو قيمياً، قال المحقق الثاني رحمه الله بعد نقل تعريف المبسوط: «و نقض بالثوب و نحوه، فإن قيمة أجزائه متساوية، و ليس بمثلي»^(٤). و لم يظهر أن النقض بالثوب منه أو من غيره من الفقهاء.

(٥) لم يختلفوا في كون الحنطة و الشعير مثليين، ففرض المصنف رحمه الله أنها و إن كانا متيقنين من المثليات، إلا أنه لم يظهر منهم أن المثلية هل هي ملحوظة بالنسبة إلى أفراد طبيعة نوعيّة كالحنطة مثلاً، فأنواعها و أصنافها أفراد الكلي المثلي؟ أم أنها

«١» المبسوط، ج ٣، ص ٦٠ و ٩٩ و ١٠٠

«٢» هو المحقق القمي في جامع الشتات، ج ٢، ص ٥٤٣ و ٥٤٤

«٣» مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٣٥

«٤» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٤٣ و ٢٤٤، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦،

أو كلِّ صنفٍ^(١)، و ما المعيار في الصنف؟ وكذا التمر.
و الحاصل: أنَّ موارد عدم تحقُّق الاجماع على المثليَّة فيها كثيرة^(٢)، فلا بدَّ^(٣)

ملحوظة بالنسبة إلى الأصناف، فكلُّ صنف مثليٌّ بالنسبة إلى خصوص جزئياته،
لا بالنسبة إلى سائر الأصناف. و هل المراد بتساوي الأجزاء في القيمة تساويها من
جميع الجهات أو من بعضها؟

(١) حيث إنَّ للتمر عشرات الأصناف، فهل مناط مثليَّته صدقُ الحقيقة، أم النوع.
(٢) كالأراضي، فقد اختلفوا في ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيميّاً

(٣) هذا شروع في المقام الثالث ممَّا تعرَّض له في الأمر الرابع، و هو حكم الشك
في كون التالف مثليّاً أو قيميّاً. و كان المناسب بيان الأدلة على أصل اعتبار المثل، ثم
التعرض لحكم الشك. و قد إقتصر^١ على نقل إجماعهم على الحكم، و آخرَ الوجهين
الآخرين.

و كيف كان ففي تردُّد المضمون بين المثليّ و القيميّ وجوه أربعة:

أولها: الضمان بالمثل معيّنًا.

ثانيها: الضمان بالقيمة كذلك.

ثالثها: تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

رابعها: تخيير المالك بينهما.

و اضطربت كلمات المصنّف^٢ في حكم المسألة، فرجَّح أولاً تخيير الضامن بين
دفع المثل و القيمة، ثم تخيير المالك لو كان تخيير الضامن مخالفاً للاجماع. ثم قوَّى تخيير
المالك من أوّل الأمر. ثم عاد إلى تقوية تخيير الضامن، و في آخر البحث ذهب إلى
إقتضاء أدلة الضمان ثبوت المثل في العهدة، لكونه أقرب إلى التالف، و سيأتي بيانها
بالترتيب إن شاء الله تعالى.

من ملاحظة أن الأصل^(١) الذي يُرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟
و لا يبعد أن يقال^(٢): إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة^(٣) براءة ذمته

(١) ظاهره هو الأصل العملي من البراءة أو الاشتغال، لكن المراد به أعم منه ومن الأصل اللفظي، لما سيأتي من الاستدلال بحديث «على اليد» على تخيير المالك.
(٢) أشرنا آنفاً إلى أن المصنّف رحمه الله رجّح بدو تخيير الضامن في مقام تفريغ ذمته بين أداء المثل و القيمة، و هو مبني على أمرين:

أحدهما: جريان أصالة البراءة عن ضمانه بأمر زائد على ما يختاره.
ثانيهما: الاجماع - بل الضرورة - على عدم وجوب الجمع بين المثل و القيمة.
أما الأول فتوضيحه: أن الضامن يعلم باشتغال ذمته بما تلف عنده من مال الغير، ولكنه - عند الشك في كون التالف مثلياً و قيمياً - إذا أدّى أحدهما إلى المالك يشك في إشتغال عهده بأمر زائد على ما أدّاه، و من المعلوم جريان أصالة البراءة النافية لضمانه بشيء آخر. فإن دفع المثل نفى ضمانه بالقيمة بالأصل. و إن دفع القيمة نفى به ضمانه بالمثل.

هذا بناء على ما حُقّق في الأصول من جريان الأصل في الأحكام الوضعية كجريانه في التكليفية. و إن قلنا باختصاص الجعل بالتكليف جرى الأصل في منشأ الانتزاع و هو وجوب الغرامة.

و أمّا الثاني فلأنه لولا الاجماع على عدم وجوب الجمع بين الخصوصيتين إقتضت أصالة الاشتغال دفع المثل و القيمة معاً تحصيلاً للقطع بالفراغ.
و بتأمية الأمرين يتّضح وجه تخيير الضامن.

(٣) بناء على كون الفرق بين المثل و القيمة هو الفرق بين الأقل و الأكثر، فيكون الشك في وجوب المثل شكاً في وجوب الأكثر. و أمّا بناء على كونها من قبيل المتباينين - لكون المراد من القيمة في المقام النقد الواقع ثمناً كالدينار و الدرهم -

عَمَّا زَادَ عَلَى مَا يَخْتَارُهُ. فَإِنْ قُرِضَ ١١ إجماعٌ على خلافه

فيرجع عند الشك في أحدهما بعينه إلى أصالة الاحتياط.

(١) شَرَعَ المصنّف من هذه العبارة في ترجيح تخيير المالك بين مطالبة المثل أو القيمة، و سَلَكَ لاثباته طريقين، أحدهما: بالنظر إلى الاجماع على عدم تخيير الضامن في مقام تفرغ ذمته، و الآخر: مع قطع النظر عن هذا الاجماع.

أما الأول - وهو تخيير المالك مع الالتفات إلى الاجماع - فيدلّ عليه وجهان:

أولهما: أصالة عدم براءة ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك، كما إذا زَعَم الضامن كونه مخيراً، فأدّى القيمة إلى المالك، و لم يرض بها، إذ يشك حينئذٍ في فراغ ذمّة الضامن عما اشتغلت به قطعاً، و مقتضى إستصحاب بقاء ما في العُهدَة عدم حصول البراءة بدفع ما يختاره الضامن و لم يرض به المالك. و قد تقرّر حكومة الاستصحاب على الأصل غير المحرّز كالبراءة، فلا سبيل لاثبات تخيير الضامن بالتمسك بأصالة البراءة.

ثانيهما: حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» حيث إنّ الضمير المحذوف الراجع إلى «ما» الموصول ظاهر في تحقق الأداء - المُسقط للضمان - بردّ نفس العين، إلّا إذا رضي المالك بردّها، فلا يرتفع الضمان بردّها غير العين إلّا برضا المالك، و مرجع هذا إلى تخيير المالك. فلو أدّى الضامن القيمة المغايرة للعين المضمونة - و لم يرض المالك بها - دلّ الحديث على بقاء مال الغير في عهدَة الآخذ، و عدم حصول الغاية - وهي: حتى تؤدى - المفرّغة لما في الذمّة.

و أما الثاني: - أعني به ثبوت تخيير المالك مع الغض عن الاجماع على عدم تخيير الضامن - فيقتضيه أصالة الاشتغال، للشك في فراغ ذمّة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك. و لا ريب في أنّ الاشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينية المنوطة بدفع المثل و القيمة معاً. نعم الاجماع قائم على عدم وجوب الجمع بينهما.

ولكنّه لا يُثبت تخيير الضامن، و إنّما يُثبت تخيير المضمون له، لأنّه مالك لذمّة

الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً..... ٣٢٣

فالأصل^(١) تخيير المالك، لأصالة عدم^(٢) براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك.

الضامن، فله مطالبة ما شاء.

فإن قلت: إن أصالة البراءة معارضة لقاعدة الاشتغال، فتساقطان، لكونهما في رتبة واحدة، فلا يبقى مرجح لتخيير المالك من أول الأمر، و ينتهي الأمر إلى الطريق الأول المنوط بالاعتماد على الاجماع على عدم تخيير الضامن.

قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال هنا، لعدم جريان أصالة البراءة في أمثال المقام مما يكون المتعلق دائراً بين المتباينين، وهما المثل والقيمة، إذ لو كانت القيمة هي مجرد ماليتة المضمون الموجودة في جميع الأعيان المتمولة كانت هي الأقل، و كان المثل الواحد للجهات الصنفية المشتركة مع التالف هو الأكثر، فيكون المقتضي لجريان أصالة البراءة عن وجوب دفع الأكثر موجوداً، و هي معارضة لقاعدة الاشتغال المقتضية لتخيير المالك.

ولكن المراد بالقيمة في باب الضمان هو النقد الواقع ثناً كالدرهم و الدينار والأنواط التي يُعامل بها. و من المعلوم أن المثل و النقد متباينان، لعدم كون القيمة بعضاً من المثل حتى تجري أصالة البراءة عن الأكثر، كما تجري في الزائد على المتيقن عند دوران الدين بين تسعين و مائة درهم مثلاً.

و عليه فقاعدة الاحتياط تجري بلا معارض، و بعد الاجماع على عدم وجوب أداء الخصوصيتين يتجه تخيير المالك في قبول المثل أو القيمة. هذا تقريب القول بتخيير المالك.

(١) هذا الأصل أعم من العملي و اللفظي، لأنه يستدل بحديث «على اليد» و هو دليل إجتهادي.

(٢) أي: إستصحاب بقاء المضمون على عهدة الضامن، و قد عرفته بقولنا: «أوّلها: أصالة عدم براءة ذمة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك ... الخ».

مضافاً إلى عموم^(١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» فإن مقتضاه^(٢) عدم إرتفاع الضمان بغير أداء العين، خَرَجَ ما إذا رضي المالك بشيءٍ آخر^(٣).
و الأقوى^(٤) تخيير المالك من أوّل الأمر^(٥)، لأصالة الاشتغال.
و التمسك^(٦) «بأصالة البراءة» لا يخلو من منع^(٧).
نعم يمكن أن يقال^(٨):

- (١) هذا أصل لفظي يقتضي تخيير المالك. و قد أوضحناه بقولنا: «ثانيتها: حديث - على اليد - حيث إن الضمير ... الخ».
- (٢) أي: مقتضى عموم «على اليد» عدم إرتفاع الضمان ... الخ.
- (٣) و بقي - ما لم يرضَ المالك به - في عموم «على اليد» المقتضي للضمان بقاءً، كإقتضائه له حدوثاً بمجرد وضع اليد.
- (٤) هذا هو الطريق الثاني لإثبات تخيير المالك، و قد عرفته بقولنا: «و أمّا الثاني ... فيقتضيه أصالة الاشتغال ... الخ».
- (٥) يعني: مع قطع النظر عن الإجماع على عدم تخيير الضامن.
- (٦) مبتدأ خبره «لا يخلو من منع» و هو دفع دخل، و قد تقدّم توضيحهما بقولنا: «فإن قلت: إن أصالة البراءة معارضة لقاعدة الاشتغال ... قلت: لا معارض لأصالة الاشتغال ... الخ».
- (٧) إمّا لما ذكرناه من كون العلم الإجمالي بالمثل و القيمة من قبيل العلم الإجمالي بالمتباينين، و إمّا لما قيل من كونه من التعيين و التخيير الذي هو مجرى أصالة التعيينية، فتأمل.
- (٨) هذا نظره الثالث في المسألة، و هو إثبات التخيير بين المثل و القيمة عقلاً بمناط دوران الأمر بين المحذورين، لا التخيير الشرعي كما تقدّم في النظرين السابقين، و هما تخيير الضامن و تخيير المالك.
و هذا الوجه يعتمد على مقدمتين:

الأولى: عدم تمامية شيء من الأقوال الأربعة، وهي تعيين المثل، و تعيين القيمة، و تخيير الضامن، و تخيير المالك، إذ لو نهض دليل على ترجيح أحدها تعيّن المصير إليه، سواء أكان الدليل الشرعي أصلاً لفظياً كحديث «على اليد» أم عملياً كالاستصحاب و الاشتغال و البراءة. فإذا نوقش فيها - إمّا لقصور المقتضي و إمّا لوجود المانع و هو المعارضة - تصل النوبة إلى تعيين الوظيفة بحكم العقل.

الثانية: قيام الاجماع على عدم تخيير المالك بين مطالبة المثل و القيمة، إذ لو تمّ هذا الاجماع كان الدليل الاجتهادي على تخييره شرعاً موجوداً، و معه لا مجال للتمسك بالأصل العملي العقلي المتأخّر رتبةً عن الأصول الشرعية. و بناءً على هاتين المقدّمتين نقول: إنّ المستقرّ في عهدة الضامن إمّا المثل أو القيمة، فإن رضي المالك بما يؤدّيه الضامن فلا كلام. و إن لم يرض به فإن كانت الذمّة مشغولة بالمثل واقعاً و دَفَع القيمة إلى المالك لم تفرغ ذمّته عمّا اشتغلت به. و إن كانت مشغولة بالقيمة كذلك و أدّى المثل لم تفرغ ذمّته. كما أنّه لو كان على الضامن هو المثل لم يكن للمالك الامتناع عن قبوله، و ليس له مطالبة القيمة، و كذا لو كان عليه القيمة لم يكن للمالك الالباء عن قبولها.

فيدور أمرٌ كلّ من الضامن و المالك بين المحذورين. أمّا الضامن فلأنّ ما عليه واقعاً إحدى الخصوصيّتين مع فرض عدم وجوب الجمع بينهما.

و أمّا المالك فلاستحقاقه واقعاً أحد الأمرين لا كليهما، و لا تخيير شرعاً بينهما حسب الفرض. فيقال بالتخيير عقلاً من باب الاضطرار. كما يقال في تخيير المجتهد في مقام الفتوى في ما لو اختلفت الأمة على قولين، و لم يقم على أحدهما دليل بالخصوص، و لم يجز إبداع رأي ثالث في المسألة، فيتخير عقلاً في الفتوى على

- بَعْدَ عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال^(١)، و الاجماع^(٢) على عدم تخيير المالك - بالتخير^(٣) في الأداء، من جهة دوران الأمر بين المحذورين (*) أعني^(٤) : تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، و لا للضامن الامتناع^(٥)،

طبق أحد القولين، هذا.

(١) هذا إشارة إلى المقدمة الأولى. و عدم ترجيح بعض الأقوال مبني على الغض عما جعله أقوى من تخيير المالك.

(٢) بالجرّ معطوف على «عدم» يعني: و بَعْدَ الاجماع على عدم تخيير المالك. وهذا إشارة إلى المقدمة الثانية.

(٣) متعلق بـ «يقال» يعني: يقال بالتخير العقلي.

(٤) هذا بيان المحذورين. فإن كان المضمون خصوص المثل وجب على الضامن بذله، و لم يجز للمالك الامتناع عن قبوله. و إن كان المضمون خصوص القيمة وجب على الضامن أدائها و لم يجز للمالك مطالبة المثل. و حيث إن الواقع مجهول لم يمكن تحصيل العلم ببراءة الذمة، فيحكم العقل بالتخير بين أداء المثل و القيمة.

(٥) أي: الامتناع عن بذل المثل.

(*) فيه: أن المقام أجنبي عن الدوران بين المحذورين اللذين يحكم فيه العقل بالتخير، و ذلك لأنه إنما يكون في أمرين لا يمكن فعلهما و لا تركهما، كدوران الأمر بين وجوب شيء و حرمة، أو وجوب شيء و وجوب ضده، في الضدين اللذين لا ثالث لهما كالحركة و السكون. و ليس المقام كذلك، لا مكان تحصيل اليقين بالبراءة بدفع المثل و القيمة إلى المالك، ليأخذ المالك ما شاء منهما، و إن لم يخرجها عن ملكه بمجرد الدفع. و مع إمكان تحصيل اليقين بالبراءة بهذا النحو لا تصل النوبة إلى القرعة.

الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً ٣٢٧
و تعين^(١) القيمة كذلك^(٢)، فلا متيقن^(٣) في البين. ولا يمكن^(٤) البراءة اليقينية عند
التشاح^(٥)، فهو^(٦) من باب تخيير المجتهد في الفتوى.

(١) معطوف على «تعين المثل» يعني: أن منشأ كون المقام من موارد الدوران
بين المحذورين هو تعين أحد الأمرين واقعاً، و المفروض عدم طريق إلى
إجرازه.

(٢) يعني: بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل، و لا للضامن الامتناع عن بذل
القيمة.

(٣) إذ ليس المثلي و القيمي من قبيل الأقل و الأكثر حتى يكون الأقل هو
المتيقن، بل هما متباينان، فلا تجري البراءة في المثلية.

(٤) لكونها متباينين. و عدم الاحتياط في الماليات، فالمضمون له لا يستحق
واقعاً إلا أحدهما.

(٥) بأن لا يأذن الضامن إلا بقبض ما عليه واقعاً، و لا يرضى المالك أيضاً
إلا بما لسه واقعاً، و المفروض جهلها بالواقع، فلا يمكن تحصيل اليقين
بالبراءة.

(٦) حيث إن الضامن يدور أمر أدائه بين المحذورين، أجزاء المثل بخصوصه،
و القيمة كذلك، لعدم القدر المتيقن الذي تحصل به البراءة، فيتخير الضامن حينئذٍ نظير
تخير المجتهد في الفتوى بما يختاره من المحذورين اللذين دار أمره بينهما، كما إذا قام عنده
خبران متعارضان أحدهما يأمر بفعل و الآخر ينهى عنه، فإن كان الخبر الأمر صادراً
واقعاً وجبت الفتوى بمضمونه و لم تجز الفتوى بالحرمة. و إن كان الخبر الناهي صادراً
وجبت الفتوى بالحرمة و حرمت الفتوى بالوجوب.

و حيث إن المفروض تردد الصادر واقعاً بين الخبرين فقد تردد الأمر عنده بين
الوجوب و الحرمة، فلا محالة يفتي بمضمون أحدهما، هذا.

فتأمل^{١)} (*) هذا.

(١) لعلّه إشارة إلى: أنّ تخير المجتهد إنّما هو في تعارض الخبرين دون مثل المقام. أو إلى: أنّ التخير منوط بعدم ترجيح لأحد الأقوال، و المفروض وجود المرجح لتخير المالك من أول الأمر، فلا وجه لتنظيره بتخير المجتهد.

(*) إذا شك في كون مال مثلياً أو قيميّاً لأجل الشبهة المفهوميّة فهل الأصل يقتضي تعيين المثل أو القيمة أو تخيير الضامن أو المالك؟ احتمالات. قد عرفت في التوضيح مبانيها.

وقبل بيان الأصل الذي ينبغي الرجوع إليه عند الشك في المثليّة والقيميّة لابدّ من تقديم مقدّمتين نافعتين في جميع موارد الضمانات.

إحدهما: أنّ القيميّ والمثليّ من المتباينين أو الأقلّ والأكثر. فإنّ أريد بالقيمة مطلق الماليّة السارية في جميع الأموال كانا من قبيل الأقلّ والأكثر، لأنّ المثليّ حينئذٍ مال خاصّ علاوة على الماليّة المشتركة بين سائر الأموال، فتكون المثليّة خصوصيّة زائدة على الماليّة المشتركة.

وإنّ أريد بالقيمة خصوص ما هو المرتكز في الأذهان والمتسالم عليه من النقود الرائجة التي تقدّر بها ماليّة الأموال و تتمحض في الماليّة كانا من المتباينين. وربما يكون هذا ظاهر كلام اللغويين.

ثانيتهما: أنّ الذمّة في باب الضمانات هل تشتغل بنفس الأعيان، بمعنى كون نفس العين على عهدة الضامن مطلقاً من غير فرق في ذلك بين ضمان اليد والاتلاف، ويكون أداء المثل أو القيمة أداءً لها، لأنّه حكم العرف، فإنّهم يحكمون بضمان المثل في المثلي والقيمة في القيميّ، إذ لو كان له مثل عادة لا يعّد إعطاء غيره أداءً لها؟ أم تشتغل الذمّة بالمثل مطلقاً، ويكون أداء القيمة بتعذّره نحو أداء له، أو بدلاً إضطرارياً، أم تشتغل ابتداءً في المثليّ بالمثل، وفي القيميّ بالقيمة مطلقاً كما نسب إلى المشهور، أم تشتغل بالقيمة مطلقاً حتّى في ضمان اليد. أم يفصل بين ضمان اليد وغيره.

قد يقال: لو بُني على المتعارف و تنزيل الاطلاقات الواردة في الضمان عليه كان مقتضى ذلك ضمان المالية مطلقاً و ليست الخصوصيات العينية ملحوظة في نظر العرف إلا عبرة إلى مرتبة مالية المال، و لذا لو سقط المثل عن المالية لم يلتفتوا إليه أصلاً. و لا يرون دفعه تداركاً. و كذا لو زاد في المالية لا يرون المالك مستحقاً لأزيد من قيمة ماله.

و بالجملة: ليس النظر في الأموال إلا إلى ماليتها. بل لو كانت خصوصية مال مطلوبة كان ذلك لأمر خارجي غير دخيل في حيثية الضمان. و إنما يدور الضمان مدار التمول في أي عين كان بلا خصوصية للتقدين، و لا للمماثل و لا لغيرهما.

و هذا في غاية الغرابة، إذ لازمه إرتفاع الضمان بجبران المالية بأي مال كان، فلو أتلّف منّا من حنطة زبد، و دفع إليه مقداراً من الدهن يساوي قيمة من الحنطة - و إن لم يرض به المالك - لزم منه براءة ذمة الضامن، و هو كما ترى خلاف ما عليه العقلاء في باب الضمانات، إذ لا يرون هذا أداء لما أتلّفه، فإن العقلاء كما يحكمون بأصل الضمان كذلك يحكمون بكيفيته. فدعوى كون الضمان مطلقاً بالمالية - من دون رعاية الخصوصيات الدخيلة في الرغبات و المالية - في غاية الغرابة.

فالحق أن يقال: إن حكم العقلاء في باب الضمانات هو ثبوت نفس العين التالفة المضمونة على عهدة الضامن، فالاستيلاء على العين الموجب للضمان يوجب ثبوتها في الذمة. و هذا وجود اعتباري للعين، فبدون التلف يكون خروجه عن عهدها بدفع عينها إلى مالكها، و مع التلف يكون أداؤها بإعطاء مماثلها إن كان مثلياً، و قيمتها إن كان قيمياً. و ثمرة ثبوت العين في الذمة هو كون المدار في القيمة قيمة يوم الأداء لا يوم التلف.

و هذا - أي ثبوت نفس العين في الذمة إلى وقت الأداء - مما تقتضيه الأدلة الشرعية أيضاً كحديث «على اليد» فإن ظاهره كون نفس المأخوذ على الأخذ و مستعلياً

عليه كما هو قضية كلمة على الاستعلائية، حيث إن الظرف مستقر متعلق بفعل من أفعال العموم، فكأنه قيل: المأخوذ ثابت على الأخذ، فالثابت على العهدة محمول على نفس المأخوذ، نظير قوله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن﴾ حيث إن الرزق بنفسه ثابت على المولود له، و جعل شيء على شخص ظاهر في كونه على عهده، و لذا إستظهر الأصحاب من هذه الآية المباركة ملكية النفقة للزوجة، و التفصيل في محله.

وبالجملة: لا مانع من جعل شخص المأخوذ على العهدة اعتباراً كما في الكفالة، فإن الشخص المكفول يكون على عهدة الكفيل اعتباراً، فإن كانت العين موجودة كان أداؤها بنفسها، و إن كانت تالفة كان أداؤها بما هو أقرب إليها. و لا يعارضها سائر أدلة الضمانات كآية الاعتداء على فرض دلالتها على ضمان المثل و القيمة، لأن ظاهرها تجويز الاعتداء بهما أي التقاض - يعني: على عهدة الغاصب ما يكون تقاضه بالمثل أو القيمة - و هو لا يدل على أن ما في العهدة نفس العين أو القيمة أو المثل، إذ لو كان ما على العهدة نفس العين فلازمه أيضاً التقاض بالمثل أو القيمة، فهذا اللازم أعم من كون ما في الذمة نفس العين أو المثل أو القيمة.

فظهر «على اليد» يكشف عن كيفية الضمان. و لا ينافيه الآية الشريفة، و لا دليل إحترام مال المؤمن و أنه كدمه، إذ لا يدل على كيفية الضمان، بل يدل على نفس الضمان و عدم هدره. و كذا سائر أدلة الضمانات، فإنها لو لم تكن ظاهرة في ضمان نفس العين و ثبوتها على العهدة ليست ظاهرة في الخلاف. فالبناء العقلاني الذي يساعده الدليل الشرعي كحديث «على اليد» قد إستقر على كون الثابت في ذمة الضامن نفس العين، هذا. لكن يمكن أن يقال: إن ما وقع تحت اليد هو الموجود الخارجي، و لا ريب في إنعدامه بالتلف، فلا بد أن يسقط الضمان بسبب التلف، إذ الماهية المعرأة عن الوجود الخارجي لم تقع تحت اليد، و لا يمكن وقوعها عليه. فلا يستفاد من حديث اليد ضمان المأخوذ بعد التلف.

و الحاصل: أن الحديث في مقام بيان وجوب ردّ المأخوذ الموجود إلى مالكه، ولا يدلّ على وجوب ردّ بدله بعد التلف، لأنّ ظاهره كون المضمون ما هو الموجود خارجاً، لا الأعمّ منه و من المعدوم الذي يعتبر موجوداً باقياً، فلا يستفاد من الحديث اعتبار نفس العين على العهدة بعد التلف، كما لا يستفاد ذلك أيضاً من أدلة الضمانات. فالمرجع حينئذٍ في كيفية الضمان هو العرف، و من المعلوم أنّهم يحكمون بضمان المثل في المثليّ والقيمة في القيميّ، لأنّ ذلك أقرب إلى التالف، و صدق الجبران و تدارك الفائت عليه أولى من غيره، كمطلق الماليّة، فالضمان من أول الأمر يتعلّق ببطل التالف مثلياً أو قيميّاً، لا بنفس العين بوجودها الاعتباريّ، فإنّه وإن كان ممكناً ثبوتاً، لكنّه لا دليل عليه إثباتاً.

ثم إنّ الظاهر - كما أشير إليه - عدم تعيّد في نفس الضمان و لا في كفيّته، بل كلاهما من الأحكام العقلانيّة، فما اشتهر بين الأصحاب من ضمان المثليّ بالمثل و القيميّ بالقيمة ممّا يساعده الارتكاز العقلانيّ، فالضمان عندهم عبارة عن عهدة الخسارة للمال بالتلف. و لا ينافي هذا الارتكاز شيء من أدلة الضمان، فالضمان المأخوذ في أدلته ليس إلّا عهدة الخسارة في صورة التلف، و جبران الخسارة بمقتضى الارتكاز العقلانيّ إنّما هو بالمثل في المثليّ، و بالقيمة في القيميّ.

إذا عرفت هاتين المقدمتين فاعلم: أن مقتضى العلم الاجمالي باشتغال ذمّة الضامن بإحدى الخصوصيتين اللتين هما بدل التالف - لحكم العقل بأنّ الضمان هو تدارك خسارة التالف بدله الأقرب إليه، و هو المثل أو القيمة - هو الاحتياط بدفع المثل و القيمة إلى المضمون له، غاية الأمر أنّه يجب على المالك أخذ أحدهما، للإجماع على عدم الاحتياط في الماليّات، و لقاعدة الضرر. ولو لم يرض بأحدهما فالظاهر تعيّن القرعة بناءً على جريانها في الشبهات الحكمية، و إلّا فالصلح القهري.

ولكن يمكن أن يقال^(١): إن القاعدة المستفادة

(١) هذا إشارة إلى دليل آخر على أصل الحكم بضمان المثلي بالمثّل - كما سيأتي تصريحه به في المتن بقوله: نعم الانصاف عدم وفاء الآيّة كالدليل السابق عليه بالقول المشهور - والظاهر أنّ غرضه ^{تفكيك} من التعرّض له هنا - بعد الفراغ عما يقتضيه الأصل العملي في الشك في كون التالف مثلياً وقيماً - هو: إستفادة حكم المسألة من الدليل الاجتهادي أعني به إطلاق أخبار الضمان مقامياً، في قبال ما تقدّم من إستفادته من الأصل العملي المقتضي لتخيير الضامن شرعاً، أو تخيير المالك كذلك، أو التخيير عقلاً.

ولا تجري أصالة البراءة في إحدى الخصوصيتين - وهي المثلية - ليكون نتيجته تخيير الضامن، وذلك لكون المقام من المتباينين كما مرّ سابقاً، لا من الأقل والأكثر. كما لا تجري أصالة التعيينية القاضية بتعّين المثل، لأنّ مورد العلم بوجود شيءٍ تعييناً أو تخييراً، كوجوب تقليد المجتهد الأعلم المردّد بين كونه بنحو التعيينية والتخييرية. وهذا أجنب عن مطلوبة كلّ واحدة من الخصوصيتين كالمثلية والقيمية، فإنّ الضمان تعلّق بالخصوصية المثلية أو القيمية.

كما لا وجه لتخيير المالك، ببيان: أنّ ما يختاره المالك إمّا هو البديل الواقعي الذي اشتغلت به ذمّة الضامن، فيكون مسقطاً قهرياً، وإمّا هو بديل البديل، لرضاء المالك بغير الجنس في مرحلة الوفاء، فيكون مسقطاً أيضاً. فمختار المالك مسقط للذمّة قطعاً دون غيره، لأنّه مشكوك المسقطيّة، والأصل عدم سقوطه إلّا بما يختاره المالك.

إذ فيه: أنّ الكلام في إجراء الأصل بالاضافة إلى ما اشتغلت به ذمّة الضامن من المثل بالخصوص أو القيمة كذلك، لا بالنسبة إلى ما يرضى به المالك بدلاً عن ماله التالف، لأنّه قد يكون القيمة في المثلي والمثل في القيمي، وقد يكون شيئاً آخر ممّا لا ينضبط. ومن المعلوم أنّ دفعهما معاً مستلزم للعلم بأداء ما في الذمّة، سواء رضي المالك بأحدهما بالخصوص أم لا. فالقطع ببراءة الذمّة لا يتوقّف على دفع ما يختاره المالك، ونسبة الأصل إلى كليهما على حدّ سواء.

من إطلاقات الضمان^(١)

و توضيح ما أفاده: أنَّ مادة «الضمان و الغرامة» و ما بمعناها قد وردت في كثير من النصوص المتكفلة لحكم المغصوب، و الأمانات التي فرط أصحابها فيها كالعين المستأجرة و اللقطة و العارية و الوديعة، و كان السائل يستفهم عن وظيفته الفعلية المبثلي بها، و لم يستفصل منه الامام عليه السلام عن أنَّ المضمون مثلي أو قيمي، و إنما حكم المثل بالضمان أو بما يؤدِّي، كما يستفاد أيضاً من قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي» مما ظاهره إستقرار المأخوذ على عهدة الآخذ إلى أن يرده إلى المأخوذ منه.

و من المعلوم أنَّ إهمال خصوصية المضمون - مع تفاوت الأموال في مالها مثل و ما ليس لها مثل - لابد أن يكون لأجل إيكال الأمر إلى ما هو المتعارف بين العقلاء في ما يضمنون به، و عدم إبداع طريقة أخرى في مقام تفريغ الذمة. هذا من جهة. و من جهة أخرى نرى إستقرار سيرتهم على أنَّ من وضع يده على شيء مملوك للغير لزمه رده إليه، و إن تلف لزمه ردُّ أقرب شيء إليه، و مع تعذُّره يؤدِّي قيمة التالف.

و لاريب في أنَّ الأقرب إلى التالف هو مماثلُه في جميع الجهات المعتبرة في المالِية و الأوصاف الدخيلة في رغبة العقلاء فيه، سواء أكان متحداً مع المثلي الذي إصطلح عليه الفقهاء قديماً، أم لم يكن كذلك. فالحيوان مطلقاً ليس مثلياً بنظر الفقهاء، ولكن لا يبعد ضمانه عرفاً بما يماثل التالف من جميع الجهات، ولو تعذر فبقيته. و عليه فهذا الدليل يقتضي الضمان أولاً بمثل التالف، ثم بقيته، و معه لا مجال للتخيير أصلاً.

(١) حاصله: أنَّ المستفاد من بناء العرف الممضى شرعاً - بمقتضى الاطلاقات المقامية الثابتة لأدلة الضمان المتفرقة في أبواب الفقه - هو: أنَّ الضمان في جميع موارد يكون بالمثل، ثم بالقيمة، و معرفة المثل موكولة الى العرف، و لا تتوقف على الاجماع على كون الشيء مثلياً أو قيمياً.

في المغصوبات^(١) و الأمانات المفترط فيها^(٢)

نعم لو شكك العرف فالمرجع الأصل المتقدم.

ثم إن مقتضى الاطلاقات هو الترتيب، بمعنى أن اللازم أولاً هو المثل، و بعدَ إعوازه قيمة التألف. بخلاف مقتضى الأصل، فإنه التخيير، لا الترتيب. و يدل على هذا الترتيب ما سيأتي من قوله: «و قد استدلل في المبسوط ... الخ» على التقريب الآتي.

(١) كالنبوي: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي»^(١) بناءً على إختصاص الأخذ بالقهر كما قيل، فيختص الحديث بباب الغصب. و كمرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام: «لأن الغصب كله مردود»^(٢) بناءً على عدم إختصاصه بحال بقاء العين المغصوبة، و شموله لردّها ببذلها.

(٢) فمنها: ما ورد في ضمان الأجير، كمعتبة زارة و أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام. قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل كان له غلام، فاستأجره منه صانع أو غيره. قال: إن كان ضيع شيئاً أو أبق منه فواليه ضامنون»^(٣) حيث دل على ضمان مولى الأجير الذي ضيع مال المستأجر، مع أن الأجير أمين. و لم يفصل عليه السلام في أن المضمون مثلي أو قيمي، و إطلاق الضمان منزّل على المتعارف.

و منها: ما ورد في ضمان الدابة، كمعتبة علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام. قال: «سألته عن رجل إستأجر دابةً فأعطاها غيره، فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء»^(٤) حيث إن الدابة أمانة بيد المستأجر فطرط فيها بمخالفته للشرط، فضمنها، و لم يذكر عليه السلام أن

«١» عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢٢٤، الحديث ١٠٦

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٠٩، الباب ١ من أبواب الغصب، الحديث ٣

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٥١، الباب ١١ من أبواب الاجارة، الحديث ٢

«٤» المصدر، ص ٢٥٦، الباب ١٦ من أبواب الاجارة، الحديث ١، و نحوه الحديث ٢ و ٣ و ٤ و ٦، من

الباب ١٧، ص ٢٥٧ و ٢٥٨

ضمانها بالمثل أو بالقيمة.

و منها: ما ورد في ضمان الصُّنَّاع، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سُئِلَ عن القَصَّارِ يُفْسِدُ، فَقَالَ: كُلُّ أَجِيرٍ يُعْطَى الأَجْرَةَ عَلَى أَنْ يُصْلِحَ فَيُفْسِدَ فَهُوَ ضَامِنٌ»^١. ولم يبيِّن عليه السلام المضمون به، مع أَنَّ ما يُعْطَى الأَجِير لاصلاحه قد يكون مثلياً وقد يكون قيميّاً.

و منها: ما ورد في ضمان الوصي المقرَّب في المال الموصى به، كمعتبرة محمد بن مسلم، قال: «قُلْتُ لأبي عبدالله عليه السلام رَجُلٌ بَعَثَ بِزَكَاةٍ مَالِهِ لَتَقْسَمَ، فَضَاعَتْ، هَلْ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا حَتَّى تَقْسَمَ؟ فَقَالَ: إِذَا وَجَدَ لَهَا مَوْضِعاً فَلَمْ يَدْفَعْهَا فَهُوَ لَهَا ضَامِنٌ ... إِلَى أَنْ قَالَ: وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ الَّذِي يَوْصَى إِلَيْهِ يَكُونُ ضَامِناً لِمَا دَفَعَ إِلَيْهِ إِذَا وَجَدَ رَبَّهُ الَّذِي أُمِرَ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ»^٢.

و لا تبعد دعوى قوَّة الاطلاق في هذه الرواية، لأعمية المال الزكوي و الموصى به ممَّا هو مثلي في مصطلح الفقهاء، و قيمي عندهم، فيُحْمَلُ الضمان على المتعارف عند العقلاء.

و منها: ما ورد في ضمان الملتقط، كخبر الحسين بن يزيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام، قال: «كَانَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام يَقُولُ فِي الضَّالَّةِ يَجِدُهَا الرَّجُلُ فَيَنْوِي أَنْ يَأْخُذَ بِهَا جُعْلاً، فَتَنْفَقَ، قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ. فَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَنْ يَأْخُذَ بِهَا جُعْلاً وَ نَفَقَتْ فَلَا ضَمَانُ عَلَيْهِ»^٣.

و منها: ما ورد في ضمان الودعي مع التفريط، كخبر محمد بن الحسن، قال:

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧١، الباب ٢٩ من أبواب الاجارة، الحديث ١، و بضمونه أكثر أخبار الباب، و هي أزيد من عشرين حديثاً.

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٤١٧، الباب ٤٦ من أبواب الوصايا، الحديث ١، و نحوه سائر أحاديث هذا الباب و الباب ٣٧

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٦٩، الباب ١٩ من أبواب اللقطة، الحديث ١

و غير ذلك^(١) هو^(٢) الضمان بالمثل، لأنّه^(٣) أقرب إلى التالف من حيث المالّة و الصفات، ثمّ بعده^(٤) قيمة التالف من النقدين و شبههما^(٥)، لأنّهما أقرب من

«كتبْتُ إلى أبي محمّد عليه السلام: رجلٌ دفعَ إلى رجلٍ وديعةً، و أمره أن يضعها في منزله [أو لم يأمره] فوضعها في منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقَّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله»^(١).

و منها: غير ذلك من النصوص المتفرقة في أبواب الرهن و غيرها التي ورد فيها كلمة «الضمان» و لم يُعيّن المضمون به. ولو كان ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة كان إهمال هذه الجهة - مع كون السائل في مقام إستعلام وظيفته الفعلية - تأخيراً للبيان عن وقت الحاجة بلا مصلحة واضحة فيه.

(١) أي: غير المغصوب و غير الأمانة المفترط فيها، و مثال هذا الغير هو عارية الذهب و الفضة أو العارية المشروط فيها الضمان، فإنّ المستعير ضامن إن لم يكن مفترطاً، كما ورد في صحيحة عبدالله بن سنان، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام: لا تضمن العارية إلّا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلّا الدنانير، فإنّها مضمونة و إن لم يشرط فيها ضماناً»^(٢). و التقريب كما تقدّم آنفاً.

(٢) خبر قوله: «إن القاعدة المستفادة».

(٣) يعني: لأنّ المثل العرفي أقرب إلى التالف من قيمته. و وجه الأقربيّة واضح.

(٤) أي: بعد الضمان بالمثل، و المراد بالبعدية هو الرتبّية، أي: تأخّر جواز دفع القيمة عن تعذّر المماثل العرفي.

(٥) مما يجعل ثمناً في المعاملات بمنزلة النقدين كالفلوس الرائجة المصوغة من غير النقدين - كالنحاس و الرصاص و القرطاس و غيرها - ممّا يعامل معها في الأسواق معاملة النقدين.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٢٩، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الحديث ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٣٩، الباب ٣ من أبواب العارية، الحديث ١

حيث المالية^(١)، لأنَّ ما عداها يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.
و لأجل الإتيكال على هذا الظهور^(٢) لا تكاد تظفر على موردٍ واحد من
هذه الموارد^(٣) - على كثرتها - قد نصَّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها
- إلا ما شذَّ و ندر^(٤) -

- (١) لأنَّها متمحَّضان في الماليَّة، و لذا يقدر بهما ماليَّة الأموال.
 - (٢) أي: الضمان بالمثل ثم بالقيمة.
 - (٣) يعني: الموارد التي حَكَم الشارع فيها بالضمان كالغصب و الأمانات المفرَّط فيها.
 - (٤) يعني: أنَّ الشارع قد نصَّ في موارد نادرة على المضمون به، و أنَّه قيمة التالف، كما ورد في عدَّة نصوص:
- منها: صحيحة أبي ولَّاد الحنَّاط التي تقدَّم مفادها (في ص ٢٣٤) و سيأتي متنها في كلام المصنِّف (في ص ٤٨٢)، و المقصود منها قول أبي عبدالله جعفر بن محمد الصادق «صلوات الله و سلامه عليهما»: «قيمة بغل يوم خالفته»^(١) فالمضمون به هو خصوص الماليَّة، و ليس الضمان مطلقاً حتى يحمل على المفهوم منه عرفاً، و هو المائل في الصفات زيادةً على المائلة في الماليَّة.
- و منها: ما تقدَّم في أخبار^(٢) بيع الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد و اللبن و الخدمة، فراجع (ص ٤٩ و ٥٠).
- و لا يخفى أنَّ إعتبار القيمة في هذا المورد ليس تخصيصاً في الحكم بالضمان بالمثل إن وُجد و إلاً فبالقيمة. و ذلك لأنَّ مورد الحكم بضمان المثل هو ماله مثل عرفاً، فلو لم يكن له مثل كذلك كان ضمانه بالقيمة موافقاً لبناء العقلاء. فإنَّ الولد ممَّا لا يوجد له مماثل حتى يضمن به، مع إنعقاده حرّاً. و كذلك لا يبعد أن يكون ضمان البغل بقيمته لأجل عدم المائل له في جميع الصفات الدخيلة في ماليَّته.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب الاجارة، الحديث ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و غيره.

قد أطلق^(١) فيها الضمان.

فلولا الاعتماد^(٢) على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

و منها: ما ورد في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها، وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها، ثم يؤكل، لأنه يفسد، وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن»^(١). و ظاهر الجملة الأخيرة - بل صريحها - ضمان السفرة بقيمتها، ولعله لأجل ندرة المائل في غالب الصفات.

و منها: ما ورد في ضمان المرتهن إذا فرط في العين المرهونة من قوله عليه السلام: «إنه إن استهلكه تراد الفضل بينهما»^(٢) بناءً على أن الدين غالباً يكون في النقدين، والرهن من الأعيان، فحكم عليه بتراد الفضل، فإن كان الدين أزيد قيمة من الرهن وجب على الراهن رد الزائد إلى المرتهن. وإن كان الدين أقل مائتة من الرهن وجب على المرتهن رد الفضل إلى الراهن.

و منها: غير ذلك مما يظفر به المتتبع في أخبار أهل بيت العصمة صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وسيأتي نقل جملة منها في الأمر السابع، فلاحظ (ص ٤٥٦ و ٤٥٧).
(١) خبر «كلها».

(٢) هذا تقريب الاطلاق المقامي الدال على إمضاء البناء العرفي على ضمان التالف بما هو أقرب إليه أعني به المائل عرفاً، وبتعذره فالقيمة.

هذا تمام الكلام في الوجوه المتصورة في ضمان التالف المشكوك كونه مثلياً وقيميّاً، ومقتضى الاطلاق المقامي هو الضمان بما يشابه التالف ويمثله عرفاً، ثم بقيمته.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٧٢، الباب ٢٣ من أبواب اللفظة، الحديث ١

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩، الباب ٧ من أبواب الرهن، الحديث ١ وغيره.

و قد إستدل^(١) في المبسوط و الخلاف على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَنِإَعْتَدِيْ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدِيْ عَلَيْكُمْ﴾^(٢) بتقريب: أَنَّ مِمَّاثِلَ مَا أَعْتَدِيْ هُوَ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِي وَالْقِيَمَةُ فِي غَيْرِهِ^(٣).

(١) هذا وجهٌ ثالثٌ أُستدلَّ به للقول المشهور، و هو ضمان التالف المثلي بالمثل، وكان الوجه الأول الاجماع المحكي، و الثاني الاطلاق المقامي، و قد عرفت أَنَّ مفاد هذه الوجوه مختلف من حيث إفادة الترتيب بين المثل و القيمة و عدمه.

(٢) ما نسبته المصنف إلى شيخ الطائفة رحمته الله من إستدلاله بالآية الشريفة على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة - قد صرَّح به في موضعين من غصب الخلاف، و لم أظفر به في غصب المبسوط بعد ملاحظته بتمامه، و إِنَّمَا إستدلَّ فيه بالآية الشريفة على ضمان المثلي بمثله، لا على ضمان القيمي بالقيمة.

قال في الخلاف: «المنافع تضمن بالغصب كالأعيان، مثل منافع الدار و الدابة و العبيد و الثياب، و به قال الشافعي». و قال أبو حنيفة: لا تضمن المنافع بالغصب بحال... دليلنا، قوله تعالى: ﴿فَنِإَعْتَدِيْ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدِيْ عَلَيْكُمْ﴾. و المثل مثلاً، مثلاً من حيث الصورة، و مثلاً من حيث القيمة. فلَمَّا لم يكن للمنافع مثلاً من حيث الصورة وَجَبَ أَنْ يلزمه من حيث القيمة. و على المسألة إجماع الفرقة. و أخبارهم تدلُّ عليها^(٤).

و هذه العبارة صريحة في أَنَّهُ رحمته الله إستظهر من الآية الشريفة ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة، لكون القيمة مثلاً للتالف من حيث ماليته. و هذا المقدار من المماثلة كافٍ في إستفادة ضمان القيمي بقيمته من الآية المباركة. و نحوه كلامه في ضمان العقار بقيمته، فلاحظ (مسألة ١٨) من الغصب.

و قال في غصب المبسوط - بَعْدَ تقسيم الأموال إلى حيوان و غير حيوان،

«١» سورة البقرة، الآية ١٩٤

«٢» الخلاف، ج ٣، ص ٤٠٢، المسألة: ١١، و ص ٤٠٦، المسألة: ١٨، و نحوه كلام ابن إدريس، فراجع

السرائر، ج ٢، ص ٤٨٥

و إختصاص^١ الحكم بالتلف عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.
و ربما يناقش في الآية: بأن مدلولها إعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء^٢

و غير الحيوان إلى ماله مثل، و مالا مثل له - ما لفظه: «فإذا غصب غاصب من هذا شيئاً، فإن كان قائماً رده. وإن كان تالفاً فعليه مثله، لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم...﴾ الخ». و نقلناه في (ص ٢٦) فراجع. و هذه العبارة ظاهرة في دلالة الآية الشريفة على ضمان المثلي بالمثل، و ليس في كلامه ﷺ دلالتها على حكم القيمي أصلاً، فلاحظ.

و بما نقلناه عن شيخ الطائفة ﷺ ظهر أن ما أفاده الفقيهان الشيخ المامقاني وسيدنا الاستاذ ﷺ - من إقتصار عبارة المبسوط على دلالة الآية الشريفة على حكم المثلي دون القيمي^١ - و إن كان متيناً، إلا أن المصنف ﷺ عزاه إلى الخلاف أيضاً. و قد عرفت صراحة كلامه فيه في إستفادة حكم القيمي أيضاً من الآية الشريفة. كما ظهرت المسامحة في تعبير الماتن - من نسبة الاستدلال بالآية على كل من المثلي و القيمي - إلى المبسوط و الخلاف معاً.

(١) نوقش في الاستدلال بالآية الشريفة - على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بمثله - بوجهين، الأول: أن الآية الشريفة أجنبية عن المدعى - الذي هو ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة في البيع الفاسد - لاختصاص الآية بالتلف العدواني، و من المعلوم أن محل الكلام هو تلف المقبوض بالعقد الفاسد، لا إتلافه، و ليس فيه إعتداء خصوصاً مع الجهل بالفساد.

و أجاب عنه المصنف ﷺ، بأن الآية و إن إختصت بمورد الاعتداء، إلا أنه يلحق به المقبوض بالبيع الفاسد بعدم القول بالفصل بين باب الغصب و ما نحن فيه. و عليه فلا بأس بدلالة الآية على ضمان المثلي بمثله.

(٢) هذا هو الوجه الثاني من المناقشة، و المناقش هو السيد العلامة الطباطبائي ﷺ حيث قال في إنكار تعلّق الحكم بعنوان المثلي ما لفظه: «و فيه نظر، لاحتمال كون

المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذي هو ما نحن فيه، فتأمل»^(١).

و توضيحه: أن المماثلة بين الاعتدائين ليست بحسب الذات، لأنها من ضروريات كونها إعتداءً. فالمماثلة إنما تكون بينهما بحسب المعتدى به، وهو مدخول الباء في قولنا: «إعتدى عليه» بضربه أو بإتلاف ماله أو قطع يده أو غير ذلك. وجهة المماثلة بالمعتدى به تارة تكون بلحاظ ذاتيهما، كما إذا إعتدى عليه بالضرب، فيعتدي عليه بالضرب.

و أخرى تكون بلحاظ الكم، كأن يضربه مرة، فيشتمه مرة. و ثالثة بلحاظ الأثر الخاص المترتب عليه، كأن يضربه ضرباً مؤدياً إلى بكائه، فيجازيه بالشم مثلاً المؤدي إلى بكائه. و رابعة بلحاظ المالئة، كأن يتلف من أمتعة زيد ما يساوي درهماً، فيأخذ زيد درهماً من أمواله.

ثم إن كلمة «ما» في الآية الشريفة إما مصدرية، فيكون المعنى «فاعتدوا عليه بمثل إعتدائه». و إما موصولة، فيكون المعنى «فاعتدوا عليه بمثل الذي إعتدى به عليكم» و المتحصّل من المعنيين واحد، إذ الجهات الملحوظة في المماثلة بين الاعتدائين ترجع إلى الجهات الملحوظة بين الأمرين المعتدى بهما.

و مرجع مناقشة الرياض إلى أن الظاهر المماثلة في مقدار الاعتداء، يعني: في جنسه، فإن كان الاعتداء بالضرب كان جزاؤه به، فكأنه قال: «من إعتدى عليكم فاعتدوا عليه إعتدائه عليكم» فإن ضربكم فاضربوه، و إن شتمكم فاشتموه، هذا بناءً على المصدرية. أو: «فاعتدوا عليه بشيء هو مثل الظلم الذي وقع عليكم، فإن شتمكم فاشتموه» و هذا بناءً على كون «ما» موصولة. و المعنى على التقديرين واحد، و هو المماثلة في نوع الظلم كالشم و الضرب.

لا المعتدى به^(١) و فيه نظر^(٢).

(١) يعني: لا مقدار المعتدى به، كما إذا ضربه مرتين، فلا تدل الآية على ضربه مرتين.

(٢) وجهه - على ما حكى عنه في الحاشية - أن ظاهر الآية إعتبار المماثلة في الإعتداء والمعتدى به (*).

(*) فيه: أن المماثلة في مقدار الاعتداء لاتنفك عن المماثلة في مقدار المعتدى به، فتأمل.

والانصاف أن الآية لاتخلو عن الدلالة على الضمان وإن وردت في الحرب، لكن لا قصور في دلالتها على الضمان، فإن إطلاق جواز الاعتداء بالمثل يشمل المورد وهو الحرب، غاية الأمر أن المراد بالمماثلة هنا المماثلة في نفس الاعتداء في الزمان، يعني: إذا حاربكم المشركون في أشهر الحرام، فيجوز لكم أن تحاربوهم في أشهر الحرام أيضاً. وإن لم يلزم المماثلة في نفس الحرب، كما إذا قتلوا من المسلمين عدداً خاصاً أو رمى أحدهم سهماً في عين مسلم أو قطع رجله، فلا يجب أن يكون الجزاء مثله، فإن إعتبار هذه المماثلة منفيّ بدليل خارجي.

فالمماثلة في الآية المباركة بمعونة الدليل الخارجي متمحضة في الحرب في الشهر الحرام، لا في كيفية الحرب. وهذا التقييد لانفصاله لا ينافي إطلاق إعتبار المثلية في سائر الموارد.

ولذا قال في مجمع البيان: «و في هذه الآية دلالة على أن من غصب شيئاً وأتلفه يلزمه ردُّ مثله. ثم إنَّ المثل قد يكون من طريق الصورة في ذوات الأمثال، و من طريق المعنى كالقيم فيما لا مثل له»^(١).

فما قيل من: أن الآية أجنبية عن الضمان بتقريب «أنَّ ظاهرها أن الكفار إن إعتدوا عليكم فاعتدوا عليهم، كما أنهم إعتدوا عليكم، فإذا لم يكن المثل في موردها كذلك

أي: لا يراد بالمثل في مورد ورود الآية المماثلة في مقدار الاعتداء - لا يمكن إستفادة ضمان المثل في غير موردها بإطلاقها. و المثلية في أصل الاعتداء لا تجدي في إثبات المطلوب. بل القرينة المذكورة أي عدم تقدير المقابلة بالمثل و جواز التجاوز عنه في المورد قائمة على عدم دخول الماليات فيها، فهي إما مختصة بالحرب، أو شاملة لما هو نظيره كمدافعة اللص و المهاجم»^١.

يقال عليه: بأن تقييد مورد الآية بدليل خارجي لا يقدح في إطلاق المثل و ليس هذا من قبيل خروج المورد المستهجن، لكفاية المماثلة بين نفس الاعتدائين في شمول الدليل للمورد.

وكذا لا يرد ما أورده المصنف عليه السلام على الاستدلال بالآية الشريفة من: أن المماثلة العرفية قد تتحقق في القيميات عند المشهور كالكرباس، فإنه عندهم من القيميات مع حكم العرف بكونه من المثليات، فلا تنطبق الآية على مدعى المشهور، فلا يصح الاستدلال بها عليه.

وجه عدم الورود: أن المدعى هو ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة، و الآية وافية بذلك، و الاختلاف في مفهوم المثلي و القيمي يرجع إلى النزاع في الصغرى. و هذا أجنبي عن أصل الكبرى و هي ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة.
و بالجملة: النزاع الصغرى لا يقدح في تسلم الكبرى.

و عليه فالاستدلال بالآية تام. و إجماعهم على مثلية شيء أو قيمته إن كان تعبدياً فهو يخصص أو يقيّد الآية. و المتحصّل بعد التقييد: أن المماثل العرفي للتالف مضمون على الضامن، إلا إذا قام الاجماع على أنه لا بدّ في ضمانه بالمماثل من كون غالب الأفراد مماثلاً للتالف، لا فرد نادر كما في القيميات، فإن أكثر أفراد القيمي ليست مماثلة في الصفات الموجبة لاختلاف الرغبات، بخلاف المثلي كما تقدّم سابقاً.

و إن لم يكن تعبدياً، بل ذهابهم إلى المثلية أو القيمة إنما هو لكونهم من العرف، فلا حجية فيه في مقابل العرف العام.

نعم ^(١) الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليه ^(٢) - بالقول ^(٣) المشهور، لأن ^(٤) مقتضاها وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية.

(١) إستدراك على ما أفاده من إقتضاء الآية الشريفة و بناء العقلاء الضمان بالمِثْل. و غرضه ﷺ المناقشة في الدليلين المتقدمين بعدم وفائهما بالقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموماً من وجه، و هو غير مفيد.

و محصل المناقشة: أن المراد بالمِثْل - في الآية و الاطلاق المقامي - هو ما يعدُّ عرفاً مثلاً للتالف في أمرين، أحدهما في الحقيقة النوعية، و ثانيها في المالية. و من المعلوم أن الآية و العرف يقتضيان الضمان بالمِثْل - بهذا المعنى - حتى في القيميات، لا مكان مساواة أفراد بعض القيميات في المالية فضلاً عن المساواة في الحقيقة. مع أن المشهور حكموا بضمان القيمي بقيمته سواء وُجد مثله أم لم يوجد، و سواء أكانت قيمة المِثْل - على فرض وجوده - مساوية لقيمة المتلف أم أزيد أم أقل، هذا.

و إستشهد المصنف ﷺ بكلماتهم في مسألتين لاثبات عدم مطابقة الدليل مع المدعى.

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

الأولى: ما إذا أتلف شخص ذراعاً من كرباس، و أمكنه تحصيل مماثله عرفاً، فإن الآية و العرف يقتضيان وجوب أداء ذراع من الكرباس إلى المالك، مع أن المشهور على كون الأقمشة و الثياب قيميات، و أن الواجب دفع قيمة ذلك الذراع المتلف لا مماثله في الصفات و المالية.

الثانية: الجناية على عبدٍ مملوكٍ للغير، و سيأتي بيانه.

(٢) و هو الاطلاق المقامي المقتضي للضمان بالمماثل العرفي، لا المِثْل في مصطلح الفقهاء.

(٣) متعلق بـ «وفاء» و قد عرفت وجه عدم الوفاء بالقول المشهور، المبني على ضمان المثلي بالمِثْل الذي عرّفوه بما تساوت أفراده قيمةً.

(٤) تعليل لعدم الوفاء، حيث إن المدعى أمرٌ، و مدلول الدليلين أمرٌ آخر.

و هذا^(١) يقتضي إعتبار المثل حتى في القيمّات، سواء وجد المثل فيها أم لا^(٢).
أمّا مع وجود المثل كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً
متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف و الآية إلزام الضامن بتحصيل
ذراع آخر^(٣) من ذلك ولو بأضعاف قيمته، و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع
أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به^(٤).

و كذا^(٥) لو أتلّف عليه عبداً، و له في ذمة المالك - بسبب القرض أو
السلم - عبدٌ موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر القهريّ،

(١) أي: وجوب المائلة يقتضي ... الخ.

(٢) المقصود من ضمان التالف بمائله عرفاً - حتى مع فقد المثل - هو إنتقال ضمان
المثل إلى ضمان قيمته لا قيمة التالف، لا مكان إختلاف القيمتين، بأن تزيد قيمة المثل
المتعذر عن قيمة التالف، و سيأتي في المتن توجيهه.
(٣) لأنّ هذا الذراع الآخر مماثل للذراع التالف، و المفروض دلالة الآية
الشريفة و الاطلاق المقامي على أن المضمون به هو المثل لا القيمة، فعلى الضامن
تحصيل ذراع آخر ولو كانت قيمته أضعاف قيمة الذراع المتلف. مع أن المشهور
القائلين بقيمة الأقمشة و الثياب يقولون بكفاية أداء قيمة ما أتلّفه، و عدم إشتغال
العهد بمثل المتلف.

(٤) يعني: فلا ينطبق مفاد الآية الشريفة على ما يدّعيه المشهور من ضمان المثليّ
بالمثل و القيميّ بالقيمة، بل تدلّ على ضمان التالف بما يكون مماثلاً له عرفاً، و إن كان
عند المشهور من القيمّات.

(٥) يعني: و كذا نظير الكرباس كون التالف عبداً، فإنهم حكموا فيه بضمان قيمته
و إن كان له مماثل، و لذا لم يحكموا بالتهاتر القهريّ فيما إذا أتلّف عبداً موصوفاً بصفات
العبد الذي يكون للضامن على المالك. فلو كان العبد مثلياً عند المشهور كان عليهم
الحكم بالتهاتر، لكونهما من المثليّ.

كما يشهد به^(١) ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين.

كما إذا كان لزيد عبد رومي أبيض اللون كاتب، فاقترضه عمرو منه، وحصل لعمرو عبد بهذه الأوصاف، فأتلفه زيد. فإن كان العبد مثلياً لزم القول بالتهاتر القهري. لكنهم قالوا باشتغال ذمة عمرو بقيمة ما إقترضه من زيد، و باشتغال ذمة زيد بقيمة ما أتلفه من عمرو. و من المعلوم أن إشتغال الذمتين بالقيمة دليل على أن العبد عندهم معدود من القيميات حتى مع وجود المائل العرفي.

و كذا الكلام إذا باع زيد من عمرو - سلماً - عبداً موصوفاً بصفات معينة، ثم أتلف عمرو عبداً موصوفاً بتلك الصفات من زيد، فبناءً على الأخذ بظاهر الآية الشريفة و بيناء العقلاء لابد من القول بالتهاتر القهري، و فراغ كلتا الذمتين عما إشتغلتا به، لكنهم حكموا بوجوب أداء العبد المبيع سلماً إلى المشتري عند الأجل، و وجوب أداء قيمة العبد المتلف إلى المالك. و من المعلوم أن هذه الفتوى تكشف عن عدم الأخذ بالآية و الاطلاق المقامي، فكيف يستدل بها على القول المشهور من ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة؟

(١) أي: كما يشهد بعدم حكمهم بالتهاتر ملاحظة كلماتهم ... الخ. قال المحقق رحمته الله: «إذا إشتري عبداً في الذمة، و دفع البائع إليه عبيدين، و قال: إختَر أحدهما، فأبقَ واحد. قيل: يكون التالف بينهما، و يرجع بنصف الثمن، فإن وجده إختاره، و إلا كان الموجود لهما، و هو بناءً على إنحصار حقه فيها. ولو قيل: التالف مضمون بقيمته، و له المطالبة بالعبد الثابت في الذمة كان حسناً. و أما لو إشتري عبداً من عبيدين لم يصح العقد، و فيه قول موهوم»^(١).

توضيحه: أن مسألة بيع عبد من عبيدين يبحث عنها تارة في فروع شرطية العلم بالمبيع، فيقال: كما يصح إبتياح الجزء المشاع من الكل كنصف الدار، كذلك يصح إبتياح الكل في المعين بشرط تساوي الأجزاء كقفيز من كُرٍّ. فلو لم تتساو الأفراد

الكلّي لم يصحّ البيع. و مثل له المحقّق ﷺ بذراعٍ من الثوب، و جريبٍ من الأرض، و عبدٍ من عبيدين، و شاةٍ من قطع^(١).

و الوجه في البطلان تفاوت الأجزاء - أي الأفراد - في الصفات الدخيلة في ماليتها، فلا يرتفع الغرر. خلافاً للشيخ و ابن البرّاج و الشهيد، حيث ذهبوا إلى صحّة بيع عبدٍ من عبيدين عملاً برواية محمد بن مسلم المخالفة للأصول الشرعيّة كما في المسالك^(٢).

و أخرى: في بيع الكلّي في الذمّة - لا الجزء المشاع و لا الكلّي في المعين - بأن اشتري زيدٌ من عمرو عبداً موصوفاً بصفات معيّنة تُخرجه عن الجهالة، فدفع البائع عبيدين إلى المشتري، و قال له: اختر أحدهما. فتسلّمها المشتري و أبق أحدهما قبل أن يختار. هذا صورة المسألة. و لا ريب في صحّة البيع لاجتماع شرائطها فيه.

إنّما الكلام في أنّ العبد الآبق هل يتلف على كلا المتبايعين و يرجع المشتري على البائع بنصف الثمن. ولو لم يظفر بالآبق كان العبد الموجود ملكاً لها، لانحصار حقّ المشتري في العبيدين؟ أم يكون الآبق مضموناً على المشتري خاصّة بقيمته - سواء زادت على قيمة العبد الموجود أم نقصت منها أم ساوتها - و له مطالبة عبدٍ من البائع، لأنّ المبيع عبدٌ كلّي ثابت في ذمته إلى أن يتسلّمه المشتري. فيه قولان.

و على كليهما يتّجه ما نسبته المصنّف ﷺ إلى الأصحاب من عدم الحكم بالتهاتر. أمّا بناءً على الأوّل فلأنّ العبد الآبق تلف من كليهما، فيضمن كلّ منهما نصف قيمته. و يرجع المشتري بنصف الثمن الذي بذله للمبيع الكلّي. ولو كان العبدان مثليين و تساوت قيمتهما لم يكن وجهٌ لرجوع المشتري على البائع بنصف الثمن، و لم يجب عليه أداء نصف قيمة الآبق إلى البائع، بل حصل التهاتر القهري، و سقط ما في ذمّة

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٨

«٢» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٣٩٦

نعم^{١)}

البائع - من نصف الثمن - بما في ذمة المشتري من نصف قيمة الآبق.
و أما على القول الثاني الذي إستحسنه المحقق رحمته فعدم التهاثر أوضح، فإن الآبق مضمون بقيمته على المشتري، لكونه مقبوضاً بالسوم، فيجب دفع تمام قيمته إلى البائع. كما أن للمشتري مطالبة عبدٍ منه وفاءً لبيع عبدٍ كلٍّ بضمن معيّن. و من المعلوم أن العبدین لو كانا مثليّين و ممّا تساوت قيمتهما لحصل التهاثر القهريّ، فلم يكن للمشتري مطالبة عبدٍ من البائع، و لم تكن على عهده قيمة الآبق. لكن لأجل عدم المائلة لا يقال بالتهاثر، بل كلّ منهما بحسب قيمته.

و قد ظهر أن قول المصنّف رحمته: «كما يشهد به ملاحظة كلامهم» إشارة إلى ما نقلناه عن المحقق في بيع عبدٍ كلٍّ في الذمة، فإنه شاهد على عدم إلزامهم بالتهاثر في القيمّات.

و أما بيع عبدٍ من عبيدٍ موجودين خارجاً فهو شاهد على عدم المائلة بين العبدین و نحوهما. ولكنّه أجنبى عن التهاثر، كما أوضحناه. فما في كلام بعض الأجلّة^(١) من الاستشهاد بعبارتين من الخلاف و عبارة من الشرائع لا يخلو من بُعد، فلاحظ.

(١) هذا استدراك على ما ذكره من عدم إلزام المشهور بضمان المثل في القيمّات - الذي هو مقتضى الآية و العرف - و محصّله: أنه يستفاد من ذهاب جماعة إلى جواز ردّ العين المقرضة في القيمّات ضمانً قيميّ بالمثل، لأنّ العين المقرضة تكون ممائلة عرفاً للقيمة المستقرة على عهدة المقرض، فجواز ردّ نفس العين - دون القيمة - مستند إلى آية الاعتداء الظاهرة في إعتبار المائلة بين البدل و المبدل. ولو لم تكن الآية دالّةً عليه لم يجز الاقتصار في أداء القرض على دفع العين، بل كان المتيقّن دفع القيمة من النقدين.

ذهب جماعة^(١) منهم الشهيدان^(٢) في الدروس و المسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية.

لكن لعلّه^(٣) من جهة صدق أداء القرض (*) بأداء العين، لا من جهة

(١) و منهم شيخ الطائفة و المحقق الأردبيلي، على ما حكاه عنها السيّد الفقيه العاملي رحمته الله «١».

(٢) قال الشهيد رحمته الله: «و يردّ البدل مثلاً أو قيمةً. ولو ردّ العين في المثل وجب القبول. و كذا في القيمي على الأصح. و نقل فيه الشيخ الاجماع. و يحتمل وجوب قبولها إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ، و إن نقصت فلا» «٢».

و قال الشهيد الثاني رحمته الله: «و أولى بالجواز لو ردّ العين، لأنّ الانتقال إلى القيمة إنّما وضع بدلاً عن العين، فإذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحق ...» «٣».

(٣) أي: لعلّ ذهابهم إلى جواز ردّ العين المقترضة. و غرضه المناقشة في الاستدراك بأنّ مجرد جواز ردّ العين القيمية المقترضة لا يكشف عن إلزامهم بضمان القيمي بالمثل، و إشتغال ذمّة الضامن بالكلّي الجامع بين العين و بين فردٍ آخر مماثل لها

(*) لا يصدق الأداء حقيقةً إلا على ما إذا كان ما يؤدّي به فرداً لما في الذمّة لانطباقه قهراً عليه. فإذا كان ما في الذمّة هو القيمة لم يصدق أدائه على دفع العين، و لا يعدّ دفعها أداءً لما في الذمّة.

نعم يصدق الأداء مجازاً من باب الوفاء بغير الجنس مع تراضي الطرفين، و الوفاء بغيره معاوضة على ما في الذمّة، لا أداء حقيقي له.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٥٧

«٢» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٢٠

«٣» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٤٤٩

ضمان القيمي بالمثل^(١). و لذا^(٢) إتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلاً لها^(٣) من جميع الجهات.

من جميع الجهات المألّية. بل لابدّ من إحراز إستناد جواز ذلك إلى كون العين المقترضة عندهم كأمثالها فرداً من الكلّي الذي إستقر على عهدة المقرض، و ذلك غير معلوم، إذ لعله من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة كون العين فرداً من كلّي المثل - بالمعنى الذي عرفته - حتى يدلّ على ذهابهم إلى ضمان القيمي بالمثل كما يستفاد من الآية.

و عليه فالاشكال الذي أورده المصنّف على المشهور من إلزامهم بضمان القيمي بالقيمة - مع دلالة دليلهم على وجوب المماثل عرفاً - باقٍ بحاله.

(١) حتى تكون فتوى هؤلاء الجماعة عملاً بآية الاعتداء و العرف من إشتغال الذمّة بالمثل حتى في القيميّات.

(٢) أي: و لأجل كون جواز ردّ العين المقترضة من جهة صدق أداء القرض على ردّها - لا من جهة ضمان القيمي بالمثل حتى يكون جواز ردّ العين من باب جواز ردّ المثل الكلّي و أدائه ببعض أفراد - إتفقوا على أنّه لا يجب على المقرض قبول فردٍ آخر مماثل للعين من جميع الجهات. فلو كان ضمان المديون بفردٍ من أفراد الكلّي الذي تكون العين من مصاديقه و جَبَّ على الدائن قبول نفس العين أو فردٍ آخر مثلها. فعدم وجوب قبول غير العين - على المقرض - يكشف عن عدم إشتغال ذمّة المقرض بالمثل في إقتراض القيمي. مع أنّك قد عرفت دلالة آية الاعتداء على إستقرار المماثل العرفي على عهدة الضامن، و لاتصل النوبة إلى الضمان بالقيمة إلّا بتعذر المثل، و هذا ممّا لا يقول به المشهور.

(٣) هذا الضمير و ضمير «غيرها» راجعان إلى العين المقترضة المفروض كونها

و أمّا^(١) مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف فمقتضى الدليلين^(٢) عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذر، كما لو تعذر المثل^(٣) في المثليّ، فيضمن^(٤) بقيمته يوم الدفع و لا يقولون^(٥) به.

(١) معطوف على قوله: «أمّا مع وجود المثل فيها» و غرضه بيان شقّ آخر من المنفصلة حتى يظهر عدم وفاء الآية و الاطلاق المقاميّ بقول المشهور، لكون النسبة بين الدليل و الدعوى عموماً من وجه. فإن كان المثل العرفيّ موجوداً كما في الكرباس و العبد إفترق الدليل عن قول المشهور بأن مقتضى الدليلين الضمان بالمثل، و المفروض عدم إلزامهم به، لأنهم يضمنون المتلف بقيمة المتلف.

و إن لم يكن المثل موجوداً إفترقا في موردٍ آخر، توضيحه: أن المشهور يقولون بضمان القيميّ التالف بقيمة يوم التلف، مع إقتضاء الدليلين بقاء ما يماثل ذلك القيميّ في الذمّة، و عدم سقوط ضمانه بالتعذر، فلو أراد الضامن التخلّص ممّا في عهده لزمه أداء قيمة يوم الدفع إلى المالك، كما هو الحال في المثليّ الذي يتعذر مثله، فإنّه لا يسقط عن ذمّته إلّا بأداء قيمته يوم الأداء. مع أن المشهور حكوا في القيميّ بأنّ ما عليه هو قيمة يوم تلف المضمون، و لا يضمن زيادة قيمته من يوم التلف إلى يوم الأداء، و هذا الحكم مما ياباه الآية و العرف.

(٢) و هما الآية و العرف، إذ لا وجه لسقوط القيميّ بمجرد تعذّره عن الذمّة - حتى يتعيّن عليه قيمة يوم التلف - مع إقتضاء هذين الدليلين إشتغال الذمّة بمثل التالف حتى في القيميّ، فيلزم إتّخاذ حكم المثليّ و القيميّ المتعذّرين.

(٣) فإنّه لا يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد تعذّره، و لا ينتقل إلى قيمته يوم تعذّره.

(٤) هذه نتيجة بقاء المثل في الذمّة، سواء في المثليّ و القيميّ.

(٥) يعني: و الحال أن المشهور لا يقولون بضمان قيمة يوم الأداء - في القيميّ -

و أيضاً^(١) فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فقتضى ذلك^(٢) عدم وجوب^(٣) إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما إعتبار المماثلة في الحقيقة و المألّة، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض^(٤)

بل يقولون بضمان قيمة يوم تلف العين القيمة، و هذه الفتوى مخالفة لمفاد الدليلين كما عرفت، و هذه المخالفة أيضاً من موهنات الاستدلال بالآية و العرف على مذهب المشهور.

(١) هذا إشكال آخر على الاستدلال بالآية و العرف لمذهب المشهور، و حاصله: أنّ مقتضى الآية و العرف عدم جواز إلزام المالك بأخذ المثل الذي نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً، إذ مقتضاهما إعتبار المماثلة في الحقيقة و المألّة، و المفروض زوال المماثلة في المألّة بنقصان القيمة. مع أنّ المشهور لم يلتزموا به، بل إلّزموا بجواز إلزام المالك بأخذ المثل حتى في هذه الصورة.

(٢) أي: فقتضى الآية و العرف. و أفراد اسم الإشارة باعتبار «ما تقدّم» و إلّا كان الأولى أن يقال: «ذینک».

(٣) كذا في نسخ متعددة، و الصواب تبديل «وجوب الالزام» بجوازه، أو إرادة الجواز من الوجوب و إن كان بعيداً.

و الوجه في عدم جواز الالزام بالمثل هو: أنّ المماثلة المعتبرة عرفاً في الصورة و المألّة مفقودة. كما إذا أتلّف فاكهة في أوّل أوانها، و هي - لعزّتها - تباع أضعاف قيمة وقت وفورها، فأراد الضامن دفع ذلك المقدار من الفاكهة أو أنّ كثرتها، فإنّ المماثلة تكون حينئذٍ في صدق الحقيقة، فقط دون المألّة، مع أنّ الآية و الاطلاق المقامي يقتضيان الانتقال إلى قيمة وقت التلف حتى تراعى المماثلة في المألّة.

(٤) قال السيد العاملي رحمه الله: «فلو بقي له - أي للمثل - قيمة و إن قلّت، فالمثل

إلزامه^(١) به، و إن قوئى خلافه بعض^(٢). بل و ربّما^(٣) احتمل جواز دفع المثل

بحاله، كما هو صريح جامع المقاصد، وقضيّة ما لعلّه يفهم من كلام التذكرة^(٤).
و قال المحقّق الثّاني: «هذا الحكم - أي وجوب أداء القيمة - إنّما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً، فلو بقي له قيمةٌ و إن قلّت فالمثل بحاله»^(٥). و يلوح منه إتّفاق الأصحاب عليه، بقرينة إتّفاقهم على الانتقال إلى القيمة لو سقط المثل عن المائيّة رأساً، هذا.

(١) قد سقط هنا كلمة «جواز» أي: جواز إلزام الضامن بالمثل، يعني: مع أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز إلزام المالك بأخذ المثل و إن نقصت قيمته نقصاناً فاحشاً، وهذا التجويز منافٍ لمقتضى الآية و العرف.

(٢) يعني: أنّ هذا البعض قوئى إنتقال ضمان المثل الى القيمة كي لا يتضرر المضمون له بنقصان مائيّة المثل^(٣).

(٣) هذا متعلق بقوله: «مع أنّ المشهور ... إلزامه به» و غرضه: أنّ المشهور إقتصروا على جواز أداء المثل المنحط قيمته جدّاً، كما نقلناه آنفاً عن مفتاح الكرامة، ولكن العلامة^(٤) يفتيّ إحتمل جواز دفع المثل الساقط عن المائيّة، كما إذا أتلّف الماء في المفازة و أدّاه على الشاطىء. و الاتّيان بكلمة «بل» لأجل أنّه لو قيل بفراغ الذمّة بدفع المثل الساقط عن المائيّة رأساً، كان فراغها بدفع المثل المنحط قيمته أولى، لبقاء شيءٍ من مائيّته بعد.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٢: آخر الصفحة.

«٢» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٨

«٣» لم أظفر على من يقوئى الانتقال إلى القيمة حتى مع بقاء مقدارٍ من مائيّة المثل، نعم قوّاه جمعٌ في الخروج عن التقويم، و هو أمر آخر. فراجع الجواهر، ج ٣٧، ص ٩٩؛ الدروس الشرعيّة، ج ٣، ص ١١٣، و غيرها.

«٤» قواعد الأحكام، ص ٧٩، السطر ٢٦ (الطبعة الحجرية).

ولو سقط من القيمة بالكليّة، وإن كان الحقّ خلافه^(١) (*).

(١) لأنّه خلاف التّغريم المعتبر في الضمان. ففرق بين سقوط العين عن المائيّة وسقوط المثل عنها، حيث إنّ العين تردّ بلحاظ ملكيّتها لا بلحاظ مالّيّتها، لكن التّضمين والتّغريم بلحاظ مالّيّتها، فيجب حفظ المائيّة في الثاني دون الأوّل، فالمثل إذا سقط عن المائيّة لا يصدق على ردّه التّغريم المقوّم للضمان، فلا يخرج الضامن عن عهدة الضمان برّد المثل الساقط عن المائيّة، بخلاف ردّ العين، فإنّه يصدق عليه أداء ملك الغير، و ردّه إلى مالكه.

(*) لا يخفى أنّ هذا الاشكال إنّما يرد على الاستدلال بالآية الشريفة بناءً على كون المراد المماثلة بنحو الاطلاق و من جميع الجهات. لكن الظاهر أنّ المراد بها المماثلة من حيث الحقيقة مع حفظ المائيّة تحقيقاً للتّغريم والتّضمين بالمال. فمقتضى الآية غير مخالف لمسلك المشهور، كيف؟ والمرجع في فهم معنى الآية هو العرف، فما يحكم به العرف في باب الضمان من ضمان المثل في المثلي و القيمة في القيمي هو المستفاد من الآية الشريفة.

فالمراد بالمثل في الآية و في كلام المشهور واحد. و النسبة بينهما هي التساوي، لا الأعمّ والأخصّ من وجه، لأنّ المراد بالمثل في الآية هو المماثل العرفي للتالف من حيث الحقيقة و المائيّة، كما هو قضية إطلاق المماثلة و إن لم يكن مماثلاً للتالف من حيث الحقيقة و المائيّة، فيراعى المثليّة من حيث المائيّة. فالأوّل هو المثلي و الثاني هو القيمي. نعم يقيّد إطلاق المثل بالنسبة إلى الأفراد التي تقلّ مماثلتها للتالف، كما إذا كان المال التالف غنماً و كان فرد من الأغنام مماثلاً له في الصفات، فإنّ مقتضى الآية لزوم دفع الفرد المماثل للتالف، و إن كان فرداً نادراً من حيث المماثلة للتالف. لكن قيّد هذا الاطلاق بأنّ دفع المماثل للتالف لازم في صورة كثرة الأفراد المماثلة للتالف لا ندرتها، وهذا التقييد قد ثبت بالاجماع، ولولاه لكان الضمان بالمماثل، و إن كان منحصرأ في فرد.

فالمتمحصل بعد التقييد وجوب دفع المماثل فيما إذا كان أكثر أفراد الطبعي الجامع بينها وبين التالف متفقة في الصفات الموجبة للرغبات والمالية، فإطلاق المثل يقيد بالقيمات، يعني: أن ضمان القيمي يكون بالقيمة وإن وجد له مماثل.

وإن شك في كون التالف مثلياً أو قيمياً فيتمسك بالعام، لأنه المرجع في المخصص المجمل المفهومي المردد بين الأقل والأكثر، حيث إنه المرجع في أصل التخصيص والتخصيص الزائد، فإن وجوب دفع المثل خُصص بما إذا كثرت الأفراد المماثلة للتالف حقيقة ومالية، وقد خرج عن وجوب دفع المثل ما لا يكون كذلك، لأنه يجب حينئذ بمقتضى الاجماع لزوم دفع القيمة. فمع الشك في المثلية والقيمية يشك في تخصيص العام زائداً على المتيقن قيميته، فيتمسك في نفي الشك بالعام، ويحكم بلزوم دفع المماثل العرفي للتالف.

هذا بناءً على إرادة المماثل العرفي الشامل للمثلي والقيمي، وأما بناءً على إرادة المثل المشهوري المقابل للقيمي فالآية لا تتكفل حكم القيمي حتى تعمه و يلتزم بتخصيصها بالاجماع، بل لا تتكفل إلا لحكم المثلي، يعني: ضمان المثلي بالمثل، فالآية ساكتة عن حكم ضمان القيمي. وحينئذ فلو شك في المثلية والقيمية فلا عموم حتى يرجع إليه، فالمرجع حينئذ قاعدة الاشتغال و وجوب تسليم الضامن كلاً من المثل والقيمة ليختار أي واحد منهما شاء كما تقدم سابقاً.

و الحق أن يقال: إن التمسك بالآية الشريفة مشكل، لأنه إن أريد بالمثل فيها المماثلة المطلقة من حيث الاعتداء والمعتدى به في كل مورد، سواء أكان من الدماء أو الأعراض أو الأموال - كما إذا إعتدى شخص على غيره في عرضه كشتهه أو سرقة ماله أو غيبته أو قذقه - إلى غير ذلك من أنحاء الاعتداء - لزم تخصيص الأكثر المستهجن كما لا يخفى.

و لزم أيضاً خروج المورد، و ذلك مستهجن. توضيحه: أن مورد الآية هو إبتداء المشركين بالقتال في الأشهر الحرم، والمماثلة من جميع الجهات أن تكون في أصل

فتبين^{١١} أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم

(١) هذه نتيجة الاشكالين المتقدمين، و محصلها: أن الدليل الثاني و الثالث على ضمان المثلي بالمثل - و هما الآية و العرف - قاصران عن إثبات مدعى المشهور،

الحرب و كفيته و كمها، بأن يجازيهم المسلمون في نفس القتال و مقداره، فإن قتلوا من المسلمين عدداً خاصاً بكيفية خاصة كالقتل بالسهم أو السيف لزم على المسلمين ذلك من دون زيادة، مع أنه ليس كذلك.

و إن أريد بالمثل فيها المماثلة في نفس الاعتداء من دون نظر إلى الجنس المعتدى به و كفيته و مقداره لزم أن يكون قتالهم جائزاً بالاعتداء منهم بالسرقة مثلاً، فإن سرقوا من المسلمين في الأشهر الحرم جاز لهم قتال المشركين فيها. و هذا كما ترى. فالظاهر أن المراد بالمثل بقرينة المورد خصوص القتال من دون لحاظ كمه و كفيه، و التعدي عنه لا بد أن يكون إلى ما هو مناسب له كاللص و المهاجم، فلا وجه للاستدلال بالآية على الضمان أصلاً، فإن بناء العقلاء الممضى كافٍ في إثبات أصل الضمان، و كفيته أي ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة. و في صورة الشك في المثلية و القيمة يرجع إلى قاعدة الاشتغال على التقريب السابق، لا إلى عموم الآية، لما عرفت من أجنبيتها عن مسألة الضمان.

هذا كله مضافاً إلى: أن الشك في القيمة يلزم الشك في المثلية أيضاً، لما مر من كونهما متباينين. فالشك في حدود مفهوم أحدهما يستلزم الشك في حدود مفهوم الآخر، فلا وجه للرجوع إلى عموم الآية مع الشك في حدود مفهوم موضوعه و هو المثل المشهور.

و إلى: أن الآية في مقام بيان جواز الاعتداء في مقابل الاعتداء، فإذا أتلّف مال زيد جاز لزيد إتلاف ماله، و هذا غير الضمان أعنى الغرامة، فلا تدلّ الآية على الضمان، بل تدلّ على جواز إتلاف مال الغير جزافاً.

من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين^(١) ولا يضمن به عند المشهور كما في المثاليين المتقدمين^(٢). وقد ينعكس الحكم^(٣) كما في المثال الثالث^(٤). وقد يجتمعان^(٥) في المضمون به كما في أكثر الأمثلة. ثم^(٦) إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة - على تقدير تحققه - لا يجدي

لكون النسبة بين الدليل والمدعى عموماً من وجه.

فورد الافتراق من ناحية الدليل هو مثل إتلاف ذراع من كرباس و عبد من عبيدين، فالدليل يقتضي الضمان بالمثل، لوجود المائل العرفي في الصورة والمالئة، مع أن المشهور قالوا بضمان القيمة.

و مورد الافتراق من ناحية قول المشهور هو تنزل قيمة المثل تنزلاً فاحشاً، فإنهم حكموا بضمان المثل، مع أن الدليل يقتضي الضمان بالقيمة، إذ الملحوظ في التفرغ مالئة التالف والاتحاد في الصورة، والمفروض تفاوت المالئة بمقدار كثير لا يتسامح فيه. و مورد الاجتماع كل مضمون مثلي باصطلاح الفقهاء مع عدم إختلاف قيمة المضمون والمثل.

و حيث كانت النسبة عموماً من وجه لم يمكن إثبات هذا المدعى بهذا الدليل. (١) وهما آية الاعتداء وبناء العرف.

(٢) وهما العبد والثوب، فإنهما مضمونان بالمثل بمقتضى الآية والعرف، وبالقيمة عند المشهور.

(٣) يعني: أن الآية والعرف يقتضيان الضمان بالقيمة، مع أن المشهور على الضمان بالمثل، كما في نقصان المالئة فاحشاً.

(٤) وهو تنزل قيمة المثل.

(٥) تثنية الضمير في «يجتمعان» باعتبار عدّ الدليلين شيئاً واحداً، وجعل مذهب المشهور طرفاً آخر. و مراده بأكثر الأمثلة: الأمثلة الواقعية للضمان، وليس غرضه الإشارة إلى شيء ذكره سابقاً.

(٦) هذا تمهيد لبيان حكم الشك في القيميّة والمثليّة، وحاصله: أنه - بعد البناء

بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً^(١)، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق^(٢) و عموم الآية بناءً على ما هو الحق المحقق من أن

على تخصيص الآية بالاجماع على ضمان القيميّ بالقيمة دون المثل - لا يجدي هذا الاجماع في موارد الشك في القيميّة و المثليّة، لعدم الاجماع فيها، فلا بدّ من الرجوع فيها إلى عموم الآية القاضي بلزوم دفع المائل العرفي، لأنّه المرجع في المخصص المجلد المفهوميّ المرّدّد بين الأقل و الأكثر.

كما إذا ورد «أكرم الشعراء» و خصّصه بمخصّص منفصل مجمل مفهوماً مرّدّد بين الأقل و الأكثر مثل «لا تكرم فساق الشعراء» بناءً على تردد الفسق بين مخالفة مطلق التكليف الالزامي و بين إرتكاب الكبائر خاصّة، فقد تقرّر في الأصول تخصيص العام بالمتيقّن من مفهوم الخاصّ، و الرجوع في الأكثر - كمقترف الصغيرة - إلى عموم إكرام الشعراء.

و كذا الحال في المقام، فإنّ عموم الآية يقتضي الضمان بالمثل حتى في القيميّ، لكنّه خُصّص بالاجماع على ضمان القيميّ بالقيمة، و مع إجمال مفهوم القيميّ يقتصر في التخصيص على المتيقّن منه، و يرجع في مورد الشك إلى عموم الآية.

و على هذا فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي بعد وجود الأصل اللفظي و هو أصالة العموم.

(١) كما أنّ الاجماع على ضمان المثليّ بالمثل لا يجدي بالنسبة الى ما لم يُجمعوا على كونه مثلياً، كما عرفته مفصلاً. فالضمان بالمثل منوط بإجماعين: أحدهما على أصل الحكم، و الآخر على الموضوع، و هو كون التالف مثلياً بنظر المجمعين.

و كذا الحال في الضمان بالقيمة في القيميّات، فلو لم يكن التالف قيمياً عند الكلّ كان ضمانه بالمائل العرفي عملاً بمقتضى الآية و العرف.

(٢) و هو بناء العرف المنزل عليه إطلاق الضمان في أخبار كثيرة.

العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً المتردّد بين الأقلّ^(١) و الأكثر^(٢) لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام^(٣): أن ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

-
- (١) المراد بالأقلّ هو الأشياء التي أجمع الفقهاء على كونها قيمية كالعقار.
(٢) المراد بالأكثر هو ما يشكّ في مثليته و قيمته. وقد أشار المصنف إلى جملة منها (في ص ٣١٧ و ٣١٨).
(٣) أي: حاصل ما يترتب على الدليلين المذكورين من الآية و بناء العرف. وهذا الحاصل يتكفّل النظر النهائي في ضمان التالف سواء أحرز كونه مثلياً أو قيمياً أم شكّ فيه.

أمّا المثليّ الذي أجمع الأصحاب على مثليته فيضمن بمائله مع مراعاة الصفات الدخيلة في المالية، سواء ساوى قيمته - يوم الأداء و مكانه - قيمة التالف، أم نقص عنه. أمّا مع المساواة فلا ريب في سقوط المضمون عن العهدة. و أمّا مع النقص غير المسقط عن المالية بالكلية فلو جهل:

أحدهما: الاجماع المحكيّ على إهمال نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف، كما إذا كان قيمة التالف عشرة دنانير، و قيمة مثله يوم الأداء - و بلد الأداء - خمسة دنانير ولولا هذا الاجماع كان مقتضى الآية و العرف رعاية المائلة في المالية كما حقّقه المصنّف رحمه الله.

ثانيهما: الأخبار الواردة في ضمان دراهم أسقطها السلطان عن المعاملة بها، و ضرب دراهم أخرى و روجها، فتقلّ مالية الدراهم المنسوخة. و قد حكم الامام عليه السلام بأنّ ذمة المديون مشغولة بتلك الدراهم الأولى لا الدراهم الجديدة. فإنّ هذه الأخبار تدلّ على أنّ التالف المثليّ مضمون بمثله حتى مع حطّ قيمته، هذا.

و أمّا القيميّ الذي أجمعوا على كونه قيمياً فيضمن بالقيمة سواء وُجد بمائله في الصفات أم لم يوجد.

الصفات التي يختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته - في زمان^(١) الدفع أو مكانه - عن قيمة التالف، بناءً على^(٢) تحقق الاجماع على إهمال هذه التفاوت.

مضافاً إلى الخبر^(٣) الوارد في «أنّ اللازم على من عليه دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هي الدراهم الأولى».

و أمّا التالف المشكوك مثليته و قيمته - لاختلاف الأصحاب في ذلك - فإن تساوت قيمة المضمون و قيمة المدفوع بدلاً عنه ألحق بالمثل، و لا يجزي أداء القيمة. و إن اختلفت القيمتان ألحق بالقيمي، و لا يكفي دفع المماثل الذي نقصت قيمته عن قيمة المضمون، هذا.

(١) يعني: أنّ منشأ نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف أحد أمور ثلاثة، إمّا هو الزمان بأن كان التالف عزيز الوجود، كالفاكهة في أول أوانها، فأداه الضامن في موسم وفورها. و إمّا هو المكان كما إذا ضمن في بلد يعزّ وجود التالف فيه، لكونه منقولاً إليه من بلد آخر، فأداه الضامن في بلد ثالث يكون المثل فيه أنقص قيمةً من بلد الضمان. و إمّا هو الزمان و المكان معاً. و الأمثلة واضحة. و المقصود أنّ تنزّل قيمة المثل لا يقدح في فراغ الذمة، للاجماع و النص.

(٢) قيد لقوله: «يضمن بالمثل و إن فرض نقصان» و هذا إشارة الى أول الوجهين على عدم قدح نقصان قيمة المثل عن قيمة المضمون.

(٣) هذا وجه ثانٍ لكفاية ردّ مثل المضمون و إن نقص قيمته عنه، و المراد بالخبر هو الجنس لا الشخص، لورود هذا الحكم في خبرين. كمكاتبة يونس إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: «أنّه كان لي على رجل عشرة دراهم، و أنّ السلطان أسقط تلك الدراهم، و جاءت دراهم [بدراهم] أعلى من تلك الدراهم الأولى، و لها اليوم وضیعة، فأی شيء لي عليه؟ الأولى التي أسقطها السلطان، أو الدراهم التي أجازها

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة، بناءً^(١) على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك^(٢)، وإن وجد مثله^(٣) أو كان^(٤) مثله

السلطان، فكتب: لك الدراهم الأولى»^(١).

بتقريب أن الدراهم الأولى الساقطة عن الزواج لم تخرج عن المائتة رأساً، لأن مادتها فضة، وهي لا تسقط عن القيمة بمجرد إسقاط الهيئة والسكة، وإنما تنقص قيمتها عن الدراهم الرائجة. مثلاً إذا كانت عشرة من الدراهم الأولى تساوي ديناراً، فبعد إسقاطها يكون الدينار بعشرين منها أو بثلاثين، وهذا هو تنزل المائتة، لا السقوط عن التقويم رأساً.

(١) متعلق بـ «يضمن بالقيمة» يعني: أن ضمان ما أجمعوا على قيمته بالقيمة مبني على تسلّم الكبرى، وهي ضمان القيمي بقيمته لا بمائله عرفاً، فلولا هذا الإجماع إقتضت الآية الشريفة ضمانه بالمائل، ثم بالقيمة.

(٢) أي: على ضمان القيمي بالقيمة، قال في الأمر السابع: «فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسر المثل له، كما في من أ تلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه ... هو الإجماع كما يستظهر».

(٣) كما لو أ تلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً، فإن مثل التالف ليس بعزيز الوجود، ومع ذلك فالمضمون به هو القيمة، للإجماع على قيمة الأقمشة والنياب.

(٤) كما لو أ تلف عبداً، ولهُ على سيّده بسبب القرض أو السلم عبداً بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر، بل على المتلف قيمة العبد المتلف. وعلى المقترض أو البائع سلماً أداء ما في ذمته من العبد إلى مالكه.

في ذمة المالك^(١).

و ما^(٢) شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم إختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف ألحق بالقيمي^(٣)، فتأمل^(٤).

(١) و لولا الاجماع على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة كان اللازم التهاثر في مثال إتلاف العبد.

(٢) هذا حكم الشك في مثلية التالف و قيمته، و قد أوضحناه آنفاً.

(٣) لعل وجه إلحاقه بالقيمي هو عدم إمكان المثل المماثل للتالف في المالية، فيصير من قبيل تعذر المثل الموجب لجواز دفع القيمة.

(٤) لعله إشارة إلى: أن مقتضى الدليلين السابقين إعتبار المماثلة في المالية، والمفروض فقدانها، فالدليلان قاصران عن الدلالة على الاجتزاء به. و لعدم الدليل على الاكتفاء بالقيمة يدور الأمر بين المثل و القيمة، و المرجع فيه أصالة الاشتغال كما تقدم.

أو إشارة إلى: أنه مع فرض تحقق الاجماع على إهمال التفاوت بين قيمتي التالف و المدفوع لا وجه لإلحاق المثلي بالقيمي مع إقتضاء الآية الضمان بالمثل.

الخامس^(١): ذكر في القواعد: «أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل
ففي وجوب الشراء تردّد» إنتهى^(٢).

٥ - إرتفاع ثمن المثلي

(١) هذا البحث متفرّع على ما تحقّق في الأمر الرابع من ضمان المثليّ بالمثل،
للاجته الثلاثة المتقدّمة من آية الاعتداء وإطلاق نصوص الضمان مقامياً و الإجماع،
فيحرز إشتغال الذمّة بالمثل. هذا مع عدم تفاوت قيمتي المثل من زمان ضمانه إلى زمان
أدائه. و أمّا إذا إرتفعت قيمته بأن صارت قيمته أضعاف قيمته وقت ضمانه فهل يجب
على الضامن تحصيل المثل أم يكفي ردُّ ثمنه الذي كان حين ضمانه؟

و كذا يتّجه هذا البحث بناءً على قصور الأدلّة عن إثبات ضمان المثليّ بمثله،
و قلنا بتخيير المالك بين مطالبة المثل و القيمة.

و أمّا بناءً على القول بتخيير الضامن بينهما لم يبقَ موضوع لهذا البحث، لجواز
إقتصار الضامن على القيمة، هذا.

(٢) العبارة الموجودة في القواعد و في متن جامع المقاصد و مفتاح الكرامة هي:
«ولو تعذّر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله، ففي وجوب الشراء نظر»^(١).

«١» قواعد الأحكام، ص ٧٩ (الطبعة الحجرية)؛ مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٤؛ جامع المقاصد، ج ٦،

أقول^(١): كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل^(٢)، بأن صار

و وجه النظر ما أفاده في التذكرة بقوله: «إذا أُلِفَ المثلُ وجب عليه تحصيل المثل، فإنَّ وَجَدَه بضمن المثل وجب عليه شراؤه بلا خلاف. وإن لم يجده إلَّا بأزيد من ثمن المثل ففي إلزامه بتحصيله إشكالٌ. ينشأ من أنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدى. ومن أنَّ المثل كالعين، و ردُّ العين واجب وإن لزم في مؤونته أضعاف قيمته. وللشافعية وجهان. أظهرهما الأخير. وربما يمكن الفرق بين المثل والعين بأنه تعدى في العين دون المثل، فلا يأخذ المثلُ حُكْمَ العين»^(١).
و الأول وجهٌ لعدم وجوب الشراء، والثاني وجهٌ لوجوبه كما لا يخفى.

و جعل المحقق الثاني رحمته منشأً لنظر العلامة رحمته: «لزوم الضرر المنفي عن الضامن، فلا يجب عليه الشراء بأكثر من ثمن المثل. و أنَّ القدرة على المثل موجودة، فيجب شراؤه» ثم رجَّح الوجوب كما صنعه العلامة في التحرير^(٢).

(١) ناقش المصنّف رحمته في تردّد العلامة و حَكَمَ بوجوب شراء المثل سواء أكانت زيادة قيمته لأجل إرتفاع قيمته السوقية، لارتفاع أسعار السلع بحيث قل ما تتساوى قيمة الأمتعة في مبدأ الشهر و منتهاه، أم كانت لأجل عِزَّة وجود المثل ككونه عند من يضمن به، و لا يبيعه إلَّا بأكثر من قيمته المتعارفة. ولو كان كثير الوجود لم يرتفع قيمته السوقية. لكنّه رحمته في بادئ الأمر فصل بين الصورتين، كما سيّضح.

(٢) هذا هو أحد منشئي كثرة ثمن المثل. و محصله: أنَّ تردّد العلامة إن كان في صورة إرتفاع القيمة السوقية، لم يكن له وجه، لأنَّ وجوب الشراء إجماعي، كما إذا

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٤، أواخر الصفحة.

«٢» تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٣٩.

قيمتُهُ أضعافَ قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنَّه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: «إذا غصب ما له مثلٌ كالحبوب والأدهان فعليه مثلُ ما تلف في يده، يشتريه بأيِّ ثمن كان بلا خلاف»^(١).

و في المبسوط: «يشتريه بأيِّ ثمن كان إجماعاً»^(٢) إنتهى.
و وجهه عمومُ النصِّ و الفتوى^(١) بوجوب المثل في المثلي.
و يؤيِّده فحوى^(٢) حكمه بأنَّ تنزُّلَ قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف

أُتلف زيدٌ حنطةً من عمرو، فأراد ردَّ مماثلها بعد عام، وقد بلغت قيمة الحنطة ضعفَ ما كانت عليه، فإنَّه لاريب في وجوب الشراء مقدَّمة لأداء المثل إلى المضمون له.
و يدلُّ عليه وجوه ثلاثة، أوَّلها: الإجماع الذي إدَّعاه شيخ الطائفة في المبسوط والخلاف.

ثانيها: إطلاق آية الاعتداء، القاضي بوجوب ردِّ المثل سواء توقَّف على الشراء أم لا، و سواء أكان شراؤه بثلثي المثل أم بأزيد منه.
ثالثها: إطلاق فتوى الأصحاب بوجوب ردِّ المثل مهما كلف من مؤونة.
(١) الظاهر أن المراد بعموم النص عموم آية الاعتداء، و المراد بالعموم هو الإطلاق الأحوالي كما أوضحناه.

(٢) تقريب الفحوى: أنَّ دفع المثل مع نقصان قيمته عن قيمة التالف إنما هو لصدق المماثلة، فإذا صدق عليه أنَّه مماثل مع عدم مماثلته للتالف في المالِيَّة بحدِّها، فصديق المماثل عليه مع بلوغه قيمة التالف و زيادة يكون بالأولويَّة، لأنَّه مماثل له في الحقيقة و المالِيَّة حقيقة لا عناية لمجرّد المماثلة في الصورة.

«١» الخلاف، ج ٣، ص ٤١٥، المسألة ٢٩ من كتاب الغصب.

«٢» المبسوط، ج ٣، ص ١٠٣.

لا يوجب الانتقال إلى القيمة. بل ربما احتمل بعضهم ذلك^(١) مع سقوط المثلي في زمان الدفع عن المائيّة^(٢) كالماء على الشاطيء^(٣) و الثلج في الشتاء.
و أمّا^(٤) إن كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يُعطيه بأزيد

و يمكن تقريب الفحوى بنحو آخر، و هو: أن حكمهم بعدم الانتقال إلى القيمة في صورة التنزل يقتضي عدم مراعاة قاعدة «نفي الضرر» بالنسبة إلى تضرر المالك به، فعدم مراعاة قاعدة الضرر بالنسبة إلى الضرر الوارد على الضامن - بازدياد ثمن المثل - أولى، لأن الضامن أقدم على ضرر نفسه.

(١) أي: عدم الانتقال إلى القيمة مع سقوط المثل عن التقويم، و المحتمل هو العلامة في القواعد، من دون ترجيح له و لا لخلافه، و قد تقدم كلامه في الأمر الرابع. و مال إليه في الجواهر^(١).

(٢) متعلق بقوله: «سقوط».

(٣) يعني: أ تلف الضامن الماء في مفازة حيث يُبذل المال الكثير لتحصيله، فأراد دفع ذلك المقدار من الماء على شاطئ النهر بحيث لا يُبذل فلس بإزائه. و كذا الحال في إتلاف الجمد و الثلج في حر الصيف، فأراد دفع مماثلها في الشتاء.

(٤) هذا عدل قوله: «إن كانت لزيادة القيمة السوقية» و كان الأولى أن يقال: «و إن كانت لأجل تعذر المثل...» و كيف كان فلم نظفر في العبارة بجواب «و أمّا» فلاحظ و تأمل.

و احتمال «كون - و الظاهر - غلطاً، و أن الصواب إقترانه بالفاء ليكون جواب الشرط» ضعيف، إذ بعد فرض كون النسخة الصحيحة كذلك لا يصلح لأن يكون جواباً، لعدم الارتباط بين الشرط و الجزاء، إذ لا يكون قوله: «و الظاهر» مرتبطاً بما قبله، فإن الجواب لابد أن يكون مترتباً على الشرط، و هو مفقود هنا كما لا يخفى.

مما يرغب فيه الناس مع^(١) وصف الاعواز، بحيث يُعَدُّ بذل ما يُريد مالكة بإزائه ضرراً عرفاً. والظاهر أنَّ هذا هو المراد بعبارة القواعد، لأنَّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل. وإنَّما زاد على ثمن التالف يوم التالف. وحينئذٍ^(٢) فيمكن التردُّد في الصورة الثانية

مع أنَّ مقصوده حمل ترديد العلامة ^١ على هذه الصورة الثانية، وهذا الحمل أجنبي عن بيان الحكم الذي يناسب الجزاء.

(١) متعلق بقوله: «يرغب» يعني: أنَّ رغبة الناس فيه مع إعوازه لا تقتضي زيادة قيمته بمقدارٍ يريده مالكة، فزيادة الثمن حينئذٍ ليست لارتفاع القيمة السوقية عند الاعواز، بل لأجل طمع المالك وإجحافه، بحيث يُعَدُّ بذل ما يطلبه بائع المثل ضرراً عرفاً.

و حاصل الفرق بين الصورة الأولى - وهي ما أفاده بقوله. «كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة الخ» - والصورة الثانية وهي قوله: «و أمَّا إن كان لأجل تعذر المثل الخ» هو: أنَّه في الصورة الأولى لا يصدق «الأكثر من ثمن المثل» إذ المفروض إرتفاع قيمة المائل للتالف، فالثمن الفعلي للمثل هو نفس ثمن المثل، لا أكثر منه. نعم هو أكثر من ثمن التالف يوم تلفه.

بخلاف الصورة الثانية، فإنَّه يصدق عليها ذلك، إذ المفروض كون الثمن الذي يُريده المالك أكثر من قيمته السوقية التي يرغب فيها الناس بوصف الاعواز، كما إذا كانت قيمته السوقية بهذا الوصف عشرة دراهم والمالك يريد خمسة عشر درهم، فإنَّ صدق «أكثر من ثمن المثل» عليه حينئذٍ من الواضحات، و يصدق عليه أنَّ المالك مجحف في هذه المعاملة، فيتَّجه البحث عن وجوب شراء المثل وعدمه.

(٢) يعني: حين إرادة بائع المثل أكثر من الثمن السوقي لمثل التالف بوصف إعوازه. والظاهر زيادة هذه الكلمة، للزوم التكرار، لوضوح أنَّ مفروض الصورة الثانية إرادة بائع المثل زيادةً على ثمنه الواقعي، فلا حاجة إلى كلمة «حينئذٍ»

- كما قيل^(١) - من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدى، وأنه^(٢) يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة، وهو ضرر^(٣).
ولكن الأقوى مع ذلك^(٤) وجوب الشراء وفاقاً للتحرير كما عن
الايضاح^(٥) والدروس و جامع المقاصد، بل إطلاق السرائر^(٦)، و نفي الخلاف

و على تقدير إسقاطها أمكن جعل «فيمكن» جواباً لقوله: «و أمّا» الشرطيّة.
و الأولى أن يقال: «في هذه الصورة» بإسقاط كلمة «الثانية»، أو إبقاؤها، وإن
كان إسقاطها أولى، للاستغناء عنها باسم الإشارة، و هي «هذه».

(١) القائل هو العلامة رحمته الله في التذكرة، و قد تقدّمت عبارته آنفاً.
(٢) معطوف على «أنّ الموجود» يعني: أنه يمكن معاندة بائع المثل بأن يطلب
أضعاف قيمته الواقعيّة، و هذا الوجه أفاده السيد العميد رحمته الله «٢».
(٣) هذا وجه تنزيل الموجود بأكثر من ثمن المثل منزلة المعدوم كالرقبة في
الكفارة، و من المعلوم أنّ الضرر منفي في الشريعة.
(٤) أي: مع كون الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم - و طلب أضعاف قيمته
ضرراً على الضامن - يكون الأقوى وجوب الشراء، قال المحقّق الثاني: «و الأصحّ
الوجوب، فإنّ الضرر لا يزال بالضرر، و الغاصب مؤاخذ بأشقّ الأحوال، فلا يناسبه
التخفيف، و هو الأصحّ» «٣».

(٥) الاتيان بكلمة «بل» لأجل أنّ ابن ادريس لم يكن من المصرّحين بوجوب
شراء المثل إذا زاد ثمنه على ثمن التالف، فنسبة هذا الحكم إليه إنّما هي لاقتضاء إطلاق

«١» الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٤. راجع تحرير الاحكام، ج ٢، ص ١٣٩.

إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٨، الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣

«٢» كنز الفوائد، ج ١، ص ٦٦١

«٣» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٦٠

المتقدّم عن الخلاف، لعين ما ذكر في الصورة الاولى^(١).
ثمّ إنه لا فرق^(٢)

كلامه بوجوب ردّ المثل، سواء تغيّرت الأسعار أم لم تتغيّر. ولو كان نظره عليه السلام إلى صورة مساواة ثمن المثل لثمن التالف لنتبه عليه، و من المعلوم أنّ عدم تقييد وجوب أداء المثل بصورة المساواة كاشف عن إطلاق الحكم. قال عليه السلام: «فَمَنْ غَضِبَ شَيْئاً لَهُ مِثْلٌ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّهُ بَعِينَهُ، فَإِنْ تَلَفَ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ»^(١). و الجملة الأخيرة هي محطّ نظر المصنّف عليه السلام من نسبة الاطلاق إليه، و هو كذلك.

نعم قال في موضع آخر: «فَأَمَّا مَا لَهُ مِثْلٌ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ يَوْمَ الْمَطَالِبَةِ، تَغَيَّرَتِ الْأَسْعَارُ أَمْ لَمْ تَتَغَيَّرْ...»^(٢). و هذا تصريح بالاطلاق، بناءً على أنّ المراد بالتغيّر الارتفاع، ولعلّ المصنّف عليه السلام لم يظفر بهذه العبارة و نسب الاطلاق إلى ابن إدريس عليه السلام.
(١) و هي كون زيادة الثمن لأجل رواج السوق، فإنّ ما ذكر فيها - من عموم النصّ و الفتوى - آتٍ هنا، و لا مجال لقاعدة الضرر، لأنّها مخصّصة بأدلة الضمان. فالمتعيّن الرجوع إلى إطلاق تلك الأدلة المخصّصة.
نعم تجري قاعدة نفي الحرج إذا لزم الاجحاف بحال الضامن، فإنّ هذه القاعدة تنفي وجوب الشراء.

إلا أن يقال: إنّ قاعدة نفي الحرج أيضاً مخصّصة بتلك الأدلة المخصّصة، خصوصاً بملاحظة «مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال».

(٢) لاطلاق أدلة الضمان، يعني: كما أنّ إطلاقها يقتضي وجوب شراء المثل بأكثر من ثمن المثل، لارتفاع الأسعار مرّ الزمان، كذلك يقتضي وجوب شرائه في بلد آخر - غير بلد تلف العين - إذا طالبه المالك بالمثل. سواء أكانت قيمتا البلدين متساويتين أم كانت قيمة بلد المطالبة أزيد.

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٨٠

«٢» المصدر، ص ٤٩٠

في جواز مطالبة^(١) المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره. ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا، وفاقاً^(٢) لظاهر المحكي^(٣) عن التحرير والتذكرة والإيضاح والدروس وجامع المقاصد. وفي السرائر: «أنه الذي يقتضيه عدل الاسلام والأدلة وأصول المذهب»^(٤).

و الوجه فيه إشتغال ذمة الضامن بالمثل، فللمضمون له مطالبة حقه. إلا إذا تعذر تحصيله، فينتقل إلى قيمته حينئذٍ كما سيأتي تفصيله في الأمر السادس إن شاء الله تعالى.

(١) المصدر مضاف إلى الفاعل، و ضمير «كونه» راجع إلى المثل.
(٢) و خلافاً لما في المبسوط من «لزوم قيمته في بلد الغصب، أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفي ذلك، للضرر المنفي»^(٥). لكن قد عرفت الاشكال في العمل بقاعدة الضرر من عدم شمولها للحكم الثابت بعنوان الضرر كالضمانات.
(٣) كلام ابن إدريس رحمته الله لا يختص برّد المثل في غير بلد التلف، لتصريحه بأنه حكم بدل التالف سواء أكان مثلياً أم قيميّاً، فلاحظ قوله: «إذا غصب منه مالاً مثليّاً بمصر، فلقية بمكة، فطالبه به. فإن كان المال له مثل، فله مطالبته، سواء اختلفت القيمة في البلدين، أم اتفقت. وإن كان لا مثل له، فله مطالبته بقيمته يوم الغصب، دون يوم المطالبة، إذا أهلكه و أتلفه في يوم غصبه ... و لأنّ المغصوب منه لا يجب عليه الصبر إلى حين العود إلى مصر، بل يجب على الغاصب ردّ مثل الغصب إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل، فإنّ هذا الذي يقتضيه عدل الاسلام والأدلة، و لا يعرج إلى

«١» الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٢. و لاحظ تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٢٩، تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣ و ٣٨٤، إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٧، الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٤، جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٢.

«٢» المبسوط، ج ٣، ص ٧٦.

و هو^(١) كذلك، لعموم «الناس مسلطون على أموالهم»^(٢) «١». هذا^(٣) مع وجود المثل في بلد المطالبة.
و أمّا مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة (*).

خلافه بالآراء والاستحسان»^(٢).
و منه ظهر أن كلمة: «و أصول المذهب» غير موجودة في ما بأيدينا من نسخة السرائر و إن نقله عنه السيد العاملي أيضاً.
(١) يعني: أن ما حُكي عن جمع - من جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف - هو المتعين، لعموم سلطنة الناس على أموالهم.
(٢) فإن إطلاقه يقتضي سلطنة المالك على المطالبة في كلّ مكان و زمان و بأيّ سعرٍ كان، و ليس للضامن حبسه عنه.
و مع هذا الاطلاق لاحاجة إلى التمسك بمثل «على اليد» أو «كلّ مفصوب مردود» حتى يورد عليه بقصوره، بدعوى «إنصرافه إلى خصوص مكان ذلك المال». لكن يمكن أن يقال: إن كانت سلطنة المالك على المطالبة في بعض الصور حرجيّة فتتنبى بقاعدة الحرج، فلا بدّ من ملاحظة موارد المطالبة زماناً و مكاناً، و عزّة و كثرة للمثل، و تنزلاً و ترقياً من حيث القيمة. ففي كل موردٍ تكون مطالبة المالك حرجيّة يرتفع جوازها بنفي الحرج، فتأمل.
(٣) أي: جواز المطالبة في غير بلد التلف.

(*) تحقيق المقام: أنه قد استدلّ بأية الاعتداء على وجوب شراء المثل ولو بأكثر من قيمة مماثله. لكن قد عرفت الاشكال في الاستدلال بها على ما نحن فيه.
و قد أستدلّ أيضاً عليه بالاجماع تارةً، و بأنّ الحكم بعدم وجوب الشراء على الغاصب يستلزم الضرر على المالك أخرى.

«١» عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٢، الحديث: ٢٩ و ص ٤٥٧، الحديث ١٩٨

«٢» السرائر، ج ٢، ص ٤٩٠ و ٤٩١

ولا يعارض ضرر المالك بضرر الضامن ليندرج المقام في تعارض الضررين كي لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل. وذلك لأن ضرر الضامن إنما نشأ عن إقدامه، فلا تجري قاعدة الضرر في حقه، فتجري في طرف المالك بلا معارض، فيجب شراء المثل ولو بأكثر من ثمن المثل.

لكن فيه: أن الإقدام ليس إلا في الغصب و ما هو بمنزلته من العلم بفساد العقد الموجب للقبض. و أما مع الجهل بالفساد فلا إقدام، فالضرران متعارضان. و مقتضى أصل البراءة عدم وجوب شراء المثل بأكثر من القيمة السوقية.

إلا أن يقال: إن إستصحاب بقاء ما في الذمة من المثل و عدم إنتقاله الى القيمة يقضي بلزوم شراء المثل بأي ثمن كان.

والذي ينبغي أن يقال هو: أن قاعدة الضرر لا تجري في الضمانات، لأن موضوعها الضرر، كالخمس و الزكاة، فإن المقتضي لوجود شيء يمتنع أن يكون رافعاً له، فقاعدة الضرر لا تجري في الضمانات أصلاً، فلا موضوع لتعارض ضرر المالك و الضامن، ولا لدفعه بقاعدة الإقدام من ناحية الضامن.

مضافاً إلى ما فيها: من كونها أخص من المدعى، لاختصاصها بالغصب و ما هو بمنزلته، إذ لا إقدام على الضمان في غير الغصب.

فالمرجع إطلاق أو عموم أدلة الضمان و عموم سلطنة الناس على أموالهم. هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى المذكورة في المتن، و هي كون زيادة القيمة لأجل الرواج السوقى، لا العناد المالكى و لا طمعه. و مع هذا الإطلاق لا تصل النوبة إلى أصل عملي من إستصحاب أو براءة أو اشتغال.

نعم إذا لزم الحرج كما إذا كان مجحفاً لم يجب الشراء لقاعدة نفي الحرج. و أما الصورة الثانية - و هي كون زيادة القيمة غير مستندة إلى الرواج بل إلى عناد بائع المثل أو طمعه - فحكمها كما في المتن حكم الصورة السابقة، لجريان ما ذكر من الأدلة من عموم النص و الفتوى و الاجماع المستفاد من نفي الخلاف - في الخلاف - في

.....

هذه الصورة حرفاً بحرف.

وبالجملة: فإطلاق أدلة ضمان المثلي بالمثل محكمة، فيجب شراؤه ولو بأكثر من ثمن المثل، إذ المفروض عدم جريان قاعدة الضرر في الضمانات. وعلى تقدير جريانها تسقط بمعارضتها لضرر المالك. فيبقى إطلاق أدلة الضمان سليماً عن المعارض، ومقتضاه وجوب شراء المثل بأي ثمن كان.

إلا أن يقال: إن قاعدة الضرر لا ترفع الحكم المجعول في مورد الضرر إذا كان الضرر بمقدار يقتضيه طبع الحكم كما في الصورة الأولى. وأما إذا كان الضرر زائداً على ذلك ومرتّباً على أمور خارجة عما يقتضيه طبع الحكم، كما إذا كان مرتّباً على عناد بائع المثل أو طمعه، فينفي بقاعدة الضرر، لأنه خارج عن حيلة الضمان العقلاني وكون المثل في عهدة الضامن.

و بعبارة أخرى: ليس الضرر الزائد جزء مالية المثل الثابت على عهدة الضامن، وما ثبت بالضمان هو المثل بماليته السوقية لا بالمالية الخاصة التي يريدها شخص للطمع أو العناد، فإن ذلك خارج عن حيلة الضمان الشرعي والعرفي.

و عليه فلا يجب شراء المثل في الصورة الثانية، لقاعدة الضرر بالنسبة إلى الضامن، فينتقل إلى القيمة.

لكن يمكن أن يقال: بناءً على إطلاق لفظي لأدلة الضمان - كآية الاعتداء والروايات - لا تجري قاعدة الضرر في الصورة الثانية أيضاً، إذ المفروض وفاء الإطلاق بجعل الحكم الضروري بالنسبة إلى الضرر الزائد على القيمة السوقية، وحيث إن موضوع هذا الحكم هو الضرر فلا يرتفع بقاعدة الضرر، فحينئذ لا فرق في وجوب الشراء بين صورتين.

نعم بناءً على كون مستند الحكم بكيفية الضمان - أي ثبوت المثل في المثلي والقيمة في القيمي في عهدة الضامن - هو الدليل اللبّي من السيرة أو الاجماع، فالمتيقن هو وجوب الشراء في الصورة الأولى، فيرجع في الصورة الثانية إلى الأصل العملي، وهو

إستصحاب الضمان بالمثل، إن لم تجر قاعدة الضرر في الشراء بالزيادة على القيمة السوقية، لمعارضتها بضرر المالك، أو حرجه. ولو كان الشراء حرجياً و لم يعارضه ضرر المالك أو حرجه لم يلزم شراؤه، لكون الحرج رافعاً له، فلا يجري حينئذ إستصحاب بقاء المثل في الذمة حتى يجب شراء المثل بثمن كثير يريده بائع المثل.

فتلخص ممّا ذكرناه: أنّه في الصورة الثانية لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل، من غير فرق في ذلك بين كون دليل الضمان بناء العقلاء أو الاجماع أو مثل آية الاعتداء. أمّا على الأولين فلائ الضمان العرفي مبني على المتعارف عندهم من إعتبار القيمة السوقية إرتفاعاً وإنحطاطاً، فلو تنزل السعر السوقي ليس للمالك الامتناع عن أخذ المثل. كما أنّه لو ترقى ليس للضامن الامتناع من إعطاء المثل، بل يجب عليه شراؤه ولو بأكثر من ثمن المثل.

فإذا كانت كثرة الثمن غير مستندة إلى القيمة السوقية بل إلى الأغراض الأخر كالعناد أو الطمع - فهي غير مضمونة عرفاً على الضامن، لأنّ الدليل لبّي. و المتيقن منه هو ضمان المثل بقيمته السوقية قلّت أو كثّرت، فلا يشمل ما إذا كانت كثرة الثمن لغير الرواج السوقي، فتنبه قاعدة الضرر أو الحرج.

و حينئذ لا يجري إستصحاب بقاء المثل في الذمة، لأنّ الدليل الاجتهادي ينفي الضمان، و يجعل المثل الموجود في هذه الصورة كالمثل المتعذر، فينتقل إلى القيمة. كما أنّ قاعدة السلطنة القاضية بجواز مطالبة المالك بالمثل - و إن كثر ثمنه لا لأجل رواج السوق - محكومة بقاعدة الضرر أو الحرج.

و أمّا على الثالث فلائ المنساق منه عرفاً أيضاً هو الضمان العقلاني الذي يبنى عليه إطلاق أدلة الضمان. و على تقدير الاطلاق تكون قاعدة الضرر حاكمة عليه، و تخصّه بالضمان المتعارف أعني به القيمة السوقية.

و بالجملة: فدليل الضمان لفظياً كان أم لبياً لا يقتضي وجوب شراء المثل بثمن لا يقتضيه رواج السوق، بأن نشأ عن داع نفساني كالطمع و العناد.

السادس^(١): لو تعذر المثل في المثلي،

(١) هذا الأمر من فروع الأمر الرابع الذي تحقق فيه أن المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف عند القابض يضمن بمثله إن كان مثلياً، و بقيمته إن كان قيميّاً. خلافاً لما نسب إلى ابن الجنيّد. فبناءً على إشتغال ذمّة الضامن بمثل التالف - في المثلي - يتّجه البحث عن حكم تعذر المثل، وإنقلاب المضمون إلى القيمة. و يقع الكلام في تعيين قيمة المثل المتعذر هل هو ثمنه يوم الأداء إلى المضمون له، أم يوم تعذر المثل، أم غير ذلك من الاحتمالات التي سيأتي تفصيلها إن شاء الله تعالى؟

و لا بأس - قبل توضيح المتن - بالإشارة إلى أمرين:

الأول: أن تعذر المثل قد يكون ابتدائياً أي من حين تلف العين، بأن يعزّ وجود المتاع المثلي في مدّة من الزمن، فتلفت العين فيها. و قد يكون طارئاً، بأن يوجد المثل حين تلف العين و لم يحصله الضامن تساهلاً حتى تعذر المثل.

و إنقلاب الضمان بالمثل إلى الضمان بالقيمة و إن كان في كلتا صورتين. إلا أن المقصود بالبحث فعلاً كما صرح المصنّف رحمه الله به بقوله: «إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحقّقه ابتداءً كما في القيميّات، و بين طروّه بعد التمكن كما فيما نحن فيه» هو التعذر الطارئ. و أمّا إذا فُقد المثل وقت التلف فسيأتي حكمه.

الثاني: أن وجوب أداء ما في الذمّة لا يتوقّف على مطالبة من له الحق كما في المغصوب، فإن الغاصب مأمور برده - بنفسه أو ببذله - إلى المغصوب منه، سواء طالبه به أم لم يطالبه، لاطلاق «أن المغصوب مردود»، و المبيع بالبيع الفاسد يكون كالمغصوب في عدم توقّف وجوب رده إلى مالكه على المطالبة. نعم إن لم نقل بجرمة إمساكه كما تقدّم من شيخ الطائفة و الحليّ رحمه الله لم يجب رده فوراً بدون المطالبة.

فمقتضى القاعدة^(١) وجوب دفع القيمة

و الصحيح من الوجهين هو الأول كما حققه المصنف رحمه الله في الأمر الثاني، و أنه يجب رده فوراً إلى مالكة.

و هذا جارٍ في صور ثلاث: إحداها: بقاء المبيع بالمبيع الفاسد. ثانیها: تلفه مع كونه مثلياً محكناً الحصول. ثالثها: تلفه مع كونه قيمياً. فيجب رد المبيع - في الصورة الأولى - و بدله في الصورتين الأخريين إلى مالكة فوراً.

و بقي حكم صورة واحدة، أعني بها كون المبيع مثلياً، و قد تلف و تعذر تحصيله، و قد عقد المصنف هذا الأمر لتحقيقه، و تعرض لجهات من البحث. الأولى: اشتراط إنقلاب الضمان من المثل إلى القيمة بمطالبة المالك. الثانية: تعيين القيمة التي تجب بمطالبة المالك، هل هي قيمة المثل يوم الاعواز أم يوم الدفع أم غيرهما؟ و في هذه الجهة تفصيل الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة رحمه الله. الثالثة: في أن محل النزاع هل يختص بالتعذر الطارئ أم يعم الابتدائي؟ الرابعة: في أن مناط إعواز المثل فقده في بلد التلف. الخامسة: في كيفية تقويم المثل مع فرض تعذره و فقده. السادسة: في جواز مطالبة الضامن بالمثل لو وُجد في بلد آخر غير بلد التلف. السابعة: في حكم خروج المثل الموجود عن المالكية و التقويم، و أنه ملحق بتعذر المثل أم لا؟

و سيأتي الكلام في كل منها إن شاء الله تعالى.

(١) هذه هي الجهة الأولى. و توضيحها: أن المصنف رحمه الله بنى إنقلاب الضمان من المثل إلى القيمة على مطالبة المالك، إذ لو لم يطالب لم يكن دليل على إزمائه بقبول القيمة، لفرض أن ذمة الضامن مشغولة بالمثل، و مجرد التعذر و الاعواز لا يسقط المثل عن العهدة، للفرق بين الأحكام التكميلية التي تتغير بطرء العناوين الثانوية، و بين الأحكام الوضعية كالضمان، فلو صبر المالك إلى أن يتيسر للضامن أداء المثل لم يتجه إزمائه بقبول القيمة، هذا.

مع مطالبة^(١) المالك، لأنّ منع المالك ظلم^(٢)، وإلزام الضامن بالمثل سنيّ بالتعذر،
فَوَجَبَ القيمة جمعاً بين الحَقَّين^(٣).
مضافاً إلى قوله تعالى:

و أما إذا طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر، فقد إستدلّ المصنف ﷺ بوجهين على
وجوب بذل القيمة على الضامن.
أحدهما: الجمع بين حقّ المالك و الضامن. و الآخر: آية الاعتداء، و سيأتي
بيانها.

(١) وجهٌ تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك هو إستقرار المثل في ذمّة
الضامن، و عدم كون القيمة في رتبة المثل، بل هي في طوله و متأخرة عنه رتبةً. و هذا
التقييد لا ينافي كون المقبوض بالبيع الفاسد كالمغصوب ممّا يجب ردّه بنفسه أو ببدله إلى
المالك فوراً، و ذلك لعدم كون القيمة واجدةً لخصوصيّة المثل المستقرّ في العهدة حتى
يكون أداؤها مُسْقِطة له، و سيأتي مزيد توضيح له.

(٢) هذا أوّل الوجهين على وجوب اداء القيمة على الضامن، إستدلّ به المحقّق
الأردبيلي ﷺ و غيره^(١). و هو مقتضى الجمع بين حقّ المالك و الضامن.

أما حقّ المالك فهو إستحقاقه للقيمة بعد إسقاط الأوصاف النوعيّة التي هي من
حقوقه، فَلَهُ المطالبة بالقيمة، فلو أبى الضامن عن دفع القيمة إلى المالك كان ظلماً عليه،
و هو قبيح عقلاً و ممنوع شرعاً.

و أما حقّ الضامن فهو: أنّ مطالبة المثل منه غير جائزة، لسقوط التكليف
بسبب تعذّره، فلو ألزمناه بدفع المثل كان ظلماً عليه، و هو منفيّ عقلاً و شرعاً.

و الجمع بين الأمرين - بحيث لا يستلزم ظلماً على أحدهما - إنّما هو بإلزام
الضامن بأداء القيمة لو طالبه المالك بها.

(٣) و هو حقّ المالك و الضامن.

﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾^(١) فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا أُلْزِمَ بِالْقِيَمَةِ مَعَ
تَعَذُّرِ الْمَثَلِ لَمْ يَعْتَدَ عَلَيْهِ^(٢) أَزِيدَ مِمَّا اعْتَدَى^(٣).

و بالجملة: - بَعْدَ الْبِنَاءِ عَلَى كَوْنِ ذِمَّةِ الضَّامِنِ مَشْغُولَةً بِالْمَثَلِ حَتَّى يَعْدَّ تَعَذُّرَهُ
وَعَدَمَ سَقُوطِ الْأَوْصَافِ النَّوْعِيَّةِ بِدُونِ إِسْقَاطِ الْمَالِكِ لَهَا - لَا وَجْهَ لِلْإِذَا لِلضَّامِنِ إِتْيَا
بِقَبُولِ الْقِيَمَةِ، بَلْ لَهُ الْإِنْتِظَارُ إِلَى أَنْ يَوْجَدَ، إِذَا الْمَفْرُوضُ عَدَمُ كَوْنِ تَعَذُّرِ الْمَثَلِ مُسْقِطاً
لَهُ عَنِ ذِمَّةِ الضَّامِنِ، وَ مُوجِباً لِلإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ، فَلَا مُوجِبَ لِلْإِذَا لِلضَّامِنِ بِقَبُولِ
الْقِيَمَةِ.

و لَا يُقَاسُ إِعْوَازُ الْمَثَلِ بِتَلْفِ الْعَيْنِ، حَتَّى يَقَالَ: إِنَّ الْإِعْوَازَ يُوجِبُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى
الْقِيَمَةِ، كَمَا أَنَّ تَلْفَ الْعَيْنِ يُوجِبُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى الْمَثَلِ إِنْ كَانَ مِثْلِيّاً وَ الْقِيَمَةَ إِنْ كَانَ قِيَمِيّاً.
وَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا مَعْنَى لِبَقَاءِ الْعَيْنِ التَّالِفَةِ فِي الذِّمَّةِ، لِامْتِنَاعِ أَدَائِهَا بَعْدَ تَلْفِهَا.
فَالإِنْتِقَالُ إِلَى الْمَثَلِ أَوْ الْقِيَمَةِ بِالتَّلْفِ قَهْرِيٌّ، بِخِلَافِ إِعْوَازِ الْمَثَلِ، إِذَا لَمَانَعُ مِنْ ثُبُوتِ
كُلِّ الْمَثَلِ فِي الذِّمَّةِ إِلَى زَمَانِ الْأَدَاءِ، وَ لِذَا لَا يَجُوزُ لِلضَّامِنِ إِذَا لَمَانَعُ بِالْقِيَمَةِ. كَمَا
لَا يَجِبُ عَلَى الضَّامِنِ إِلَّا دَفْعُ قِيَمَةِ يَوْمِ الْأَدَاءِ، لَمَّا مَرَّ مِنْ عَدَمِ كَوْنِ الْإِعْوَازِ مُوجِباً
لِلإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ، بَلْ الْمَثَلُ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى يَوْمِ الْأَدَاءِ، فَتَعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الدَّفْعِ، لِأَنَّهُ
زَمَانُ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْقِيَمَةِ.

(١) هَذَا ثَانِي الْوَجْهَيْنِ عَلَى وَجوبِ أَداءِ الْقِيَمَةِ. وَ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ
شَيْخِ الطَّائِفَةِ رحمته الله مِنْ: أَنَّ الْمِثَالَةَ أَعَمُّ مِنْ كَوْنِهَا فِي الصُّورَةِ - وَ هِيَ الْمِشَارَكَةُ فِي الْحَقِيقَةِ -
وَ مِنْ كَوْنِهَا فِي الْمَالِيَةِ خَاصَّةً. وَ حَيْثُ إِنَّ الْقِيَمَةَ مِثَالَةٌ لِلتَّالِفِ فِي الْمَالِيَةِ دَلَّتِ الْآيَةُ
الشَّرِيفَةُ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَالِكِ الْإِعْتِدَاءُ عَلَى الضَّامِنِ بِأَخْذِ قِيَمَةِ مَالِهِ مِنْهُ، فَطَالِبُهُ
الْقِيَمَةَ إِعْتِدَاءً بِالْمَثَلِ، لَا بِأَزِيدَ مِنْهُ حَتَّى تَحْرُمَ.

(٢) هَذَا الضَّمِيرُ وَ الضَّمِيرُ الْمُسْتَرَفِي «إِعْتَدَى» رَاجِعَانِ إِلَى الضَّامِنِ.

(٣) لِأَنَّ الْقِيَمَةَ مِثْلُ التَّالِفِ فِي الْمَالِيَةِ، وَ الْمَفْرُوضُ دَلَالَةُ الْآيَةِ عَلَى جَوَازِ
الْإِعْتِدَاءِ بِالْمِثَالِ.

و أمّا^(١) مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة، لأنّ المتيقن^(٢) أنّ دفع القيمة علاجٌ لمطالبة المالك، و جمع^(٣) بين حقّ المالك بتسليطه

(١) معطوف على قوله: «مع مطالبة المالك» و قد تقدّم وجهٌ تقييد وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك بقولنا: «و بالجملة بعد البناء على كون ذمّة الضامن مشغولة بالمثل ... الخ».

(٢) هذا التعليل ظاهر في أنّ الوجه الأول - و هو الجمع بين الحقيين - لا يجري في ما إذا صَبَرَ المالك حتى يتيسّر المثل، و لم يطالب الضامن بالقيمة، لأنّه مالك للمثل في ذمّة الضامن. فهو مسلّط شرعاً على المطالبة ببدل المثل المتعذر، كما أنّ له الانتظار و عدم أخذ القيمة.

و أمّا الوجه الثاني - أعني به آية الاعتداء - فيستفاد من التعليل المزبور أيضاً عدم وجوب دفع القيمة في صورة عدم مطالبة المالك بها. و ذلك لأنّ المخاطب بجواز الاعتداء على المعتدي - كالضامن في ما نحن فيه - هو المالك، لقوله تعالى: «فاعتدوا» المنسلخ عن الوجوب. فللمعتدي عليه تفريم المعتدي بالمائل، الشامل للمائلة في مجرد المائلة خاصّة، و له الانتظار إلى زمان تيسّر المثل المصطلح الذي هو أقرب إلى التالف، لمساواته له في الحقيقة و المائلة معاً. و على كلّ فليس أمرٌ تفريغ الذمّة عن المثل أو القيمة موكولاً إلى الضامن حتى يجوز له تفريغ ذمّته عمّا اشتغلت به فوراً كي ينقلب ضمانه من المثل إلى القيمة، هذا.

(٣) هذا و قوله: «و حقّ الضامن» قرينة على أنّ غرضه من قوله: «لأنّ المتيقن» هو عدم المجال للاستدلال بالجمع بين الحقيين على جواز أداء القيمة حتى مع عدم مطالبة المالك بها.

لكن يستفاد منه أيضاً وجهٌ عدم دلالة الآية الشريفة، لقوله تعالى: «و أمّا عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل» لظهوره في توقف إنقلاب ما في الذمّة من المثل إلى القيمة على المطالبة التي هي من شؤون سلطنته على ماله التالف أو المتلف.

على المطالبة، و حقّ الضامن بعدم تكليفه^(١) بالمعذور^(٢) أو المعسور^(٣). أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل.

و ما ذكرنا^(٤) يظهر من المحكي^(٥) عن التذكرة و الايضاح، حيث ذكرنا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية^(٦) في حكم تعذر المثل ما لفظه: «أنّ المثل لا يسقط بالاعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به. و إنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمها» إنتهى.

(١) أي: تكليف الضامن.

(٢) فيما إذا لم يوجد المثل أصلاً، فلو كلف الشارع الضامن بدفع المثل كان معذوراً عن إمتثاله.

(٣) فيما إذا وُجد المثل في بلدٍ بعيد بحيث لا يخلو تحصيله و نقله من مشقةٍ شديدة منقبةً شرعاً.

(٤) أي: عدم سقوط المثل عن ذمّة الضامن بالتعذر و الاعواز - مجرداً عن مطالبة المالك و الانتقال إلى القيمة - إنّما هو لمطالبة المالك، بمقتضى سلطنته على مطالبة ماله، و الكلام المحكيّ عن التذكرة و الايضاح كالصريح في ذلك، فإنّ كلمة «تغريمها» تدل على إناطة أداء القيمة بمطالبة المالك غرامة ماله.

و لا يخفى أنّ العلامة رحمته وجّه بالعبارة المنقولة في المتن الاحتمال الرابع من الاحتمالات العشرة المحكيّة عن الشافعيّة. و الاحتمال الرابع هو ضمان أقصى القيم من يوم الغصب إلى وقت التغريم. و ليس في كلامه ردّ بعض الاحتمالات، إلّا من جهة إستلزام تقوية بعضها تضعيف ما عداها، فراجع التذكرة.

«(١) الحاكي هو السيد الفقيه العاملي رحمته في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٢. لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣، السطر ٢٥؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٥.
«(٢) ستأتي بقوله: «ثم إن في المسألة احتمالات أخر ذكر أكثرها في القواعد».

لكن أطلق^(١) كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل.
و لعلهم^(٢) يريدون صورة المطالبة، وإلا^(٣) فلا دليل على الإطلاق^(٤).

(١) يعني: أن إطلاق كثير منهم الحكم بالقيمة وقت تغريم الضامن - و عدم تقييده بالمطالبة - يقتضي الانتقال إلى القيمة عند تعذر المثل مطلقاً وإن لم يطالب المالك.

قال السيد الفقيه العاملي رحمته الله: «أما أنه ينتقل إلى القيمة عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم كما ستسمع، بل هو إجماعي ... و أما أنها تلزم يوم الاقباض لا الاعواز - وإن حكم بها الحاكم يوم الاعواز - فما صرح به في الخلاف و المبسوط والغنية و السرائر و الشرائع و التحرير و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان، و هو قضية من إقتصر على لزوم القيمة يوم الاقباض كالارشاد وغيره»^(١).

و أنت ترى خلوق كلامهم من قيد مطالبة المالك. و به يُشكل ما ذهب إليه المصنف رحمته الله وغيره من اشتراط وجوب دفع القيمة بمطالبة المالك.

(٢) غرضه توجيه الإطلاق المزبور، و حاصله: أنه يمكن أن يريدوا خصوص صورة المطالبة، لا مطلقاً حتى يكون مرادهم إنتقال المثل بالاعواز إلى القيمة.

(٣) يعني: و إن لم نحمل إطلاق حكمهم بالقيمة - عند تعذر المثل - على خصوص صورة مطالبة المالك أشكل الأخذ بظاهر كلامهم، لعدم دليل على إطلاق إنتقال المثل إلى القيمة.

(٤) كما هو مذهب القائلين بثبوت العين في الذمة، و لا ينتقل إلى البديل من المثل أو القيمة، خلافاً لغيرهم كالمصنف و جماعة، حيث ذهبوا إلى الانتقال إلى البديل بمجرد تلف العين و الاعواز.

و يؤيد ما^(١) ذكرنا: أن المحكي عن الأكثر في باب القرض «أنّ المعتذر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة»^(٢).
نعم^(٣) عبّر بعضهم بيوم الدفع،

(١) من عدم سقوط المثل عن ذمة الضامن بمجرد الاعواز و التعذر لو لم يطالبه المالك بالقيمة. وجه التأييد أن تعبير الأكثر «باعتبار قيمة العين المقرضة - المتعذر مثلها - يوم مطالبة المالك» يدل على كون موضوع كلامهم خصوص صورة المطالبة، فبدونها لا موجب لانقلاب ما في الذمة - من المثل - إلى القيمة.

و التعبير بالتأييد - دون الدلالة - لوجهين، أحدهما: أنه إستشهاد بكلام الأكثر، لا بدليل معتمد من نص أو إجماع، و من المعلوم أن فتوى الأكثر أو المشهور لا تصلح دليلاً على حكم شرعي.

و ثانيهما: أنه يحتمل أن يريدوا أن الانقلاب إلى القيمة كان في يوم تعذر المثل لا في يوم المطالبة. كما يحتمل أن يختص الحكم بباب القرض، لا في جميع موارد الضمان حتى المقبوض بالبيع الفاسد.

(٢) الحاكمي هو السيّد الفقيه العاملي، قال رحمته الله في شرح قول العلامة: «ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة» ما لفظه: «كما في السرائر و التذكرة و جامع المقاصد - لما استسمعه عنه في الدراهم - و مجمع البرهان و المسالك و الكفاية و المفاتيح، لأنّ الثابت هو المثل إلى أن يطالبه»^(١).

(٣) إستدراك على التأييد، و غرضه رحمته الله أن العلامة رحمته الله لم يعبر بقيمة يوم المطالبة، و إنما قال في المختلف: «و الأجود يوم الدفع»^(٢). فبناءً على وجوب رعاية قيمة يوم دفعها إلى المالك لا يتوقف إنقلاب المثل المتعذر إلى القيمة على مطالبة المالك، بل نفس التعذر موجب للإنتقال. و من المعلوم منافاة هذا لمذهب الأكثر، و لا يصحّ التأييد المزبور.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٤٨

«٢» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩٢

فليتأمل^(١).

و كيف كان^(٢) فلنرجع إلى حكم المسألة، فنقول:

(١) لعلّه إشارة إلى: أنّه لا بدّ أن يراد بيوم المطالبة يوم الدفع ايضاً، ضرورة أنّ المطالبة بنفسها لا تصلح سبباً لانتقال الحقّ من المثل إلى القيمة، وإلاّ لزم الانتقال إلى قيمة يوم المطالبة فيما إذا طالب ولم يقدر عليه الضامن، أو عصي ولم يؤدّ القيمة إلى أن زادت أو نقصت، ومن المعلوم أنّه ليس كذلك. فالتعبير بيوم المطالبة إنّما هو بالنظر إلى الغالب، وهو إنّهاده مع يوم الدفع.

لكن يشكل هذا الحمل بأنّ العلامة تتعلّق نقل أولاً فتوى ابن إدريس باعتبار يوم المطالبة، ثمّ أورد عليه بأنّ الأجود قيمة يوم الدفع، فكيف يمكن إرادة يوم واحد وهو يوم المطالبة و الدفع المترتب عليها حتى يكون اختلاف التعبير لفظياً؟ فالأولى جعل الأمر بالتأمل إشارة الى كفاية نظر الأكثر في مقام التأييد لو صحّ في نفسه.

(٢) أي: سواء تمّ التأييد المزبور - بتوجيه يوم الدفع بيوم المطالبة - أم لم يتم، فلنرجع إلى حكم المسألة، وهذا شروع في الجهة الثانية، وهو تعيين القيمة التي يجب على الضامن دفعها إلى المالك. فنقل المصنّف تتعلّق قولين في بادىء الأمر، ثمّ نقل احتمالات أخرى عن قواعد العلامة.

أمّا القولان فأولهما للمشهور، وهو اعتبار قيمة يوم الأداء، و ثانيهما للحليّ والعلامة في بعض المواضع، وهو اعتبار قيمة وقت تعذر المثل.

و إختار الماتن مذهب المشهور، و إستدلّ عليه بأنّ المثل لما لم يسقط عن ذمّة الضامن بمجرد إعوازه فهو باقٍ على عهده إلى زمان أداء قيمته، فإنّ دَفَعها سَقَطَ المثل، وإلاّ فلا، فزمان الانتقال إلى القيمة هو زمان دفعها، فيتعيّن رعايتها، ولا عبرة بقيمة يوم التعذر، ولا أقصى القيم من زمان التلف أو الاعواز إلى الأداء.

إنَّ المشهور^(١) أنَّ العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأنَّ المثل ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني^(٢). وقد عرفت^(٣) من التذكرة والايضاح ما يدلُّ عليه^(٤).

و يحتمل^(٥) إعتبار وقت تعذر المثل. و هو للحليّ في البيع الفاسد،

(١) كما في مفتاح الكرامة، حيث قال بعد عبارته المنقولة (في ص ٣٨١): «والحاصل: أنَّي لم أجد مخالفاً مِنَّا في ذلك، بل و لا متأملاً في هذا الباب إلَّا قوله في الايضاح: إنَّ الاحتمال الرابع أصحَّ، و إلَّا قوله في المفاتيح: و قيل وقت الاعواز»^(١).

(٢) حيث قال - في ردِّ القول بضمان أعلى القيم من وقت تلف المفسوب إلى الاعواز - ما لفظه: «و يضعف بأنَّ المثل لا يسقط من الذمة بتعذره، و أداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه، و لهذا لو تمكَّن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة، فما دام لم يأخذ المالك القيمة فالمثل باقٍ في الذمة بحاله»^(٢).

(٣) قبل أسطر، حيث قال: «و ما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن التذكرة والايضاح ... الخ»^(٣).

(٤) أي: ما يدلُّ على إعتبار قيمة يوم الدفع، و كلام التذكرة و الايضاح و إن كان تعليلاً لاشتراط دفع القيمة بمطالبة المالك، لكنّه يدلُّ أيضاً على أنَّ الملحوظ قيمة يوم الدفع، لترتبه على المطالبة، إذ لا عبرة بدفع القيمة التي لم يطالبها المالك من الضامن.

(٥) هذا الاحتمال هو القول الثاني في المسألة، لا محض إحتمال، فإنَّ ابن إدريس رحمه الله اختاره في بعض موارد البيع الباطل، حيث قال: «و إن أعوز المثل فعليه ثمن المثل

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٣

«٢» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٤

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٥

و للتحرير في باب القرض^(١)، و عن محكي المسالك^(٢)

يوم الاعواز^(٣)». خلافاً لما إختاره في كتاب الغصب بقوله: «فإن أعوز المثل فله قيمته يوم إقباضها»^(٤).

(١) قال السيد العاملي في إعواز المثل إذا كانت العين المقترضة مثلية: «و قيل وقت التعذر، و هو خيرة التحرير، و نسب إلى الشيخ في النهاية و القاضي و ابن إدريس في موضع من كتابه فيما إذا تعذرت الدراهم، و هو خيرة الكتاب - يعني القواعد - في ذلك كما يأتي، و يظهر من الايضاح أيضاً، لأنه وقت الانتقال إلى البديل الذي هو القيمة»^(٥).

(٢) يعني: في بعض مواضع المسالك، و هو ما أفاده في شروط العوضين - في عدم إنعقاد البيع بحكم أحدهما - بقوله: «و لا يخفى أن هذا كله في القيمي. أما المثلي فيضمن بمثله، فإن تعذر فبقيته يوم الاعواز على الأقوى»^(٦).

لكن الشهيد الثاني رحمته الله قوّى في باب القرض ضمان قيمة يوم المطالبة^(٧) و في باب الغصب قال: إن أظهر عند الأصحاب قيمة يوم الاقباض، فراجع.

و عليه كان المناسب التنبيه على أن قيمة يوم الاعواز ليست نظره بقولٍ مطلق، بل هي مختاره في خصوص كتاب البيع، و العهدة على الحاكي الذي لم أظفر به، و لم أجده في مفتاح الكرامة. بل عدّ السيد الشهيد الثاني في المسالك من القائلين باعتبار قيمة يوم المطالبة، كما تقدّمت عبارته (في ص ٣٨١).

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٨٥

«٢» المصدر، ص ٤٩٠

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٤٨

«٤» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٧٤

«٥» المصدر، ص ٤٤٧

لأنه^(١) وقت الانتقال إلى القيمة.

و يضعفه^(٢) أنه إن أريد بالانتقال^(٣) إنقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت^(٤) فلا دليل عليه^(٥). و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا

(١) أي: لأن وقت تعذر المثل هو وقت الانتقال إلى البديل. و هذا التعليل متكرر في كلمات أرباب هذا القول، و قد نقله عنهم السيد العاملي رحمته الله في عبارته المتقدمة.
(٢) ضعف المصنف رحمته الله احتمال إعتبار ثمن المثل يوم الاعواز بما حاصله: أنه إن أريد بالانتقال إنقلاب ما في الذمة من المثل إلى القيمة في ذلك الوقت - أي وقت الاعواز - حتى لو لم يطالب المالك بها، ففيه: أنه لا دليل على سقوط المثل بمجرد الاعواز و إنتقاله إلى القيمة.

و إن أريد بالانتقال وجوب إسقاط ما في الذمة من المثل بالقيمة في صورة مطالبة المالك، فهو و إن كان صحيحاً. لكنه لا يوجب سقوط المثل و ثبوت القيمة في الذمة. و لذا لو أخر الاسقاط عذراً أو عصيانياً بقي المثل في ذمة الضامن إلى أن يتحقق الاسقاط. و إسقاطه في كل زمان إنما يتحقق بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس مكلفاً بإسقاطه بقيمة زمان آخر.

مثلاً إذا كان ثمن المثل وقت تعذره و إعوازه عشرة دنانير، و بعد مضي شهر خمسة عشر ديناراً، فإن طالب المالك الضامن يوم التعذر كان مكلفاً بأداء العشرة لاسقاط ما في ذمته بها. و إن طالبه بعد شهر كان الضامن مكلفاً بأداء خمسة عشر ديناراً، و لا يكفي أداء عشرة دنانير حينئذ، لأن تفرغ الذمة في كل زمان منوط بدفع قيمة المثل في زمان الاسقاط، لا قيمة الأزمنة السابقة. و عليه فلا عبرة بما إختاره جماعة من كون المدار ثمن المثل يوم إعوازه.

(٣) أي: في قولهم: «لأن يوم التعذر وقت الانتقال إلى البديل الذي هو القيمة».

(٤) أي: وقت تعذر المثل.

(٥) بل الدليل على خلافه موجود، و هو عدم إناطة الحكم الوضعي - كالضمان -

بالقيمة، فوجوب^(١) الاسقاط بها^(٢) وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا^(٣) أنه لو أخر الاسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الاسقاط. وإسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان^(٤). وليس في الزمان الثاني^(٥) مكلفاً بما^(٦) صدق عليه الاسقاط في الزمان الأول^(٧)، هذا.

بالتمكن، فالعهدة مشغولة بالمثل حتى في وقت إعوازه.

(١) يعني: ففيه: أن وجوب الاسقاط بالقيمة وإن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا ... إلخ.

(٢) يعني: أن حدوث وجوب دفع القيمة يوم التعذر مشروط بمطالبة المالك قيمة المثل في يوم التعذر، فلو لم يطالب لم يحدث يوم الاعواز وجوب دفع القيمة.

(٣) يعني: أن حدوث وجوب أداء القيمة يوم الاعواز لا يكفي في سقوط المثل عن الذمة، وانتقال الضمان إلى ثمن المثل. والشاهد على عدم تبدل المثل بالقيمة بمجرد التعذر هو: أن المالك لو طالبه بها يوم الاعواز - حتى يسقط ما في ذمة الضامن من المثل - ولكنه لم يؤد القيمة في ذلك اليوم وأراد أداءها بعد شهر وجب عليه مراعاة القيمة الفعلية، لا قيمة يوم التعذر. وهذا دليل على أن وقت الانتقال من المثل إلى القيمة هو يوم الأداء، لا يوم الاعواز.

(٤) فإن أدت قيمة يوم الاعواز - مع مطالبة المالك - كان هو المسقط لما في ذمته، وكان زمان إنقلاب الضمان من المثل إلى القيمة متحداً مع زمان الاسقاط. وإن أدت القيمة بعد الاعواز بشهر لم تكف قيمة يوم التعذر إذا كانت أقل من قيمة يوم الدفع.

(٥) وهو زمان إسقاط ما في الذمة من المثل.

(٦) المراد بالموصول هو ثمن المثل المتعذر يوم تعذره.

(٧) وهو زمان تعذر المثل مع مطالبة المالك بالقيمة، فإنه زمان حدوث وجوب القيمة، ولكنه ليس زمان إسقاط المثل، ولا زمان إنقلابه إلى القيمة.

هذا ما أفاده في تضعيف إحتال إعتبار قيمة يوم الاعواز، وتثبيت مختار المشهور.

ولكن^(١) لو إستندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً - من^(٢) الآية و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل - توجه^(٣) القول بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل^(٤)، إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداءً كما في القيميات^(٥) و بين طروءه بعد التمكن كما فيما نحن فيه.

(١) إستدراك على ما اختاره المشهور - من كون العبرة بقيمة يوم الدفع - وتأيد للقول باعتبار قيمة يوم الاعواز. و حاصل الاستدراك: أن مقتضيات الأدلة مختلفة، فإن إستندنا إلى الجمع بين الحقيين - و أن تعذر المثل لا يسقطه عن الذمة - إنجبه القول بضمان قيمة يوم الدفع. و إن إستندنا في لزوم القيمة في المثل المستعذر إلى آية الاعتداء و إطلاقات الضمان القاضية بلزوم الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف إنجبه القول بإنتقال المثل بمجرد تعذره إلى القيمة، إذ لا فرق في تعذر المثل بين كونه بالأصالة كما في القيميات، و بين كونه بالعرض بعد التمكن منه كما نحن فيه، فيكون العبرة في إنتقال المثلي إلى القيمي يوم تعذره وإعوازه، لا يوم أدائه.

(٢) هذا و قوله: «و من أن المتبادر» بيان للموصول في قوله: «ما تقدّم سابقاً» أي: في الأمر الرابع. و المراد بالآية آية الاعتداء بالمثل التي إستدل بها شيخ الطائفة رحمته على ضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمة.

(٣) جواب الشرط في قوله: «لو إستندنا».

(٤) سواء طالبه المالك بقيمة المثل المتعذر أم لم يطالبه بها، و سواء أسقط الضامن ما في ذمته يوم الاعواز أم أخره إلى زمان آخر. و الوجه فيه كون ثمن المثل أقرب إلى العين التالفة أو المتلفة عند تعذر المثل، فيكون يوم الاعواز وقت الإنتقال إلى القيمة.

(٥) فإن المثل متعذر فيها بحسب الخلقة، فالتعذر في القيميات ابتدائي، بخلاف تعذر المثل في المثلي بعد التمكن من دفعه، فإنه عارض.

و دعوى^(١) إختصاص الآية و إطلاقا الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر
المثل ابتداءً لا يخلو عن تحكّم^(٢) (*).

(١) غرض المدّعي الذبُّ عن مقالة المشهور من ضمان قيمة يوم الدفع، ببيان: أن
الآية و الاطلاق و إن إقتضيا إعتبار قيمة يوم الاعواز، لكنّها مختصّان بالتعذر
الابتدائي، بأن لم يوجد مماثل التالف من أوّل الأمر، فيقال بضمان القيمة يوم الاعواز.
و هذا أجنبيّ عمّا نحن فيه من التعذر الطارئ، فالذمّة مشغولة بالمثل، لوجوده حال
تلف العين، و إعوازه لا يوجب الانقلاب إلى القيمة، بل الموجب له هو الاسقاط
بتسليم الثمن إلى المالك.

(٢) إذ المناط في كليهما تعذر وجود المثل، و هو جارٍ في القيميّ و المثليّ الذي
تعذر وجوده، سواء أكان طارئاً أم ابتدائياً. و لا مقيّد في البين حتى تختصّ الآية
بالتعذر البدويّ.

لكن يمكن إبداء الفرق بينهما بأن إعتبار المثل في القيميّ لغو، إذ المفروض عدم
كونه مرجوّ الحصول، بخلاف المثل المتعذر في المثليّ، فإنّه مرجوّ الحصول. و هذا الفرق
يوجب الفرق بين القيميّ و المثليّ المتعذر المثل عند العرف المحكّم في باب الضمانات،
فإنّ تضمين الضامن بالمثل في القيميّات لا أثر له، فيلزم اللغويّة بل الامتناع، لكونه
من التكليف بغير المقدوره إذ لا يُرجى وجوده في زمانٍ حتى يصحّ إشغال ذمّته بالمثل،
فن أوّل الأمر يُجعل في ذمّته القيمة. فلا تحكّم في الفرق بين القيميّ المتعذر مثله إلى
الأبد و بين المثليّ المتعذر مثله المرجوّ وجوده بعد حين، بإنقلاب القيميّ بمجرد إعوازه
إلى القيمة، و انقلاب المثل المتعذر إلى القيمة يوم الدفع.

و قد تحصّل من كلمات المصنّف رحمه الله: أن المشهور بين الأصحاب إعتبار قيمة
يوم الدفع، و غير المشهور هو إعتبار قيمة يوم إعواز المثل. و سيأتي الكلام في وجوه
أخرى ذكرها العلامة في التذكرة و القواعد.

(*) قد يتمسك لإثبات القيمة بقاعدة الميسور، بتقريب: أن دفع المثل الواجد

لصفات النوعية معسور، فيسقط وجوب أدائه، ويبقى الميسور وهو نفس المالية، فيجب أدائها.

لكن فيه: أن المثل والقيمة متباينان، وليس من قبيل المركب المتعذر بعض أجزائه، فلا تكون القيمة ميسوراً للمثل حتى تجري فيها قاعدة الميسور.

ثم إن ما أفاده، المصنف رحمه الله من «أنه ليس للضامن إلزام المالك بقبول القيمة عند إعواز المثل وعدم مطالبة المالك» مبني على ما نسب إلى المشهور في باب الضمان من إشتغال الذمة بالمثل في المثلي معلقاً على التلف في صورة البقاء، ومنجزاً في صورة التلف، إذ بناءً عليه يكون المثل في الذمة، وإعوازه لا يوجب الانتقال إلى القيمة، فإذا صبر المالك إلى أن يوجد المثل فليس للضامن إلزامه بالقيمة.

وأما بناءً على كون الثابت على عهدة الضامن نفس العين، فمع إعواز المثل يجوز دفع القيمة ولو مع عدم مطالبة المالك، وليس له الامتناع عن قبولها، لأن القيمة حينئذٍ نحو أداء للعين بجهتها المالية، كما أن المثل أداء للعين بجهتها النوعية مراعاةً لحال المالك، لكونه أقرب إلى التالف. فمع إعواز المثل ومطالبة القيمة يجب أدائها، لأنه مع تعذر المرتبة الكاملة يجب دفع النازلة.

وقد وجه هذا المبني - أي: إشتغال الذمة بنفس العين، الموجب لجواز مطالبة قيمة المثل وجوب أدائها على الضامن - بوجوه:

الأول: حديث «على اليد» بدعوى: ظهوره في أن الثابت في الذمة ولو بعد التلف نفس العين بخصوصيتها الشخصية والنوعية والمالية.

وفيه أولاً: عدم دلالة حديث «على اليد» على الضمان، بل يدل على الحكم التكليفي وهو وجوب الأداء ما دامت العين موجودة، فتأمل.

وثانياً: بعد تسليم دلالة على الضمان - أنه لا يفهم العرف منه إلا ضمان المثلي

بالمثل والقيمي بالقيمة، وإعتبار كون العين على العهدة قيد زائد لا يتنقل إليه أذهان أبناء المحاورة. بل يمتنع إشتغال الذمة بالعين بخصوصياتها المشخصة، لامتناع أدائها بعد تلفها، فلا تشتغل الذمة إلا ببدلها من المثل أو القيمة.

و ثالثاً: أنه لم يثبت كون دليل الضمان بالمثل أو القيمة لمراعاة حال المالك حتى يكون له الاعراض عن مرتبة والأخذ بمرتبة أخرى، ولذا لو كان المثل موجوداً ليس له الاعراض عن المثلية ومطالبة القيمة، بل يجب عليه قبول المثل.

الثاني: أن اليد إذا وقعت على العين وقعت عليها بخصوصيتها الشخصية والنوعية والمالية، فجميع تلك الجهات تقع على عهده. ومقتضى دليل السلطنة جواز إلقاء المالك خصوصية المثلية، ومطالبة خصوصية المالية. من غير فرق في ذلك بين كون مقتضى دليل اليد عهدة نفس العين بشؤونها، وبين كونه ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، حيث إن ضمان المثل وكونه على العهدة متضمن ل ضمان القيمة أيضاً، فله إلقاء جهة المثلية ومطالبة القيمة.

وفيه - مع أن لازم ذلك جواز إلقاء خصوصية المثل والعين و جواز مطالبة القيمة حتى مع وجود العين والمثل، وهو كما ترى - أن دليل الضمان لا يدل إلا على ضمان نفس العين على المبنى الأول، والمثل في المثلي على المبنى الثاني. وليس في ضمان العين ضمانات، ولا في ضمان المثل ضمانان عرضاً أو طولاً حتى يصح للمالك إسقاط جهة ومطالبة جهة أخرى، إذ ليست شؤون العين مضمونة، بل المضمون نفس العين التي لها مثل وقيمة، وهكذا المثل على المبنى الثاني.

وأما دليل السلطنة على الأموال فلا يقتضي جواز مطالبة غير ما على عهدة الضامن وهو المثل في المثلي، ولا معنى لاقتضائه أداء القيمة إلا إذا قيل بتبدل المثل بالقيمة عند الاعواز، وهو أول الكلام.

الثالث: ما في المتن من: أن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، ومقتضى الجمع بين الحقيين وجوب القيمة.

وفيه: أن كون منع المالك عن القيمة ظلماً منوط بثبوت القيمة على عهدة الضامن، وهو أول الكلام، ومع ضمان المثل إلزام الضامن بغير ما للمضمون له لعله ظلم. ودعوى «إشتمال المثل على المالية، فتعذره لا يسلب سلطنة المالك عن المالية، فله مطالبة القيمة» مدفوعة بما مرّ آنفاً من عدم كون شؤون العين مضمونة. فالعهدة لا تشتغل إلا بالمثل، لا به وبالقيمة، ولا دليل على كون التعذر بمجرد موجبا للإنتقال كما تقدّم.

نعم إذا تعذر المثل إلى الأبد أو إلى أمده بعيد كان منع المالك عن القيمة ظلماً. فإطلاق كلام المصنّف القاضي بوجوب القيمة مع التعذر ولو إلى أمده قريب محلّ النظر. كما أن ما أفاده من الجمع بين الحقيين أيضاً محلّ التأمل، لأن نفي الإلزام بالتعذر غير ثبوت الحق للضامن، كما أنه ليس للمالك حق المطالبة مع تعذره، وحق مطالبة القيمة له غير ثابت مع إشتغال الذمة بالمثل فقط.

الرابع: ما في المتن أيضاً من التمسك بقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ حيث إن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى. وكذا إطلاقات أدلة الضمان، إذ المتبادر منها وجوب الرجوع إلى ما هو الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل، وهو القيمة. فالتعذر يوجب الانتقال إلى القيمة، كالتعذر الابتدائي في القيمات. ولا فرق بين التعذر الابتدائي والعرضي.

وفيه أولاً: أن الآية وردت في الاعتداء الحربي، وليست راجعة إلى باب الضمان أصلاً.

و ثانياً: أنه - بعد الغض عمّا ذكر - لا يكون إلزام الضامن بالقيمة إعتداءً بالمثل، بل بغيره، ولم يرخص الشارع فيه.

.....

إلا أن يقال: إن القيمة إعتداءً بالمثل، لمماثلتها للتالف في المالية.
ولو سُلّم دلالة الآية على عدم الاعتداء زائداً على مقدار إعتداء الغاصب أو
الضامن، لكن لا تدل على جواز الاعتداء بكل شيء لا تزيد ماليته على مالية المضمون،
لعدم كون الآية في مقام بيان ذلك، حيث إنها بصدد بيان المنع عن التعدي بالزيادة،
لا جواز الأخذ بكل ما لا يزيد ماليته عن مالية المضمون.

و ثالثاً: أنه فرق بين التعذر الابتدائي كالقيميّات و التعذر العارضي، بأن التعذر
العارضي لا يوجب الانتقال إلى القيمة، لرجاء وجود المثل فيه. بخلاف الابتدائي، فإنه
لا يرجح وجوده، فالتكليف بدفع المثل فيه ممتنع، فلا يمتنع فيه التكليف بدفع المثل.
الخامس: أن صبر المالك إلى أن يوجد المثل ضررٌ عليه، وهو منفي، فله المطالبة
بالقيمة.

و فيه أولاً: أن التأخير ليس ضرراً دائماً، فالدليل أخص من المدعى.
و ثانياً: أن لزوم التأخير لتعذر المثل عقلي، وليس بشرعي حتى يرفع بقاعدة
الضرر.

و ثالثاً: أن شأن قاعدة الضرر نفي الحكم، لا إثبات أمر مباين أو مخالف، كإثبات
القيمة مع ضمان المثل.

و منه يظهر الكلام في دليل نفي الحرج لو كان التأخير حرجياً.
السادس: بناءً العقلاء على مطالبة القيمة عند تعذر المثل، وإلزام الضامن بأدائها.
و فيه: أن المتيقن منه - بعد ثبوته و إنصالة بزمان المعصوم عليه - هو تعذر المثل
إلى الأبد، أو إلى أمد بعيد جداً. و أما إذا كان أمد التعذر قليلاً فلا.

السابع: الالتزام بانقلاب المثل بمجرد التعذر إلى القيمة، بتقريب كون الوضع
متزعزعا عن التكليف، و من المعلوم إمتناع التكليف بأداء المتعذر. و عدم سقوط الضمان

رأساً، لأن سقوطه مخالف للضرورة، فالتكليف لا محالة يتوجه إلى أداء القيمة. و ينتزع من هذا التكليف الحكم الوضعي أعني به إشتغال الذمة بالقيمة، وهو المطلوب. فللمالك مطالبة القيمة. فالتعذر أوجب التكليف المنتزع عنه الشغل المترتب على إنقلاب المثل إلى القيمة، وليس للضامن التأخير.

وفيه: مع إمكان إستقلال الوضع وعدم تبعيته للتكليف فعلاً كما في إتلاف الصبي مال غيره - فإنه ضامن مع عدم تكليف فعلي عليه بوجوب الأداء - فلا ينتزع عن وجوب أداء القيمة إشتغال الذمة بالقيمة، إذ من الممكن كون ذمته مشغولة بالمثل، ومع ذلك جاز للمالك مطالبة الضامن بالقيمة، لعدم إمكان وصوله إلى المثل. و حبس ماله إلى زمان وصوله إلى المثل ضرر عليه، وهو منفي.

و الحاصل: أن سلطنة المالك على مطالبة القيمة و وجوب أدائها على الضامن ليست لانقلاب المثل إليها، بل لأقربيتها إليه في مقام التأدية.

وهذا نظير بدل الحيلولة، والقول بأن ظاهر قاعدة اليد ضمان نفس العين، و أداء المثل في المثلي و القيمة في القيمي نحو أداء لها من غير إنقلاب العين إليهما.

الثامن: لغوية جعل المثل المتعذر في الذمة سيما إذا كان التعذر إلى الأبد. وكذا التكليف بأدائه، بل هو ممتنع، لعدم القدرة عليه، فلا محالة يتقلب المثل بمجرد تعذره إلى القيمة.

وفيه: أنه لا يلزم اللغوية مطلقاً. أما في صورة تعذر المثل إلى أمده قريب فواضح. وأما مع تعذره إلى الأبد فلا بُدَّ بقاء المثل في الذمة يوجب إعتبار قيمة يوم الدفع، بخلاف ما إذا قلنا بتبدله بمجرد التعذر، فإن المدار على قيمة يوم التعذر.

فالمحصل: أن الوجوه المستدل بها على الانقلاب لا تخلو من مناقشة.

نعم لا بأس ببناء العقلاء المحكم في باب الضمان على إعتبارهم القيمة

بمجرد تعذر المثل، بمعنى إنقلاب ما في ذمة الضامن من المثل إلى القيمة، أو بمعنى سلطنة المالك على مطالبة ماله و إن كان المثل في ذمة الضامن. و ذلك إما لكون المثلية من حقوق المالك، و له اسقاطها. و إما لكون الصبر ضرراً عليه.

لكن ينبغي تقييد سلطنة المالك على مطالبة القيمة بما إذا لم يكن دفع القيمة مضرّاً بحال الضامن أزيد من الضرر الوارد من نفس الضمان، و إلا فليس للمالك مطالبة القيمة، إلا إذا كان الضمان اعتدائياً، كما إذا غصب الضامن أو قبض المبيع مع علمه بفساد المعاملة، فإنّ الاقدام حينئذٍ يوجب جواز المطالبة منه بالقيمة و إن كانت ضرراً عليه.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنّه لا دليل على إنقلاب المثل عند إعوازه إلى القيمة و إن قلنا بجواز مطالبة القيمة لجهة من الجهات، فإنّ إعواز المثل لا يُخرج المضمون عن المثلية، و لذا لو فرض الاعواز في مدّة طويلة ثم وجد المثل وجب بحكم العقلاء أداء المثل، و وجب على المالك قبوله، و ليس له الامتناع. ولو امتنع ردّه إلى الحاكم.

فأداء القيمة عند إعواز المثل نحو أداء له في هذه الحالة من دون إنقلاب العين إليها، فإنّ إنقلاب المباين إلى مثله بمجرد التعذر ممّا لا يساعده دليل، إذ بقاؤه في الذمة ليس منوطاً بوجوده خارجاً، و إلا لم يصح إحداثه كما في السّلم، فإنّ بيع حنطة في الذمة إلى أجلٍ معلوم مع عدم وجودها حين البيع صحيح بلا إشكال. فلو كان وجود الكلّي خارجاً شرطاً لاشغال الذمة بالكلّي لم يصح بيع السلف في هذه الصورة أصلاً.

و منه يظهر عدم الاشكال في بقائه على الذمة، و عدم إنقلابه بمجرد إعواز أفرادهِ إلى كلّي آخر، فإنّ البقاء لا يزيد على الحدوث، فعدم وجود المثل في الخارج لا يوجب إنقلاب الحقيقة المثلية إلى الحقيقة القيمة المباينة لها، إذ ليس الميزان في القيميّ عدم وجود المثل له في الخارج.

و الحاصل: أنّ إعواز المثل لا يوجب خروج الشيء عن المثلية، و هو الموافق لارتكاز العقلاء أيضاً في باب الضمانات، و لذا لو أعوز المثل مدّة طويلة، ثم وجد

فللمالك مطالبته، و ليس له الامتناع عن قبوله إذا دفعه الضامن إليه كما تقدّم آنفاً. كما أنّه بناءً على إنقلاب المثلي بمجرد تعدّر المثل إلى القيمة يجب على المالك قبول القيمة، و ليس له الامتناع، لأنّه لا حقّ له في المثل حتى يصبر إلى أن يوجد، بل حقّه نفس القيمة، فيجب عليه قبولها، وإن لم يقبلها تُردّ إلى الحاكم.

و مفاذكنا من عدم مساعدة إرتكاز العقلاء على إنقلاب المثل إلى القيمة بمجرد إعوازه - و أنّ هذا الارتكاز هو الموجب لانصراف أدلة الضمان إليه - يظهر ما في كلام المصنّف رحمه الله: «ولكن لو إستندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً من الآية و من أنّ المتبادر ... الخ» من الاشكال، إذ لا يستفاد منها إلّا الضمان العقلاني الذي قد عرفت أنّه ليس ضمان المثلي إلّا بالمثل، سواء أعوز المثل أم لا، فإنّ الاعواز لا يوجب خروج الشيء عن حقيقته.

فالمتحصل: أنّ تعدّر المثل لا يوجب إنقلاب المال المثلي إلى القيمي.

ثمّ إنّ في زمان إعتبار القيمة احتمالات ووجوهاً كثيرة، و تحقيق ما هو الحقّ منها موقوف على بيان أمور:

الأول: أنّه قد مرّ سابقاً عدم الدليل على إنقلاب المثل عند تعدّره إلى القيمة، و إن كان المستند في لزوم القيمة آية الاعتداء و المتبادر من إطلاق الضمان، بيان: أنّ الأقرب إلى التالف بعد تعدّر المثل هو القيمة، فينقلب المثل عند إعوازه إلى القيمة.

و ذلك لما عرفت من أنّ إعواز أفراد طبيعة لا يوجب الانقلاب إلى طبيعة أخرى، فإنّ المثلي - كما تقدّم سابقاً - مغاير للقيمي و مباين له، فكيف تنقلب المثلية إلى القيميّة بإعواز أفراد المثلي؟ نعم القيمة عند تعدّر المثل أقرب إلى التالف في مقام التأدية، و هذا غير الانقلاب.

الثاني: أنّ مقتضى «على اليد ما أخذت» ضمان العين المأخوذة بجميع صفاتها الحقيقيّة و الانتزاعيّة و الاضافيّة ممّا لها دخل في الرغبات و اختلاف القيم، فالدابة مثلاً

بمآلها من الصفات المزبورة وكذا الثلج المأخوذ في الصيف وفي قارة أفريقيا مضمونان على المستولي عليهما، ولذا يكون وصف الصحة مضموناً، لوقوعه تحت اليد تبعاً، فإذا كانت العين المغصوبة أو المقبوضة بعقد فاسد موجودة وجب ردها مع أداء قيمة الصفات التالفة.

وإذا تلفت وجب رد مثلها بصفاتها إن كانت مثلية، وإن كانت قيمية وجب رد أعلى القيم من زمن الغصب أو الأخذ بالبيع الفاسد إلى زمان التلف، إن كان إرتفاع القيمة لأجل الصفات، لا لزيادة القيمة السوقية التي لا ترجع إلى وصف من أوصافها.

الثالث: أن الاحتمالات في زمان إعتبار القيمة كثيرة، ونذكر مهماتها ومهمات مبانيها. ومحصل الكلام فيها: أنه إما أن نقول بأن مقتضى أدلة الضمان هو وقوع العين في العهدة في المثل والقيمي حتى حال التلف والتعذر، ولا تنقلب إلى غيرها إلى زمان الأداء بالمثل أو القيمة.

وإما أن نقول بأن مقتضاها ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، بمعنى: أن العين إذا تلفت يقع على العهدة بدلها، وهو المثل في المثلي والقيمة في القيمي. وعلى هذا الاحتمال إما نقول ببقاء المثل على العهدة إلى وقت الأداء حتى مع إعوازه مطلقاً، وأن دفع القيمة إلى المالك عند التعذر نحو أداء للمثل. وإما نقول بانقلابه بمجرد التعذر إلى القيمة. وبانقلاب العين في الاحتمال الأول، وهو وقوع العين على العهدة وقت تعذر الأداء.

هذه هي الاحتمالات المعتد بها من الاحتمالات المتصورة في المقام. فإن قلنا بالاحتمال الأول - وهو كون العين على العهدة - فعن بعض المحققين: أن إعتبار بقيمة يوم الأداء، ببيان: أن مالية العين حال الأداء لا تحتاج إلى عناية، بخلاف غير حال الأداء كحال التعذر أو التلف أو المطالبة، فإنها تحتاج إلى عناية ومعين. بل نفس التكليف بأداء مالية العين تقتضي تعيين ماليتها عند تعلق الأداء بها، لأنها

قيمتها بالفعل، و هي نحو أداء للعين. و التكليف و إن لم يتعلّق إلا بنفس العين دون القيمة، إلا أنّ عدم إمكان ردّها بنفسها أوجب المصير إلى ماليّتها، إذ المضمون هو العين بماليّتها، دون ذات العين بدون الماليّة. فنفس دليل الضمان يقتضي ضمان ماليّة المضمون، و لا يحتاج ضمانها إلى دليل آخر. و تقييد ماليّتها بغير وقت الأداء محتاج إلى مؤونة زائدة، فمقتضى الضمان العرفي الممضى شرعاً هو قيمتها الفعلية.

فلا يرد عليه: أنّ هذا التقريب قاصر عن إثبات مطلوبهم، لأنّ التكليف على هذا المبني لم يتعلّق بأداء القيمة و الماليّة، ضرورة عدم إنقلاب العين إلى القيمة، و ليس دليل لفظي دالّ على وجوب أداء قيمة العين حتى يستظهر منه ما ذكر، هذا.

نعم الاشكال في أصل المبني «بعدم دليل على وقوع العين في العهدة بعد التلف مع عدم إمكان أدائها أصلاً» في محلّه، لاحتياجه إلى عناية زائدة، فإنّ إعتبار وجود العين على العهدة ممّا لا يتبادر في أذهان العقلاء الحاكمين بالضمان. بل تلف العين يوجب اشتغال الذمة ببذلها مثلاً أو قيمة. كما أنّ تلف المثل يوجب الانتقال إلى البديل إلا مع رجاء وجود المثل في زمان غير بعيد، هذا.

و قد يقال: باعتبار قيمة يوم التلف مع فرض كون العين على العهدة، ببيان: «أنّ الماليّة بلحاظ حال التلف ماليّة حقيقية موجودة مضمونة. و أمّا الماليّة قبل التلف فهي موجودة، لكنّها غير مضمونة، و لذا لا يجب تداركها مع دفع العين إذا نقصت قيمتها. و الماليّة بعد التلف ليست موجودة، بل مفروضة بفرض وجود العين، و لا تدارك حقيقة إلا للماليّة المتحققة بتحقق العين، لا الماليّة المقدّرة للعين المفروضة.

فالنتيجة هي الاعتبار بقيمة يوم التلف، لا يوم الأداء كما هو مقتضى الوجه الأوّل. نعم إنّما تكون العبرة بيوم الأداء إذا قلنا بأنّ مقتضى أدلة الضمان كون الثابت على العهدة المثل لا العين، لأنّ المثل ثابت عليها إلى زمان الأداء، فالاعتبار بيومه، لأنّ المثل كلّّي ثابت في الذمة لهُ ماليّة موجودة لا مفروضة. و هو الفارق بين بقاء العين على العهدة

إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء، فإن العين حيث كانت شخصية وقد تلفت فلا وجود ولا مالية لها إلا بالفرض. بخلاف المثل، فإنه كلي لا يتوقف اشتغال الذمة به على وجود شيء يطابقه خارجاً، فلا تلف له، فماليته حال الأداء متحققه لا مفروضة^١. وفيه: أن الفرق بين بقاء العين على العهدة إلى زمان التفريغ، وبقاء المثل إلى زمان الأداء غير ظاهر، لأن مالية الكلي ليست باعتبار نفسه، بل باعتبار مالية مصاديقه المحققة أو المقدرة، فمصاديقه التي تكون تحت قدرة الضامن جهة تعليلية لصيرورة الكلي في الذمة مالا، نظير الأوراق النقدية، فإن ماليتها باعتبار الذهب أو الفضة أو غيرهما مما جعل بازاؤها ومنشأ لماليتها، ويقال لها: «رصيد».

وعليه فالكلي إذا كان على ذمة معتبرة - أمكن لصاحبها إيجاد مصاديقه مهما أراد، أو يطالب أجلاً أو عاجلاً - يكون مالا، ومع عدم الامكان مطلقاً لا تعتبر له المالية، فكما أن مالية الكلي باعتبار غيره وهو مصاديقه، فكذلك مالية العين التي هي في الذمة باعتبار أنها مضمونة، وأن صاحب الذمة قادر على أدائها بمثلها أو قيمتها. والعين المعدومة خارجاً غير معدومة في صقع الاعتبار، ولها مالية باعتبار إمكان تأديتها بالمثل أو القيمة.

فلا فرق بين الكلي في الذمة. والعين فيها، لا من جهة المعدومية من جهة والموجودية من أخرى، فإن كلاً منهما معدوم خارجاً ووجود اعتباراً. ولا من جهة المالية، لأن كلاً منهما بذاته مع الغض عن إمكان تحقق ما لا مالية له. ولهذا لا يعتبر الكلي في ذمة من لا يقدر على إيجاد مصاديقه عاجلاً ولا أجلاً، ولا مالية له. فالعين المعتبرة في ذمة من أمكنه أداء مثلها أو قيمتها مال، والمسألة عقلانية لا عقلية، فالاعتبار على هذا المبني - أي كون العين في الذمة - بقيمة يوم الأداء مع اعتبار جميع الأوصاف الدخيلة في الرغبات.

وأما ما أفيد من «عدم ضمان المائيّة قبل التلف وإن كانت موجودة» فإن أريد بها القيمة السوقية فلا بأس به، لما قيل من أن مجرد زيادة القيمة السوقية ما لم ترجع إلى وجود وصف أو فقدانه لا توجب الضمان، لعدم مساعدة العرف عليه، إذ القيمة معتبرة بأزاء الشيء وصفاته الموجبة للطلبات، ولا تلاحظ القيمة وصفاً لنفس الشيء. وإن أريد بها الأعم منها ومن الأوصاف الدخيلة في الطلبات، فهي مضمونة بدليل الضمان كما تقدّم.

وعليه فالأولى أن يقال: إن مقتضى هذا المبنى - أي: كون العين في الذمة - وجوب الخروج عن عهدة العين التي في عهده. بأداء قيمتها التي هي نحو أداء لها، والعرف يحكم بأن أداءها يتحقق بأداء قيمتها الفعلية، لا القيم الأخرى، فلو كان قيمتها حال الأداء مائة مثلاً وقبله خمسين، فأداء الخمسين ليس نحو أداء لها. وكذا الحال بناءً على كون مفاد دليل الضمان ضمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي - في قبال المبنى المتقدم وهو ضمان نفس العين - فإنه بناءً على بقاء المثل في الذمة إلى وقت الأداء وعدم إنقلابه بالتعذر إلى القيمة يجري فيه ما مرّ من كون العبرة بقيمة يوم الأداء.

وأما بناءً على إنقلاب المثل بتعذره إلى القيمة، فإن كان التعذر بدوياً أي من زمان تلف العين - فالعبرة بقيمة العين يوم التلف، لأنه يوم الانقلاب إلى القيمة. ولا وجه لاعتبار قيمة الأزمنة المتخللة بين تلف العين وأداء القيمة، إذ القيمة في تلك الأزمنة فرضية لا حقيقة. فالضمان إنما ثبت في المائيّة الموجودة، وهي زمان تلف العين، فالقيمة قيمة العين، لا قيمة المثل حتى يلاحظ قيمة يوم الأداء، نظراً إلى ثبوت كليّ المثل في الذمة إلى زمان الأداء.

وإن كان التعذر طارئاً، فعلى القول بكون المثل والقيمة كليهما غرامة نفس العين - وأن ضمان المثل في المثلي لسدّ خلل مال الغير بمقدار الامكان، وهو ماهيته النوعية،

و مع عدم الامكان من هذه الجهة لابد من ضمان قيمتها، لأنها سدد لخللها في هذا الحال بالمقدار الممكن - فلا بد حينئذ من إعتبار قيمة يوم تلف العين أيضاً.

و على القول باشتغال العهدة مع التعذر الطارىء بالمثل فلا بد من الخروج عن عهده، لا عهدة العين، إذ المفروض عدم إشتغال الذمة بها، بل بالمثل، فلا وجه لاعتبار قيمتها، فالعبرة حينئذ بقيمة المثل يوم التعذر.

هذا بناءً على ضمان المثل في المثلي. و أمّا بناءً على كون العين على العهدة إلى زمان تعذر المثل ثم إنقلابها إلى القيمة، فالمدار على قيمة يوم تعذر المثل، لأنه وقت إنقلابها إلى القيمة.

فالمحصّل: أنه بناءً على وقوع العين على العهدة تكون العبرة بقيمة يوم الأداء. و بناءً على وقوع المثل في الذمة ففي تعذره البدوي تكون العبرة بقيمة يوم تلف العين، لأنه زمان إنقلاب العين بالقيمة، فيكون كتلف القيمي في كون العبرة بقيمة يوم التلف.

و في تعذره الطاري تكون العبرة أيضاً بقيمة يوم تلف العين بناءً على كون المثل والقيمة كليهما غرامة نفس العين. و بقيمة يوم تعذر المثل بناءً على إشتغال الذمة بالمثل، لا قيمة العين التالفة، لعدم إشتغال الذمة بالعين، فلا وجه لاعتبار قيمتها، هذا.

تمة: إعلم أن من الأقوال إعتبار أعلى القيم من حين أخذ العين إلى زمان التلف. و وجهه ما أشير إليه سابقاً من كون العين بجميع أوصافها الدخيلة في الرغبات مضمونة، فالقيمة العالية الناشئة من الأوصاف الثابتة له حال الأخذ مضمونة، لوقوع الأوصاف تبعاً للعين تحت اليد، فلو تنزلت قيمتها بعد الأخذ كان الضمان باقياً، فمع تلف العين تصير قيمتها العالية مضمونة.

و أمّا بعد التلف فلا وجه لضمان زيادة قيم الأمثال إلى حين تعذر المثل أو الأداء، لأن العين التالفة خرجت عن تحت اليد، و وقوعها على العهدة على القول به - أو وقوع

مثلها على القول الآخر - مغاير لكونهما تحت اليد الذي هو الموجب للضمان، فلا وجه لضمان زيادة قيم أمثال العين في صورة وقوع المثل على الذمة، أو العين المفروضة الوجود في صورة وقوع العين بوجودها الاعتباري على الذمة، فيسقط كثير من الاحتمالات كأعلى القيم من حين الأخذ إلى حين الاعواز أو المطالبة أو الأداء، أو من حين التلف إلى زمان الاعواز، أو غيره مما ذكر.

فما قيل من: «أن الانقلاب إلى القدر المشترك بين العين و المثل أي أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان إعواز المثل وجيه، لأن القول بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف ينتج في المقام ضمانه بأعلى القيم من زمان أخذ العين إلى زمان إعواز المثل، لأن معنى الضمان بأعلى القيم هو إستقرار مراتب القيمة السوقية في عهدة الضامن بشرط تلف المضمون، فإذا تعذر رد المثل بقي إرتفاع قيمته على العهدة، كما أن إرتفاع قيمة العين أيضاً عليها»^(١).

مما لا يمكن المساعدة عليه، لما مرّ آنفاً من أن الموجب للضمان هو كون الشيء تحت اليد. و أما كونه على العهدة فهو مغاير لما يوجب الضمان، ولذا لو كان عليه صاع من الحنطة بسبب القرض أو البيع ولم يؤد مع المطالبة لم يضمن إرتفاع قيمته، إذ لا وجه للضمان بعد عدم كون ما على العهدة تحت اليد. فالقول بضمان أعلى القيم في الغصب إلى زمان التلف لا ينتج ما ذكر من ضمان أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان إعواز المثل.

و توهم شمول آية الاعتداء لذلك بتقريب: أن عدم أداء العين و المثل حين إرتفاع قيمته إعتداء يعتدى فيه بالمثل، و هو القيمة، فاسد، لأن الاعتداء مع المطالبة إعتداء في تأخير أداء ما في ذمته، لا إعتداء في قيمته.

مضافاً إلى عدم دلالة الآية الشريفة على الضمان كما مرّ مراراً.
و الحاصل: أن ما ذكر ليس له وجه، فضلاً عن كونه وجيهاً.

الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر..... ٤٠٣

ثم إن في هذه المسألة^(١) إحتالاتٍ أخر^(٢)، ذكر أكثرها في القواعد^(٣)، وقوى بعضها في الايضاح، وبعضها بعض الشافعية.

الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر، ومبانيها

(١) أي: مسألة تعذر المثل.

(٢) أي: غير إعتبار القيمة يوم تعذر المثل الذي نسبه إلى الحلّي في البيع، وإلى التحرير في باب القرض.

(٣) قال العلامة رحمته فيه: «ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد، ففي القيمة المعتبرة إحتالات: الأول: أقصى قيمته من يوم الغصب إلى التلف، ولا إعتبار بزيادة قيمة الأمثال. الثاني: أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الاعواز. الثالث: أقصى القيم من وقت الغصب إلى الاعواز. الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة. الخامس: القيمة يوم الاقباض»^(١). وأضاف إلى هذه إحتالاتٍ أخرى في غصب التذكرة، فراجع.

ولا يخفى أن الاحتمال الخامس هو مذهب المشهور الذي إختاره المصنّف، وقد تقدّم وجهه ومبناه، وهو عدم سقوط المثل عن الذمة بمجرد الاعواز، بل يتوقف سقوطه على أداء ثمن المثل، ولذا تكون العبرة بقيمة يوم الدفع و الاقباض. و يبتني عليه الاحتمال الرابع أيضاً كما سيأتي.

وأما سائر الاحتمالات فمبنية على إستقرار القيمة في عهدة الضامن بأحد أنحاء ثلاثة:

الأول: إنتقلاب العين المثلية التالفة إلى القيمة بسبب إعواز المثل.

الثاني: إنتقلاب نفس المثل إلى القيمة.

الثالث: إنتقلاب الجامع المشترك بين العين التالفة والمثل المتعذر إلى القيمة.

وهذا المبنى الثالث لم يُشر إليه المصنّف رحمته هنا، ولكنه أشار إليه في تفصيل مباني

و حاصل جميع الاحتمالات^(١) في المسألة مع مبانيها: أنه إما أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه^(٢) تبعاً للأكثر من إعتبار القيمة عند الاقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إما^(٣) أن نقول بصيرورته^(٤) قيمياً عند الاعواز.

الاحتمالات بقوله: «و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً» و كان المناسب التنبيه على إجماله هنا كما تنبه على إجمال سائر المباني.

و كيف كان فكلام المصنّف رحمه الله حول مباني الاحتمالات المذكورة في قواعد العلامة رحمه الله يقع في مقامين:

أحدهما: مقام الثبوت، و بيان ما يمكن أن يكون وجهاً لكل واحد من الاحتمالات.

ثانيهما: مقام الاثبات، و هو الاستظهار من أدلة الضمانات.

(١) أي: جميع الاحتمالات المتصورة في هذه المسألة ممّا تقدّم و غيره ممّا سيأتي.

(٢) يستفاد إختياره له من بيانه و عدم المناقشة فيه، حيث قال: «ان المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع ... الخ».

(٣) معطوف على قوله: «إمّا أن نقول» و قد أشرنا آنفاً إلى أن: منشأ ما عدا الاحتمال الخامس - من الاحتمالات المذكورة في القواعد - هو هذا الشقّ من القضية المنفصلة أعني استقرار القيمة في ذمة الضامن عند الاعواز.

(٤) مقتضى السياق رجوع الضمير إلى «المثل» الذي تقدّم في قوله: «إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمة إلى أوان الفراغ منه» فالمراد بقوله: «و إمّا أن نقول» هو: أن نقول بصيرورة المثل المتعذر قيمياً، أي إنقلاب المثل إلى القيمة.

ولكن يُشكل هذا الارجاع من جهة أن المصنّف رتب عليه احتمالين:

أحدهما: إنقلاب المثل إلى القيمة، و هذا يلتئم مع إرجاع الضمير إلى المثل.

فإذا صار كذلك^(١)، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذّمة^(٢) قيميّ فيكون القيميّة صفةً للمثل بمعنى: أنّه لو تلف وجب قيمته. وإمّا أن نقول: إنّ المغصوب إنقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأوّل^(٣)، فإن جعلنا الاعتبار في القيميّ

ثانيهما: إنقلاب نفس العين المثليّة التالفة إلى القيمة، لما سيأتي من قوله: «وإمّا أن نقول: إنّ المغصوب إنقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً» و من المعلوم أنّ إنقلاب نفس العين التالفة إلى القيمة أجنبيّ عن صيرورة المثل قيمياً، لأنّ المدار على قيمة العين لا قيمة المثل المتعذر، وإن كان تعذّره واسطةً ثبوتيةً لتبدّل ضمان العين بالثمن.

وكيف كان فراد المصنّف من قوله: «وإمّا أن نقول بصيرورته قيمياً» هو تبدّل ضمان المثل بضمن القيمة، إمّا قيمة المثل، وإمّا قيمة العين التالفة أو المتلفّة.

إلا أن يوجّه إرجاع الضمير إلى «المثل» بأنّ المثليّ يصير قيمياً، سواء أكانت القيمة قيمة المثل أم قيمة العين المضمونة، فيصحّ جعله مقسماً لقسمين، فتدبر.

(١) يعني: فإذا صار قيمياً عند إعواز المثل، لا عند دفع القيمة الذي نسبه المصنّف إلى المشهور وإختاره كما عرفت.

(٢) كما فهمه المحقّق الثاني^(١) من قول العلامة رحمته. وعليه فتكون القيمة بدلاً عن المثل الذي هو بدلاً عن العين، فتصير القيمة بدلاً البديل، في قبال الاحتمال الآخر وهو كون القيمة بدلاً عن العين، نظير بدليّة المثل عنها، فيكون للعين بدلان: المثل والقيمة، لكنّها ليسا بدلين عرضيين بل طوليين، و بدلية القيمة مشروطة بتعذر المثل. أمّا بدليّة المثل فطلقة.

(٣) المراد بالأوّل هو أوّل الاحتمالين المبنيين على إنقلاب المثل قيمياً عند الاعواز، وقد أفاده بقوله: «فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذّمة قيميّ...» وليس المراد بالأوّل بقاء المثل في الذّمة إلى أوان أداء القيمة، لما عرفت من أنّه لو قلنا

بيوم التلف^(١) - كما هو أحد الأقوال^(٢) - كان^(٣) المتعين قيمة المثل يوم الاعواز، كما صرح به^(٤) في السرائر في البيع الفاسد، و التحرير في باب القرض، لأنه^(٥) يوم تلف القيمي.

و إن جعلنا الاعتبار فيه^(٦) بزمان الضمان - كما هو القول

ببقاء المثل في عهدة الضامن إلى يوم الاقباض تعينت قيمته في ذلك اليوم، و لا مجال لسائر الاحتمالات.

(١) و هو الموافق للمركز العرفي في الضمان بالقيم من تدارك الخسارة المالية - الواردة على المالك بتلف العين - بما يساوي تلك الخسارة حين التلف.

(٢) بل في الدروس و الروضة نسبته إلى الأكثر، كما نقله المصنف في الأمر السابع. و الوجه فيه: أن الانتقال إلى البذل إنما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله إنما هو رد العين.

(٣) جواب الشرط في «فإن جعلنا» و جملة الشرط و الجزاء جواب لقوله: «فإن قلنا ...».

(٤) أي: كما صرح ابن إدريس و العلامة رحمهما - في بعض المواضع - بتعين قيمة المثل يوم إعوازه. و قد تقدم كلامهما و كلام الشهيد الثاني في بيع المسالك، فراجع (ص ٣٨٤ و ٣٨٥).

(٥) يعني: لأن يوم إعواز المثل هو يوم تلف القيمي، فلا بد من رعاية قيمة المثل يوم تعذره.

و لا يخفى أن تعين قيمة المثل يوم الاعواز ليس من الاحتمالات المذكورة في القواعد، و إنما ذكره العلامة رحمهما في التذكرة سابع الاحتمالات، و نبه المصنف رحمهما عليه، لترتبه على القول بالانقلاب و بضمان القيمي يوم تلفه.

(٦) أي: و إن جعلنا الاعتبار في القيمي بزمان الضمان - لا يوم التلف - إنجبه القول بضمان قيمة زمان تلف العين، لأن زمان تلف العين هو أول أزمنة ثبوت المثل في

الآخر في القيمي^(١) - كان^(٢) المتجه إعتبار زمان تلف العين^(٣)، لآته^(٤) أول أزمته وجوب المثل في الذمة المستلزم^(٥)

الذمة، لأن الذمة لا تشتغل بالمثل مادامت العين موجودة، فإذا تلفت إنتقل الضمان إلى البدل و هو المثل، و حيث إن المفروض إعواز المثل ضمنه بقيمته يوم تلف العين.
و بعبارة أخرى: إن إشتغال الذمة بقيمة المثل زمان تلف العين منوط بأمرين:
أحدهما: القول بأن القيمي المغصوب يضمن بقيمة يوم غصبه، ضرورة أن
وضع اليد على مال الغير مقتضى لاشتغال العهدة به. و لا عبرة بقيمته في سائر الأزمنة
كيوم تلفه أو يوم مطالبة الملك ببذل التالف.

ثانيهما: أن المثلي إنقلب يوم إعوازه بالقيمي.
و بناءً عليهما يتضح وجه ضمان قيمة المثل يوم تلف العين، و ذلك لأن تلفها
يوجب إستقرار المثل في الذمة، فالمضمون في يوم التلف هو المثل، و حيث تعذر
الوصول إلى المثل - كما هو المفروض - و إنقلب قيمياً، فلا بد من رعاية قيمته يوم
إستقراره في العهدة و هو يوم تلف العين.
(١) هو لشيخ الطائفة في موضع من المبسوط، و لغيره أيضاً كما سيأتي في الأمر
السابع.

(٢) جواب الشرط في قوله: «و إن جعلنا ...».
(٣) يعني: إعتبار ثمن المثل في يوم تلف العين المضمونة بالغصب أو بالقبض
بالباع الفاسد كما في المقام.

(٤) يعني: لأن زمان تلف العين أول أزمته ثبوت المثل في الذمة، فانقلب ضمان
العين بضمان المثل، و حيث إن المثل متعذر، ضمن ثمنه يوم تعذره، كما إذا تلفت العين في
أول الشهر، و تعذر المثل في آخر الشهر، فيضمن ثمن المثل في أول الشهر الذي تلفت
العين فيه، لا ثمنه في يوم إعواز المثل كما كان في الاحتمال السابق على هذا الاحتمال.

(٥) صفة له «وجوب المثل» و المراد بالوجوب هو الثبوت.

لضمانه بقيمته عند^(١) تلفه^(٢). وهذا^(٣) مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر.

وإن جعلنا^(٤) الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف - كما حكى عن جماعة من القدماء^(٥) في الغصب - كان المتجه الاعتبار بأعلى

(١) متعلق بـ «ضمانه» لا «بقيمته» وظرف القيمة - وهو زمان تلف العين وإشغال الذمة بالمثل - محذوف.

(٢) هذا الضمير راجع إلى العين، وضميراً «لضمانه، بقيمته» راجعان إلى المثل، فكأنه قيل: وجوب المثل في الذمة مستلزم لضمان خصوص قيمة المثل الثابتة عند تلف العين، لا سائر قيمه.

(٣) أي: ضمان قيمة يوم التلف مبني على القول بكون العبرة في القيمي بزمان الغصب، لأنه وقت الضمان كما عن الأكثر، والمفروض أن زمان إشغال الذمة بالمثل هو زمان تلف العين.

(٤) معطوف على «وإن جعلنا» ومقصوده بيان مبنى الاحتمال الثاني المتقدم عن القواعد، وهو ضمان أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل، فأفاد: أنه لو قلنا في القيمي المغصوب بمقالة جماعة من قدماء الأصحاب - من ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف - إنجبه الاحتمال الثاني وهو ضمان المثلي المتعذر وجوده بأعلى القيم من تلف العين إلى الاعواز، وذلك لأن زمان الضمان بالمثل هو زمان تلف العين، كما إذا تلفت أول الشهر وتعذر المثل في آخره، فإن المثل المنقلب إلى القيمي صار مضموناً في تمام الشهر، فلو ارتفعت قيمته وسط الشهر وإنخفضت في يوم إعواز المثل ضمن تلك القيمة العليا.

(٥) قال السيد العاملي رحمه الله: «هو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية في موضع منهما، والوسيلة والغنية والسرائر والايضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة - على إشكال - وكذا شرح الارشاد للفخر، وفي بيع المختلف نسبته إلى علمائنا، وفي

القيم من يوم تلف^(١) العين إلى زمان الاعواز.
و ذكرَ هذا^(٢) الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات.
و إن قلنا^(٣): إنَّ التالف

غصبه: أنه أشهر. و إستحسنه في الشرائع، و كأنه قال به أو مال إليه. و في الكفاية
و المسالك: أنَّ في خبر أبي ولاد ما يدلُّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، و كأنه
قال به و قوَّاه في الروضة أيضاً... الخ»^(٤).

(١) لما عرفت من أنَّ يوم تلف العين أوَّل زمان ضمان المثل بقيمته عند تلفها،
و آخر زمانه زمان تلف المثل أعني به زمان إعوازه.

(٢) أي: إعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل.
هذا تمام الكلام في الاحتمالات الثلاثة المبتنية على إنقلاب المثل إلى القيمة
بالاعواز.

أوَّلها: إعتبار قيمة المثل يوم الاعواز، و هو مبنيٌّ على القول بضمان القيمي بقيمة
يوم تلفه.

ثانيها: إعتبار قيمة المثل يوم تلف العين، و هو مبنيٌّ على القول بضمان القيمي
بقيمة يوم ضمانه و دخوله في العهدة. و حيث إنَّ ضمان المثل تحقَّق في يوم تلف العين
أُعتبر ثمنه فيه، لا في يوم إعوازه و تعذُّره.

ثالثها: إعتبار أعلى قيم المثل من زمان تلف العين إلى زمان إعواز المثل، و هذا
مبنيٌّ على ضمان القيمي المنصوب بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف.
و سيأتي الكلام فيما يبتني من الوجوه على القول الآخر في المثلي المتعذر، و هو
ضمان قيمة نفس العين لا قيمة المثل.

(٣) معطوف على قوله: «فان قلنا بالأوَّل» يعني: و إن قلنا بالثاني - و هو
إنقلاب التالف المثلي قيميّاً، لا إنقلاب المثل المعوز إلى القيمة - ففيه احتمالان:

إنقلب^(١) قيمياً احتمال^(٢) الاعتبار بيوم الغصب

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم الغصب.

و الآخر: كون العبرة بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف. و سيأتي توضيحهما.

(١) ليس المراد بالانقلاب إتحاد المثلي المتعذر مع القيمي حقيقة، لما تقدّم في الأمر الرابع من التقابل بينهما و تباينهما، فالمثلي ما تساوت أجزاؤه، و القيمي ما لا تتساوى أجزاؤه. بل المراد إجراء حكم القيمي في المثلي المتعذر. فكما أن الضامن للتالف القيمي مخاطب بتفريغ ذمته بأداء القيمة، فكذا في المضمون المثلي الذي كان موجوداً حين تلف العين ثم طرأ عليه التعذر، فإنه مخاطب بأداء قيمة التالف بعد أن كان مخاطباً بأداء المثل.

(٢) وجه هذين الاحتمالين واضح، و هو إتحاد حكم المثلي المتعذر المنقلب إلى القيمي مع حكم القيمي بالأصالة. فإن قلنا بضمان الأعيان القيميّة بقيمة يوم غصبها تعيّن ضمان العين المثليّة - التي طرأ التعذر على أمثالها - بقيمة يوم ضمانها و دخولها في العهدة. فكان هذه العين المثليّة قيميّة من أول الأمر، فتضمن بما تضمن به الأعيان القيميّة.

و إن قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من الغصب - أو الضمان - إلى يوم التلف إنجبه القول بضمان المثلي المتعذر بأعلى قيمته من حين غصبه إلى تلفه. و لا يخفى أن المصنّف رحمه الله اقتصر - بناءً على الانقلاب - على احتمالين، و أهمل الاحتمال الأول الذي رتبّه على ضمان القيمي بقيمة يوم تلفه.

و الوجه في إهمال ذكره - كما في حاشية الشيخ المامقاني رحمه الله - وجود المانع عن جريانه بناءً على مفروض البحث و هو إنقلاب المثلي قيمياً، و ذلك لأن الكلام في المثلي الذي تعذر مثله، و من المعلوم أن الضامن كان مخاطباً يوم تلف العين بأداء المثل دون قيمة العين، و لهذا لم يمكن إلزام المالك بقبول القيمة لو دفعها الغاصب يومئذ.

كما في القيمي^(١) المغصوب، و الاعتبار بالأعلى منه^(٢) إلى يوم التلف. و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد.

و إن^(٣) قلنا: إن المشترك بين العين و المثل صار قيميًّا

و عليه فلا يصح أن يكون المناط قيمة العين عند تلفها^(١).

(١) أي: القيمي بالأصالة، و هو ما لا تتساوى أجزاؤه. و المراد بيوم الغصب يوم القبض.

(٢) أي: من يوم غصب العين إلى يوم تلفها بوصف كونها قيميَّة، و هو يوم إعواز المثل.

(٣) معطوف على «فإن قلنا بالأول» و هذا مبنى الاحتمال الثالث المذكور في القواعد، و هو ضمان القيمة العليا من حين الغصب إلى التلف.

و حاصل هذا المبنى: أن المدار في ضمان المثلي الذي تعذر مثله ليس هو العين بخصوصها حتى تضمن بقيمة يوم غصبها أو يوم تلفها، و لاهو المثل بخصوصه حتى يضمن بقيمة يوم تلف العين الذي هو زمان إشتغال الذمة بالمثل، و لا يوم إعوازه الذي هو كتلفه. بل المدار على قيمة الجامع بين العين و المثل، بمعنى: أن المنقلب قيميًّا هو القدر المشترك بينهما أي الصفات الكلّية و الجهات النوعية و الصنفية الموجبة لمالية الشيء، إذ هي الأمر المشترك الموجود في العين التالفة و مثلها اللذين هما من مصاديق الكلّي المثلي. و تعذر هذا الأمر المشترك منوط بتلف العين و تعذر المثل، ضرورة توقّف تعذر الكلّي و تلفه على تلف جميع أفرادهِ.

مثلاً إذا وضع يده على صاع من الحنطة المملوكة لزيد و تلفت عنده، إشتغلت ذمته بما يماثلها في الصفات الدخيلة في ماليتها، فلو أهمل حتى تعذر المثل تبدّل الضمان بصنف الحنطة الكلّية الجامعة للعين و المثل.

و المناسب لهذا المبنى احتمالان مما احتمله العلامة رحمته.

جاء^(١) إحتال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان^(٢) إلى يوم تعذر المثل، لاستمرار^(٣) الضمان فيما قبله^(٤) من^(٥) الزمان إمّا للعين، و إمّا للمثل. فهو^(٦) مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف.

أحدهما: الاحتمال الثالث، و هو ضمان أعلى القيم من يوم الضمان و القبض إلى يوم إعواز المثل، فإذا كانت قيمة الحنطة زمان الغصب ديناراً، ثم صارت يوم تلفها نصف دينار، و يوم تعذر المثل ديناراً و نصف دينار، كان المضمون به هو الأخير، لأنّ المستقرّ في العهدة ليس خصوص العين و لا خصوص المثل، بل كليّ الحنطة إلى زمان إعوازها. و لا ريب في أنّ إرتفاع القيمة من حالات العين المضمونة، فيكون مضموناً. ثانيهما: الاحتمال الرابع، و هو ضمان أعلى القيم من يوم الضمان إلى يوم أداء القيمة، لأنّه يوم تفرغ الذمّة من الكليّ المثليّ المستقرّ في العهدة من يوم الضمان، و يتوقّف الفراغ عنه على أداء قيمته.

(١) وجه مجيء هذا الاحتمال ما ذكرناه من إستقرار الكليّ في ذمّة الضامن، لا خصوص العين النالفة، و لا خصوص المثل المتعذر.

(٢) المراد بيوم الضمان هو يوم الغصب، و يوم قبض المبيع بالبيع الفاسد.

(٣) تعليل لتوجّه إحتال الضمان بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان إعواز المثل الذي هو يوم سقوط خصوصيّة المثل عن الذمّة، و تبدّله بضمان الجامع بين العين والمثل.

(٤) أي: قبل يوم تعذر المثل.

(٥) بيان لـ «ما» الموصولة، يعني: أنّ الضمان مستمرّ من يوم الضمان إلى يوم الإعواز.

(٦) الظاهر رجوع الضمير إلى إستمرار الضمان قبل تلف المغصوب إلى زمان تعذر المثل، و عليه فلا بدّ من حمل «التلف» على إعواز المثل لا تلف العين، إذ لو أريد تلف العين لم يتّجه ضمان إرتفاع قيمة الأمثال من هذا اليوم - الذي هو مبدأ إستقرار المثل في الذمّة - إلى زمان الإعواز، و ذلك لفرض كون المضمون خصوص العين من يوم غصبها إلى يوم تلفها، لا المالئة المشتركة بين المثل و العين.

و هذا^(١) ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات.

و أحتمل^(٢) الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل^(٣).

و وجهه^(٤) في محكي التذكرة و الايضاح: بأن المثل لا يسقط بالاعواز، قالوا: «ألا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل إستحققه^(٥)، فالمصير إلى القيمة عند تغريمها» و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

(١) المشار إليه قوله: «إحتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل» و هو ثالث الاحتمالات المتقدمة في عبارة القواعد.

(٢) معطوف على قوله: «جاء إحتمال» و غرضه تبيُّن أنه لو قلنا بضمان المالّية الجامعة بين العين التالفة و المثل المتعذر أحتمل القول بضمان القيمة العليا من حين الضمان إلى زمان أداء الغرامة، و هي قيمة المثل.

و الوجه في هذا الاحتمال: أن ذمة الضامن مشغولة بالجامع بين العين و المثل، و المسقط هو أداء القيمة إلى المالك، فلو إرتفعت قيمة المثل بعد زمان تعذره كان هذا الارتفاع مضموناً أيضاً.

(٣) الصواب أن يقال: «إلى دفع القيمة» كما هو صريح عبارة القواعد و التذكرة. إلا أن يلتزم بتقدير مضاف، بأن يقال: «دفع قيمة المثل المفروض تعذره» فيكون دفع القيمة أداء للمثل المتعذر من جهة مالّيته، لا من جهة مثليته، هذا.

(٤) أي: وجه العلامة و فخر المحققين ضمان أعلى القيم - من يوم الغصب إلى أداء القيمة - بأن المثل لا يسقط ... الخ.

(٥) هذه العبارة منقولة بالمعنى، و إلا فعبارة التذكرة و الايضاح هي: «ملك المطالبة به» ثم زاد في التذكرة قوله: «و إنما المصير إلى القيمة عند تغريمها».

و هذا الاحتمال الرابع مختار فخر المحققين، لقوله بعد ذكر مأخذ الاحتمالات الخمسة: «و الأصح الرابع»^(١).

و حاصله^(١): أن وجوب دفع قيمة المثل يعتبر^(٢) من زمن وجوبه^(٣) إلى وجوب مُبدله أعني العين، فيجب أعلى القيم منها^(٤)، فافهم^(٥).

و كيف كان فالحاكي لعبارتي التذكرة و الايضاح هو السيّد العاملي، و عبارة المتن نصّ كلامه^(١).

(١) هذا الحاصل مذكور في مفتاح الكرامة أيضاً، فراجع. يعني: حاصل توجيه العلامة و فخرالدين للإحتمال الرابع هو: أن وجوب دفع قيمة المثلي الذي بقي مثله في الذمة إلى يوم غرامة القيمة - و سقط بدفع القيمة إلى المالك - إنما يعتبر بنحو القهقري من أول زمان وجوب قيمة المثلي، و هو زمان دفعها، و ينتهي إلى زمان ثبوت مبدل القيمة أعني نفس المال المثلي المصوب، و هو زمان غصب العين.

و عليه فيكون هنا وجوبات عديدة بعدد القيمة إن اختلفت في أجزاء هذا الزمان المتخلّل بين المبدء و المنتهى، فيجب دفع الأعلى من هذه القيم، إذ المفروض أن القيمة الواجبة على الفاسب هي أعلى القيم.

و الأولى: أن يعبر هكذا: «و حاصله: أن إسقاط وجوب دفع قيمة المثل يلاحظ من زمن ثبوت القيمة ... إلخ».

(٢) أي: يلاحظ من زمن وجوب القيمة - أي ثبوتها - إلى ثبوت مُبدل القيمة و هو نفس المال المثلي المصوب.

(٣) الوجوب بمعنى الثبوت في الذمة، و ضميره و كذا ضمير «مبدله» راجعان إلى القيمة، فالمناسب تأنيث الضميرين، و إن صحّ تذكيرهما أيضاً باعتبار الرجوع إلى البذل المستفاد من قوله: «إلى وجوب مبدله». و الأمر سهل.

(٤) الأولى إسقاط كلمة «منها» بأن يقول - كما في مفتاح الكرامة - : «فيجب الأقصى» أو «أقصى القيم».

(٥) لعلّه إشارة إلى ضعف القول بصيرورة القدر المشترك قيمياً، الذي هو أحد

إذا عرفت هذا^(١) فاعلم: أن المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع

جزأي هذا الاحتمال الرابع. و أما الجزء الآخر - وهو ثبوت المثل إلى زمان دفع القيمة - فقد قوّاه سابقاً.

هذا تمام الكلام في المقام الأول وهو بيان مآخذ الاحتمالات الخمسة. وقد تحصل مما أفاده المصنف رحمته من أول الأمر السادس إلى هنا وجوه في ضمان قيمة العين المثلية التالفة مع إعواز المثل.

الأول: إعتبار ضمان قيمة يوم الدفع و المطالبة، و هو المنسوب إلى المشهور، و هو خامس الاحتمالات المذكورة في القواعد، و قد عبّر عنه بقيمة يوم الاقباض. الثاني: إعتبار قيمة يوم تعذر المثل، و إختاره ابن إدريس و العلامة و الشهيد الثاني، في بعض المواضع.

الثالث: إعتبار قيمة يوم تلف العين، الذي هو زمان إستقرار المثل في العهدة.

الرابع: إعتبار أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان إعواز المثل.

الخامس: إعتبار قيمة يوم ضمان العين.

السادس: إعتبار أعلى القيم من يوم الفصب إلى يوم تلف العين.

السابع: إعتبار أعلى القيم من يوم ضمان العين إلى زمان أداء قيمة المثل. و قد

عرفت مبني كل واحد منها.

استظهار بعض الوجوه المتقدمة من أدلة الضمان

(١) هذا شروع في المقام الثاني، و هو بيان ما يستفاد من الأدلة و كلمات الأصحاب. و محصله: أن الدليل على ضمان المثلي بالمثل إما هو الاجماع أو المتبادر من إطلاقات الضمان الدالة على التفریم بما هو أقرب إلى التالف. فإن إعتدنا على الاجماع قلنا باقتضائه لضمان قيمة يوم أدائها، و ذلك لاستقرار المثل على عهدة الضامن بمجرد تلف العين، و لم یُقید إشغال الذمة بالمثل بعدم تعذره و إعوازه، فلا یوجب تعذره

مطالبة المالك. فالعبرة بما هو إسقاطٌ حين الفعل^(١)، فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الاسقاط و تفرغ الذمة.

و أمّا بناءً^(٢) على ما ذكرنا^(٣) من أنّ المتبادر من أدلة الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان^(٤) المثل مقدماً مع تيسره. و مع تعذره ابتداءً

إنتقال الضمان إلى القيمة حتى يكفي أداء ثمنه يوم إعوازه، بل يبقى المثل في الذمة إلى إسقاطه بمطالبة المالك، فتكون العبرة بقيمته يوم أدائها. و قد تقدّم وجهه عند بيان رأي المشهور، و هكذا في مبنى الاحتمال الخامس.

و إن اعتمدنا على المتبادر من أدلة الضمان إنقلب الضمان إلى القيمة، و سيأتي.
(١) أي: حين الاسقاط، إذ المفروض بقاء المثل على عهدة الضامن، و لا يسقط إلا بدفع القيمة. فالعبرة بقيمة يوم الاسقاط، لا يوم إعواز المثل.

(٢) هذا في مقابل ما ذكره بقوله: «فاعلم أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي... إلخ» و إطلاق كلامهم إنّما هو لعدم تقييدهم ذلك بصورة التمكن من المثل، فأطلقوا ضمان المثل في المثلي، و لم يقيّدوه بصورة التمكن من دفع المثل، و هذا الإطلاق يقتضي بقاء المثل في الذمة ولو مع إعوازه.

و أمّا بناءً على ما ذكرنا - من أنّ المتبادر من أدلة الضمان التفرغ بالأقرب إلى التالف، فالأقرب - كان المثل مقدماً مع التمكن من دفعه إلى المالك، و مع عدم التمكن منه كان المتعين دفع القيمة. فالاعواز يُوجب إنقلاب المثلي إلى القيمي، فالقيمة قيمة للمثل حال الاعواز، فيكون عدم التمكن العارضي من دفع المثل كعدم التمكن بالأصالة كما في القيميات. فالمثل الثابت في الذمة ينقلب إلى القيمة من زمان الاعواز.

(٣) أي: في كلّ من الأمر الرابع و السادس، فقال في السادس: «ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدّم سابقاً من الآية و من أنّ المتبادر من إطلاق الضمان... إلخ» فراجع (ص ٣٨٨).

(٤) جواب «و أمّا بناءً» و «فالأقرب» بالجر معطوف على «بالأقرب».

كما في القيميّ أو بَعْدَ التَّمَكُّنِ كما فيما نحن فيه كان^(١) المتعيّن هو القيمة، فالقيمة^(٢) قيمة للمغصوب من حين صار قيميّاً وهو حال الاعواز، فحال الاعواز معتبر من حيث إنّهُ أوّلُ أزمّة صيرورة التالف قيميّاً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمةً للمثل دون العين.

فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيميّ توجّه ما إختاره الحليّ^(٣).
ولو قلنا^(٤) بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف^(٥) - كما عليه جماعة من القدماء^(٦) - توجّه^(٦) ضمّانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الاعواز^(٧).

-
- (١) جواب «و مع تعذّره» المتضمن للشرط.
- (٢) يعني: أنّه بناءً على المتبادر من إطلاقات الضمان يتعيّن القولُ في المثليّ - المتعذّر مثله - بضمان قيمته يوم الاعواز، لأنّه يوم صيرورة العين المثليّة قيميّة.
- (٣) من الاعتبار بقيمة يوم تعذّر المثل وإعوازه، لأنّه يوم تلف العين بوصف القيميّة، إذ قبل هذا الزمان كان التالف مثليّاً، وإنّما صار قيميّاً بسبب الاعواز.
- (٤) هذا مقابل قوله: «فعلى القول باعتبار يوم التلف» والأولى لرعاية المشاكلة أن يقال: «و على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم ... إلخ».
- و كيف كان فتوضّيح كلامه^(٨): أنّه بناءً على القول بضمان القيميّ بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف توجّه ضمانُ المثليّ فيما نحن فيه - أعني به إعواز المثل - بأعلى القيم من حين الغصب في المغصوب، و من زمان القبض في المقبوض بالعقد الفاسد، و كان هذا هو الاحتمال الثاني في عبارة القواعد.
- (٥) و هو الوجه لما حرّرناه في التعليقة بقولنا: «تتمّة إعلم أنّ من الأقوال اعتبارُ أعلى القيم ... إلخ».
- (٦) جواب الشرط السابق.
- (٧) الذي هو بمنزلة تلف العين القيميّة، لكن قد ذكرنا في التمتّة المشار إليها خلافه.

إذ^(١) كما أن إرتفاع القيمة مع بقاء العين مضمونٌ بشرط تعذر أدائه المتدارك^(٢) لا ارتفاع^(٣) القيم، كذلك بشرط تعذر المثل في المثلي، إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية^(٤).

و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلياً كان أداءٌ مثلها عند تلفها كردّ عينها في إلغاء إرتفاع القيم، فاستقرار^(٥) إرتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا^(٦): إن تعذر المثل يسقط المثل - كما أن تلف العين يسقط العين -

(١) تعليلٌ لاعتبار تعذر المثل في ضمان إرتفاع القيمة، المستفاد من تقييد «الأعلى» بغاية الاعواز. يعني: أن إرتفاع القيمة إنما لا يضمن إذا أمكن دفع العين، و لم ينته الأمر إلى دفع القيمة، بل كان إرتفاع الضمان بسبب دفع العين أو مثلها. و أمّا إذا إنتهت النوبة إلى دفع القيمة لتلف العين و تعذر المثل فإرتفاع القيمة يكون حينئذٍ مضموناً، و هذا الارتفاع المضمون يكون من زمان الضمان إلى زمان تعين القيمة و ثبوتهما في الذمة، أو إلى زمان أدائها بناءً على ثبوت المثل في الذمة إلى زمان الأداء. (٢) باسم الفاعل صفة لـ «أدائه» يعني: أن أداء العين كان جابراً لا ارتفاع القيمة، لكن حيث تعذر أدائها - لفرض تلفها - صار الغاصب ضامناً لا ارتفاع القيمة.

(٣) اللام للتعدية، مثل «خرجتُ لزيدٍ من الدار» بمعنى: أخرجته من الدار.

(٤) لتفرّع ضمان القيمة السوقية - في الأعيان المثلية - على إعواز المثل.

(٥) هذا متفرّع على كون ردّ المثل - في الأعيان المثلية التالفة - بمنزلة ردّ نفس التالف، في عدم إشتغال الذمة بأعلى القيم. فإذا لم يتحقق ردّ العين لتلفها و لا ردّ المثل لاعوازه ضمن أعلى قيمتها، و هل المضمون إرتفاع القيمة من زمان الغصب إلى زمان الاعواز، أم هو من حين الغصب إلى حين أداء القيمة؟ فيه خلاف سيأتي مأخذ كلٌّ منها في المتن.

(٦) هذا تفصيلٌ لقوله: «فاستقرار إرتفاع القيم...».

توجّه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الاعواز^(١)، و هو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل^(٢).

و إن قلنا^(٣): إنّ تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين^(٤) كان^(٥) إرتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضاً مضموناً^(٦)، فيتوجّه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة، و هو المحكي عن الايضاح. و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان إرتفاع القيمة مراعى بعدم ردّ العين أو المثل^(٧).

- (١) أي: إعواز المثل الذي هو كتلف العين في كونه سبباً لسقوط المثل.
- (٢) القائل هو العلامة في التذكرة، قال قتيبي: «و للشافعية في القيمة المعتبرة عشرة أوجه ... ثالثها: و هو الأصح عندهم، القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الاعواز، لأنّ وجود المثل بقاء عين المغصوب من حيث إنّه كان مأموراً بتسليم المثل، كما كان مأموراً برّد العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمته في المديتين. كما أنّ المتقوّمات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، و لا نظر إلى ما بعد إنقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب من المتقوّم»^(١).
- (٣) هذا عدلّ قوله: «فإن قلنا: إنّ تعذر المثل يسقط المثل».
- (٤) حتى يسقط المثل بالاعواز كسقوط العين بتلفها.
- (٥) جواب الشرط المتقدم أعني به «و إن قلنا: إنّ تعذر ... إلخ».
- (٦) إذ المفروض بقاء المثل في العهدة و عدم سقوطه بتعذّره، فإن ارتفاع قيمته بعد تعذّره مضمون كضمانه قبل تعذّره، فيتوجّه حينئذ ضمان القيمة من حين الغصب إلى زمان دفع القيمة كما حكى عن الايضاح.
- (٧) يعني: بأن يكون ضمان إرتفاع القيمة مشروطاً بعدم إمكان ردّ العين أو المثل، فع إمكانهما و ردّهما لا يضمن إرتفاع القيمة.

ثمّ أعلم: أنّ العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات «أنّه لو تلف المثليّ والمثل موجود، ثمّ أعوز»^(١) و ظاهره إختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرء تعذّر المثل بعد تيسّره في بعض أزمنة التلف^(٢)، لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً. و عن جامع المقاصد: «أنّه يتعيّن حينئذٍ^(٣) قيمة يوم التلف»^(٤)

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتكفّلة لتعيين قيمة العين المثليّة المضمونة عند إعواز المثل. و سيأتي التنبيه على أنّ مورد البحث و موضوعه هو التعذّر الطارئ لا البدويّ. و قد جعلناه في صدر الأمر السادس جهةً ثالثة ممّا يتعلّق بتعذّر المثل. وإن أمكن جعله تنمّة للجهة الثانية، و الأمر سهل.

إختصاص إنقلاب الضمان إلى القيمة بالتعذّر الطارئ

(١) هذا منقول بالمعنى، و إلّا فعبارة القواعد هكذا: «ولو تلف المثليّ في يد الغاصب و المثل موجود، فلم يغرمه حتى فقد في ...» و قريب منها عبارة التذكرة^(١). و كيف كان فالمقصود أنّ موضوع كلامهم بانتقال الضمان من المثل المتعذّر إلى القيمة هو التعذّر الطارئ على المثل، لا ما كان متعذراً حين تلف العين أو قبله، فإنّه مضمون بالقيمة حين التلف، كما يظهر من المحقّق الثاني رحمته و سيأتي كلامه.

(٢) أي: أزمنة تلف العين، و الطرف متعلّق بـ «تيسّره».

(٣) أي: حين تعذّر المثل ابتداءً، أي: حين تلف العين.

(٤) الحاكي لكلامه السيّد العاملي رحمته^(٢). و إعتبار قيمة يوم التلف يستفاد من

ضمّ كلاميه في موضعين:

أحدهما: قوله في ضمان القيميّ المغصوب - في تضعيف رأي المبسوط -: «و إنّما

«١» قواعد الأحكام، ص ٧٩، (الطبعة الحجرية)؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٠

ولعلّه^(١) لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه في وقتٍ من الأوقات.
و يمكن أن يחדش فيه^(٢) بأنّ التمكن من المثل ليس بشرطٍ لحدوثه في

ينتقل إلى القيمة عند التلف»^(١).

ثانيهما: قوله في ضمان المثلي المتعذر مثله: «لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف. أمّا مع وجوده و عدم التفرّيم إلّا بعد فقدّه فإنّه قد استقرّ في الدّمة، فيرجع إلى القيمة»^(٢).

فيحمل قوله: «فالظاهر أنّ الواجب قيمة التالف» على قوله: «و إنّما ينتقل إلى القيمة عند التلف» و يصحّ ما نسبته المصنّف إليه.

(١) يعني: و لعلّ تعيّن قيمة يوم التلف لأجل عدم تنجّز التكليف بالمثل على الضامن في وقت من الأوقات، لفقدانه من أوّل الأمر.

(٢) أي: في هذا الوجه، و حاصل الحداشة: إنّ إشتغال الدّمة بالمثل ليس مشروطاً بالتمكن من أداء المثل، لا حدوثاً و لا بقاءً.

و لا يخفى أنّه نوقش في كلام جامع المقاصد بوجهين مذكورين في الجواهر أيضاً، أحدهما حلّي، و الآخر نقضيّ، و إرتضى المصنّف الحلّي و تأمّل في النقضيّ.

قال في الجواهر - بعد نقل ما إستظهره جامع المقاصد من ضمان قيمة يوم التلف في التعذر البدويّ - ما لفظه: «و قد يناقش بعدم المنافاة بين ثبوته في الدّمة و بين تعذر أدائه في ذلك الوقت. و دعوى صيرورته قيمياً واضحة المنع، إذ المثلي لا يتعيّن كونه كذلك بتعذر المثل. و إلّا لزم عدم وجوب دفعه لو تمكّن منه بعد ذلك قبل الأداء، لثبوت القيمة حينئذٍ في الدّمة، و لا أظنّ القائل المزبور يلتزمه، لوضوح ضعفه. فالمتبجّه ثبوت المثل في ذمّته على كلّ حال. و تعذر أدائه حال التلف لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، فإن عدم التمكن من وفاء الدين لا يقتضي عدم ثبوته في الدّمة، و حينئذٍ لم يكن

«١» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٤٦

«٢» المصدر، ص ٢٥٢

الذمة ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره إستدامةً، على ما إعترف^(١) به مع طروء التعذر بعد التلف^(٢). ولذا^(٣) لم يذكر أحدٌ هذا التفصيل في باب القرض. و بالجملة^(٤): فإشتغال الذمة بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بإرتفاعه

للتقييد المزبور فائدة»^(١).

و الايراد النقضي على كلام جامع المقاصد هو قوله: «و إلا لزم ... لوضوح ضعفه» و ما قبله و ما بعده هو الايراد الحلي الذي إرتضاه المصنّف و أثبتته في المتن.

(١) أي: إعترف المحقّق الثاني بعدم إشتراط التمكن من المثل في إستقرار المثل في الذمة إستدامةً، لأنّه إختار أنّ المعبر قيمة يوم الاقباض. ولو كان التمكن من المثل شرطاً في صحّة تعلّقه بالغاصب كان اللازم سقوط المثل بمجرد تعذّره، و تحقّق الانتقال إلى القيمة، و قد قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة رحمته: «الخامس القيمة يوم الاقباض» ما نصّه: «هذا هو الأصحّ، لأنّ الواجب هو المثل، فإذا دفع بدله اعتبرت البدليّة حين الدفع، فحينئذٍ يعتبر القيمة».

و قد نقل المصنّف تصريح جامع المقاصد - بما ذهب إليه المشهور - في أوائل هذا الأمر من كون العبرة بقيمة يوم الدفع بقوله: «و قد صرح بما ذكرنا المحقّق الثاني...»، فراجع ص (٣٨٤).

(٢) أي: تعذر المثل بعد تلف العين.

(٣) أي: و لعدم دخل التمكن من المثل في إشتغال الذمة به ابتداءً لم يذكر أحدٌ التفصيل - في باب القرض بين وجود المثل و عدمه، بأن يقال: مع التمكن من المثل في المثليّ يثبت في ذمة المقرض مثله، و مع عدم التمكن منه يثبت قيمة العين المقرضة، بل أطلقوا القول في ذلك، و قالوا: إنّ العين المقرضة إن كانت مثليةً ثبت مثليها في ذمة المقرض، و إن كانت قيميةً ثبت قيمتها.

(٤) هذه خلاصة الخدشة، و محصل الكلام: أنّ حصر موضع البحث بالتعذر

بطروء التعذر، و إلا لزم الحكمُ بحدوئه مع التعذر من أوّل الأمر.
 إلا أن يقال^(١): إن أدلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن و إن لم يكن
 مشروطاً به عقلاً^(٢)، فلا تعمُّ صورة العجز^(*). نعم^(٣) إذ طرء العجز فلا دليل
 على سقوط المثل و إنقلابه قيمياً^(٤).

الطارئ غير سديد، إذ لو كان إشتغال الذمة بالمثل مقيداً بتمكن الضامن منه لزم
 الحكم بالانقلاب إلى القيمة بمجرد التعذر، سواء طالب المالك به أم لم يطالب، مع أنهم
 إشتراطوا أداء القيمة بالمطالبة. و هذا يكشف عن عدم إناطة إشتقرار المثل في العهدة
 بتيسره. ولو لم يكن مقيداً بتمكن الضامن تعيّن القول بضمان المثل في الأعيان المثلية
 حتى مع تعذره البدوي.

(١) غرضه توجيه ما أفاده العلامة و المحقق الثاني **فقطاً** - من إختصاص
 موضوع البحث بالتعذر الطارئ - بما حاصله: أن إشتغال الذمة بالمثل و إن لم يكن
 منوطاً عقلاً و لا عرفاً بالتمكن من أداء ما إشتغلت به الذمة، لكن الدليل لا يدل إلا
 على إشتغال الذمة في صورة التمكن من أدائه، فلا تعمُّ صورة العجز الابتدائي،
 فلو وجد المثل - حين تلف العين - إشتغلت العهدة به، سواء أداها إلى المالك أم لم يؤده
 إليه حتى أعوز، فيبقى المثل في الذمة إلى إسقاطه بمطالبة المالك.

(٢) مرجعه إلى قصور مقام الاثبات عن شمول صورة التعذر الابتدائي، و قد عرفته.
 (٣) هذا تنمّة للتوجيه المتقدم بقوله: «إلا أن يقال» و غرضه التفصيل في مفاد
 الدليل بين التعذر الطارئ و الابتدائي.

(٤) يعني: و مع عدم الدليل على الانقلاب يرجع إلى الاستصحاب.

(*) مجرد العجز لا يكفي في ثبوت القيمة، بل المثبت لها هو إعتبار التمكن في
 ثبوت المثل حتى ينتفي بانتفائه، و يثبت القيمة. و بدون إشتراط التمكن يدور الأمر بين
 المثل و القيمة، و لا دليل على تعيّن القيمة.

و قد يقال^(١) على المحقق المذكور: إنَّ اللازم ممَّا ذكره أنَّه لو ظَفَرَ المالكُ بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة. ولا أَظُنُّ أحداً يلتزمه^(٢). وفيه تأمُّل^(٣).

(١) هذا هو الايراد النقضي الذي أورده صاحبُ الجواهر على المحقق الكركي رحمتهما القائل بضمان قيمة يوم التلف في تعذر المثل ابتداءً.

و حاصل النقض: أنَّه لو كان الوجه في الانتقال إلى قيمة وقت التلف عدم تنجّز التكليف بالمثل على الضامن في وقتٍ من الأوقات إنتقض كلامه بما إذا كان المثل متعذراً من أول الأمر، ولكن لم يأخذ المضمونُ له القيمة، ثم وُجد المثل.

و الوجه في ورود النقض هو: أنَّ المحقق الكركي يدّعي إشتغال ذمّة الضامن في هذا التعذر البدويّ بضمن المثل من حين تلف العين المضمونة، و لم يستقرّ في عهده المثل أصلاً، فالتكّن من المثل بعد التلف لا يوجب تبدُّل القيمة به. مع أنَّه لا سبيل للالتزام بكفاية دفع القيمة مع وجود المثل.

و هذا كاشف عن غموض ما أفاده المحقق الثاني من عدم إشتغال الذمّة بالمثل في موارد التعذر البدويّ. فالصحيح إتحاد التعذر البدويّ و الطارئ حكماً، هذا.

(٢) أي: يلتزم بعدم جواز مطالبة المثل من الضامن إذا تيسّر المثل بعد إعوازه وقبل أخذ القيمة. والوجه في عدم الالتزام بعدم جواز المطالبة هو إشتغال الذمّة بالمثل.

(٣) تأمّل المصنّف رحمته في ورود هذا النقض على المحقق الثاني، و ذلك لا مكان الالتزام بجواز المطالبة بالمثل في مورد النقض، و هو لا ينافي إشتغال الذمّة بالقيمة في التعذر الابتدائيّ. و الوجه في عدم التنافي بين الحكمين هو: أنَّ إشتغال الذمّة بالمثل مشروط بالتكّن منه، و لما كان متعذراً حين التلف - كما هو المفروض - قلنا: إنَّه لا يتنجّز التكليف بالمثل على الضامن، فإنّ دفع القيمة سقط المثل عن ذمّته.

ثم إنَّ الحقَّ عدم الفرق في الحكم الوضعي أعني به إشتغال ذمّة الضامن بالمثل بين صورتَي التعذر البدوي و الطارئ، كما في القرض و السّلم.

نعم في الحكم التكليفي - أعني به وجوب الأداء - يكون بينهما فرق، فإنَّه في التعذر البدويّ يمتنع الوجوب، لا متناع أداء المثل دائماً إذا كان التعذر كذلك، لكنّه لا يمتنع

و إن لم يدفعها حتى تيسر المثل لم تفرغ ذمته بأداء القيمة، بل يجب عليه دفع المثل، وذلك لصيرورة كل تكليف مشروط فعلياً بفعليّة شرطه، وبهذا يسلم كلام المحقق الكركي عن نقض صاحب الجواهر رحمته.

عن شغل الذمة بالمثل. ولا أثر للإعواز بدوياً كان أم طارئاً في هذا الحكم الوضعي. نعم توجه الخطاب بوجوب أداء المثل تكليفاً منوط بالقدرة عليه، وفائدة شغل الذمة بالمثل هو تقويمه حال الأداء. نعم إذا ثبت إجماع تعدي على إنقلاب المثلي بسبب التعذر إلى القيمي كان ذلك مخصصاً لما دل على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، لكن ثبوته مشكل، وإلا لم يقع فيه الخلاف.

والحاصل: أن حكم تعذر المثل حكم تعذر العين، لا حكم تلفها، ومن المعلوم أن تعذر العين لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل العين تبقى في الذمة، وإنما يجب على الضامن بدل الحيلولة.

و ينبغي التنبيه على أمور:  مركز تحقيق كافي في علوم إسلامي

الأول: أن المراد بالاعواز الواقع في معقد الاجماع هو معناه العرفي، لا العقلي الموقوف على فقدان جميع أفراد الكلي، لأن الاعواز كسائر الألفاظ الواقعة في الكتاب والسنة ومعاهد الاجتماعات، فيخصص الاجماع قاعدة السلطنة المقتضية لتسلط الناس على مطالبة أموالهم سواء كانت خارجيّة أم ذميّة، فالمالك للمثل الذمي مسلط على مطالبة مثل ماله، إلا إذا أعوز المثل. فحينئذ ينتقل بسبب الاجماع إلى القيمة. والاعواز على تفسير العلامة من عدم وجدانه في البلد وما حوله لا يناف بالتعذر والتعسر.

لكن الظاهر خلافه، لاعتبار المشقة عرفاً في تحقق الاعواز، فبدون المشقة لا ينتقل المثل إلى القيمة إستناداً إلى عموم سلطنة المالك على مطالبة ماله.

وما ذكرناه من اعتبار المشقة في الاعواز هو المتيقن من معقد الاجماع لو لم يكن ظاهراً، والتعبير بالتعذر إشارة إلى المشقة العرفيّة، وليس المراد بالتعذر التعذر العقلي، لعدم إناطة شيء من الأحكام الشرعيّة بالأمور العقليّة. فعلى هذا يمكن أن لا يكون في

تحصيل المثل من خارج نواحي البلد لشخص مشقة، و يكون لغيره مشقة.
 فالأولى إحالة المشقة إلى العرف. و على أي حال يكون التعذر شخصياً لا نوعياً
 ولو شك في تحقق الاعواز مفهوماً لأجماله فالمعول قاعدة السلطنة، لكون الشك في
 التخصيص الزائد، هذا.

لكن الحق عدم ثبوت إجماع تعبدى على إنقلاب المثلي بتعذر المثل إلى القيمة،
 بل المثل باقٍ في الذمة حتى بعد التعذر.

الثاني: أنه لا فرق في التعذر بين أن يكون خارجياً و شرعياً، كما إذا فرض تنجس
 جميع أفراد الكلبي المثلي بحيث لا يمكن تطهيرها مع توقف الانتفاع المحلل بها على
 طهارتها كالذهن و الخل و نحوهما مما لا يقبل التطهير.

الثالث: أنه لا فرق في التعذر بين الذاتي كفقدان الأمثال في الخارج، و بين
 العارضي كعدم وصوله إليه لحبس و نحوه، فإن المناط في التعذر - و هو عدم القدرة
 العرفية على أداء المثل - موجود في الجميع.

الرابع: هل يجوز للضامن إجبار المالك على أخذ القيمة مع إعواز المثل أم لا؟
 الظاهر العدم، إذ ليست القيمة متعلقة للضمان حتى يجوز للضامن إجباره على أخذ
 القيمة، بل تعلق الضمان بالمثل، فللمالك الصبر إلى أن يوجد المثل و عدم أخذ القيمة.
 و هل يجوز للمالك إجبار الضامن على أخذ القيمة منه؟ الظاهر ذلك، لقاعدة
 السلطنة الموجبة لجواز مطالبة ماله مع الاعواز، و الصبر إلى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه.
 و دعوى كون إجبار الضامن على أخذ القيمة منه ضرراً عليه، فينتفى بقاعدته،
 غير مسموعة، لأن أخذ القيمة منه ليس ضرراً عليه، بل أداء لما في ذمته بعد رضا المالك
 بإلغاء الخصوصيات الدخيلة في متعلق الضمان أعني به المثل.

إلا أن يقال: إن القيمة ليست مالا للمالك حتى يكون له السلطنة عليها، وإنما المال
 الثابت له في الذمة هو المثل، فليس له إجبار الضامن بالقيمة.

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَدْعَى: أَنَّ الضَّمانَ قَدْ تَعَلَّقَ بِكُلِّ مِنَ الْمَثَلِيَّةِ وَالْمَالِيَّةِ، وَلَهُ رَفَعُ الْيَدِ عَنِ الْمَثَلِيَّةِ وَالْأَخْذَ بِالْمَالِيَّةِ. لَكِنْ قَدْ تَقَدَّمَ سَابِقاً مَا فِيهِ، فَتَدَبَّرْ.

الخامس: هل العبرة في تقويم المثل مع فرض عدمه بقيمة يوم الاعواز أم يوم الأداء أم يوم المطالبة أم غيرها مما بني عليه في المسألة؟ فلا وجه للترديد بين قيمته في غاية العزة أو المتوسط، إذ المفروض تعيينها بما بني عليه في المسألة من قيمة يوم إعواز المثل أو غيره مما تقدم. وبعد إختيار قيمة يوم معين لا يبقى مجال للترديد بين حالات القيمة ممن كونها في غاية العزة و متوسطها.

السادس: هل المدار على قيمة المثل المتعذر في بلد المطالبة أم في بلد الضمان أم في بلد الأداء إذا اختلفت القيم في البلاد؟ الظاهر أن المناطق قيمة بلد الأداء، لأنه بناءً على ما هو المشهور المنصور من بقاء المثل في ذمة الضامن إلى حين الأداء المسقط له لا بد من مراعاة قيمة يوم الأداء، سواء كان الأداء في بلد الضمان أم غيره من البلاد. وقد تقدم سابقاً أن ارتفاع قيمة المثل المتعذر من زمان اشتغال الذمة به إلى يوم الأداء غير مضمون، لأن مائة الارتفاع المزبور مالية فرضية، و دليل الضمان لا يشمل غير المالية الحقيقية.

نعم لو كانت القيمة مرتفعة بسبب خصوصية بلد التلف فتلك الخصوصية الحافة بالعين أو المثل مضمونة، فلا بد من ملاحظة مرتبة من المالية ناشئة من خصوصية بلد التلف، فإذا كان بلد المطالبة غير بلد التلف، فالمضمون هي القيمة التي روعي فيها خصوصية بلد التلف.

ولو بني على الانتقال إلى القيمة - وكونها بدلاً عن المثل عند إعوازه - تعين قيمة بلد التعذر إن كانت مخالفة لبلد المطالبة في مالية المثل، إذ المفروض إنقلاب المثل من زمان التعذر إلى القيمة، فالمتعين قيمة يوم إعوازه.

ثم إن المحكي عن التذكرة «أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد وما حوله»^(١). و زاد في المسالك قوله: «مما ينقل عادةً منه إليه كما ذكروا في إنقطاع المسلم فيه»^(٢).

هل مناط تعذر المثل فقده في البلد و ما حوله؟

(١) هذه جهة رابعة مما يتعلق بإعواز المثل، و هي بحثٌ عن تحديد الموضوع أيضاً، و أن مناط الاعواز هل هو فقد المثل في جميع الأمكنة، أم فقده في خصوص بلد التلف و حواليه أم الرجوع فيه إلى العرف؟

قال في التذكرة: «إذا غصب عيناً من ذوات الأمثال و تلفت في يده أو أتلّفها و المثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة، لتعذر المثل، فأشبهه غير المثلي. و المراد من الفقد أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه»^(١).

(٢) هذا منقول بالمعنى، و إلا فعبارة المسالك هكذا: «و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله مما ينقل عادةً منه إليه كما يُن في إنقطاع المسلم فيه»^(٢).

و حاصل ما أفاده في إنقطاع المسلم فيه في بلد البائع - و إمكان تحصيله من بلد آخر - أنه إن نقله البائع باختيار فهو. و إن لم ينقله إليها، فإن لم يكن في نقله إليها مشقةٌ أجبر على النقل. و إن كان فيه مشقةٌ لم يُجبر على نقله إلى البلد»^(٣).

فإن كان مراده من عدم المشقة هو إعتياد النقل من خارج البلد إلى بلد المعاملة كان كلامه في بيع السلم موافقاً لما أفاده هنا من تعارف النقل من مكانٍ آخر إلى البلد، و إلا لم يتحد مفاد الكلامين، فلاحظ.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣، السطر ١٢

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٣

«٣» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٤٣١

و عن جامع المقاصد: «الرجوع فيه^(١) إلى العرف».
و يمكن أن يقال^(٢): إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس^(٣)
وتسليطهم^(٤) على أموالهم - أعياناً^(٥) كانت أم في الذمة -

(١) قال مؤلفه: «و اعلم أن المراد من تعذر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه. كذا ذكر في التذكرة. و لم يحد ما حواليه. و الظاهر أن المرجع فيها إلى العرف»^(١).

و على هذا التحديد لا يعتبر التعذر و التعسر في تحصيل المثل.
ثم إن ظاهر عبارة القواعد المتقدمة هو كون المرجع في تحديد حوالي البلد العرف، لا في تحديد الاعواز - كما هو ظاهر المتن - فالصواب تأنيث ضمير «فيه».
(٢) غرضه تضييق دائرة الاعواز، و أن مقتضى عموم وجوب ردّ الأموال إلى مالكيها هو وجوب ردّها مع وجودها ولو في بلاد نائية، و كان في تحصيلها مؤونة كثيرة، فدائرة الاعواز حينئذ تكون أضيق ممّا ذكره المحقق الكركي مؤلفه.
(٣) كقوله طائفة: «المغصوب مردود»^(٢) بناءً على شموله لردّ المثل أو القيمة، و عدم اختصاصه برّد نفس المغصوب.
(٤) كقوله مؤلفه: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣).

(٥) خبر مقدّم لـ «كانت» و الجملة مبيّنة لـ «أموالهم» يعني: لا فرق في سلطنة الملاك على أموالهم بين كونها أعياناً خارجيّة كالدينار، و الكتاب و الدار و نحوها. أم أعياناً كليّة في ذمة الآخرين، فإنّها أموال أيضاً، بشهادة جواز بيعها و شرائها كما تقدّم في أوّل بحث البيع. و لولا هذا التعميم لم يمكن التمسك بحديث السلطنة

«١» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٤٥

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٠٩، الباب ١ من كتاب الغصب، الحديث ٣

«٣» عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٢ و ٤٥٧

وجوب^(١) تحصيل المثل كما كان يجب ردُّ العين أين ما كانت، و لو كانت في تحصيله مؤونة كثيرة^(٢)، و لذا^(٣) كان يجب تحصيل المثل بأيِّ ثمنٍ كان. و ليس^(٤) هنا تحديدُ التكليف بما عن التذكرة.

نعم لو إنعقد الاجماعُ على ثبوت القيمة عند الاعواز تعيَّن ما^(٥) عن جامع المقاصد.

لا ثبات جواز مطالبة المالك من الضامن بدلَ ماله التالف أو المتلف، لوضوح عدم كون ما في الذمة عيناً خارجيّة حتى يتسلّط المالك عليها.

(١) خبر قوله: «إنَّ مقتضى» يعني: أنَّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب تحصيل المثل على الضامن، كما يجب عليه ردُّ العين أينما كانت.

(٢) كما تقدّم تفصيله في الأمر الخامس.

(٣) أي: و لأجل إقتضاء الأدلّة العامة وجوب تحصيل المثل كان تحصيله واجباً بأيِّ ثمنٍ كان.

(٤) غرضه الايراد على ما أفاده العلامة رحمته في التذكرة من إناطة وجوب أداء المثل على الضامن بتيسّره في البلد و حواليه. و محضّ الايراد: أنَّ مقتضى عموم الأدلّة وجوب أداء المثل حتى لو توقف على نقله من بلدٍ بعيدٍ عن بلد الضمان أو المطالبة، و بهذا يتضيق دائرة الاعواز و الانقلاب إلى القيمة، هذا.

و يحتمل أن يكون ما في التذكرة تحديداً لجواز مطالبة المالك للضامن بالقيمة، لا لانقلاب المثل بها، و إن كان يجب على الضامن تحصيل المثل.

(٥) من الرجوع في معنى الاعواز إلى العرف، لأنَّ الاعواز الواقع في معقد الاجماع كغيره - من الألفاظ الواقعة في الكتاب و السنّة و معاقد الاجماع - في الرجوع في مفاهيمها إلى العرف، فيكون الاجماع مخصّصاً لعموم دليل السلطنة، و تختص سلطنة المطالبة بالمثل بما إذا كان موجوداً في البلد و نواحيه.

و عليه فقوله: «نعم لو إنعقد» تقييد لعموم ما دلَّ على وجوب أداء مال الناس و سلطنتهم على أموالهم، سواء توقّف الرّدُّ على تحمّل مشقّة أم لا.

كما أن^(١) المجمعين إذا كانوا بين معبرٍ بالاعواز و معبرٍ بالتعذر كان^(٢) المستيقن الرجوع إلى الأخص - و هو المتعذر - لأنه المجمع عليه.

(١) غرضه: أنه لو تمّ الاجماع على ثبوت القيمة عند اعواز المثل ترتب عليه أمران: أحدهما: تقييد إطلاق الأدلة العامة المقتضي للفحص عن المثل في سائر البلاد، و نقله إلى بلد المطالبة مقدّمةً لأدائه إلى المالك. ثانيهما: الاقتصار في تقييد الاطلاق على القدر المتيقن، و الرجوع فيما عداه إلى الاطلاق.

توضيحه: أنّ الأصحاب - الذين أجمعوا على إنتقال الضمان من المثل المتعذر إلى القيمة - عبّروا تارةً بـ «فإن تعذر المثل ضمن قيمته يوم الاعواز» و أخرى بـ «ولو أعوز المثل».

و الظاهر أنّ «التعذر» أخصّ من «الاعواز» لظهور التعذر في فقدان جميع أفراد الكلّي حقيقةً، بخلاف الاعواز الذي يراد منه معناه الإضافي، و هو فقدان الأمثال في البلد و نواحيه، و إن كانت موجودةً في سائر البلدان. و لما كان التعذر أضيق دائرةً من الاعواز توقّف تقييد الأدلة العامة على صدق «التعذر» و يرجع في ما عداه إلى الاطلاق المقتضي لجواز المطالبة بالمثل، لعدم إتفاقهم على إنتقال الضمان إلى القيمة بمجرد الاعواز.

هذا بناءً على عدم ترادف اللفظين في عبارات المجمعين، و إلّا فبناءً على إرادة معنى واحد منهما و من «الفقد» المذكور في عبارتي التذكرة و القواعد - بأن يراد التعذر الحقيقي في الجميع، أو العرفي الإضافي كذلك - لم يختلف الحال في تقييد الأدلة العامة، لعدم كون التعذر أخصّ من الاعواز حينئذٍ. و كذا الحال إذا كان كلٌّ من الأعمّ والأخصّ مذكوراً في بعض معاهد الاجماع، إذ لا ينافي الاجماع على الأخصّ الاجماع على الأعمّ.

(٢) جواب «إذا كانوا» يعني: كان المتيقن في رفع اليد عن عموم مثل دليل السلطنة الرجوع إلى الأخصّ.

نعم ^(١) وَرَدَ فِي بَعْضِ ^(٢) أَخْبَارِ السَّلَمِ: «أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْدِرِ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ ^(٣) عَلَى

(١) إِسْتِدْرَاكٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنْ تَعْيُنِ الْاِقْتِصَارِ عَلَى عَنَوَانِ «التَّعَذُّرِ» لِكَوْنِهِ أَخْصَ مِنْ «الْإِعْوَازِ» وَحَاصِلُهُ: أَنَّ الْمُرَادَ بِالتَّعَذُّرِ لَيْسَ هُوَ فَقْدُ جَمِيعِ أَفْرَادِ الْكَلْبِ حَقِيقَةً، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ التَّعَذُّرُ الْعَرَفِيُّ الْمَسَاوِقُ لِلْإِعْوَازِ، وَذَلِكَ بِشَهَادَةِ مَا وَرَدَ فِي أَخْبَارِ السَّلَمِ مِنْ: أَنَّ عَدَمَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيفَاءِ الْمُسْلِمِ فِيهِ يُوْجِبُ الْخِيَارَ لِلْمُشْتَرِي. وَ مِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ التَّعَذُّرُ الْعَرَفِيُّ الْمَتَحَقِّقُ بِفَقْدِ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي الْبَلَدِ وَ حَوَالِيهِ.

و عَلَيْهِ فَتَعْبِيرُ عَدَّةٍ مِنَ الْمُجْمِعِينَ بِـ «لَوْ تَعَذَّرَ الْمِثْلِيُّ» مَحْمُولٌ عَلَى عَدَمِ حَصُولِ الْمِثْلِ عَادَةً لَا عَقْلًا. فَمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِهِ: «كَانَ الْمُتَيَقِّنُ الرَّجُوعَ إِلَى الْأَخْصَصِ» مَحْنُوعٌ، إِذْ لَا أُخْصِيَّةَ وَلَا أَعْمِيَّةَ بَيْنَ عَنَوَانِي التَّعَذُّرِ وَالْإِعْوَازِ، بَلِ هُمَا مُتَسَاوِيَانِ فِي الصَّدَقِ.

(٢) كَمُعْتَبَرَةِ الْحَلْبِيِّ، قَالَ: «سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ دِرَاهِمَهُ فِي خَمْسَةِ مَخَاتِيمٍ مِنْ حَنْظَلَةٍ أَوْ شَعِيرٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، وَكَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَنْظَلَةُ وَالشَّعِيرُ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَقْضِيَهُ جَمِيعُ الَّذِي لَهُ إِذَا حُلَّ، فَسَأَلَ صَاحِبَ الْحَقِّ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الطَّعَامِ أَوْ ثَلَاثَهُ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ أَكْثَرَ، وَيَأْخُذَ رَأْسَ مَا بَقِيَ مِنَ الطَّعَامِ دِرَاهِمًا؟ قَالَ: لَا بِأَس. وَ الزَّعْفَرَانُ يُسَلِّمُ فِيهِ الرَّجُلُ دِرَاهِمًا فِي عِشْرِينَ مِثْقَالًا أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ. قَالَ: لَا بِأَس إِنْ لَمْ يَقْدِرِ الَّذِي عَلَيْهِ الزَّعْفَرَانُ أَنْ يُعْطِيَهُ جَمِيعَ مَا لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ حَقِّهِ أَوْ ثَلَاثَهُ أَوْ ثَلَاثِيَهُ، وَيَأْخُذَ رَأْسَ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ دِرَاهِمًا [دِرَاهِمًا]» ^(١).

و الْغَرَضُ أَنَّ كَلِمَةَ «لَا يَقْدِرُ» الَّتِي وَرَدَتْ تَارَةً فِي سُؤَالِ السَّائِلِ وَقَرَّرَهُ الْإِمَامُ عليه السلام، وَ أُخْرِي فِي ذِيلِ الرِّوَايَةِ فِي كَلَامِهِ عليه السلام لَا يَرَادُ بِهَا التَّعَذُّرُ الْعَقْلِيُّ، بَلِ الْمُرَادُ هُوَ الْعَرَفِيُّ. وَ قَدْ عَبَّرَ عَنْهُ فِي نِصُوصٍ أُخْرٍ بِالْعَجْزِ وَ عَدَمِ الْوُجُودَانِ وَ نَحْوَهُمَا، وَ الْمَقْصُودُ - كَمَا تَقَدَّمَ حِكَايَتُهُ عَنِ الْمَسَالِكِ - هُوَ الْاِتِّقَاعُ فِي الْبَلَدِ وَ نَوَاحِيهِ.

(٣) وَ هُوَ الْبَائِعُ.

إيفاء المسلم فيه تخيّر^(١) المشتري» و من المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقف على استحالة النقل من بلدٍ آخر، بل الظاهر منه عرفاً (*) ما عن التذكرة^(٢). وهذا^(٣) يُستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

(١) تخيّر المشتري - بين الفسخ و الانتظار إلى أن يتمكن البائع من تسليم المبيع سلماً - يستفاد من معتبرة عبدالله بن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام - عند عجز البائع عن إيفاء المسلم فيه - : «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^(١).
(٢) و هو قوله: «و المراد من فقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حواليه»^(٢).
(٣) يعني: أن الحكم في باب السلم إذا عُلّق على عدم القدرة - المنزلة على الموضوع العرفي دون العقلي - استؤنس به للحكم في ما نحن فيه و هو تعذر المثل، وقد تقدم في عبارة المسالك جعل التعذر في المقامين من باب واحد.
و الحاصل: أن المناسب أن يكون المناط في المقامين واحداً، بأن يقال: إن المراد بالتعذر فيهما هو العرفي. هذا تمام الكلام في الجهة الرابعة من جهات البحث في إعواز المثل.

(*) إذا كان الظاهر من عدم القدرة في أخبار السلم معناه العرفي، فليكن التعذر في المقام كذلك. إلا أن يكون الفرق بينهما بعدم تصوّر التعذر المطلق في موارد نصوص أخبار السلم من الجذع والحنطة وغيرهما، فإن هذه الموارد قرينة على عدم إرادة التعذر المطلق من تلك الأخبار، فالمراد التعذر العرفي. بخلاف المقام، فإنه ليس فيه قرينة على إرادة التعذر العرفي، فيراد منه التعذر المطلق.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٧٢، الباب ١١ من ابواب السلف، الحديث ١٤

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣، السطر ١٦

ثمَّ إنَّ^(١) في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالاً، من^(٢) حيث إنَّ العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزّة كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره^(٣)، أو وجود^(٤) المتوسط؟

المعيار في قيمة المثل المتعذر

(١) هذه هي الجهة الخامسة، و حاصلها: أن قولهم: «إذا تعذر المثل وجبت قيمته» يواجه إشكالاً، وهو: أن المثل إن كان موجوداً أمكن معرفة قيمته، سواء أكانت أعلى من قيمته السوقية أم لا. وإن لم يكن موجوداً - كما هو المفروض - لم يكن سبيلٌ إلى معرفة قيمته حتى يؤدّيها الضامن إلى المالك، إلّا بفرض وجود المثل. ولما كان المشليّ ذا أسعارٍ متفاوتة بتفاوت الأزمنة، فهل يلزم تقويم المشليّ بأعلى القيم كما هو الحال في الفاكهة أوّل أوانها، وكذا في آخرها، أم أن المناط بقيمته في أوساط زمان وجوده، بحيث يكون أقل قيمةً في هذه الفترة؟ فيه احتمالان. إختار المصنّف ^{تتبعاً} إعتبار قيمته في أوّل زمان وجوده و آخره، بشرط أن يرغب العرف في شرائه، فلو ارتفع سعر المتاع بمقدّر لا يرغب في معاملته إلّا القليل منهم لم يكن عبرة به أصلاً. فالمدار حينئذٍ على قيمته العالية في أوّل وجوده و آخره بشرط إقبال النوع على بيعه و شرائه، هذا.

(٢) هذا بيان الاشكال، وقد عرفته آنفاً.

(٣) أي: آخر زمان الفاكهة، يعني: أن العبرة بعزّة وجود الفاكهة سواء في أوّل أوانها أم آخرها.

(٤) عطف على «في غاية العزّة» يعني: أن العبرة بقيمة متوسطة بين زمني عزّة الفاكهة، وهو أوان وفورها، فيقال: إن هذه الفاكهة لو كانت موفورةً كان قيمتها كذا درهماً مثلاً، وهذا هو قيمتها المضمونة في ظرف الاعواز والتعذر، لا قيمتها في زمان عزّتها و غلائها.

الظاهر هو الأول^(١) (*) لكن مع فرض وجوده بحيث^(٢) يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده^(٣) عند من يستغني عن بيعه، بحيث^(٤) لا يبيعه إلا إذا بُذِلَ له عوضٌ لا يبذل الراغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

(١) و هو كون العبرة بفرض المضمون في زمان عزته و إرتفاع قيمته، لا في زمان وفوره و تنزل قيمته.

(٢) هذا قيدٌ للقيمة المضمونة، و حاصله - كما تقدّم بيانه - أن المثل المتعذر تارةً يفرض وجوده في بعض الأزمنة بنحوٍ يرغب في إقتنائه كثيرٌ من الناس، كالفاكهة في أول وقتها، ضرورة كونها أغلى قيمةً من زمان وفورها و هو الزمان المتوسط بين أول أوانها و آخرها. لكن يبذل العقلاء هذه القيمة الغالية لتحصيلها.

و أخرى يفرض وجوده بنحوٍ لا يرغب النوع في تحصيله، لارتفاع قيمته جداً. و كون ثمنه مجحفاً بحيث لا يبذله إلا القليل من أغنياء الناس. نعم قد يضطر عامة الناس إلى شرائه لعلاج مثلاً مها كان ثمنه، لكن المناط في المقام هو الرغبة في تحصيله في الحالات العادية، لا حالة الاضطراب و الإلحاح.

و المناط في تقويم المثل المتعذر هو الفرض الأول، أي: بذل ثمن المثل في زمان عزته، لكن لا مطلقاً، بل خصوص الثمن الذي يبذله غالب الناس، هذا.

(٣) الضمائر البارزة من «وجوده» إلى «بيعه» راجعة إلى المثل المتعذر.

(٤) هذا بيان للإستغناء عن بيع المثل، يعني: فوجود هذا المثل لا يقدح في صدق التعذر.

(*) بل المتعين هو قيمة المثل فيما بني على زمان التقويم من يوم الاعواز، أو يوم المطالبة، أو يوم الدفع فالنزاع المزبور لا مورد له، فلا وجه للاشكال المذكور في المتن، لأن منشأ الاختلاف إن كان إختلاف الفصول، فتعين قيمة يوم التعذر أو غيره يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه إختلاف الأيام في عزة الوجود و ذلك فالتعين المزبور أيضاً يرفع الاشتباه. وإن كان منشؤه إختلاف الأمكنة و البلدان فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

نعم^(١) لو أُلجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك^(٢)، كما لو فرض الجَمَد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه^(٣) إلا أن يبذله^(٤) بإزاء عتاق الخيل وشبهها^(٥). فإن^(٦) الراغب في الجَمَد في العراق من حيث إنه راغب^(٧) لا يبذل هذا العوض بازائه، وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر^(٨) كإهداء إلى سلطانٍ قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة^(٩) مُشرفٍ على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض، ولذا^(١٠) لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر

(١) هذا استدراك على قوله: «لا يبذل الراغبون» يعني: أن عامة الناس الذين لا يبذلون الثمن الكثير - لشراء سلعة في حال الاختيار - قد يبذلونه عند عروض عنوانٍ ثانويٍّ كالعلاج، ك شراء بعض الفواكه الشتوية في فصل الصيف بأضعاف قيمتها في الشتاء - حتى في أول أوانها - لكن هذا ليس معياراً لتقويم المثل المتعذر.

(٢) أي: ذلك العوض الكثير.

(٣) أي: أن الملك لا يعطي الجَمَد و الثلج مجّاناً، كما لا يعطيه بازاء عوض متعارف، بل يُعطيه في قبال الخيل الجياد ذات القيمة العالية جداً.

(٤) أي: يبذل الملك الجَمَد بازاء جياد الخيل.

(٥) كالجواهر والأحجار الكريمة التي تباع بأغلى الثمن.

(٦) تعليل لقوله: «فلا عبرة بفرض وجوده» وقد عرفته آنفاً.

(٧) يعني: من حيث إنه راغب في تحصيل الجَمَد على الوجه المتعارف، لا من حيث إن رغبته في الجَمَد يكون لغرض آخر يقتضي بذل ثمن كثير بازائه.

(٨) فإن هذا المثال أجنبي عن المقام، لأن العبرة في القيمة بالسوقية، لا ما يطلبه المالك إقتراحاً.

(٩) معطوف على «الإهداء» وضمير «به» راجع إلى الجَمَد، ومتعلق بـ «معالجة».

(١٠) أي: ولأجل إناطة فرض وجود المثل بغرض غير نادر الوقوع، فلو وجد

هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر، ولا يوجب جريان حكم وجود المثل عليه.

كما ذكرنا في المسألة الخامسة^(١). فكل^(٢) موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر، فلا عبرة بفرض وجوده^(٣) في التقويم عند عدمه.
ثم إنك^(٤)

(١) حيث قال فيها: «و أما إن كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس ... الخ» فراجع (ص ٣٦٦).

(٢) هذه نتيجة كون المعيار في قيمة المثل المتعذر بفرض وجوده بنحو يرغب في شرائه الناس ولو بشمن غالٍ، لكونه في أوان عزة وجوده. و على هذا فلا عبرة بوجوده عند مثل السلطان، فهذا الوجود ملحق بالتعذر، و لا يكون مناطاً للقيمة التي يجب على الضامن أدائها إلى المالك.

(٣) هذا الضمير و ضمير «عدمه» راجعان إلى المثل، يعني: أن وجوده عند الملك مثلاً ليس معياراً للتقويم عند فقد المثل في الظروف المتعارفة. و بهذا ينتهي الكلام في الجهة الخامسة.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

هل العبرة بقيمة بلد التلف أو المطالبة أو أعلى القيمتين؟

(٤) هذه سادسة الجهات المبحوث عنها في مسألة إعواز المثل في ضمان العين المثلثة التالفة أو المتلفة. و حاصلها: أن المالك يجوز له المطالبة بالمثل - عند وجوده - مطلقاً سواء أكان بقيمته المتعارفة أم بأزيد منها، و سواء أكان في بلد المطالبة أم في مكان آخر. و الوجه فيه: ما تقدّم من إشتغال عهدة الضامن بالمثل، فيتعين عليه أدائه، خصوصاً مع مطالبة ذي الحق.

و أما إذا تعذر المثل في بلدي التلف و المطالبة، و اختلفت قيمته فيهما، بأن كان ثمنه في بلد التلف عشرة دنانير مثلاً، و في بلد آخر إثني عشر ديناراً، فهل يستحق المالك المطالبة بالقيمة العليا أم لا؟ فيه وجوه ثلاثة.
أولها: تعين قيمة المثل في بلد تلف العين.

قد عرفت^(١) أنَّ للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكُّنه ولو كان في غير بلد الضمان، وكان قيمة المثل هناك أزيد^(٢).

و أمَّا مع تعذُّره وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له^(٣) المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعيَّن قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه^(٤) (*)

ثانيها: تعيَّن قيمته في بلد المطالبة.

ثالثها: أعلى القيمتين. و سيأتي وجه كلٍّ منها إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: في أواخر المسألة الخامسة، حيث قال: «ثمَّ إنَّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره ... الخ» فراجع (ص ٣٦٩).

(٢) وذلك لأنَّ المضمون هو المثل، فلا بدَّ من أدائه إلى المالك من دون لحاظ قيمته.

(٣) أي: للمالك.

(٤) أمَّا الاعتبار ببلد التلف فلعلَّه مبنيٌّ على إنقلاب ما في الذمَّة من المثل إلى القيمة، وكون القيمة قيمة العين، لأنَّ دخالة خصوصية بلد التلف في مالِيَّة العين تقتضي لزومَ جبران تلك المالِيَّة في بلد المطالبة إن كان غير بلد التلف، فإنَّ تلك المرتبة من المالِيَّة الناشئة من خصوصية بلد تلف العين لا بدَّ من تداركها، لفرض كونها مالِيَّةً تحقيقيَّة، لا تقديرية حتى لا تضمن.

و أمَّا الاعتبار ببلد المطالبة فلعلَّه مبنيٌّ على بقاء العين أو المثل في الذمَّة إلى زمان المطالبة، إذ القيمة التي يدفعها الضامنُ تكون قيمةً لما في الذمَّة، فإذا إستحقَّ

(*) الأوجه أن يقال - كما أفيد - في إتلاف المال في بلدٍ و مصادفة المالك

للمتلف في بلدٍ آخر لا يوجد مثله فيه مع إختلاف قيمة ذلك البلد لقيمة بلد التلف: إنَّ العبرة بقيمة بلد المطالبة، لبقاء المثل في الذمَّة، فللمالك مطالبته به متى شاء و أينما شاء، لأنَّ الحقَّ له، فالمناط قيمة زمان الدفع و مكانه، فحال المكان حال الزمان في ذلك.

و فصل الشيخ^(١) في المبسوط في باب الغصب

المالك المطالبة به في بلدٍ معيَّنٍ إستحقَّق تطبيق ما في الذمة على الفرد الخارجي في ذلك البلد، فتكون خصوصية البلد من قيود ما يستحقه المالك، فلا بد من دخلها في التقويم. و أما إعتبار أعلى القيمتين فهو مبني على ضمان إرتفاع القيم، و كون المضمون الجامع بين العين و المثل، و بقاء المثل في الذمة إلى زمان المطالبة. و لكن قد تقدّم عدم ضمان القدر المشترك بين التالف و الموجود.

(١) لا بأس بنقل جملة من كلامه وقوفاً على حقيقة الأمر، قال تعالى: «إذا غصب منه مالاً مثلاً بمصر فلقيه بمكة، فطالبه به، لم يخلُ من أحد أمرين، إما أن يكون لنقله مؤونة، أو لا مؤونة لنقله. فإن لم يكن لنقله مؤونة كالأثمان، فله مطالبة به، سواء كان الصّرف في البلدين متفقاً أو مختلفاً، لأنّه لا مؤونة في نقله في العادة. و الذهب لا يقوم بغيره، و الفضة لا يقوم بغيرها إذا كانا مضروبين. و إن كان لنقله مؤونة لم يخلُ من أحد أمرين، إما أن يكون له مثل أو لا مثل له. فإن كان له مثل كالحبوب و الأدهان نظرت. فإن كانت القيمتان في البلدين سواء كان له مطالبة بالمثل، لأنّه لا ضرر عليه في ذلك. و إن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل و فيما لا مثل له سواء، فللمغصوب منه إما أن يأخذ من الغاصب بمكة قيمته بمصر، و إما أن يدع حتّى يستوفي ذلك منه بمصر، لأنّ في النقل مؤونة، و القيمة مختلفة، فليس له أن يطالبه بالفضل ... الخ»^(١).

و هذه العبارة و إن كانت بظاهرها أجنبية عن محلّ البحث - من تعذر المثل في بلد التلف و المطالبة - لاختصاصها بصورة وجود المثل في بلد المطالبة، و لذا يتفرّع عليه أنّ القيمة المدفوعة إلى المالك هي بدل الحيلولة. لكنّ المناسبة - الداعية لتعرض كلام الشيخ هنا - هي إتحاد حكم المثلي مع القيمي فيما لو اختلفت قيمة المثل في بلدي

«بأنه إن لم يكن في نقله^(١) مؤونة كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا. وإن كان في نقله مؤونة فإن كانت^(٢) القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً^(٣)، لأنه^(٤) لا ضرر عليه في ذلك، وإلا^(٥) فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف، أو يصبر

التلف و المطالبة، و توقّف نقلُ المثل على مؤونة، كما هو صريح قوله: «وإن كانت القيمتان مختلفتين فالحكم فيما له مثل و فيما لا مثل له سواء» و أنّ المالك مخير بين مطالبة قيمة بلد التلف و بين الانتظار حتى العود إلى بلد التلف لاستيفاء المثل.

(١) أي: في نقل المصوب. و هذا هو الشقّ الأوّل في عبارة المبسوط، ومحصّله: جواز مطالبة المالك بالمثل في غير بلد الغصب و الضمان، سواء إتّحدت قيمة المثل في البلدين أم لا.

(٢) هذا هو الشقّ الثاني، و هو تساوي قيمة بلد الغصب و المطالبة مع توقّف النقل على مؤونة. و حكمه جواز المطالبة في غير بلد الضمان.

(٣) يعني: كالشقّ الأوّل الذي لم يتوقّف نقلُ المثل - من بلد الغصب إلى بلد المطالبة - على نفقة.

(٤) الضمير للشأن، و هذا تعليل لجواز المطالبة بالمثل في غير بلد الغصب، ومحصّله: أنّ الضامن لا يتضرّر بأداء المثل إلى المالك، لفرض تساوي قيمته في البلدين.

(٥) هذا هو الشقّ الثالث، يعني: وإن لم تكن القيمتان متساويتين - مع توقّف النقل على مؤونة - صار المثلي كالقيمي في أنّ المالك يتخير بين أخذ قيمة المثل في بلد التلف، و بين الصبر حتى الرجوع إلى بلد التلف، و أداء المثل فيه إلى المالك.

حتى يوفيه بذلك البلد» (*) ثم قال: «إنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب»^(١).

و حُكي نحو هذا^(٢) عن القاضي أيضاً، فتدبر^(٣).

(١) بخلاف السّلم، فليس للمشتري مطالبة المسلم فيه - ولا بدّله - في غير بلد العقد، سواء أكان لنقله مؤونة أم لا. كذا أفاده شيخ الطائفة رحمته تلوه عبارته المتقدمة.
(٢) أي: حُكي نحو هذا التفصيل عن القاضي^(١) كما حكي عن شيخ الطائفة رحمته.
(٣) لعلّه إشارة إلى: أنّ هذا التفصيل بشقّوه أجنبيّ عن موضوع البحث، لأنّ مورد كلامه هو صورة وجود المثل في بلدي التلف والمطالبة، و مورد البحث هو تعذر المثل، فكان الأنسب نقل كلام المبسوط في ذيل الفرع المتقدّم في الأمر الخامس في قبال قول الحلّي والعلامة والفخر والشهيد رحمهم القائلين بجواز مطالبة المثل عند التمكن منه مطلقاً كما صنعه في الجواهر.

مع أنّ الشقّ الأوّل من تفصيله راجع إلى جواز المطالبة في غير بلد التلف من دون تعرض فيه لتعيين القيمة. والشقّ الثاني راجع إلى جواز المطالبة في صورة تساوي

(*) الحق أن يقال: إنّ اعتبار زمان القيمة كاعتبار مكانها. فعلى القول ببقاء العين أو المثل على العهدة فالعبرة بقيمة بلد الأداء، كما تقدّم في زمان الأداء. ولا فرق بين الزمان والمكان من هذه الجهة.

و على القول بأنّ أداء القيمة عند تعذر المثل غرامة للعين، فالعبرة بقيمة بلد تلف العين.

و على القول بكون التعذر موجباً لضمّان القيمة، فالتعذر البدويّ موجب لضمّان قيمة بلد التلف، و التعذر الطاريء موجب لضمّان قيمة بلد التعذر. و في جميع الصور لا بدّ من لحاظ الأوصاف الدخيلة في الرغبات والمالّة.

ويمكن أن يقال^(١): إن الحكم باعتبار بلد القرض، أو السلم^(٢) - على القول به

القيمتين، و هو غير محلّ الكلام. و الشقّ الثالث راجع إلى عدم جواز المطالبة بالمثل في غير بلد التلف، و موضوعه وجود المثل، و هو غير محلّ البحث.

(١) الظاهر أنّ غرضه تبيّن من هذه العبارة المناقشة في تفصيل المبسوط، و بيانه: أنّ قوله في الشقّ الثالث: «و إلّا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد» مشكل، لاقتضاء أدلّة الضمان - كآية الاعتداء بالمثل - إشتغال عهدة الضامن ببذل المغصوب، و للمالك مطالبته منه، سواء أكانا في بلد الضمان أم في بلد آخر، و سواء تساوت القيم في البلدين أم اختلفت. و لا مقيّد في البين حتى يختصّ جواز المطالبة بما إذا كانا في بلد الضمان، أو تساوت القيمتان في البلدين. بل مقتضى إطلاق الدليل إستحقاق المطالبة في بلد آخر حتى إذا كانت القيمة فيه أزيد من بلد الضمان. مع أنّ شيخ الطائفة رحمته منع المالك من مطالبة الزيادة، و خيّر بين مطالبة قيمة المثل في بلد الضمان و بين الانتظار حتى يؤدي الضامن البدل في بلد الضمان.

نعم نقول باستحقاق المطالبة بالبدل في خصوص بلد القرض و السلم، و ذلك لانصراف إطلاق العقد إليه و عدم تقييده بأداء المضمون في مكان آخر كإنصراف إطلاق عقد البيع إلى نقد بلد المعاملة لا نقد بلد آخر. و أمّا الغصب و ما يحكمه - كالمقبوض بالبيع الفاسد - فلا عقد حتى يختصّ إستحقاق مطالبة البدل ببلد الضمان، بل مقتضى إطلاق دليل الضمان جواز المطالبة به في بلد آخر حتى مع تفاوت القيمتين.

(٢) قد عرفت فيما نقلناه عن المبسوط أنّ شيخ الطائفة رحمته ألحق القرض بالغصب، و مقتضاه جريان الشقوق الثلاثة فيه، و لم يحكم بتعين بلد القرض، و إنما صرح بتعين بلد العقد في بيع السلم خاصة.

و كيف كان فالفرق بين القرض و السلم - بنظر شيخ الطائفة - لا يدفع إشكال المصنف عليه، لأنّ غرضه إبداء الفارق بين الغصب و ما يحكمه، و بين القرض و السلم.

مع الاطلاق - لانصراف^(١) العقد إليه، وليس (*) في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف^(٢).

بقي الكلام في أنه هل يعد^(٣) من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ، إذا أتلفه في مفازة، و الجمَد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى - بل المتعين - هو الأول^(٤)،

-
- (١) خبر «إن» و ضمير «إليه» راجع إلى بلد القرض أو السِّلَم.
- (٢) فالفارق بين الغصب و القرض و السِّلَم فقدان الانصراف في الأول، لانتفاء موضوعه أعني به العقد. بخلاف القرض و السِّلَم، فإنَّ عقدهما منصرف إلى بلد العقد. هذا ما يتعلق بالجهة السادسة.

لحقوق حكم سقوط المثل عن المالية بتعذره

- (٣) هذه سابعة جهات البحث في الأمر السادس، و تفرق عن الجهات الست المتقدمة في أنَّ الكلام في هذه الجهة ليس في إعواز المثل و عدم وجوده خارجاً، بل في إلحاق سقوطه عن المالية بتعذره حتى ينقلب الضمان إلى القيمة مع تيسر الكلي المثلي، و ذلك كالماء إذا أتلفه في مفازة، فأراد أداء مقدارٍ مساوٍ له على شاطئ النهر، والمفروض عدم مالية الماء عليه، فهل يكفي ردُّ المثل، أم يجب ردُّ قيمة التالف في زمان الضمان و مكانه، أم قيمة المثل آنأ قبل سقوطه عن المالية؟ وجوه، ستأتي.
- (٤) و هو كون سقوط المثل عن القيمة كتعذر المثل، لأنَّ المماثلة المعتبرة في ضمان

(*) إلا أن يقال: إنَّ المنساق من أدلة الضمانات أيضاً إعتبار بلد التلف، أو البلد الذي وصل إليه العين، إذ مقتضى المماثلة و البدلية الاستفادة من التبريم ذلك، فإذا اختلفت القيم باختلاف الأمكنة، فلا بدَّ من إعتبار قيمة بلد تلف العين، أو بلد وصولها إليه، فلا يبقى حينئذٍ فرق بين المقام و القرض و السِّلَم.

بل حكي عن بعض^(١) نسبته إلى الأصحاب وغيرهم، و المصريح^(٢) به في محكي التذكرة و الايضاح و الدروس قيمة المثل في تلك المفازة^(٣).

المثل يراد بها المائلة في الحقيقة النوعية و المائلة، إذ المائلة في الحقيقة النوعية فقط - بأن تشملها حقيقة واحدة كصدق طبيعة الماء و الجمد على الماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء مثلاً، من دون المائلة - لا توجب المائلة المقصودة في باب الضمان، و هي المائلة في الحقيقة و المائلة معاً.

(١) الحاكي هو السيد العاملي رحمته الله : «و في جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب وغيرهم»^(١). و عبارة المحقق الكركي رحمته الله هذه: «فالمختار هو وجوب القيمة، و لا محيد عن مختار الأصحاب و غيرهم في ذلك»^(٢).

و ظاهر نسبته إلى الأصحاب إجماعهم على الانتقال إلى القيمة.

(٢) الظاهر أن غرضه الخدشة في الاجماع المستفاد من كلام المحقق الكركي رحمته الله وذلك لأنهم اختلفوا في القيمة المستقرة في عهدة الضامن، هل هي قيمة المغصوب كالثلج التالف في الصيف، أم قيمة المثل؟ ذهب العلامة في التذكرة و القواعد، و فخر المحققين و الشهيد^(٣) إلى إعتبار قيمة المثل في مثل تلك المفازة - في مثال إتلاف الماء في الصيف - أو قيمة مثل ذلك الجمد. و ذهب المحقق الكركي إلى ضمان قيمة المغصوب^(٤)، لا المثل، و معه كيف يدعى الاجماع على ضمان قيمة المغصوب؟

(٣) يعني: أن العبرة في تقويم المثل - الذي سقط عن القيمة - بقيمته في تلك المفازة، أي: قيمته في المكان الذي أتلفه فيه.

بناءً على عدم ضمان إرتفاع القيمة السوقية و إنحطاطها. فحينئذ يكون

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٢

«٢» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٨

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٧؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣

«٤» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٥

و يحتمل آخر مكانٍ أو زمانٍ سَقَطَ المثل به عن المَالِيَّةِ^(١) (*) .

المضمون آخر زمان أو مكان مَالِيَّتِهِ، لأنه بعد فرض ضمان مَالِيَّةِ المال المضمون كنوعِيَّتِهِ - و عدم ضمان إرتفاع القيمة السوقِيَّة - يكون المدار في الضمان آخر أزمَنَةِ وأمكنة مَالِيَّتِهِ، بمعنى سقوطه عن المَالِيَّةِ بعد ذلك الزمان و المكان.

مثلاً إذا كان قيمة إناء الماء في المفازة درهمين، فتوجَّهنا نحو الشاطيء، و تنزَّلت قيمته إلى نصف درهم، لقرب المسافة إلى النهر، و لم تقلَّ عن هذا الثمن بعدها، بل سقطت عن المَالِيَّةِ بالكليَّة، كان المدار على آخر مكان المَالِيَّةِ، و هو نصف الدرهم في المثال.

و كذا الحال في إتلاف الجَمَدِ في الصيف و هو زمان إرتفاع قيمته، و تنزَّلت مَالِيَّتُهُ في فصل الخريف شيئاً فشيئاً كلما قرب الشتاء، فالمدار على قيمته النازلة التي تسقط عنها بعد ذلك الزمان كآخر أيام الخريف. و هكذا سائر الأشياء المثلِيَّة.

(*) الأولى التعرُّض لحكم سقوط نفس العين عن المَالِيَّةِ أولاً، ثم التكلم في حكم سقوط المثل عن المَالِيَّةِ، فنقول: قد أفاد المحقق الاصفهاني رحمته ما لفظه: «إذا سقط العين عن المَالِيَّةِ فمقتضى عموم على اليد المستفاد منه كون عهدة العين على ذي اليد كونها مغيَّاةً بأداء المأخوذ، فلا ينبغي الشك في خروج العين عن العهدة بأدائها و إن سقطت عن المَالِيَّةِ. كما لا ريب في الخروج عن عهدة العين بأدائها مع تنزُّل قيمتها. فيعلم منه أنَّ الواجب أداء نفس المأخوذ، لا بما له من الصفة الاعتبارِيَّة أعني المَالِيَّةِ، و إلا فلا فرق بين سقوطها عن المَالِيَّةِ رأساً و سقوط مقدار معتدُّ به عن مَالِيَّتِهَا. و مقتضى دليل من أتلَّف مال الغير فهو له ضامن ليس إلا تدارك المال بالحمل الشائع، لا تدارك المَالِيَّةِ»^(١). و هو رحمته تبع شيخه المحقق الخراساني رحمته^(٢)، و حاصله: أنَّ ردَّ العين و إن سقطت

«١» حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٧

«٢» حاشية المكاسب، ص ٣٩

عن المالية، لكنه يصدق عليه أنه ردُّ لما أخذه.

هذا إذا كان دليل الضمان «على اليد» فإن إطلاق «حتى تؤديه» يقتضي خروج العين عن العهدة بأدائها مطلقاً وإن سقطت عن المالية.

و أمّا لو كان قاعدة الاتلاف، فالظاهر منها هو إتلاف المال - لا إتلاف المالية - فسقوط المأخوذ عن المالية لا يقدر في إرتفاع الضمان بردها، وليس إخراج العين من مكان إلى آخر لا مالية لها فيه إزالة لماليتها، وليس كجعل الخل خمراً بعلاج، لأنه إزالة لوصف الخلّة، و يتبعه زوال المالية، فضمانه من حيث إزالة الصفة، لا من حيث إزالة المالية.

وفيه: ما مرّ مراراً من: أن الأوصاف الدخيلة في الرغبات و زيادة القيم سواء أكانت حقيقية أم اعتبارية أم إضافية مضمونة، لوقوعها تحت اليد تبعاً. وهذا غير القيمة السوقية المختلفة زيادةً و نقصاً التي هي غير مضمونة كما تقدّم سابقاً.

و عليه فصفة الثلج - وهي كونه في الصيف - توجب الرغبة و المالية، بخلاف كونه في الشتاء، فصفة الصيفيّة كصفة الخلّة مضمونة، فإذا أبقى الثلج إلى زمان الشتاء لا يكفي رده في إرتفاع الضمان، لبقاء ضمان صفة الصيفيّة الإضافيّة الدخيلة في قيمته في ذمته، من غير فرق في ذلك بين كون العين في صورة التلف على العهدة أو المثل.

و يظهر ممّا ذكرنا حال الدراهم التي يسقطها السلطان، فإن الدرهم الموصوف بكونه معتبراً و رائجاً مضمونٌ على قابضه، فلا بدّ في مقام الأداء و تفريغ الذمّة من لحاظ هذا الوصف، بأن تلحظ العين و تجبر موصوفةً بهذا الوصف، و إلا فلم يؤدّها عليه، فإن دليل الضمان يشمل العين و صفتها باعتبار واحد، سواء سقطت العين عن المالية رأساً كما إذا كانت مواد الفلوس الرائجة من القرطاس و نحوه ممّا إذا أسقطه السلطان سقط عن المالية رأساً، لعدم المالية للمادة. أم نقصت ماليتها، كما إذا كانت مادتها من الذهب أو الفضة، وإسقاط السلطان له أثر في ماليتها من حيث السكّة فقط دون مادته، فإن المضمون

هو العين بوصفها الدخيل في المالية، فالدراهم المزبورة مضمونة بوصفها السُّكِّي. ولا بدّ من حمل إطلاق كلام الأصحاب من «أنه إذا اقترض دراهم، ثم أسقطها السلطان ليس عليه إلا الدراهم الأولى»^١ على الدراهم التي لم تخرج عن المالية. كما كان الأمر في الدراهم كذلك، لأنّ مادّتها كانت من الفضة التي لها مالية. فلا وجه لتنظير المقام أعني به خروج المثل عن المالية بالدراهم التي أسقطها السلطان، وذلك لعدم خروج موادّ الدراهم عن المالية.

وإذا قاعدة الاتلاف فالظاهر أنّ التعبير في دليلها بـ «مال الغير». دون «ملك الغير» إنّما هو لأجل إناطة الضمان بمالية المتلف، لا بمجرد إضافة الملكية، إذ لو كانت هي المدار في الضمان لزم التعبير بملك الغير، فالمالية ملحوظة على نحو الموضوعية في باب الضمان.

نعم الاستيلاء على ملك الغير وإن كان حراماً أيضاً، إلا أنّه ما لم يكن مالاّ ليس بمضمون، بل الحرمة تكليفية محضة.

فما أفاده تتبع من «عدم ضمان المالية، بل المضمون نفس المال» ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لما عرفت من أنّ كلّ صفة لها دخل في المالية مضمونة تبعاً للمعين، فنقل العين من مكان إلى مكان آخر لا مالية لها فيه إزالة لماليّتها الناشئة عن الصفة الإضافية، فإنّ الثلج المضاف إلى زمانٍ خاص و مكانٍ كذلك صفة دخيلة في ماليّته تلزم رعايتها.

تتمّة: إذا شكّ في خروج العهدة بدفع العين المضمونة التي سقطت عن المالية، فهل الأصل يقتضي الاشتغال و لزوم دفع القيمة أيضاً، أم لزوم دفع العين فقط، أم القيمة كذلك؟ وهذا الشكّ ناشئ عن أنّ التدارك هل يجب أن يكون بالمالية أو بخصوصية العين

أو بكليتهما؟ و مقتضى الأصل بقاء العين بماليتها على العهدة، و عدم سقوطها بأداء ما سقطت عن القيمة إلا بأدائها و قيمتها، فلا وجه لأن يقال: إن أداء العين موجب لسقوط الضمان، و اشتغال الذمة بخصوصية المال مشكوك فيه، فينفى بالبراءة.

بل يقال: إن ضمان العين المتمولة قد ثبت قطعاً و اشتغلت بها الذمة يقيناً، و دفع العين الساقطة عن المالية إلى المالك يوجب الشك في سقوط الضمان، و مقتضى الاستصحاب بقاء العهدة إلى أن تؤدى القيمة أيضاً، فاستصحاب بقاء العهدة يقضي بلزوم دفع القيمة أيضاً.

وقد نوقش في هذا الأصل بما في حاشية المحقق الاصفهاني رحمته الله من «أنه لا مجال لهذا الأصل، إذ لم يثبت للعهدة أثر شرعاً و عرفاً إلا وجوب دفع العين، فلا معنى للتعبد بالقيمة من التعبد ببقاء العين إلا بالأصل المثبت، لأن بقاءها مع دفع العين ملزوم عادة أو عقلاً لوجوب التدارك بالمالية. نعم أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية لا بأس بها»^(١).

و فيه: أن أصالة بقاء شغل الذمة يستلزم عقلاً وجوب الخروج عن العهدة، و هذا اللازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، نظير وجوب اطاعة عقلاً الذي هو لازم أعم للحكم الواقعي و الظاهري، و وجوب مقدمة الواجب، فإنهما حكمان عقليان للوجوب الأعم من الواقعي و الظاهري.

فإذا ثبت وجوب شيء بالاستصحاب مثلاً ترتب عليه الحكمان العقليان المذكوران، كما يترتبان على الوجوب الواقعي الثابت بالعلم الوجداني، و من المعلوم أنه لا شائبة لمثبتة الأصل في هذه الموارد. نظير إستصحاب وجوب صلاة الجمعة مثلاً، فإن

لازمه العقلي لزوم الاطاعة بإتيان صلاة الجمعة، لكون الوجوب المستصحب كالوجوب المعلوم لازم الاطاعة عقلاً. والمقام كذلك، إذ العقل كما يحكم بلزوم الخروج عن عهدة مال الغير مع العلم بالاشتغال، كذلك يحكم به مع إستصحاب الاشتغال، لكون الاستصحاب حجة كحجية العلم عليه، مع الفرق بينهما من حيث التعبد في الأول.

فالمحصل: أن الغرض من الاستصحاب إثبات الاشتغال فقط، الذي هو موضوع لحكم العقل بلزوم الخروج عن العهدة بأي شيء يمكن، و من المعلوم أن أداء العين الساقطة عن المالية لا يوجب العلم بالخروج عن العهدة، بل يتوقف العلم به على أداء القيمة أيضاً.

و يمكن أن يقال: بعدم الحاجة إلى الاستصحاب، بل نفس قاعدة الاشتغال كافية في لزوم دفع القيمة أيضاً، لتوقف اليقين بالفراغ عليه.

وأما ما أفاده فتاوى أخيراً من الأصل الآخر - وهو أصالة بقاء الخروج عن عهدة العين بدفعها قبل سقوطها عن المالية - ففيه أنه من الأصل التعليقي، إذ لا معنى للتنجيزي مع عدم تحقق الدفع. و حجية الاستصحاب التعليقي الراجع إلى التعليق في الموضوع - كالمقام، لأن تقريبه حينئذ هو: أنه لو دفع العين قبل خروجها عن المالية لكانت مسقطة للعهدة، و الآن كما كان - محل الاشكال، لعدم إحراز وحدة الموضوع في حالتي اليقين والشك، مع سقوط العين عن المالية في حال الشك.

فالاستصحاب التنجيزي القاضي ببقاء العهدة محكم، فلا يمكن الاكتفاء في سقوط العهدة بدفع العين الساقطة عن المالية، بل لابد من دفع كل من العين والقيمة. أما العين فلكونها بشخصها مضمونة. و أما القيمة فلكونها كذلك أيضاً.

ثم إن الظاهر أن المراد بالقيمة قيمة يوم سقوط العين عن المالية، لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قيمة يوم الأخذ، ولا يوم الأداء، ولا أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الأداء، أو إلى زمان التلف.

فرع^(١): لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله، ثم تمكن من المثل

القدرة على المثل بعد دفع القيمة

(١) هذا فرع آخر مما تعرض له المصنف من المباحث المتعلقة بإعواز المثل، وهو: حكم تمكن الضامن من أداء المثل بعد تعذره و دفع قيمته إلى المالك، فهل يجب عليه أداء المثل أم لا؟ ذكر المصنف مباني ثلاثة، يقتضي إثنان منها عدم الوجوب، ويحتمل الوجوب بناءً على الثالث.

و توضيحه: أنه إما أن نقول بعدم سقوط المثل عن الذمة بسبب التعذر، وإما أن نقول بسقوط المثل بسبب تعذره وإستقرار القيمة، وبناءً على الانقلاب نقول تارة: إن المغصوب بمجرد تعذر مثله يصير قيمياً، وأخرى: إن نفس المثل بتعذره - الذي هو كالتلف - يصير قيمياً. فهذه مباني ثلاثة.

فعلى الأول - وهو عدم سقوط المثل بالإعواز - لا يجب دفع المثل إلى المالك، لأن ما في الذمة كان هو المثل إلى زمان دفع القيمة، ولما كان إعطاء القيمة بالتراضي فقد سقط المثل، لكونه من قبيل الوفاء بغير الجنس مع التراضي - كما في القرض - ومن المعلوم سقوط ما في الذمة به، فلا وجه لوجوب دفع المثل بعد التمكن منه.

و على الثاني - وهو سقوط المثل بالتعذر و صيرورة المغصوب المثلّي قيمياً - لا يجب أداء المثل أيضاً، لكون سقوطه بدفع القيمة أولى من الفرض الأول، لأن نفس القيمة المدفوعة مصداق لكلّي القيميّ الثابت في ذمة الضامن، و من المعلوم أن دفع مصداق الطبيعيّ رافع لما في العهدة حقيقة.

و بعبارة أخرى: إن نفس القيمة حقّ المضمون له واقعاً - بناءً على انقلاب المضمون المثلّي إلى قيمته - فأداؤها إلى المالك أداء حقّه الواقعيّ، فيتعيّن سقوط الضمان حينئذٍ.

و على الثالث - وهو سقوط المثل و إنقلابه بقيمته لابقية العين - يكون السقوط لأجل كون القيمة بدلّ الحيلولة عن المثل. فع التمكن من أدائه يحتمل وجوب المثل.

فالظاهر^(١) عدم عود المثل في ذمته، وفاقاً للعلامة رحمته الله^(٢) و من تأخر عنه^(٣) ممن تعرض للمسألة، لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي، فلا يعود، كما لو تراضيا^(٤) بعوضه مع وجوده. هذا^(٥) على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز.

و أما على القول بسقوطه^(٦) وإنقلابه قيمياً، فإن قلنا بأن المصوب إنقلب

هذا حكم الشقوق الثلاثة. و مذهب الماتن هو الأول.

(١) هذا مختار المصنف رحمته الله وفاقاً لجمع، و هو مبني على مذهب المشهور من عدم سقوط المثل بالتعذر، كما تقدم في أوائل هذا التنبيه السادس بقوله: «إن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع، لأن المثلي ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعذره».

(٢) قال في القواعد: «ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة، بخلاف القدرة على العين»^(١).

(٣) كالشهيدين و المحقق الكركي وغيرهم رحمهم الله كما نسبهم إليه السيد العاملي رحمته الله^(٢).

(٤) يعني: أن عدم عود المثل المتعذر إلى الذمة - بعد القدرة عليه - يكون نظير تراضي المالك و الضامن على القيمة في صورة التمكن من المثل، فلو أخذها المالك لم يكن له مطالبة المثل.

(٥) أي: عدم عود المثل إلى عهدة الضامن مبني على المختار ... الخ.

(٦) مقتضى السياق رجوع الضميرين إلى «المثل المتعذر» لكنه في «إنقلابه» لا يخلو من تكلف. و قد تقدم نظيره في (ص ٤٠٤) فراجع.

«١» قواعد الأحكام، ص ٧٩، السطر ٢٤ (الطبعة المحجربة).

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٣، و لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٣، السطر ٣٧ و ٣٨؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥٥ و ٢٥٦؛ مسالك الأفهام، ج ١٢،

قيميّاً عند تعذر مثله^(١) فأولى^(٢) بالسقوط، لأنّ المدفوع نفس ما في الذمّة.
و إن قلنا: إنّ المثل بتعذره - التّازل^(٣) منزلة التلف - صار قيميّاً^(٤)
أحتمل^(٥) (*) وجوب المثل عند وجوده، لأنّ^(٦) القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن
المثل، وسيأتي^(٧) أنّ حكمه عودُ المبدل عند إنتفاء الحيلولة.

(١) هذا هو مبنى الشقّ الثاني، المتقدّم بقولنا: «و بناءً على الانقلاب فتارةً نقول
إنّ المغصوب بمجرد تعذر مثله يصير قيميّاً».

(٢) هذا حكم الشقّ الثاني، و هو أولوية سقوط المثل عن الذمّة من الشقّ
الأوّل، لما عرفت من إنتقال حقّ المضمون له من المثل إلى القيمة، فكأنّ العين
المضمونة قيمية من أوّل ضمانها، لا مثلية، فكيف يجب دفع المثل بعد أداء قيمة
المضمون؟

(٣) صفة لتعذر المثل، يعني: أنّ تعذر المثل يكون بمنزلة تلف جميع أفرادها،
الموجب لتبدّله بالقيمة.

(٤) هذا مبنى الشقّ الثالث، وقد عرفته بقولنا: «و أخرى نقول: إنّ نفس المثل
بتعذره يصير قيميّاً».

(٥) هذا حكم الشقّ الثالث، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و على الثالث ...
يكون السقوط لأجل ...».

(٦) تعليل لاحتمال وجوب المثل، يعني: أنّ القيمة بدل ماداميّ، فإذا وُجد المبدل
سقط البديل عن الاعتبار، و يرجع الحكم إلى المبدل.

(٧) يعني: في الأمر السابع بقوله: «ثمّ إنّ لا إشكال في أنّه إذا إرتفع تعذر ردّ
العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى المالك».

(*) لكن هذا الاحتمال ضعيف جداً، لأنّه مع فرض الانقلاب يكون ما على
العهد خصوص القيمة، لا غيرها، فدفع القيمة رفع لمصداق ما على العهد، فلا معنى

لرجوع المثل، إذ لم يكن في الذمة مثل حتى يرجع بعد وجوده.

نعم في صورة عدم سقوط المثل عن العهدة يتجه القول بكون القيمة من قبيل بدل الحيلولة، بدعوى: أن القيمة غير جابرة لحيثيتي النوع والمالية، بل جابرة لخصوص حثية المالية، وبدليتها ناقصة، فمع التمكن من الجبران التام تعين ذلك.

وكيف كان فتفصيل الكلام في المقام: أنه على القول ببقاء العين على العهدة إلى زمان التدارك والأداء، وكون أداء المثل أداءً ناقصاً، للعذر عن الأداء التام بسبب التلف، وكون أداء القيمة عند تعذر المثل أداءً للعين بوجه أنقص من أداء المثل.

وكذا على القول بكون المثل على العهدة، وأن أداء القيمة أداءً ناقصاً للمثل، للعذر عن الأداء التام يتعين القول بعود المثل، لارتفاع العذر بوجود المثل عن الأداء التام، فلا يكفي الأداء الناقص، لعدم كونه أداءً عند رفع العذر.

والحاصل: أن أداء ما في الذمة بغير مصداقه أداءً ناقصاً، ومع التمكن من أدائه التام لا يعد الناقص أداءً له. نعم لو أسقط صاحب الحق خصوصية ما في الذمة من العين أو المثل، وطالب الضامن بأداء غيره، فمقتضى القاعدة سقوط حقه عن المثل ولو مع وجوده فضلاً عن إعوازه.

هذا كله بناءً على كون القيمة أداءً ناقصاً للمثل.

وأما بناءً على كونها أداءً تاماً للمثل، كما أن نفس المثل أداءً كاملاً وجبران تاماً للعين في المثليات، فإذا تعذر المثل ودفع القيمة كانت القيمة تمام الغرامة ومسقطاً لما في العهدة، فليست القيمة غرامةً ناقصة، بل هي تامة، فمع وجود المثل يكون هو تمام غرامة العين، ومع فقدته أو كون العين قيمية تكون القيمة تمام غرامتها وجابرة لتمام الخسارة، ومع لا معنى لبقاء المثل على العهدة.

ولا وجه للتفصيل الذي أفاده المصنف رحمه الله من «أنه مع بقاء المثل في الذمة لا يعود المثل، لسقوطه بالقيمة مع التراضي، ومع سقوط المثل وإنتقاله إلى القيمة يحتمل

القول بعوده بعد وجوده، لكون القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل» و ذلك لأن الأمر بالعكس، فإن المثل إذا سَقَطَ عن الذمة و إنتقل إلى القيمة، فالقيمة المدفوعة حينئذٍ نفس ما على عهدة الضامن، فيكون من الوفاء بالجنس، فلا محيص عن السقوط. و لا وجه لعود المثل إلى الذمة بعد كون القيمة عين ما في الذمة. فلا بد في الحكم بعود المثل بعد التمكن منه من الالتزام ببقاء المثل في العهدة، و عدم إنتقاله بسبب التعذر إلى القيمة حتى تكون القيمة عند تعذره من بدل الحيلولة.

و يمكن التفصيل بوجه آخر، و هو: أنه إذا كان دفع القيمة بعنوان الصلح عمّا في الذمة، سواء أكان هو العين أم القيمة، فيسقط ما في العهدة، و لا يبقى موردٌ لبذل الحيلولة. و إن كان بعنوان الغرامة و تدارك ما على الضامن، فعلى القول بانتقال العين أو المثل المتعذر إلى القيمة حقيقةً فالقيمة المدفوعة عين حقّه، فلا مورد لبذل الحيلولة حينئذٍ أيضاً.

و على القول ببقاء العين أو المثل في الذمة إلى زمان التدارك، و أن القيمة غرامة ناقصة، فالقيمة عند تعذر المثل تكون من بدل الحيلولة، لأن البدلية الناقصة العذرية ترتفع، و تنتقل إلى البدلية التامة الاختيارية.

و لعل هذا التفصيل أولى من سابقه، لأنه على تقدير كون العين أو المثل في الذمة إذا صالح المالك ما على عهدة الضامن بالقيمة فقد سقط ما عليه. و لا معنى لبذل الحيلولة حينئذٍ.

و على تقدير إنقلاب العين الثالفة أو المثل المتعذر إلى القيمة تكون القيمة المدفوعة عين ما على العهدة، لا بدلاً عنه حتى يقال: إنه بدل الحيلولة، فلا موضوع لبحث البدلية أصلاً.

السابع^(١): لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً^(٢) فقد حُكي^(٣) الاتفاق على

ضمان القيمي بالقيمة

(١) الغرض من عقد هذا الأمر بيان جهة أخرى مما يتعلق بالمبيع بالبيع الفاسد إذا تلف بيد المشتري، وهي كفيّة ضمان القيميّات، وأنها مضمونة بالقيمة أو بما يماثلها. فإن كانت مضمونة بالقيمة لم يكن للمالك إلزام الضامن بالمثل، ولا للضامن كذلك. وكذا الحال لو كان القيميّ - كالمثليّ - مضموناً بالمثل. فيقع البحث في مقامين: أحدهما: في الدليل على ضمان القيميّ بالقيمة، لا المثل.

ثانيهما: في تعيين القيمة بحسب تفاوتها في الأزمنة من يوم القبض و التلف، وأعلى القيم بينهما، وغير ذلك مما سيظهر.

(٢) قد أشرنا إلى تعريف القيميّ في الأمر الرابع، وأنه ما يكون مدار ماليّته على الجهات الشخصيّة، وهذا مما يحكم به العرف في باب الضمان.

(٣) هذا شروع في المقام الأوّل، وقد استدلّ بوجوه على ضمان القيميّ بالقيمة. الأوّل: الاجماع المنقول الذي إدّعاه الفقيه المستبّع السيد العاملي رحمته الله - بعد حكاية الشهرة عن الشهيد - بقوله: «لا أجد فيه في الباب خلافاً، إلا ما يُحكى عن أبي علي، وما يظهر من قرض الخلاف، وما لعلّه يظهر من المحقّق في باب القرض ... وكيف كان فقد إتفقوا هنا - يعني في باب الغصب - من غير تأمّل ولا خلاف»^(١).

كونه مضموناً بالقيمة^(١). و يدلّ عليه الأخبار المتفرقة^(٢) في كثير من القيمات،

(١) خلافاً للإسكافي و الشيخ و المحقق في باب القرض.

لكن صحة نسبة الخلاف إلى الاسكافي لا تخلو عن إشكال، لعدم ظهور عبارته المحكيّة فيما نسب إليه، و تقدّم التعرّض له عند كلام المصنّف في أوّل التنبيه السادس، وسيأتي أيضاً. و أمّا مخالفة شيخ الطائفة و المحقق عليهما السلام فهي مبنية على ثبوت التلازم بين القرض و المقام أعني به المقبوض بالعقد الفاسد، المحكوم بحكم الغصب، و هو غير ثابت.

(٢) أي: و يدلّ على ضمان القيميّ بالقيمة الأخبار المتفرقة الواردة في كثير من القيمات المضمونة بالاتلاف و الالتقاط و نحوهما من موجبات الضمان، و هذه الأخبار دليل ثانٍ على المدعى، و قد تقدّم بعضها في (ص ٣٣٨) كرواية بيع الجارية المسروقة، و كرواية السفرة و غيرها، و نذكر بعضها الآخر هنا، فنقول و به نستعين: منها: رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء، هل تحلّ له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها و عرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلّها و أنت ضامن لها؛ إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه»^(١). و تقريب الدلالة: أنّ الشاة المضمونة بالاتقاط قيمية، فتضمن بقيمتها، لقوله عليه السلام: «يطلب ثمنها أن تردّها عليه».

و منها: رواية علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام، قال: «و سألته عن الرجل يصيب اللقطة، فيعرفها سنة، ثم يتصدّق بها، فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدّق بها؟ و لئن الأجر؟ هل عليه أن يرّد على صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها، و الأجر له، إلّا أن يرضى صاحبها، فيدّعها و الأجر له»^(٢).

«١» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٦٥، الباب ١٣ من أبواب اللقطة، الحديث ٧

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٥٢، الباب ٢ من أبواب اللقطة، الحديث: ١٤

فلا حاجة^(١) إلى التمسك بصحيفة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل (*)

و الشاهد في كون الملتقط ضامناً لقيمة اللقطة، لأنه عليه السلام قرّر السائل في اشتغال عهده بالقيمة، وقال: «هو ضامن لها».

و منها: ما رواه زيد بن علي عن آبائه عليه السلام، قال: «أتاه رجل تكارى دابةً فهلك، وأقر أنه جاز بها الوقت، فضمنه الثمن ولم يجعل عليه كراء»^(١). بتقريب: أن الدابة الهالكة قيمية، والمستأجر المفرط ضامن لقيمتها.

و منها: رسالة الصدوق عن أبي عبدالله عليه السلام، في حديث: «وإن وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كُله، فإن جاء صاحبه فردّ عليه القيمة»^(٢). والتقريب كما تقدّم.

و منها: رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه قضى في رجل أقبل بنار فاشعلها في دار قوم، فاحترقت، واحترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار وما فيها ثم يقتل»^(٣).

و الدلالة ظاهرة أيضاً، فإن بعض الأمتعة المحترقة قيمية عادةً، وقد حكم عليه السلام بضمن قيمة الدار والأثاث.

و منها: روايات أخر وردت في تلف العين المرهونة سيأتي ذكرها عند تعرّض الماتن لها.

(١) هذا تعريض بما في الجواهر من الاستدلال - على ضمان القيمي بالقيمة -

(*) أورد المحقق الايرواني رحمه الله عليه بأن «إظهار الاستغناء عن الصحيحة، ثم العود إلى الاستدلال بها بعد سطرين ليس كما ينبغي»^(٤).

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٥٧، الباب ١٧ من أبواب الاجارة، الحديث ٥

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٥١، الباب ٢ من أبواب اللقطة، الحديث ٩

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٢١٠، الباب ٤١ من موجبات الضمان، الحديث ١

«٤» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠١

بصحيحة أبي ولاد الآتية، و بنصوص ضمان العبد المشترك المعتق بعضه، قال صاحب الجواهر رحمته: «نعم للمصنف - وهو المحقق - في كتاب القرض ضمان القيمي بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك. كما أنك سمعت الكلام في المحكي عن ابن الجنيّد المحتمل لإرادة ما لا ينافي المشهور منه. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه، لظهور صحيح أبي ولاد وغيره ممّا دلّ على ضمان الحيوان عبداً كان أو غيره في كون الكلام القيمة، ومنه نصوص العتق لشريك، المقتضي للسراية للأمور بها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفي إلّا مع رضا المالك. كما أنّه ليس للمالك إقترأحه»^١.

و المستفاد منه: الاستدلال على إعتبار القيمة في ضمان القيميات بطائفتين من الأخبار.

الأولى: صحيحة أبي ولاد، الظاهرة في ضمان البغل بالقيمة، لقوله عليه السلام: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» ولما كانت البغال والحمير والدواب معدودة من القيميات، فلو تلفت إشتغلت الذمة بأثمانها لا بأمثالها. وعليه فالصحيحة دليل على تعيين القيمة في بدليتها عن العين القيمة المضمونة.

الثانية: ما ورد من أنّه لو كان عبدٌ مشتركاً بين جماعة، فأعتق أحدهم نصيبه،

و الأمر كما أفاده، إذ لو كانت الصحيحة وافيةً بإثبات ضمان القيمي بقيمة يوم الغصب أو التلف لم يكن وجهٌ في الاشكال على صاحب الجواهر رحمته المستدل بها. وإن لم تكن وافيةً به لم يبق مجال لقوله بعد سطرين «فيردّه إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة: منها صحيحة أبي ولاد الآتية.

و يتأكد الاشكال بناءً على ما عن نسخة التهذيب - التي عول عليها المصنف - من تعريف «بغل» الظاهر في إرادة البغل المعهود، لا بغل كليّ حتى يحتمل ضمان القيمي بالمثل، بأن تكون القيمة بدلاً عن البدل.

تعيّن عليه دفع قيمة سائر حصصه إلى شركائه، حتّى يتحرّر العبد كاملاً بالسراية. و من المعلوم أنّ العبيد و الاماء قيمّيات و ليست مثليّة، ف ضمان قيمة العبد دليل على أنّ القيمي لا يضمن إلا بالقيمة.

و هذه النصوص جمعها الشيخ الحرّ رحمته في باب عنوانه «أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك، كلّف أن يشتري باقيه و يُعتقه إن كان موسراً مضاراً، و إلاّ إستسعى العبد في باقي قيمته، و ينعق، فإن لم يسع خدّم بالحِصص»^(١).

ففي معتبرة محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبدٍ كان بين رجلين، فحرّر أحدهما نصفه، و هو صغير، و أمسك الآخر نصفه حتّى كبر الذي حرّر نصفه. قال: يُقوّم قيمة يوم حرّر الأوّل، و أمر الأوّل أن يسعى في نصفه الذي لم يحرّر حتّى يقضيه»^(٢). و نحوه سائر أخبار الباب.

و تقريب الدلالة: أنّ تحرير العبد إتلاف لمال الشريك. و حيث إنّ المضمون قيميّ - و هو العبد - كان ضمانه بالقيمة، لقوله عليه السلام: «يقوّم قيمة». هذا توضيح نظر الجواهر.

و ناقش المصنّف فيه بمنع دلالة صحيحة أبي ولاد و نصوص تحرير العبد المشترك على ضمان القيميّ بالقيمة. أمّا الصحيحة فلظهورها في ضمان القيميّ بالمثل لا بالقيمة، فإنّ كلمة «بغل» في قوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» نكرة، و هي ظاهرة في كون ذي القيمة بغلاً غير معيّن، و يتّجه مذهب القائل بأنّ الثابت في الدّمة بغل غير معيّن، و أنّ القيمة بدل عنه، لا أنّ المضمون قيمة البغل التالف.

و أمّا نصوص العتق فلأنّ الأمر بتقويم العبد - المعتق بعضه - غير ظاهر في

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢٠، الباب ١٨ من أبواب كتاب العتق.

«٢» المصدر، ص ٢١، الحديث ٤

و لا بقوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه»^(١). بل الأخبار كثيرة^(٢).

ما نحن فيه من ضمان القيمي بالقيمة، لاحتمال كون التقويم معاوضةً شرعيةً قهريةً، رعايةً لحرية العبد المبعوض.

و المتحصل: أن صحيحة أبي ولاد و أخبار تحرير بعض العبد غير وافية بإثبات المدعى، و هو تعين القيمة في ضمان القيميات.

(١) لم أظفر بهذا المتن في جوامع الأخبار من الوسائل و غيره، فلعل المصنف نقله بالمعنى، أو اعتمد على ما رواه شيخ الطائفة رسلاً عن النبي صلى الله عليه وسلم «١».

(٢) يعني: أن الأخبار الكثيرة ظاهرة في ضمان القيمي بالقيمة، و هي سليمة عن المناقشة، و معها لا حاجة إلى الصحيحة و نصوص العتق اللتين إستند إليهما صاحب الجواهر رحمته الله، مع ما فيها من الخدشة كما عرفت آنفاً.

ثم إنه لا بأس بالإشارة إلى نكتة، و هي: أن المصنف رحمته الله إدعى هنا كثرة الأخبار الدالة على اعتبار القيمة في القيميات، لقوله: «الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات» و قوله: «بل الأخبار كثيرة». و هذا ربما ينافي ما تنبه عليه في الأمر الرابع من جعل الأخبار المتكفلة للضمان بالقيمة نادرة جداً، حيث قال هناك: «إلا ما شذ و نذر». فإن كانت هذه الأخبار شاذة لم يتجه قوله هنا من: «أنها كثيرة» و إن كانت كثيرة لم يتجه رميها بالندرة و الشذوذ في التنبيه الرابع.

قلت: الظاهر عدم التنافي بين التعبيرين، فإن ندرتها تكون بالقياس إلى النصوص المشتملة على مادة الضمان و التبريم بصيغ عديدة في مطلق المضمونات. سواء أكانت مثلية أم قيمية، و هي أزيد من مائة رواية قطعاً كما لا يخفى على المتتبع، وقد إدعى المصنف هناك إنصراف إطلاقها إلى الأقرب إلى المضمون، و هو المثل ثم القيمة.

«١» الخلاف، ج ٣، ص ٣٩٦، المسألة ٢ من كتاب الغصب، و قريب منه بزيادة «و له مال» في

بل قد عرفت^(١) أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات هو ذلك^(٢) بحسب المتعارف (*).

إلا^(٣) أن المتيقن (***) من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذراً.

و أما دعوى كثرة أخبار ضمان القيمي فصحيحة أيضاً، لتحقق الكثرة بعشر روايات أو ما يقارب العشرة. ولا ريب في أن ما ورد فيه لفظ «الثن أو القيمة» لا يقل عن هذا العدد، كما ذكرناها بمصادرها، فلاحظ.

(١) يعني: في الأمر الرابع، حيث قال: «إن القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل ... ثم بعده قيمة التالف ...».

و هذا إشارة إلى دليل ثالث على اعتبار القيمة في المضمونات القيميّة، و تقرّبه: أن الأخبار المتفرقة المشتملة على مادّي «الضمان و الغرامة» لم يتعرّض فيها لكيفيّته مع كونها واردة في مقام البيان، فعدم تعرّض المتكلم لبيان الكيفيّة دليل على إحالتها على العرف، و من المعلوم أنهم يحكمون بأداء ما هو أقرب إلى التالف، فإن كان مثلياً تعيّن أداء المثل، و إن كان قيميّاً تعيّن دفع القيمة.

و عليه فمناط هذا الوجه إستفادة الحكم من الأدلة العامّة في الضمانات، سواء أكان المضمون مثلياً أم قيميّاً.

(٢) خبر قوله: «أن مقتضى» و المشار إليه هو الضمان بالقيمة.

(٣) إستدراك على قوله: «بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق» و غرضه المناقشة في دلالة الطائفتين من الأخبار على ضمان القيمي بالقيمة. أمّا الطائفة الأولى فسياقي منع إطلاق دلالتها.

(*) بل مقتضى ما تقدّم هناك: أن القاعدة المستفادة من أدلة الضمان هو الضمان بالمثل، لأنّه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات، فتشمل القيميات.

(**) هذا غير ظاهر، لعدم تفرقة العرف ظاهراً في القيمي - بالمعنى المقابل للمثلي - بين تيسر المثل و تعذره، فإن المثلي و القيمي ماهيتان متباينتان، و تعذر أفراد

و أما الطائفة الثانية - و هي إطلاقات الضمان - فيشكل الاستدلال بها على ضمان القيمي بالقيمة مطلقاً حتى مع تيسر المثل العرفي للعين التالفة القيمية. وجه الاشكال: أن مناط الأخذ بالاطلاق المقامي هو عدم بيان كيفية خاصة، وإحالة الأمر إلى العرف في مقام البيان. و من المعلوم توقف الإطلاق على عدم تعارف سيرتهم على أمر آخر. مع أنه لا ريب عندهم في كون المثل أقرب إلى التالف حتى في القيميات. و عليه تختص الروايات المطلقة بما إذا تعذر المثل، مع أن المدعى عام و هو ضمان القيمي بالقيمة سواء تيسر المثل أم تعذر.

إحداهما في الخارج لا يوجب انتقال ما ثبت منهما في ذمة إلى أخرى، ولا وجه لرفع اليد عن إطلاق ما دل على ضمان القيمي بالقيمة، الشامل لصورة تعذر المثل كما صنعه المصنف رحمته. وكيف كان فيحتمل - في مسألة مالو كان التالف المبيع بالبائع الفاسد قيمياً - وجوه ثلاثة: أحدها: الضمان بالقيمة مطلقاً. ثانيها: الضمان بالمثل كذلك. ثالثها: ضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمة.

وقد استدلل المصنف رحمته لضمانه بالقيمة بالاجماع و الروايات المتفرقة في كثير من القيميات، بحيث لا يكون للضامن و المضمون له التخلف عن الضمان بالقيمة. لكن الظاهر عدم إستفادة كيفية الضمان و خصوصياته من نفس أدلة الضمان، كقاعدتي اليد و الاتلاف و قاعدة إحترام مال المسلم، لعدم تعرضها لخصوصيات الضمان. فمقتضى الاطلاق المقامي هو إيكال كيفية الضمان إلى العرف. و بعد إنقسام الأموال إلى قسمين مثلي و قيمي و تباينهما ماهيةً يحكم العرف بضمان كل منهما بالمثل، فالمثلي يضمن بالمثل، لأنه المماثل له عرفاً ماهيةً و ماليةً. و القيمي يضمن بالقيمة، لأنها مثله عرفاً.

و هذا الأمر العقلاني الارتكازي مما بنى عليه الشرع، لعدم تعرضه لكيفية الضمان مع كونها محل إبتلاء النوع ليلاً و نهاراً. و هذا الاهمال دليل على إحالة كيفية الضمان إلى العرف. نعم ربما يستظهر بمعونة ترك الاستفصال من بعض الروايات لزوم الغرامة

بالقيمة في مطلق الضمانات، كموثق إسحاق بن عمار، قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك [فيهلكه] أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنًا فيه فضل وضيعة. قلت: فهلك نصف الرهن؟ قال: على حساب ذلك. قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم»^(١). فإنه بسبب ترك الاستفصال ظاهر في أن الرهن - سواء أكان مثليًا أم قيميًا - وسواء أكان المثل متعذرًا أم لا، وسواء وجد للقيمي مثل أم لا - إذا هلك بالتفريط فهو مضمون بالقيمة، لكون سقوط مائة درهم دليلًا على أن الضمان بالقيمة، وإلا فلا وجه للسقوط. كما أن لزوم تأدية مأتي درهم دليل على أن الدراهم على عهده في المثلي والقيمي مطلقًا.

و نحوه غيره من الروايات المذكورة في الباب المذكور الدالة على أن التالف مضمون بالقيمة مطلقاً وإن كان مثلياً، لأن معنى تراذ الفضل أنه إن كان الرهن زائداً على الدين سقط من الضمان بمقدار الدين، وأخذ الراهن فضله. وإن كان الرهن ناقصاً عن الدين سقط من الدين بمقداره، وأخذ المرتهن البقية. ولا معنى للسقوط والتهاتر إلا الضمان بالقيمة، إذ لو كان العهدة مشغولة بالمثل أو العين لم يكن وجه للتهاتر، بل لابد في المثلي من أداء المثل، وفي القيمي تبقى العين على العهدة إلى زمان الأداء، فالتهاتر القهري لا وجه له إلا مع الضمان بالقيمة.

مضافاً إلى: تصريح الروايات بالسقوط القهري، ففي صحيحة أبي حمزة، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام: يترادان الفضل؟ فقال: كان علي عليه السلام يقول ذلك. قلت: كيف يترادان الفضل؟ فقال: إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه. وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن. قال: وكذلك قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك»^(٢).

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩، الباب ٧ من أحكام الرهن، الحديث ٢

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث ١

و قريب منه صحيحة محمد بن قيس^(١) و غيرها من الروايات الدالة على كون الضمان بالقيمة.

و تدل عليه أيضاً روايات متفرقة، كموثقة السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي^(عليه السلام) : «أنه قضى في رجل أقبل بنار فأشعلها في دار قوم فاحترقت الدار، وإحترق أهلها، و إحترق متاعهم؟ قال: يغرم قيمة الدار و ما فيها ثم يقتل»^(٢) فإن تغريمه قيمة الدار و ما فيها من المتاع ولو كان مثلياً ظاهر في كون الضمان مطلقاً بالقيمة. إلا أن يقال: إن «ما فيها» معطوف على القيمة، فيكون المراد حينئذ أنه يغرم قيمة الدار، و يغرم ما فيها، من دون تعرض للقيمة و غيرها. لكنه خلاف الظاهر، فتبعد إرادته بلا قرينة.

كبعد احتمال أن متاع الدار في مورد قضاء أمير المؤمنين «عليه الصلوة والسلام» كان قيمياً لا يوجد مثله، لأن ظاهره أن ذلك من قضايا الكلية، لا أنه قضية خارجية. ولو سلم ذلك كانت حكاية أبي عبد الله^(عليه السلام) كافية في إفادة الحكم، لبعد كونه^(عليه السلام) ناقلاً للتاريخ. فلو كان متاع البيت قيمياً و كان حكم المثلي غير القيمي كان عليه بيان خصوصية الواقعة الدخيلة في الحكم. و على كل حال يستفاد منها قاعدة كلية، و هي: أن إتلاف مال الغير موجب لضمان القيمة.

و موثقة سماعة، قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة و يضمن الثمن الذي أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه»^(٣). فإن موردها القيمي و التعليل بالافساد يدل على على كل إفساد للضمان

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٢٩، الباب ٧ من كتاب الرهن، الحديث: ٤

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٢١٠، الباب ٤١ من ابواب موجبات الضمان، الحديث: ١

«٣» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٢٢، الباب ١٨ من كتاب العتق، الحديث: ٥

.....

وإن لم يكن عتقاً. ويمكن أن تكون هذه الموثقة من أدلة قاعدة الاتلاف.

و صحيحة أبي ولآد الآتية التي موردها القيمي أيضاً.

و بالجملة: فالروايات الدالة على الضمان بالقيمة على طائفتين:

إحداهما: ما وردت في ضمان خصوص القيمات بالقيمة كالعبد و الجارية.

ثانيتهما: ما وردت في المضمون مطلقاً سواء أكان مثلياً أم قيمياً كالرهن التالف

وإحتراق ما في الدار و غلة الأرض، و غير ذلك مما يقتضي الاطلاق كون التالف

المضمون بالقيمة مثلياً أو قيمياً.

و الظاهر عدم التناقض بينهما، لأن ما دل على الضمان بالقيمة في القيمات لا تنفي

ضمان المثليات بها حتى يجب حمل المطلق - وهو ما دل على الضمان بالقيمة مطلقاً

وإن كان المضمون مثلياً - على المقيد، ليكون مقتضى الحمل إختصاص ضمان القيمة

بالقيمات.

فالمتحصل: أن مقتضى الروايات ضمان الأشياء مطلقاً، وإن كانت مثلية بالقيمة.

و لا بد في الخروج عن إطلاقها من دليل على التقييد. و قد ادعى أنه الاجماع على ضمان

المثلي بالمثل. قال في الجواهر: «أنه من قطعيات الفقه»^(١). و عن غاية المراد «أطبق

الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل، إلا ما يظهر من ابن الجنيّد» لكنه أول كلامه أيضاً.

و الحق أن يقال: إن القدر المتيقن من الاجماع على ضمان المثلي بالمثل هو

صورة وجود المثل دون نادر الوجود و متعذره، فإن إطلاقات ضمان القيمة محكمة في

غير المتيقن، و هو وجود المثل، لأنه مقتضى مرجعية العام في المخصص المجمل.

و الحاصل: أن الاجماع لما كان لبيّاً فلا بد في تخصيصه من الأخذ بالمتيقن منه

وهو وجود المثل، دون نادره و متعذره. و على هذا فالروايات وافية بكيفية الضمان،

فلو كان بناء العرف على غير تلك الكيفية كان الروايات رادعة عنها.

بل^(١) يمكن دعوى إنصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض

(١) غرضه المناقشة في دلالة عدّة من الأخبار الواردة في ضمان القيمّات، كما ناقش في إطلاقات الضمان. وحاصلها: أن المدعى عامّ، وهو: ضمان كلّ قيمّي بالقيمة كضمان المثليّ بمثله، مع أنّه يمكن منع إطلاق بعض الأخبار لحالة وجود مماثل عرقيّ للقيميّ المضمون، ففي صحيحة أبي ولّاد: «قيمة بغلٍ يوم خالفته»، إذ من المحتمل كون الثابت في ذمّة الضامن بغلاً غير معيّن، وإنّما تُعطى القيمة بدلاً عنه، لا بدلاً عن نفس البغل التالف أو المتلف. ولا سبيل لاستفادة ضمان قيمة البغل التالف حتى مع وجود بغلٍ مماثل له في الصفات والمالّة.

وكذا يمكن أن يكون تقويم العبد - و أداء قيمة ما بقي منه غير محرّر - لأجل

فتلخص من جميع ما ذكر أن القيمّات مطلقاً مضمونة بالقيمة، والمثليّات أيضاً مضمونة بالقيمة، إلّا إذا كان المثل موجوداً بوجود غير عزيز. وأمّا مع عزّة وجوده فضلاً عن فقدانه فضمانه بالقيمة أيضاً.

و من هنا يظهر أنّ ما أفيد في مباحث تعدّر المثل - سواء أكان التعدّر بدوياً أم طارئاً - لا بدّ من تطبيقها على ما بيّناه هنا، بأن يقال: إنّ التعدّر مطلقاً يوجب الانقلاب إلى القيمة، أخذاً بإطلاق ما دلّ على الضمان بالقيمة وإن كان مثليّاً، وإقتصاراً على المتيقّن من الاجماع، وهو ضمان المثليّ بالمثل إذا كان موجوداً، دون ما إذا كان مفقوداً أو عزيز الوجود. فالمثل بمجرد فقدانه أو عزّة وجوده ينتقل ضمانه إلى القيمة، هذا.

وأما الروايات الدالة على الضمان بالمثل في القيميّ فهي مختصة بالقرض، ولا ربط لها بما نحن فيه.

مضافاً إلى: أنّها ضعيفة السند.

فروايات المقام كما عرفت منحصرة بالطائفتين المتقدمتين. و روايات القرض أجنبية عن باب الضمانات المبحوث عنها.

القيميّات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة^(١) تعذر المثل كما هو الغالب^(٢). فالمرجع^(٣) في وجوب القيمة في القيميّ و إن فُرض تيسر المثل له - كما^(٤) في من أتلّف عبداً من شخصٍ باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه.

تعذر المثل، بحيث لو تيسر عبد مماثل للمعتق ماليةً وصفةً يحلّ محله كان مقدماً على دفع القيمة، فتأمل.

و الحاصل: أن الاطلاقات المختصة بالقيميّات تنقسم إلى طائفتين، فما كان منها متكفلاً لضمان قيمة العبد و البغل أمكن إنصرافها إلى صورة تعذر المثل كما هو الغالب في العبد و البغل. فلا يكفي أداء القيمة مع تيسر المثل. و ما كان منها متكفلاً لضمان قيمة سائر الأمتعة يمكن إطلاقها لحالتي تيسر المماثل و تعذره.

(١) متعلق بـ «لأنصراف».

(٢) يعني: أن الغالب في بعض القيميّات تعذر المثل العرفي.

(٣) غرضه أنه - بعد إنصراف إطلاقات أدلة ضمان القيميّ بالقيمة إلى صورة تعذر المثل، و عدم شمولها لصورة تيسر المثل - لا بد من القول، بضمان القيميّ بالمثل مع وجوده، مع أنهم لم يلتزموا به، بل إلّزموا بالقيمة حتى مع تيسر المثل، فدلّهم على الضمان بالقيمة في القيميّ مطلقاً ولو مع وجود المثل هو الاجماع.

(٤) ذكر المصنّف رحمته مثالين لتيسر المثل، أحدهما: أن يبيع شخص عبداً كلياً موصوفاً بصفات تميّزه عن سواه بثمنٍ معيّن، و أتلّف المشتري على البائع عبداً مملوكاً له بصفات العبد المبيع - قبل أن يسلمه البائع منه - فإنهم لم يحكموا بالتهاتر و تساقط ما في ذمّتي البائع و المشتري، بل قالوا بإستقرار المبيع في ذمّة البائع، و بضمان المشتري قيمة العبد الذي أتلّفه على البائع. و هذا الحكم شاهد على ضمان القيميّ بالقيمة، سواء تيسر المثل أم تعذر.

ثانيهما: مثال الكرباس، فإن الأذرع منه متماثلة، ولكن يجب دفع قيمة الذراع المتلف، لا مثله.

وكما لو أتلّف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباسٍ منسوجٍ على طريقة واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الاجماع^(١) كما يستظهر.

وعلى تقديره^(٢) في شموله لصيرورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمّل خصوصاً^(٣) مع الاستدلال عليه^(٤) كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما إعتدئ عليكم﴾ بناءً^(٥) على أنّ القيمة مماثل للتالف في المألّة فإن^(٦) ظاهر ذلك جعلها^(٧) من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل.

(١) خبر قوله: «فالمرجع».

(٢) يعني: وعلى تقدير تحقّق الاجماع، و غرضه المناقشة في شمول الاجماع - على فرض ثبوته - للمثل الموجود المماثل للتالف القيمي من جميع الجهات، فالاجماع على ثبوت القيمة في هذه الصورة غير ثابت، لأنّه دليل لبيّ، و المتيقّن منه غير هذه الصورة.

(٣) وجه الخصوصية ظهور الآية الشريفة في تعيّن المماثل للتالف من جميع الجهات و إن كان التالف قيميّاً، إلا إذا تعذّر المثل، فإنّ القيمة حينئذٍ مما يعدّ مماثلاً للتالف.

(٤) أي: على وجوب القيمة في القيمي، و قد تقدّم في (ص ٣٣٩) نقل إستدلال شيخ الطائفة رحمته بالآية الشريفة على كلّ من وجوب المثل في المثلي، و القيمة في القيمي، فراجع.

(٥) هذا البناء هو إستدلال شيخ الطائفة، و ليس أمراً آخر، إذ لو لم تكن القيمة مماثلةً للتالف كانت الآية الشريفة أجنبيّة عن المدعى، و عليه فالاستدلال بها منوط بالتوسعة في المماثلة كما تقدّم مشروحاً في (ص ٣٣٩).

(٦) تعليل لقوله: «خصوصاً» و قوله: «ذلك» إشارة إلى «الاستدلال».

(٧) أي: جعل القيمة من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل، فتكون المماثلة

في المألّة.

و كيف كان^(١) فقد حُكي الخلاف في ذلك عن الاسكافي^(٢)، و عن الشيخ
و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض^(٣).
فإن أرادوا ذلك^(٤) مطلقاً

(١) أي: سواء أكان مقتضى إطلاق ضمان القيميات ضمانها بالقيمة مطلقاً سواء
تيسر المثل أم تعذر، أم كان مقيداً بتعذر المثل، فقد حُكي ... إلخ.
و غرضه من هذا الكلام الخدشة في الاجماع بمخالفة ابن الجنيدي في مطلق
المضمون، و مخالفة شيخ الطائفة و المحقق في خصوص باب القرض. و هل تقدر هذه
المخالفة في تحقق الاجماع على ضمان القيمي بالقيمة أم لا؟ سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.
(٢) أمّا أبو علي فقد تقدّم كلامه في أوّل الأمر السادس، فراجع (ص ٢٩٥)
و أمّا الشيخ و المحقق فيظهر منها في باب القرض ثبوت نفس مثل العين المقرضة في
ذمة المديون، قال في الخلاف: «إذا لم يجد مال القرض بعينه وحبّ عليه مثله، و عليه
أكثر أصحاب الشافعي ... دليلنا: أنه إذا قضى مثله برئت ذمته، و إذا ردّ قيمته لم يدلّ
دليل على براءتها. و أيضاً: فالذي أخذَه عين مخصوصة، فنقل إلى قيمتها فعليه
الدلالة»^(١).

و قال في الشرائع: «و ما ليس كذلك - أي مثلياً - يثبت في الذمة قيمته وقت
التسليم. ولو قيل يثبت مثله أيضاً كان حسناً»^(٢).

(٣) و أمّا في باب الغصب فوافقا المشهور من التفصيل بين المثلي و القيمي.
(٤) أي فإن أرادوا وجوب المثل في القيميات. ناقش المصنّف رحمه الله في القول
بضمان القيمي بالمثل بعدم خلوه من شقين ممنوعين.

توضيحه: أنّ القائلين بوجوب المثل في القيمي إن أرادوا ذلك مطلقاً سواء
تيسر المثل أم تعذر، ففيه: أنه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميات بالقيم في

«١» الخلاف، ج ٣، ص ١٧٥، رقم المسألة: ٢٨٧

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٦٨

موارد كثيره، كصحيحة أبي ولاد الآتية، وروايات تقويم العبد المشترك الذي أعتق بعض مواليه شقيقه، وروايات سقوط الدين بتلف الرهن، المتقدمة في (ص ٣٣٨) وروايات متفرقة أخرى وردت في ضمان القيميات. ولم يُقَيّد وجوب أداء القيمة فيها بتعذر المثل حتى يستكشف منها أنّ العين التالفة تضمن بالمثل سواء أكانت مثلية أم قيمية كي يكون أداء القيمة - في القيميات - بدلاً عما إشتغلت به الذمة و هو المثل. وعليه فمقتضى أصالة الاطلاق ضمان القيمي بالقيمة، و أنّها بدل عن العين المضمونة، وليست بدلاً عن المثل.

و إن أرادوا من ضمان القيمي بالمثل ضمانه عند تيسر المثل - لا مطلقاً - لم يكن ذلك بعيداً، لوجهين:

أحدهما: ظهور آية الاعتداء في إعتبار المائلة بين التالف و بدله، و من المعلوم أنّ المائل للتالف القيمي هو المثل العرفي لا القيمة، فع تيسره يتعين في البدلية عن المضمون.

ثانيهما: قاعدة نفي الضرر الجارية في حق المالك، و ذلك لأنّ الجهات النوعية دخيلة في الضمان، لتحقق المائلة فيها، دون الجهات المالية المعرّاة عن الصفات النوعية، لعدم تحقق المائلة حينئذٍ بين التالف و بدله. فع تيسر المثل يتضرر المالك بقبول القيمة، لفقدان الصفات النوعية، فإنّ الحنطة - في الغرامات - بدل الحنطة التالفة المضمونة، دون القيمة، فخصوصية الحنطية مثلاً يتضرر المالك بفقدانها. و عليه فيلزم ردّ المثل في القيميات مع الامكان.

هذا ما يقتضيه الوجهان. لكن المانع من القول بوجوب المثل المتيسر - في ضمان القيميات - هو عدم القول بالفصل، لأنّهم بين قائل بضمان القيمي بالقيمة مطلقاً - كما هو المشهور - سواء وجد المائل العرفي أم لا، و بين قائل بضمانه بالمثل مطلقاً، كما يظهر من شرح الطائفة و غيره في باب القرض، بلا فرق - أيضاً - بين تيسر المثل

حتى^(١) مع تعذر المثل، فتكون^(٢) القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة^(٣) يوم دفعها - كما ذكروا ذلك^(٤) احتمالاً في مسألة تعين القيمة^(٥) متفرعاً على هذا القول^(٦) - فيرد^(٧) إطلاق الروايات الكثيرة في موارد كثيرة.

وتعذره، ولم يقولوا ببديلية القيمة عن المثل في صورة التعذر حتى يستكشف منه الطولية، ويكون القيمة بدلاً عما هو بدل التالف.

والحاصل: أن ما ذهب إليه شيخ الطائفة والمحقق في باب القرض - من ترجيح ضمان القيمي بالمثل - لا سبيل للأخذ به في القرض، فضلاً عن القول به في المغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد.

(١) بيان للإطلاق.

(٢) هذا متفرع على إشتغال الذمة أولاً بالمثل، فيكون هو بدل التالف، ولو تعذر كانت القيمة بدل المثل لا بدل التالف.

(٣) يعني: إذا كان وجوب دفع القيمة مترتباً على تعذر المثل ترتب عليه وجوب دفع قيمة يوم الأداء، لا يوم التلف، ولا يوم تعذر المثل، ولا أعلى القيم، ولا غير ذلك.

و وجه احتمال قيمة يوم الدفع هو: أن المثل ثابت في الذمة إلى وقت الأداء، فقيمة يوم الدفع هي ثمن المثل المنتقل إلى القيمة.

(٤) أي: وجوب قيمة يوم الدفع.

(٥) يعني: المسألة التي وقع فيها البحث عن أن الواجب هل هو قيمة يوم القبض أو يوم التلف أو أعلى القيم أو غير ذلك؟ مما سيأتي التعرض له قريباً.

(٦) أي: أن القول باعتبار قيمة يوم الدفع متفرع على القول بضمان القيمي بالمثل مطلقاً ولو مع تعذره، فإن مقتضاه حينئذ قيمة يوم الدفع، كما عرفت آنفاً.

(٧) جواب الشرط في قوله: «فإن أرادوا ذلك» وهذا إشارة إلى أول الشقين، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «ففيه أنه مردود بإطلاقات روايات ضمان القيميات...».

منها: صحيحة أبي ولاد الآتية^(١).

و منها: رواية تقويم العبد.

و منها: ما دلّ على «أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك» فلولا^(٢) ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة^(٣) (*).

(١) لقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» الظاهر في إعتبار قيمة البغل سواء وُجد بغلٌ مماثل للبغل الذي إكتره أبو ولاد، أم لم يوجد. و هكذا حال الاطلاق في روايات عتق العبد.

(٢) هذا تقريب دلالة أخبار تلف العين المرهونة على ضمان القيمي بالقيمة، لا بالمثل. و محصله: أنّ العين المرهونة لو كانت مضمونة بالمثل لم يكن وجه للحكم بسقوط ما يساويه من الدين، بل كان المرتهن ضامناً للمثل، و كان الدين - بتمامه - باقياً على عهدة الراهن، ولا يتهافت في الدين. مع أنّ الإمام عليه السلام حكّم بسقوط المقدار المساوي للدين عن ذمّة المديون، و لم يفصل بين تيسر مثل الرهن و تعذره. و هذا كاشف عن ضمان القيمي بالقيمة مطلقاً سواء تيسر المماثل العرفي أم تعذر.

(٣) يعني: من الأخبار المتفرقة في أبواب العارية و الوديعة و الاجارة و اللقطة

(*) كرواية السفرة المطروحة في الطريق التي تقدمت في (ص ٣٣٨). لكن الاستدلال بها مشكل، لقوة احتمال كونه من باب جواز التصرف بالقيمة، نظير التملك بالقيمة. و باب التقويم مغاير لباب التضمين، و لذا لا بأس بالالتزام بالتقويم حتى في المثلي، بل البيض و اللحم اللذان هما في مورد الرواية المزبورة من المثليات، فلاحظ و تأمل. فجعل رواية السكوني من الروايات الدالة على ضمان التالف بالقيمة لا يخلو من تأمل.

.....

وغيرها، ولا بأس بالتيمُّن بذكر بعضها.

فمنها: معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلٍ أعار جاريةً، فهلك من عنده ولم يبيغها غائلة، فقضى أن لا يغرمها المكار. ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبيغها غائلة»^(١).

بتقريب: أن الجارية والدابة قيمتان، وهما مضمونتان بالتعدي عليهما، ولم يقيد عليه السلام الضمان بالقيمة بتعذر المثل. فاللازم الحكم بضمانها مطلقاً.

ومنها: ما رواه علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام، قال: «سألته عن رجلٍ استأجر دابةً فأعطاها غيره، فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها. وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(٢). وقد أطلق عليه السلام الضمان، مع أن المضمون قيمي، ولم يقيد إشتغال الذمة بالقيمة بتعذر المثل.

ومنها: ما ورد في ضمان الغسّال والصّباغ والقصار والصّائغ والبيطار والدلال ونحوهم، مع أن ما بأيديهم من الأعيان المضمونة قيمات غالباً، كمعتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سئل عن القصار يُفسد؟ فقال: كلّ أجير يُعطى الأجرة على أن يُصلح فيُفسد فهو ضامن»^(٣).

ومنها: ما ورد في ضمان الجمال والحمال والمكاري والملاح ونحوهم إذا فرطوا أو كانوا متهمين ولم يحلفوا، أو شرط عليهم الضمان، مثل ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهريقه؟ قال: إن كان مأموناً فليس

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٣٧، الباب ١ من كتاب العارية، الحديث ٩، ونحوه سائر أحاديث الباب.

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٥٥، الباب ١٦ من أحكام الاجارة، الحديث: ١، ونحوه الحديث: ٢، ٣، ٤ و ٦ من الباب ١٧، ص ٢٥٧ و ٢٥٨.

«٣» المصدر، ص ٢٧١، الباب ٢٩ من أحكام الاجارة، الحديث ١ ونحوه كثير من روايات الباب البالغة عشرين حديثاً.

و إن أرادوا^(١) أنه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن^(٢) بعيداً، نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء و نفي الضرر، لأن^(٣) خصوصيات الحقائق قد تقصد. اللهم^(٤) إلا أن يتحقق إجماع على خلافه

عليه شيء. و إن كان غير مأمون فهو ضامن»^(١).

و منها: ما ورد في ضمان اللقطة، كرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام: «سألته عن الرجل يصيب اللقطة، دراهم أو ثوباً أو دابةً، كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، و إن مات أوصى بها. فإن أصابها شيء فهو ضامن»^(٢). فقد أطلق الحكم بالضمان، مع أن اللقطة قد تكون قيمة كالدابة و الثوب، و لم يقيد ضمان القيمة بإعواز المائل للتالف.

و منها: غير ذلك مما لا يخفى على المتتبع.

(١) معطوف على قوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقاً» و هذا هو الشق الثاني من المنفصلة، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و إن أرادوا من ضمان القيمي بالمثل ضمانه عند تيسر المثل...» راجع (ص ٤٧٠).

(٢) جواب الشراط في قوله: «و إن أرادوا» و ظاهره و إن كان تسليم كلام شيخ الطائفة و الاسكافي و المحقق، لكنه سيأتي منعه بقوله: «اللهم إلا أن يتحقق إجماع على خلافه».

(٣) تعليل للضرر، و قد أوضحناه بقولنا: «و ذلك لأن الجهات النوعية دخيلة في الضمان... الخ» راجع (ص ٤٧٠).

(٤) هذا منع قوله: «لم يكن بعيداً» و غرضه دفع دخل خصوصيات الحقائق في الغرامة، و حاصل الدفع: أنه إذا قام إجماع على عدم دخل تلك الخصوصيات في

«١» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧٦، الباب ٣٠ من أحكام الاجارة، الحديث ٧. و نحوه كثير من روايات الباب.

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣٥٢، الباب ٢ من أبواب اللقطة، الحديث ١٣. و نحوه الحديث ١٤

ولو^(١) من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء^(٢) إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر وعدمه^(٣) قولاً ثالثاً في المسألة.

ثم إنهم^(٤) اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد، فالمحكمي في

الضمان لم يجب حينئذٍ مراعاتها.

(١) يعني: ولو كان طريق إستكشاف الاجماع - على عدم دخل خصوصيات الحقائق في الضمان - إطلاق كلمات الاسكافي والشيخ والمحقق ^{عليه السلام}، والمراد من إطلاق قولهم بضمان المثل هو الاطلاق الشامل لصورة تعذر المثل و تيسره.

(٢) وهم الاسكافي والشيخ والمحقق.

(٣) يعني: فيكون الفصل - بضمان المثل في الأول و القيمة في الثاني - قولاً ثالثاً خارقاً للإجماع على ضمان القيمي بالقيمة، من غير فرق بين تيسر المثل و تعذره. هذا تمام الكلام في المقام الأول، و هو إثبات ضمان القيمي بالقيمة لا بالمثل. و سيأتي الكلام في المقام الثاني.

مركز تحقيق كاتوير علوم اسلامی

الأقوال في القيمة المعتبرة في ضمان القيمي

أ : إعتبار قيمة يوم التلف

(٤) هذا شروع في المقام الثاني، و هو تعيين حدّ القيمة المستقرّة على عهدة الضامن، إذا اختلفت بحسب الأزمنة، فهل يضمن قيمة يوم الغصب و القبض، أم قيمة يوم التلف، أم قيمة يوم الأداء أم أعلى القيم؟ أقوال.

و المحكمي عن جماعة هو إعتبار قيمة يوم تلف العين، لأنّ الواجب ردّ العين، وإنما تحقّق الانتقال إلى القيمة بالتلف، فيوم التلف يوم إستغال الذمة بالقيمة (*).

(*) والقول بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، لأنّه كالغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال، ولأنّ العين مضمونة في جميع الأوقات السالفة، ومقتضى الاشتغال لزوم

الخروج عن العهدة. نسب هذا القول إلى ابن ادريس.
و قول بضمانه بقيمته يوم قبضه، إختاره في الشرائع، وربما نُسب إلى الأكثر، لأنه
زمان تعلق الخطاب بالخروج عن العهدة، و لصحيحة أبي ولاد الآتية، بعد وضوح عدم
الفرق بين موردها و بين المقبوض بالعقد الفاسد.

و قول بضمانه بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف بشرط أن يكون
التفاوت بسبب نقص في العين أو زيادة، فلو كان باختلاف السوق لم يضمن. و اعتبر
قيمة العين يوم التلف.

و هذا منسوب إلى الشهيد في المسالك. و وجهه: أنه لا بد أن يكون المضمون أمراً
متأصلاً، و ليس ذلك إلا الزيادة العينية، و أما مجرد الزيادة السوقية فهو أمر إعتباري
لا يضمن. مضافاً إلى دلالة خبر البغل عليه^(١).

و قول بضمان قيمة يوم الأداء، و هو الذي إختاره السيد في حاشيته، بدعوى: أن
نفس العين باقية في العهدة، و يجب الخروج عنها، لكن لما لم يمكن رد نفسها و يجب
دفع عوضها، فهي بنفسها باقية في العهدة إلى زمان الأداء، فالعبرة في القيمة إنما هي يوم
الأداء.

هذه عمدة الأقوال في المسألة و مبانيها.

و قبل الخوض في تحقيق ما ينبغي الاعتماد عليه من الأقوال لا بأس بتأسيس
الأصل في المسألة حتى يكون هو المرجع إذا لم نستفد من الأدلة شيئاً، فنقول:

إنه قد يقال: إن قاعدة الاشتغال تقتضي وجوب أعلى القيم من زمان القبض إلى
زمان الأداء، فلا بد من دفع أعلى القيم، لتوقف يقين الفراغ عليه.

لكن الحق أن المقام من مجاري أصالة البراءة، لكون الشك بين الأقل و الأكثر
الاستقلاليين.

غاية المراد^(١) عن الشيخين و أتباعهما تعيين قيمة يوم التلف. و عن الدروس و الروضة نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه على ما نبّه عليه جماعة منهم العلامة في التحرير: «أنّ الانتقال إلى البذل إنّما هو يوم التلف، إذ الواجب قبله هو ردّ العين»^(٢).

و ربّما يورد عليه^(٣): أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.

(١) قال الشهيد رحمه الله فيه: «و أمّا الضمان بالقيمة يوم التلف فلأنّ الواجب العين، وإنّما تحقّق الانتقال إلى القيمة بالتلف. و هو مذهب الشيخين و أتباعهما. و خالف ابن إدريس في ذلك، و أوجب ضمانه بأعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف»^(٢). و نسبته في الدروس^(٣) إلى الأكثر. و نقله عنه الشهيد الثاني في الروضة، و هو مذهب ابن البرّاج و العلامة في المختلف كما في المسالك^(٤).

ولكن في كونه إختيار الأكثر تأمّلاً، لمعارضته بما أفاده المحقّق من جعل قول الأكثر ضمان قيمة يوم الغصب، فراجع^(٥).

كما أنّ ما نسب إلى شيخ الطائفة رحمه الله لا يخلو من شيء، إذ في موضع من المبسوط^(٦) و الخلاف ضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، و إستحسنه المحقّق.

(٢) حاصل الايراد على كلام العلامة رحمه الله هو: أنّ يوم التلف و إن كان يوم انتقال ضمان العين إلى ضمان قيمتها، ولكنّ مجرد هذا الانتقال غير كافٍ في تعيين قيمة

«١» تحرير الاحكام، ج ٢، ص ١٣٩

«٢» غاية المراد، ص ٨٦، السطر ١٧

«٣» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٣؛ الروضة البهية، ج ٧، ص ٤١

«٤» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٦

«٥» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٠

«٦» المبسوط، ج ٣، ص ٧٢ و ٧٥؛ الخلاف، ج ٣، ص ٤٩٣، المسألة ٩؛ شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٠

و يُدفع^(١) بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه في عهده، و معنى ذلك^(٢) وجوب تداركه^(٣) ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه

وقت التلف، إذ ربما يجب أداء أعلى القيم من يوم الغصب إلى التلف. و عليه فلا بد من إلتماس دليل آخر على تعيين قيمة وقت التلف.

و لا يخفى عليك أنه لم أظفر بمن أورد - بهذا الايراد - على القول بضمان قيمة يوم التلف. نعم أورد به المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهما على القول بضمان قيمة يوم الغصب «من أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب» فأوردوا عليه: «بأن معنى ضمان العين حينئذ هو أنها لو تلفت وجب بدلها و هو القيمة، لا بمعنى وجوب قيمتها و العين باقية ...»^(١).

و هذا الاشكال يمكن تقريره بالنسبة إلى القول بضمان قيمة يوم التلف، فيقال: إن يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، و أمّا ضمان خصوص قيمة هذا اليوم فغير لازم. (١) حاصل هذا الدفع: أن استدلال العلامة رحمته سليم عن الايراد المتقدم، و ذلك لأن وضع اليد على مال الغير يوجب ضمانه أي دخوله في عهده، و يجب عليه رده إلى مالكة مادام موجوداً، و يجب تداركه ببذله برّد قيمته - لكونه قيمياً حسب الفرض - إذا تلف، بحيث تسد القيمة مسدّ نفس العين التالفة، فكأنها لم تتلف و لم ترد خسارة على المالك أصلاً. و من المعلوم أن جبران خسارة المالك يكون بأداء قيمة يوم التلف، لكون هذه القيمة مساوية في المالّة للعين التالفة، و معه لا وجه لرعاية قيمة العين في المدة المتخللة بين الضمان و التلف، إذ لم تكن تلك القيم مضمونة حال وجود العين. و عليه فلا يرد على كلام العلامة رحمته ما أفيد، هذا.

(٢) أي: و معنى كون العين في عهدة الضامن وجوب تداركه ... الخ.

(٣) الضائر في «تداركه، ببذله، كأنه، له، مقامه» و المستتر في «يكون، يتلف» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

لم يتلف^(١). و تدارك^(٢) على هذا النحو بالتزام مالٍ معادل له قائم مقامه.
و مما ذكرنا^(٣) ظهر أن الأصل في ضمان التالف ضمانه بقيمته يوم التلف،
فإن خرج المغصوب من ذلك^(٤) مثلاً فبدليل خارج.
نعم^(٥) لو تم ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من «دعوى الاتفاق على كون

(١) في جبرانه من حيث المالّية، و الجابر هو المال حين تلف العين.
(٢) هذا كالصغرى لكبرى الضمان، فكأنه قال: الضمان كلّية هو الجبران، فكأنه
لم يتلف شيء على المالك. و الجبران يتحقّق بأداء مالٍ معادلٍ في المالّية للعين التالفة
قائم مقامها. و النتيجة تعيّن قيمة وقت التلف.
(٣) يعني: من وجوب تدارك التالف عند التلف - و كون هذا معنى الضمان -
ظهر...، و غرضه تأسيس قاعدة كلّية في ضمان القيمي في كافّة الموارد، سواء أكان
موجب الضمان غصباً أم قبضاً بعقدٍ فاسد أم قبضاً بالسّوم، أم عارية مشروطة
بالضمان، أم وديعة كذلك، أم غير ذلك من أسباب الضمان. ففي جميعها ينبغي تدارك
العين القيميّة بقيمتها وقت التلف، لأنّه وقت انتقال الضمان من العين إلى القيمة.
ولو نهض دليل على ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب كان تخصيصاً في أصالة
الضمان بقيمة يوم التلف، و لا مانع من هذا التخصيص، ولكنه لا يلحقه سائر موارد
الضمان، إلّا إذا تمّ إجماع ابن إدريس رحمته الله على إتحاد المبيع بالمبيع الفاسد مع الغصب في
الأحكام عدا الاثم في الامساك، فإنّه يقتضي ضمان المقبوض بالمبيع الفاسد بقيمة يوم
الغصب لو ثبت ضمان المغصوب به.

(٤) أي: من الأصل المقتضي لضمان التالف - كلّية - بقيمة يوم التلف.
(٥) إستدراك على الأصل الذي قرّره بقوله: «و مما ذكرنا ظهر أن الأصل»
و غرضه إخراج المبيع بالمبيع الفاسد عن الأصل المزبور، و إلحاقه بالمغصوب في كونه
مضموناً بقيمة يوم القبض، لا يوم التلف.

المبيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلا في إرتفاع الاثم» ألحقناه^(١) بالمغصوب إن ثبت فيه حكمٌ يخالف لهذا الأصل^(٢).

بل^(٣) يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم إقتضاء إطلاقا الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ^(٤) يلزم حينئذ أن يكون المغصوب - عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب - غير واجب التدارك عند التلف، لما^(٥) ذكرنا من أن معنى التدارك إلزام بقيمة يوم وجوب التدارك.

(١) أي: ألحقنا المبيع فاسداً بالمغصوب، و ضمير «فيه» راجع إلى المغصوب.

(٢) المقتضي للضمان بقيمة يوم التلف.

(٣) غرضه إلحاق المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب مع الغض عن الاجماع الذي إدعاه الحلبي على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب، فيكون إستدراكاً عن قوله: «نعم لو تم ما تقدّم ... إلخ» و حاصله: أن مفاد الاجماع إلحاق خصوص المبيع فاسداً - من موارد الضمانات - بالمغصوب في كون المدار على قيمة يوم القبض، فيبقى غيره من الموارد تحت الأصل المزبور المقتضي لضمان قيمة يوم التلف.

و مفاد قوله: «بل يمكن أن يقال» إلحاق جميع موارد الضمان بالمغصوب، إذ لو فرض كون قيمة يوم التلف أضعاف قيمته يوم القبض لزم أن يكون الغاصب أحسن حالاً من غيره في هذا الفرض، و هو زيادة قيمته يوم التلف على قيمته يوم الغصب، و هو باطل بالضرورة، فينقلب الأصل المزبور إلى أصالة الضمان بقيمة يوم التلف في جميع موارد الضمان، فصحيحة أبي ولاد تكشف عن عدم إطلاق في أدلة الضمان يقتضي اعتبار قيمة يوم التلف.

(٤) تعليل للكشف المزبور، و حاصله: لزوم التالي الفاسد، و هو كون الغاصب أحسن حالاً من غيره.

(٥) علة لقوله: «يلزم» و بيان لوجه اللزوم، يعني: يترتب اللازم الباطل المزبور

نعم^(١) لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن جعل
إلتزام الغاصب بالزائد^(٢) على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق
الأحوال.

فالمهم حينئذ^(٣) صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به
البيع الفاسد، إما لما إدّعاه الحلّي^(٤)، وإما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك
والغرامة في المضمونات^(٥)، وكون العمدة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد
الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

على كون ما ذكر من معنى التدارك.

(١) إستدراك على وجوب التدارك بقيمة يوم التلف. وحاصله: أنه لو فرضنا
دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم - كما إستفاده الشهيد الثاني رحمته - إختص ذلك
بالغصب، لكون الغاصب مأخوذاً بأشق الأحوال.

(٢) المراد بالزائد على مقتضى التدارك هو التفاوت بين أعلى القيم وقيمة يوم
التلف أو يوم الغصب، وهذا التفاوت عقوبة مختصة بالغاصب، لكونه مأخوذاً بأشق
الأحوال، ولا يجري في سائر الضماناء.

(٣) أي: حين تفاوت مقتضى الأصل في باب الضمان بتفاوت الاستظهار من
الصحيحة.

(٤) من إجماع المحصلين على كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب إلا في
إرتفاع الاثم على إمساكه.

ب: ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان

(٥) سواء أكان موجب الضمان هو الغصب أم القبض بالبيع الفاسد أم العارية
المشروطة أم اللقطة أم غيرها.

و حيث^(١) إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة^(٢)
 فلا بأس بذكرها جميعاً^(٣)، وإن كان الغرض متعلقاً ببعضها.
 فروى الشيخ في الصحيح^(٤) عن أبي ولّاد، قال: «إكثريت بغلاً الى قصر
 بني هبيرة^(٥) ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لي، فلما صرت
 قرب قنطرة الكوفة خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل^(٦)، فتوجهت نحو النيل،

الاستدلال بصحیحة ابي ولّاد على اعتبار قيمة يوم الضمان

(١) غرضه من هذه الجملة توجيه نقل جميع الصحيحة، مع أن محل الاستدلال
 بها على ضمان يوم التلف أو يوم الغصب جملتان منها.

و محصل التوجيه: إشتال الصحيحة على أحكام كثيرة، و الوقوف على جهل
 أئمة الضلال بأحكام الشريعة الغراء، و تلاعبهم بدين الله، و ما يستتبعه ذلك من
 حبس قطر السماء و بركات الأرض، فالحمد لله الذي هدانا لولاية أوليائه عليهم السلام و ما
 كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

(٢) سيأتي ذكر جملة من هذه الأحكام في التعليقة بعد الفراغ من توضيح كلمات
 المصنف فيما يتعلق بمورد الاستدلال بها.

(٣) لكنّه عليه السلام لم يف بما وعده من ذكر تمام الصحيحة، و سنذكر تتمتها.

(٤) و كذا رواها ثقة الاسلام عليه السلام بسند صحيح، فالسند صحيح بطريقه،
 و لا تختص الصحة بطريق شيخ الطائفة عليه السلام، لكن لا مفهوم لتعبير المصنف، و إنما
 غرضه وجود طريق صحيح لهذا الخبر الشريف.

(٥) هذا الموضع يسمّى في عصرنا الحاضر بالهاشميّة، و هو من أقضية محافظة
 بابل [الحلة] يبتعد عن الحلة قرابة عشرين كيلومتراً، و أمّا القصر فلم يبق منه
 سوى أطلال. و أمّا ابن هبيرة فهو من عمّال بني أمية - لعنهم الله - في أواخر عهدهم
 و سلطنتهم. كذا قيل.

(٦) و هو قرية بين كوفة و بغداد، في اللّسان: «و نيل: نهر بالكوفة، و حكى
 الأزهرى، قال: رأيت في سواد الكوفة قرية يقال لها: النيل، يخرقها خليج كبير يتخلج

فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بيني وبينه^(١)، و رجعت إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً. فأخبرت^(٢) صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحلل منه فيما [مما] صنعت وأرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً، فأبى أن يقبل^(٣)، فتراضينا بأبي حنيفة وأخبرته بالقصة، و أخبره الرجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغلة؟

قلت: رجّعته سليماً. فقال^(٤): نعم بعد خمسة عشر يوماً.

قال: فما تريد من الرجل؟

قال^(٥): أريد كراء بغلي، فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً.

من الفرات الكبير»^(١).

(١) هذا الضمير و ضمائر «أنه، توجه، فاتبعته، به» راجعة إلى «الغريم» المراد به المديون.

(٢) الوجه في إخبار صاحب البغل هو مخالفة أبي ولّاد لعقد الاجارة، لأن السير من الكوفة إلى قصر بني هبيرة - ذاهباً و جائياً - يقلّ عن عشرة أيام، فكان تصرفه وركوبه على البغل مخالفاً لمقتضى الاجارة، فأراد أبو ولّاد إسترضاء صاحب البغل والاستحلال منه.

(٣) يعني: أن صاحب البغل لم يقنع بخمسة عشر درهماً، و زعم إستحقاقه أجراً أزيد منها.

(٤) يعني: فقال صاحب البغل: إنّ أبا ولّاد و إن أرجع البغل سليماً، لكنّه أرجعه بعد خمسة عشر يوماً، و هو أكثر من مدّة الاجارة المتعارفة للذهاب من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة و الرجوع منها الى الكوفة.

(٥) يعني: قال صاحب البغل: أريد كراء البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، و هو أكثر من خمسة عشر درهماً التي إقترحها أبو ولّاد.

فقال^(١): إني ما أرى لك حقاً، لأنّه إكتراه إلى قصر بني هُبيرة، فخالف^(٢)، فركّبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكراء.

قال^(٣): فخرجنا من عنده و أخذ صاحبُ البغل يسترجع فرحمته ممّا أفتى^(٤) به أبو حنيفة، و أعطيته^(٥) شيئاً و تحلّلتُ منه، و حجبتُ تلك السنة، فأخبرتُ أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة.

فقال^(٦): في مثل هذا القضاء و شبهه تحبسُ السماءُ ماءها، و تحبس الأرض بركاتها.

(١) يعني: فقال أبو حنيفة للمكاري: لا أرى لك حقاً على أبي ولّاد أصلاً، لا خمسة عشر درهماً، و لا أزيد منها، بل تستحقّ الدراهم التي تراضيتا عليها - أولاً - حين إكتراء البغل من الكوفة إلى قصر بني هُبيرة.

(٢) يعني: فخالف أبو ولّاد مقتضى الاجارة، و عدّل بطريقه من قرب قنطرة الكوفة إلى النيل، و لم يذهب إلى قصر بني هُبيرة.

(٣) يعني: قال أبو ولّاد: فخرجنا من عند القاضي و أخذَ صاحبُ البغل يقول: إنّ الله و إنّنا إليه راجعون. لكون قضائه جائراً مخالفاً للعدل و الانصاف الذي تدعو دين الفطرة إليه، و لم يخف بطلانه على عقل أبسط الناس - و هو المكاري - و إن خفي على عقل فقيه العراق بحسب زعمه.

(٤) التعبير بالفتوى - مع أنّها ترافعا إلى القاضي - لأجل أنّ النزاع في الحكم الكلّي، فكان فصل الخصومة بالفتوى، لا ببيان حكم قضية شخصية.

(٥) ضمير الفاعل من هنا إلى «فأخبرتُ» راجع إلى أبي ولّاد، و ضمير المفعول والمجرور في «منه» راجع إلى صاحب البغل.

(٦) أي: فقال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام: في مثل هذا القضاء - المخالف لما أنزله الله تعالى - تحبس السماء ماءها ... الخ.

فقلت^(١): لأبي عبدالله عليه السلام: فما ترى أنت جُعِلْتُ فداك؟
قال عليه السلام^(٢): أرى له عليك مثل كراء^(٣) بغل ذاهباً من الكوفة إلى النیل،
ومثل كراء بغل راكباً من النیل إلى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى
الكوفة، توفیه^(٤) إياه.

قال^(٥): فقلت: جُعِلْتُ فداك، قد علّفته بدراهم، فلي عليه علقه؟
فقال^(٦): لا، لأنك غاصب.

-
- (١) أي: قال أبو ولّاد لأبي عبدالله عليه السلام: ما هو حكم الله في هذه المسألة؟
(٢) أي: قال الامام أبو عبدالله عليه السلام: أرى لصاحب البغل عليك ... الخ.
(٣) يعني: عليك مثل أجره بغل ذاهباً من الكوفة إلى النیل، و مثل كراء بغل
راكباً من النیل إلى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة.
(٤) أي: تُعطي صاحب البغل هذا الكراء، و الظاهر أنّ المراد قنطرة الكوفة
لا نفس المدينة، لأنّ أبا ولّاد لم يخالف مقتضى الاجارة قبل بلوغه قنطرة الكوفة، وإنّما
خالفه من القنطرة إلى النیل، ثمّ منه إلى بغداد، ومنه عائداً إلى الكوفة.
و الوجه في هذه المحاسبة كون المسافة و مدّة الركوب علی البغل أزيد من السير
المتعارف من كوفة إلى بغداد، ثمّ منه إلى كوفة، لكون القصر و النیل خارجين عن
الجادة المعمولة بين كوفة و بغداد، فلأجل ذلك تزداد أجره المثل - في الطريق التي
سلكها أبو ولّاد - علی أجره السير المتعارف، فيكون ضامناً لمنفعة البغل المستوفاة.
(٥) يعني: قال أبو ولّاد: قد علّفت البغل بدراهم في مدّة ركوبي عليه. و غرض
أبي ولّاد من هذا الكلام: التخلّص من بعض الأجور - التي حَكَمَ الامام عليه السلام بضمانها
- بأنّ إستيفاء ركوب البغل في المسافة المذكورة و إن لم يكن بعقد إجارة، إلّا أنّه
صَرَفَ دراهم في تعليف البغل، فينبغي حطّ بعض أجره المثل بازاء التعليف، هذا.
(٦) يعني: قال الامام الصادق عليه السلام: لا تستحقّ علی المكارى مؤونة التعليف
لأنّك غاصب، و ليس تصرفك في البغل مستنداً إلى إذن مالكيّ أو شرعيّ حتى يكون

قال^(١): فقلتُ: أرايتَ، لو عطب^(٢) البغلُ و نفق أليس كان يلزمني^(٣)؟

قال^(٤): نعم، قيمة بغل يوم خالفته.

قلتُ^(٥): فإن أصاب البغلُ

مؤونته على المالك.

(١) يعني: قال أبو ولّاد: فقلت للإمام عليه السلام: أرايت ... الخ. و الظاهر أنّ أبا ولّاد إستغرب من حكمه عليه السلام بضمان أجرة المثل و بوجوب الانفاق على البغل، و ذلك لما سمعه من قاضي الكوفة من أنّه لما صار ضامناً لرقبة البغل بالغصب كانت منفعته - كالركوب - مملوكة له، فلذا إستفهم أبو ولّاد منه عليه السلام، و قال: لو هلك البغل في المدة التي كانت عنده غصباً، فهل يكون مضموناً؟ و هل يجب دفع قيمته إلى المكارى أم لا؟ فأجاب عليه السلام: نعم، لو هلك البغل عندك كنتَ ضامناً لقيمته، لأنك غاصب وكذلك تكون ضامناً لأجرة المثل، و وجب عليك تعليفه. و لا وجه لحكم القاضي الجائر إعتدأ على حديث: «الخراج بالضمان» لعدم كون مورده الغصب أصلاً، كما تقدّم تفصيله في الأمر الثاني.

(٢) من باب «تعب» بمعنى: هلك، كذا في المصباح^(١). و فيه أيضاً: «و نفقت الدابة نفوقاً من باب قعد: ماتت»^(٢). و الظاهر أنّ المراد من «العطب» هنا هو الموت عن الكسر، و النفوق هو الموت حتف الأنف.

(٣) بالتخفيف، أي: هل تكون القيمة لازمة عليّ و مضمونة لو هلك البغل؟

(٤) يعني: قال الامام عليه السلام: لو هلك البغلُ لزمك قيمته يوم خالفته عقد الاجارة.

(٥) هذا قول أبي ولّاد. و هو سؤال أيضاً عن ضمان البغل، لكن الفارق بينه وبين سابقه أنّ السؤال الأوّل كان عن ضمان الرقبة لو مات البغل. و هذا سؤال عن

«١» المصباح المنير، ص ٤١٦

«٢» المصدر، ص ٦١٨

كسر أو دبر^(١) أو عقر [غمز].

فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه.

فقلت^(٢): من يعرف ذلك؟

ضمان الطرف و الأعضاء من كسر أو قرحة أو عرج. فأجاب عليه السلام: بضمانها أيضاً كالرقبة.

و طريق معرفته تقويم البغل صحيحاً من كلّ عيب، و تقويمه مع ذلك الكسر أو العرج أو القرحة، فالتفاوت بين القيمتين هو المضمون. كما إذا قوّم سليماً بعشرة دنانير، و معيماً بثمانية، فالأرش ديناران يجب دفعهما إلى المكاري.

(١) قرحة الدابة، و «العقر» بمعنى الجرح. و في بعض النسخ «غمز» و هو ميل الدابة من رجلها و العرج الضعيف. و أمّا «الغمر» بالراء فلم يظهر له معنى يناسب المقام.

(٢) هذا قول أبي ولاد، و هو إستفهام عن طريق معرفة الأرش - الذي يضمنه لو إعتلّ البغل عنده - بعد معرفة أصل ضمان العيب. و أجابه عليه السلام بأنّ لمعرفة أرش العيب طرقاً.

فإن توافق المكاري و أبو ولاد على قيمة البغل صحيحاً و معيماً، فيدفع الأرش إليه.

و إن اختلفا في القيمة، بأن ادّعى صاحبُ البغل زيادةً قيمته، و أنكرها أبو ولاد، حتّى يكون أرش ما بين الصحة و العيب أقلّ، كما إذا ادّعى المكاري أنّ قيمة الصحيح عشرة دنانير، و قيمة المعيب ثمانية، فيطالب بدینارين. و ادّعى أبو ولاد أنّ قيمة البغل السليم عشرة و قيمة المعيب تسعة، فيكون ضامناً لدينارٍ. فيحلف المكاري على ما يدّعيه. أو يأتي بشهودٍ على أنّ قيمة البغل يوم الاكتراء عشرة دنانير مثلاً.

فإن لم يأت المكاري بشهودٍ و لم يحلف على دعواه بأن وجه اليمين إلى منكر زيادة القيمة حلف أبو ولاد على الثمن القليل و ثبت دعواه.

قال عليه السلام: أَنْتَ وَهُوَ، إِمَّا أَنْ يَحْلِفَ هُوَ^(١) عَلَى الْقِيَمَةِ فَيُلْزَمَكَ فَإِنْ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَيْكَ فَحَلَفْتَ عَلَى الْقِيَمَةِ^(٢) لَزَمَكَ ذَلِكَ. أَوْ^(٣) يَأْتِي صَاحِبُ الْبَغْلِ بِشُهُودٍ يَشْهَدُونَ أَنَّ قِيَمَةَ الْبَغْلِ حِينَ اكْتَرَى كَذَا وَكَذَا، فَيُلْزَمَكَ. فَقُلْتُ^(٤): إِنِّي كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ دِرَاهِمَ وَرَضِيَ بِهَا وَحَلَّلْنِي. فَقَالَ: إِنَّمَا رَضِيَ بِهَا وَحَلَّلَكَ حِينَ قَضَى عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْجَوْرِ وَالظُّلْمِ. وَلَكِنْ إِرْجِعْ إِلَيْهِ، فَأَخْبِرْهُ بِمَا أَفْتَيْتُكَ بِهِ، فَإِنْ جَعَلَكَ فِي حَلٍّ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْكَ بَعْدَ ذَلِكَ» الْخَبَرُ^(٥).

(١) يعني: صاحبُ البغل، فيحلف على القيمة العليا، فتثبت في ذمة أبي ولاد.
(٢) يعني: على القيمة الدنيا، فتلزمك و تستقر على عهدتك.
(٣) هذا عدل لقوله: «إمّا أن يحلف» يعني: أن للمكاري إثبات دعواه بإحدى طريقين: الحلف والبيّنة.

(٤) هذا قول أبي ولاد، وغرضه من هذا السؤال حطّ مقدار من أجره المثل التي حكم الإمام عليه السلام باستقرارها في ذمته، فقال: إِنِّي أَشْفَقْتُ عَلَى الْمَكَارِيِّ بَعْدَ حُكْمِ قَاضِي الْكُوفَةِ، وَ أُعْطِيْتُهُ دِرَاهِمَ وَ تَحَلَّلْتُ مِنْهُ، فَهَلْ يَجُوزُ إِحْتِسَابُهَا مِنْ أَجْرَةِ الْمَثَلِ، أَمْ أَنَّهُ لَا تَحْسَبُ مِنْهَا وَ يَجِبُ أَدَاءُ أَجْرَةِ الْمَثَلِ كَامِلَةً؟

فأجاب عليه السلام: بَأَنَّ رَضِيَ الْمَكَارِيُّ بِتِلْكَ الدِّرَاهِمِ وَ تَحَلَّلَكَ مِنْهُ كَانَ نَاشِئاً مِنْ جَهْلِهِ بِمَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْكَ وَاقِعاً، فَرَضِيَ بِمَا أُعْطِيْتُهُ إِتْيَاهُ. وَلَكِنْ أَخْبِرْهُ بِالْحُكْمِ الْوَاقِعِيِّ وَ مَا يَسْتَحِقُّهُ عَلَيْكَ مِنْ أَجْرَةِ الْمَثَلِ، فَإِنْ حَلَّلَكَ مِنْ أَجْرَةِ الْمَثَلِ وَ رَضِيَ بِمَا أُعْطِيْتُهُ سَابِقاً فَهُوَ، وَ إِلَّا فَادْفَعْ إِلَيْهِ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ أَجْرَةِ الْمَثَلِ كَامِلَةً.

(٥) ذيل الصحيحة: «فلما أنصرفت من وجهي [حجتني] ذلك لقيت المكاري، فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام، و قلت له: قل: ما شئت حتى أعطيكه. فقال: قد حبّبت إليّ جعفر بن محمد عليه السلام و وقع له في قلبي التفضيل، و أنت في حلٍّ،

و محلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

الأولى: قوله: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد، فإنّ الظاهر^(١)

و إن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك فعلت»^(١).

و المراد بالموصول في «بما أفناني به» هو إشتغال ذمّة أبي ولّاد بأجرة مثل البغل من الكوفة إلى النيل، و منه إلى بغداد، و منه عائداً إلى الكوفة، و قد حكّم أبو حنيفة بعدم إستحقاق المكارى لهذه الأجرة. فلمّا سمع المكارى فتوى الامام الصادق عليه السلام باستحقاقها فرح بها و طابت نفسه من أبي ولّاد، و أسقط ما له في ذمته، بل لم يكتف المكارى بهذا الاسقاط، فقال: لو شئت يا أبا ولّاد أرجعت إليك الدراهم التي أعطيتها بعد قضاء أبي حنيفة.

و إعلم أنّ هذه الصحيفة قد يستدلّ بها تارة على إعتبار قيمة يوم الغصب. كما عليه جماعة و منهم المصنّف في بادئ الأمر. و أخرى على ضمان يوم التلف كما عليه آخرون، و ثالثة على ضمان أعلى القيم من الغصب إلى التلف كما عليه الشهيد الثاني، و سيأتي التعرّض لجميع ذلك إن شاء الله تعالى.

(١) إستدلّ المصنّف رحمه الله بمجملتين من هذه الصحيفة المباركة على مدّعه من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، كما أفاده - قبل ذكر الصحيفة بأسطر - بقوله: «بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيفة أبي ولّاد الآتية».

الجملة الأولى: قوله عليه السلام في جواب أبي ولّاد: «نعم قيمة بغل يوم خالفته». و حاصل تقريب الاستدلال بها: أنّ «اليوم» قيد للقيمة بأحد وجهين: إمّا بإضافة «القيمة» المضافة إلى «البغل» إليه، بأن يضاف القيمة أولاً إلى البغل، و ثانياً

«١» وسائل الشيعة، الباب ١٧ من كتاب الاجارة، الحديث ٨، الا أنّه أسقط ذيله، و ذكر تمامه في الكافي ج ٥، ص ٢٩٠ و ٢٩١. ثمّ إنّ الرواية على طريقة الكافي صحيحة، و كذا على طريقة الشيخ، لأنّه رواها بإسناده إلى أحمد بن محمد و طريقه إليه صحيح، فلا إشكال في الصحة من حيث السند، فلاحظ.

أن «اليوم» قيدٌ للقيمة، إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل (*)

إلى اليوم، فيكون المتحصّل من هذه الاضافة: أن المضمون قيمة يوم المخالفة، يعني: قيمة البغل الثابتة له يوم الغضب، و هو زمان الميل عن قنطرة الكوفة إلى النيل. و إمّا بجعل «اليوم» قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل،

(*) لا يخفى أنّه قد اختلفت نسخ الحديث، ففي الكافي و الوسائل و مرآة العقول نقلها بتنكير «البغل» في كلام أبي عبد الله عليه السلام الدالّ على ضمان الكراء و ضمان البغل. و في الوافي و التهذيب نقله معرفاً باللام في جميع الموارد. و في غصب الوسائل نقله منكراً في بعض الموارد و معرفاً في بعضها الآخر.

و كيف كان فالظاهر أن أبا حنيفة تمسك فيما حكم به من عدم ضمان أجرة المثل بحديث «الخراج بالضمان» بزعم أن الخراج - أي المنافع - بإزاء ضمان العين، فكأن قيمة العين عوض منافعها، لأنّ مالّة العين إنّما هي بإزاء منافعها، فالقيمة المبذولة بإزائها إنّما هي قيمة فوائدها، لأنّ العين المجردة عن المنافع لا مالّة لها. و هذا شيء لا تستبعده العقول، فيما إذا تلفت العين تحت يد من إستوفى خراجها.

لكن ما حكم به أبو حنيفة مخالف للعقل و العدل الاسلامي، و لذا إسترجع صاحبُ البغل، و تحلّل منه أبو ولاد، إذ المفروض بقاء العين و إستيفاء المنافع، فلو لم يضمن من إستوفاهما كان ظلماً على المالك، هذا.

ثم إن الظاهر عدم الفرق في صحة الاستدلال بالصحيحة بين تنكير البغل و تعريفه في مقدار الكراء، لما مرّت إليه الإشارة سابقاً من عدم دخل الهوية بما هي في القيم و الرغبات. و إنّما الدخيل فيها هو الخواصّ و الأوصاف الموجبة لاختلاف القيم و الرغبات، مثل كون البغل قوياً سريع السير مرتاضاً غير شמוש، فقله عليه السلام: «له عليك كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل» يراد به البغل المماثل لبغله بحسب فهم العرف و إرتكاز العقلاء، لا كراء كلّ بغلٍ شاء، سواء كان مخالفاً لبغله أم لا. و مع المماثلة لا فرق بين كراء شخص بغله و كراء مماثله، كما لا يخفى.

الاستدلال بصحیحة أبي ولاد على اعتبار قيمة يوم الغصب. ٤٩١
إليه^(١) ثانياً، یعنی: قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف^(٢) من
البغل للإضافة (*)

حيث إن الإضافة إما تفيد التعريف إن أضيف إلى المعرفة، أو الاختصاص إن أضيف
إلى النكرة. فالقيمة بعد أن أضيفت إلى البغل أفادت الاختصاص، أي: اختصاص
القيمة بالبغل لا غيره.

و حاصل هذا التقريب: أن القيمة المختصة بالبغل هي قيمته يوم الغصب، في
مقابل قيمته يوم التلف. أو أعلى القيم أو غيرها من القيم التي تُنسب إلى البغل.
وقد أشار إلى هذا التقريب بقوله: «و إما يجعل اليوم قيداً ... الخ».

(١) أي: إلى اليوم، بأن أضيفت القيمة مرةً إلى البغل، و ثانيةً إلى اليوم كما ذكرناه
أنفاً. ولكن صريح كلامه في السطر الآتي إضافة «البغل» إلى «يوم المخالفة» ولذا سقط
اللام من «البغل» و معنى هذا الكلام: إضافة «القيمة» إلى «بغل» و إضافة «بغل» إلى
«يوم المخالفة» إذ لو كانت «القيمة» مضافةً مرتين إحداهما إلى «البغل» و الأخرى إلى
«يوم المخالفة» لم يكن وجهٌ لسقوط حرف التعريف من «بغل» لعدم كونه مضافاً إلى
«يوم» كي يحذف منه اللام.

(٢) و هو الألف و اللام من «البغل» لأجل إضافة «البغل» إلى «يوم خالفته»
و غرضه من هذا الكلام دفع ما يتوهم من: أن تنكير «البغل» إنما هو للإشارة إلى أن
ذا القيمة ليس خصوص البغل الذي هو مورد البحث، بل المضمون قيمة بغلٍ مماثل
لهذا البغل، فتكون الرواية دليلاً لمذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل.

و محصل دفع هذا التوهم: أن البغل ليس نكرةً، بل هو معرّف باللام، غاية
الأمر أن اللام سقط لأجل الإضافة، فالمراد بالبغل هو خصوص البغل الذي إكترأه أبو ولاد.

(*) لا يخفى أن اللام يسقط عن المضاف لا المضاف إليه كالبغل في الصحیحة.
كذا قيل. ولكن نفس «البغل» مضاف إلى اليوم، فيسقط عنه حرف التعريف، و إن كان
«البغل» مضافاً إليه أيضاً لـ «قيمة» مثل: جاءني عبدٌ سلطانٍ بلدكم.

لا^(١) لأنّ ذا القيمة بغلٌ غير معيّن، حتى توهم الرواية مذهباً من جعلَ القيميّ مضموناً بالمثل^(٢)، و القيمة إنّما هي قيمة المثل^(٣).
و إمّا^(٤) بجعل «اليوم» قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل (*).

(١) أي: ليس منشأ إسقاط حرف التعريف هو كون البغل الذي يجب دفع قيمته كلياً غير معيّن حتى يكون المضمون هو البغل المائل للتالف - الذي إكتراه أبو ولّاد - وتكون القيمة بدل البدل.

(٢) كالاسكافي و من وافقه من كون المضمون مضموناً بمثله، و لا تستقرّ القيمة في ذمّة الضامن إلّا بتعذر المثل.

(٣) لا قيمة نفس التالف، فإنّها غير مضمونة بناءً على ضمان القيميّ بالمائل عرفاً.

(٤) هذا هو الشقّ الثاني من شقّي الاستدلال بالجملة الأولى من الصحيحة على ضمان يوم الغصب، و قد أوضحناه بقولنا: «و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص ...» راجع (ص ٤٩٠).

و قد تحصّل من كلام المصنف رحمه الله إلى هنا: وفاء الجملة الأولى من الصحيحة - بطريقتين - لاثبات ضمان المنصوب القيميّ بقيمة يوم غصبه، لا بقيمة يوم التلف.

(*) لا يخفى أنّ الاستدلال بقوله عليه السلام: «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته» على كون الضمان بقيمة يوم الغصب مبنيّ على رجوع القيد أعني به «يوم خالفته» إلى القيمة، بأحد وجوه:

الأول: إضافة القيمة إلى البغل، و البغل إلى اليوم بنحو تتابع الإضافات كقول الشاعر: «وليس قرب قبر حرب قبر» بناءً على تنكير البغل، إذ مع تعريفه لا تصحّ إضافته معني، و إنّما تصحّ إضافته لفظاً.

.....

الثاني: إضافة القيمة إلى البغل و اليوم معاً.

الثالث: إضافة المتحصل من المضاف و المضاف إليه - و هو القيمة المتخصصة

بالبغل - إلى اليوم.

الرابع: كون اليوم ظرفاً للقيمة من دون إضافة شيء إليه، فيكون اليوم منصوباً بالاختصاص سواء أكان البغل منكراً منوئاً بإضافة القيمة إليه، كما في نسختي الكافي والوسائل و مرآة العقول، فإن البغل مذكور فيها بالتنكير. فالبغل حينئذٍ مجرور منوئاً بإضافة القيمة إليه. أم كان البغل معروفاً باللام كما في التهذيب و الوافي، يعني: قيمة البغل المعهود يوم المخالفة. فتدل على أن المضمون قيمة يوم الغصب، هذا.

أما الوجه الأول فلا يصار إليه في المقام، لأن البغل من الذوات غير القابلة للتقييد بالزمان، لعدم اختلاف الأعيان باختلاف الأزمان، كما هو شأن التقييدات، فلا يصلح الزمان لأن يكون قيداً. كما لا يصح تقييد الدار و الدكان و نحوهما بالزمان، فلا يقال: «دار أو دكان أو خان يوم» كما لا يقال: «بغل يوم الغصب، أو يوم الجمعة» إلا باعتبار قيمتها التي هي معنى حَدَثِي. بخلاف قوله: «و ليس قرب قبر حرب قبر» لصحة كون «حرب» قيداً للقبر.

و أما الوجه الثاني - و هو إضافة القيمة إلى كلا الأمرين عرضاً - فهو غير معهود في الاستعمالات، إذ يتوقف ذلك على لحاظين مستقلين متباينين، و ذلك في استعمال واحد ممتنع.

مضافاً إلى: أنه على فرض صحته في نفسه لا يمكن المصير إليه في المقام، إلا بناءً على تنكير البغل. و أما مع تعريفه باللام فلا يصح ذلك، لأن البغل لاضافته إلى «يوم» لا بد من تجريده عن اللام.

و بالجملة: فأشكال هذا الوجه الثاني - مضافاً إلى إمتناع تعدد اللحاظين - عدم معهوديته في الاستعمالات الشائعة.

وأما الوجه الثالث - وهو إضافة المجموع المتحصّل من المضاف والمضاف إليه إلى اليوم - فلا بأس به.

ومحصّله: أنّه يلزمك الحصّة الخاصّة من القيمة أعني بها قيمة البغل الثابتة له في يوم المخالفة، فهذه القيمة الخاصة مضمونة على الغاصب. فالظرف - وهو اليوم - متعلّق بالثابت. ومثل هذا كثير في الاستعمالات العرفيّة، فيقال: ماء رمان زيد، وحبّ رمان عمرو.

وأما الوجه الرابع - وهو كون اليوم منصوباً على الظرفيّة وظرفاً للقيمة - فهو أيضاً ممّا لا بأس به، لأنّ «القيمة» بمعنى ما يتقوّم به، وهو معنى حدثي قابل للتقيّد بالزمان. لكنّ يحتمل رجوع القيد - أعني يوم المخالفة - إلى قوله ط: «نعم» الذي بمعنى يلزمك، يعني: «يجب عليك في يوم المخالفة قيمة البغل» فيدلّ على أن حدوث الضمان يكون يوم المخالفة، ولا يدلّ على تعيين القيمة، وأنّها قيمة يوم المخالفة أو يوم الغصب. ومع هذا الاحتمال تكون الصّحيفة مضمومة، فلا يصح الاستدلال بها على ثبوت قيمة يوم الغصب. فيرجع في تعيين القيمة إلى القواعد. وقد تقدّم سابقاً أنّ مقتضاها ضمان قيمة يوم التلف، هذا ما احتمله جمعٌ منهم صاحب الجواهر، وسيأتي نقل كلامه في التوضيح ان شاء الله تعالى.

لكن يبعده أمران:

أحدهما: ما يستفاد من كلام المصنّف من لغويّة ذكر القيد - أعني يوم المخالفة - الذي هو راجع إلى قوله ط: «نعم» لأنّه يبيّن حينئذٍ مبدء الضمان وهو يوم الغصب، وذلك معلوم عند السائل.

ثانيهما: أنّ لازم رجوع القيد إلى قوله: «نعم» إنتقال العين إلى القيمة قبل تلفها، لأنّ السائل فرض المخالفة مع بقاء العين. وقد حكم الامام ط بضمان قيمة البغل. وهذا ممّا لم يقل به أحد. فلا بدّ من ترجيح احتمال رجوع القيد - أعني به يوم المخالفة - إلى

.....

القيمة بأحد الوجهين المتقدمين، فتكون الصحيحة على هذا دليلاً على ضمان قيمة يوم الغصب كما هو مدعى من إدعى ذلك.

لكن يمكن أن يقال: إنها دليل على ضمان قيمة يوم التلف. تقرّبه: أن أبا ولاد يسأل عن الضمان إذا عطب أو نفق، و من المعلوم أن الذهن غير المشوب بالمناقشات ينقدح فيه من قوله: «لو عطب أو نفق أليس يلزمني» أنه يلزمني قيمة البغل حال تلفه، لأنها قيمته الفعلية، لا قيمته في الزمان الماضي أو المستقبل.

و لما كان ضمان التلف تحت يده موهماً لضمانه مطلقاً ولو لم يكن التلف في حال الغصب فقد دفع هذا التوهم بقوله عليه السلام: بأن ضمان التلف ليس ثابتاً مطلقاً، بل في خصوص حال الغصب. فتلف البغل قبل الغصب - وهو في المثال من الكوفة إلى قنطرتها - لا يوجب الضمان. فيوم المخالفة قيد لضمان التلف، يعني: أن التلف يوجب الضمان إذا وقع في حال الغصب، لا مطلقاً، ففي جوابه عليه السلام تصديق لقول أبي ولاد وردع له.

أما تصديقه فمن جهة لزوم القيمة عند التلف التي هي في إرتكازه وإرتكاز العقلاء قيمتها حال التلف، لأنها قيمتها الفعلية.

و أما ردعه فمن جهة أن إطلاق ضمان التلف يقتضي ثبوت الضمان من وقت الأخذ، فردعه الامام عليه السلام بأن الضمان على فرض التلف ثابت من وقت الغصب. فقوله عليه السلام: «يوم خالفته» قيد لقوله عليه السلام: «نعم» أو للفعل المدلول عليه به كما هو ظاهر التركيب اللغوي. والقيمة التي ورد عليها التصديق هي قيمة يوم التلف. فكأنه قيل: إذا مات البغل حال الغصب والمخالفة ضمن قيمته، و من المعلوم أن قيمته الفعلية هي قيمته يوم التلف.

و لا فرق في هذا الاستظهار بين تنكير البغل وتعريفه، لما تقدّم سابقاً من عدم دخل الهوية بما هي في القيم والرغبات، و أن الدخيل فيها هي الخواص والأوصاف، كقوة البغل وسرعة سيره و كونه مرتاضاً غير شמוש، هذا.

و الذي ينبغي أن يقال: إن قول السائل: «أيلزمني» المترتب على العطب و النفوق،
إما بمعنى عهدة العين، و إما بمعنى لزوم دفع البدل فعلاً، و إما بمعنى لزومه على تقدير
التلف، و هو الضمان بالقوة في كلام المشهور.

أما الأول فهو غير مرتب على العطب، لأنه مترتب على مجرد الغصب، فلا يصح
جعل العطب في كلام السائل شرطاً للزوم ضمان القيمة، و لا جعل اللزوم جزاء لقوله:
«فلو عطب» لفقدان الترتب المعتبر بين الشرط و الجزاء، حيث إن العهدة مضافة إلى
العين، لأن فاعل «أيلزمني» هو البغل، لا بدله أعني به القيمة، فلا بد من الاختصار على
قوله: «نعم» لأنه يسأل عن ضمان العين، فيكفيه قوله: «نعم» فلا يتعلق اللزوم المستفاد
منه بقيمة البغل.

و أما الثاني - و هو لزوم دفع البدل فعلاً - فهو قابل لترتبه على العطب، إذ المترتب
عليه هو القيمة لا العين، لفرض تلفها، فيتعين حينئذ أن يكون «يوم خالفته» قيداً للقيمة،
لا لقوله: «يلزمني» لعدم اللزوم الفعلي للقيمة من يوم المخالفة، بل لزوم القيمة فعلاً
مترتب على العطب الواقع في ظرف المخالفة.

لكن يشكل إرادة اللزوم الفعلي للقيمة في يوم المخالفة مع إمكان إرادة اللزوم
التقديري و إرادة العهدة منه، إذ المفروض بقاء العين.

و أما الثالث - أعني به لزوم دفع البدل على تقدير التلف، و هو الضمان بالقوة - فهو
مترتب على فرض وجود العطب، لا على العطب الفعلي، و من المعلوم أن قوله: «أرأيت
لو عطب البغل ... الخ» بيان لمعنى الضمان بالقوة، أعني به لزوم البدل على تقدير التخلف
بجعل العطب مقدماً، و جعل لزوم البدل تالياً. و هذا اللزوم التقديري هو الذي سمعه من
أبي حنيفة، لا اللزوم الفعلي، إذ لم يكن في الواقعة عطب فعلي.

و منه ظهر أنه لا وجه لاستفادة اللزوم الفعلي، فإنه مرتب على العطب الفعلي،
لا على فرضه بجعله واقعاً موقع الفرض و التقدير الذي هو مفاد مدخول أداة الشرط.

و أمّا ما احتمله جماعة^(١) من «تعلّق الظرف بقوله: نعم، القائم مقام قوله عليه السلام: يلزمك يعني: يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل»

(١) هذا الاحتمال مذكور في مفتاح الكرامة و المستند و الجواهر^(٢)، عارضوا به دلالة الفقرة على ضمان المغضوب بقيمة يوم غضبه. و الفاضل النراقي رحمه الله و إن رجّح الضمان بقيمة يوم الغضب، إلّا أنّه إستفاده من الفقرة الثانية الآتية، و هي قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا...». قال في الجواهر في ردّ إستظهار ضمان قيمة يوم الغضب - ما لفظه: «و فيه: إحتال تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله: نعم، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب، بمعنى أنّها تتعلّق بك ذلك اليوم. و حينئذٍ فحدّ القيمة غير مبين فيه، فلا ينافي ما دلّ على القيمة يوم التلف الذي ستعرف أنّه الأصحّ. و دعوى أن الأول - و هو ضمان قيمة يوم الغضب - أظهر ممنوعة».

و عليه فيتردّد الأمر بين أن يكون «يوم المخالفة» قيداً للقيمة، و أن يكون قيداً للزوم التقديرى المستفاد من قوله عليه السلام: «نعم» فتكون الرواية ساكتة عن وقت القيمة. فالنتيجة: أن الصحيحة لا تكون ظاهرة في اعتبار قيمة يوم الغضب، كما إدّعاه القائل باعتبار قيمة يوم المخالفة، لتطرق إحتمال قيدية يوم المخالفة لكلّ من القيمة و للزوم. فعلى الأول يكون المدار على قيمة يوم الغضب و على الثاني يكون المدار على قيمة يوم التلف، لأنّ معناه حينئذٍ: يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل، و من المعلوم أن قيمته الفعلية عند التلف هي قيمته حال التلف.

فتلخص: أن الصحيحة إمّا ظاهرة في اعتبار قيمة يوم التلف، أو مجملة، و لا ظهور لها في اعتبار يوم الغضب.

«١» راجع: مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٤؛ مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٨؛ جواهر الكلام، ج ٣٧،

فبعيد^(١) جداً (*).

و الوجه في تعلق الظرف - و هو: يوم - بفعل «يلزم» هو إعتبار تعلق الظرف بفعل أو شبه فعل، و لا يصلح تعلقه بـ «نعم» و إنما يتعلق بفعل «يلزمك» الذي دل عليه كلمة «نعم».

و عليه فبناءً على إحتال تعلق الظرف بـ «يلزمك» لا تدل هذه الجملة على ضمان يوم الغصب، و إنما تدل على إستقرار قيمة المضمون بمجرد الغصب، و أما حد قيمة المضمون فغير مدلول عليه، فلا يعلم أنها قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو غيرها. هذا. و سيأتي إيراد المصنف رحمه الله على هذا الإحتال.

(١) جواب «و أما ما إحتمله».

(*) بل قريب جداً، لأن الظاهر أن أبا ولاد يسأل عن أصل الضمان، و إلا كان المناسب أن يقول: أي شيء يلزمني يوم المخالفة؟

و لا يبعد أن يكون منشأ السؤال ما قاله أبو حنيفة من: أن ضمان الأصل لا يلائم ضمان الكراء، لأن الخراج بالضمان، فلما رأى السائل أن الامام عليه السلام أثبت الكراء، أراد أن يستفسر منه أنه مخالف لأبي حنيفة في الكراء، و ضمان الأصل، أو في الكراء فقط.

و بتقريب آخر: أن أبا حنيفة إدعى إللازمة بين ضمان البغل و سقوط الكراء، لكون الخراج بالضمان، و حيث إنه عليه السلام رد عليه بأن الكراء ثابت، زعم أبو ولاد - أو إحتمل - أن ثبوت الكراء كاشف عن عدم ضمان الأصل، للللازمة بين ثبوت الضمان و نفي الكراء، على ما أفتى به أبو حنيفة، فسأل أنه مع ثبوت الكراء هل يثبت الضمان؟ و قال: «أرأيت لو عطب ... الخ».

و بالجملة: سأل أبو ولاد عن ضمان الأصل، باحتمال سقوطه مع ثبوت الكراء. فأجاب عليه بثبوت الضمان التعليقي، يعني: لو عطب أو نفق، لكن - لا مطلقاً - بل يوم المخالفة، فكأنه قال: يلزمك يوم المخالفة و غصب مال الغير قيمة بغل إذا عطب أو نفق.

بل غير ممكن، لأن^(١) السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة، بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدل عليه^(٢): «أرأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمي؟» فقله: «نعم» يعني: يلزمك بعد

(١) تعليل لعدم الامكان، توضيحه: أن ملاحظة السؤال تقتضي علم السائل بأن لزوم القيمة و ضمانها يكون بعد تلف البغل، لأن أبا ولاد علق لزوم القيمة على العطب و النفوق، فلو كان ظرف اللزوم هو التلف إمتنع أن يكون «يوم خالفته» قيداً له، إذ يلزم حينئذ أن يكون ظرف اللزوم يوم المخالفة أيضاً. و هذا ينافي تعليق اللزوم على العطب و النفوق، فلا بد أن يكون «يوم المخالفة» قيداً لغير اللزوم.

هذا مضافاً إلى: أن ظاهر السؤال هو السؤال عن المقدار اللازم بالتلف بعد العلم بثبوت الضمان بالتلف، فلا بد من حمل الجواب على إرادة بيان المقدار، و ذلك يقتضي تعليق الظرف بغير اللزوم، و إلا لم يكن جواباً عن السؤال، لفرض علم أبي ولاد بأصل لزوم القيمة.

(٢) هذه الدلالة مبنية على كون الاستفهام تقريرياً لا حقيقياً، فبناءً على الاستفهام التقريري تدل كلمة «يلزمي» على علم أبي ولاد بأن ضمان القيمة يكون بعد تلف البغل.

فهذا المعنى التعليقي ثابت بالفعل يوم الغصب كما قيل بذلك أيضاً في خبر «على اليد» فمضمون الصحيحة موافق لخبر «على اليد» مع إختلاف غير جوهري، و هو ذكر القيمة، لكون المورد من القيمات، فلاحظ.

فالمتحصل: أن نتيجة هذا الاحتمال هي ضمان قيمة البغل على فرض التلف، والضمان يكون من يوم المخالفة و الغصب، يعني: يحدث الضمان المعلق على موت البغل من يوم الغصب. و أما كون القيمة قيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو غيرهما فالصحيحة ساكنة عنها، و مقتضى القواعد كما تقدم سابقاً هو قيمة يوم التلف.

التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته^(١).
و قد أطنب بعض^(٢) من جعل الفقرة ظاهرة في تعلّق الظرف بلزوم القيمة عليه، و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، و لا المتفاهم العرفي.
الثانية^(٣): قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل

(١) فيكون المضمون قيمة يوم المخالفة لا يوم التلف.

(٢) لعلّه إشارة إلى ما حكاه في الجواهر عن بعض بقوله: «نعم ربّما قيل: إنّ ظاهر فيه - يعني في تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: نعم - باعتبار أنّ سؤال الراوي عن الضمان بسبب التلف، لا بسبب المخالفة. فطابقة الجواب للسؤال تقتضي أن يكون المراد منه نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم، يعني: يصير حكمك في هذا اليوم لزوم قيمة البغل إن هلك. و المتبادر منه بعد معلومية أنّه ليس المراد قيمته ميّناً هو أقرب زمان حياته إلى الموت، و هو قبيل التلف. و هذا معنى قيمته يوم التلف. بل لعلّ تنكير - بغل - يؤمّي إلى ذلك أيضاً، إذ هو إشارة إلى أنّه يفرض الميّت حيّاً، وإلا فلا ريب أنّه لا يكفي قيمة أيّ بغل يكون، و هو مناسب لكون الظرف لغواً متعلّقاً بقوله: يلزمك. و إلا فلا يناسب التنكير، إذ البغل يوم المخالفة حيّ بالفرض والاستصحاب، فالأولى تعريفه»^(١).

(٣) يعني: الفقرة الثانية - من صحيحة أبي ولّاد - الظاهرة في ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب، لا يوم التلف و لا أعلى القيم، و هي قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ... الخ».

بتقريب: أنّ البغل لو أصابه كسر أو دبر كان على أبي ولّاد دفع أرش ما بين الصحيح و المعيب إلى المكارى. و المناط في تقويم البغل صحيحاً هو يوم الاكتراء. و الظاهر أنّ مراد الامام عليه السلام من يوم الاكتراء هو يوم مخالفة أبي ولّاد لمقتضى عقد الاجارة، و ذلك لكون البغل في يوم الاكتراء أمانة بيد أبي ولّاد لاستيفاء المنفعة منه.

تقريب دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة يوم الغصب ٥٠١

يوم اكثري كذا و كذا» فإنَّ إثبات^(١) قيمة يوم الاكتراء من^(٢) حيث هو يوم
الاكتراء لا جدوى فيه^(٣).

فلا يكون مضموناً، إذ الموجب للضمان هو اليد العدوانية المتحققة بالغصب، والمفروض
في هذه الصحيحة تحقق المخالفة عند وصول أبي ولّاد إلى قنطرة الكوفة. وبما أنَّ
المسافة بين كوفة و قنطرتها قريبة، فإمّا أن يكون وصوله إلى القنطرة عصر يوم
الاكتراء لو خرج من الكوفة صباحاً، وإمّا أن يكون وصوله إليها بعد يوم. و من
المستبعد جداً تغيير قيمة البغل بعد ساعاتٍ أو بعد يوم واحد.

و على هذا يكون المناط في تقويم البغل المضمون هو يوم الغصب المعبر عنه
بيوم الاكتراء. و الشاهد عليه أنّه لم يقل أحدٌ باعتبار قيمة يوم الاكتراء حتى
لو اختلفت مع قيمة يوم المخالفة و الغصب. و لذا قال في الجواهر: «ثمَّ إنّ الظاهر بناءً
قوله عليه السلام: حين اكثري على غلبة عدم التفاوت في هذه المدّة القليلة. و على
الاستصحاب. و إلّا فلم يقل أحدٌ باعتبار القيمة حين اكثري»^(١).

(١) هذا تقريب دلالة الفقرة الثانية على ضمان قيمة وقت الغصب، و قد عرفته
أنفاً. و يستفاد هذا التقريب من الفاضل النراقي رحمه الله حيث قال: «فإنَّ معناه: فيلزمك
قيمة البغل حين اكثري. و لا يرد أنّه ليس حين المخالفة، فيلزم القيمة قبل المخالفة،
وهو مخالف للاجماع. لأنّه لا فاصلة يعتدّ بها بين وقتي المخالفة و الاكتراء في المورد كما
يدلّ عليه صدر الحديث»^(٢).

(٢) يعني: لا من حيث إنّ قيمة يوم الاكتراء متحدة مع قيمة يوم المخالفة، فإن
الجدوى في القيمة بلحاظ الاتحاد موجودة.

(٣) أي: في إثبات قيمة يوم الاكتراء.

«١» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٣

«٢» مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٨

لعدم^(١) الاعتبار به، فلا بد^(٢) أن يكون الغرض منه^(٣) إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً^(٤) على أنه يوم الاكتراء، لأن الظاهر من صدر الرواية^(٥) أنه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة. و من المعلوم^(٦) أن إكتراء البغل لمثل تلك المسافة

(١) تعليل لعدم الجدوى في إثبات قيمة يوم الاكتراء بالبيئنة. وجه عدم الاعتبار ما عرفته من أن يوم الاكتراء زمان حدوث اليد الأمانية غير الموجبة للضمان أصلاً، و الموجب له إنما هو اليد العدوانية المتحققة بالمخالفة في نفس يوم الاكتراء، أو في اليوم اللاحق له، و من المعلوم عدم إختلاف قيمة البغل في هذه المدة القليلة. فلو لم يكن المدار في الضمان على قيمة يوم الغصب لم يكن وجه لتعرض قيمة يوم الاكتراء الذي هو زمان حدوث اليد الأمانية.

(٢) هذا متفرع على عدم العبرة بقيمة يوم الاكتراء لو لم تكن متحدة مع قيمة يوم المخالفة.

(٣) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان إلى: إثبات قيمة يوم الاكتراء.

(٤) هذا البناء هو ظاهر الصحيحة، لقرب المسافة بين كوفة و قنطرتها.

(٥) و هو قول أبي ولّاد: «فلما صرْتُ قُربَ قنطرة الكوفة خُبرتُ أن صاحبي توجّه إلى النيل، فتوجّهتُ نحو النيل» فقلوه: «توجّهت نحو النيل» ظاهر في أن مخالفة أبي ولّاد - بعدوله عن طريق قصر أبي هبيرة إلى طريق النيل - كانت من يوم الاكتراء، أو بعده بيوم واحد، لا أكثر.

(٦) غرض المصنف: أن إستظهار ضمان يوم الغصب - من تعبير الامام عليه السلام بيوم الاكتراء - مبني على أمرين مسلمين:

أحدهما: أن المسافة بين كوفة و قصر أبي هبيرة قريبة، فلو أراد أبو ولّاد إكتراء بغلٍ لهذه المسافة لم يستأجر بغلاً قبل خروجه بأسبوع مثلاً مما يمكن إختلاف قيمة البغل فيه، بل كان يستأجر البغل قبل ساعات أو قبل يوم. ثانيهما: أن قيمة البغل لا تتفاوت عادةً في ساعات قلائل. وبناءً على هذين الأمرين يتّجه دلالة الفقرة الثانية على ضمان يوم الغصب.

تقريب دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة يوم الغصب ٥٠٣

القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

و أمّا قوله عليه السلام^(١) في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» فالظرف^(٢) متعلّق به «عليك»

(١) بعد أن استظهر المصنّف عليه السلام من الفقرة الثانية ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب تعرّض لما ينافي هذا الاستظهار. و المنافي فقرة أخرى في الصحيحة، و هي قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه».

و توضيحه: أن أبا ولّاد سأل عن حكم تعيب البغل و إصابة كسر أو عرج به، فأجاب عليه السلام بقوله: «عليك قيمة ...» و ظاهره وجوب أداء أرش العيب الحادث بقيمة يوم ردّ البغل الى مالكه، بأن يقوم البغل يوم ردّه صحيحاً تارةً و معيباً أخرى، فالتفاوت بين القيمتين مستقر في ذمّة أبي ولّاد. و من المعلوم أن هذا الظهور منافٍ لما أفاده المصنّف عليه السلام من استقرار قيمة يوم المخالفة على عهدة أبي ولّاد، إذ لا فرق في ضمان قيمة يوم الغصب بين كون المضمون قيمة نفس البغل لو تلف بيد المستأجر، و بين كونه أرش العيب، فلو كانت العبرة بقيمة وقت الغصب لزم تقويم الأرش بذلك اليوم. ولو كانت العبرة بقيمة يوم ردّ العين المغصوبة لزم تقويم العين - لو تلفت - بقيمة يوم الأداء، هذا.

(٢) جواب قوله: «و أمّا» و دفع المنافي المتقدّم، و نحاصل الدفع: أن التنافي المزبور مبنيّ على رجوع «يوم» إلى «قيمة ما بين الصّحة و العيب» بأن يكون المعنى: «عليك قيمة يوم الرد» و أن العبرة في الأرش بتقويم البغل يوم ردّه إلى المكارى.

ولكن هذا الاستظهار ممنوع، لرجوع الظرف إلى «عليك» و تعلّقه به. يعني: «عليك يوم تردّ البغل قيمة ما بين الصّحة و العيب» و عليه لا يكون الأرش مقيداً بتقويم البغل صحيحاً و معيباً يوم ردّه، حتى يستفاد منه ضمان قيمة وقت الأداء. بل مفاده وجوب ردّ الأرش، بلا دلالة على تعيين القيمة يوم الردّ أو يوم الغصب أو غيرها.

لا قيد للقيمة^(١)، إذ^(٢) لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأن^(٣) النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين. فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم رد البغلة (*).

هذا كله بناءً على النسخة التي عول عليها المصنف رحمته الله. و أما بناءً على سقوط كلمة «يوم» من الرواية - كما إدعاه صاحب الجواهر رحمته الله من أن نسخة التهذيب المصححة المحشاة التي تحضره قد سقط منها لفظ اليوم، و أن المذكور فيها: قيمة ما بين الصّحة و العيب تردّه عليه - فالأمر أوضح، و لا موضوع لتوهم التنافي، إذ لا توقيت في القيمة حتى يحتمل تعلق «اليوم» بالقيمة، بل المدلول وجوب أصل الأرش من دون تعيين مقداره بحسب الأزمنة، هذا.

(١) حتى تنقيد القيمة بخصوص يوم رد البغلة.

(٢) تعليل لعدم كون الظرف قيداً للقيمة. و المراد بـ «يوم تردّه» يوم رد العين المغصوبة، لا رد الأرش.

(٣) حاصل هذا التعليل: أن المناط في تعيين مقدار أرش العيب - الحادث في العين المغصوبة - ليس هو يوم رد العين، حتى يكون قرينة على جعل «يوم تردّه» متعلقاً بالقيمة، بل الأرش تابع لأصل العين، فإن قلنا بضمان قيمة يوم الغصب تعيين تقويم الأرش بقيمة ذلك اليوم. و إن قلنا بضمان أعلى القيم كان الأرش تابعاً له في التقويم، وهكذا.

و على هذا فلا خصوصية في أرش العيب توجب تقويمه بقيمة يوم رد العين حتى يكون الظرف قيداً للقيمة.

(*) لا يخفى أن هذا الاشكال بعينه جارٍ في جعل الظرف و هو «يوم» قيداً لـ «عليك» حيث إن يوم رد العين ليس زمان حدوث وجوب القيمة في الذمة إجماعاً، بل زمان ثبوت القيمة على العهدة يوم حدوث العيب، لا يوم رد العين.

و يحتمل^(١) أن يكون قيداً للعيب، و المراد^(٢) العيب الموجود في يوم الرد، لاحتمال^(٣) إزدياد العيب إلى يوم الرد، فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً.

(١) هذا الاحتمال في قبال ما إستظهره بقوله: «فالظرف متعلق بعليك» و سيأتي تضعيف الاحتمال. و الغرض من إبداء هذا الاحتمال تقوية ضمان الأرض بقيمة يوم الرد، لاتبعية الأرض لأصل العين في القيمة المضمونة.

و توضيح الاحتمال: أن كلمة «يوم» قيدلـ «العيب» فيكون المعنى على هذا: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب الموجود في يوم ردّ العين، لاقيمة العيب السابق على الردّ». فلو كان أرش العيب وقت حدوثه ديناراً، فأتسع المرح و إزداد العيب إلى يوم ردّ العين، فبلغ التفاوت بين البغل الصحيح و المعيب دينارين ووجب على أبي ولاد دفع دينارين حين ردّ البغل إلى المكارى.

و نتيجة هذا الاحتمال مخالفة قيمة الأرض لقيمة نفس البغل، فالعبرة في البغل بقيمة يوم المخالفة و الغصب، و العبرة في مقدار الأرض بقيمة العيب يوم ردّ العين. و بناءً على هذا الاحتمال يشكل ما أفاده المصنف رحمته من جعل «يوم» متعلقاً بـ «عليك» وجه الاشكال: دلالة هذه الجملة على إعتبار قيمة معينة، و هي قيمة يوم ردّ البغل المعيب.

(٢) يعني: إذا كان «يوم» متعلقاً بـ «العيب» كان المراد من القيمة قيمة العيب في يوم ردّ العين، لاقيمة العيب في زمان حدوثه.

(٣) تعليل لارادة العيب الموجود حين الردّ.

و قد نوقش في هذا الإستدلال بوجوه:

أحدها: دلالة على ضمان العين المستأجرة بدون شرط الضمان، و هو مخالف

للقواعد.

و قد دفع بأن المراد بيوم الإكتراء يوم المخالفة فلا يلزم الاشكال المزبور.

ثانيها: منافاة قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم تردّه» لضمان قيمة يوم المخالفة، لمنافاة قيمة يوم الردّ ليوم الغصب. ولا فرق في ضمان القيمة من حيث الوقت بين قيمة العين إذا تلفت وبين قيمة صفاتها.

وقد دفع تارة بأن «يوم» متعلق بـ «عليك» لا قيد للقيمة، فمعناه حينئذ: عليك يوم الردّ قيمة ما بين الصّحة والعيب من دون تعرّضه لزمان القيمة، فلا ينافي ما إستدلّ به على اعتبار قيمة يوم الغصب.

و أخرى: بأن اعتبار تعيين الأرض بقيمة يوم الدفع مخالف للاجماع.

وفيه: أن الاجماع غير محقق، ولذا طلب السيّد والنائني من المصنّف رحمهما مدركه.

فالأولى أن يقال: إن تعيين الأرض بقيمة يوم الدفع مخالف للقواعد.

وثالثة بأن قاعدة «الأقرب يمنع الأبعد» تقتضى رجوع القيد أعني به «اليوم» إلى العيب دون القيمة، فمعناه حينئذ وجوب ردّ قيمة العيب الموجود حين الردّ، دون ما يرتفع ولم يبقَ إلى زمان ردّ العين. وهذا ما تقتضيه قاعدة «على اليد» الموافقة لسيرة العقلاء.

ورابعة بابتناء المناقشة على إشمال الصحيحة على كلمة «يوم». وقد أنكر في الجواهر ذلك، وقال: «إن الموجود فيما حضرني من نسخة التهذيب الصحيحة المحشاة (تردّه عليه) من دون لفظ اليوم. ومعناه: وجوب ردّ الأرض لا غير، فلا توقيت فيه» لكن الصواب على هذا تأنيث ضمير «تردّه» لرجوعه إلى القيمة. إلا أن الأمر سهل في التذكير والتأنيث.

ثالثها: أن قوله عليه السلام: «إما أن يحلف هو» ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف والردّ والبيّنة للمالك، وهو مخالف لقاعدة «البيّنة على المدعى واليمين على المدعى عليه». والمصنّف رحمهما جعل هذه الفقرة مؤيدة لكون المدار على قيمة يوم التلف، وموهنة لكون المدار على قيمة يوم الغصب.

و محصل كلامه: أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة العين المغصوبة وكانت العبرة بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدّعياً، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل، وكان الغاصب منكراً، لانكاره تلك الزيادة.

و عليه فمقتضى القاعدة توجُّه الحلف على الغاصب لا المالك. بل الواجب على المالك إقامة البيّنة على دعواه.

لكنّ الصحيحة تدلُّ على كون كلّ من اليمين و إقامة البيّنة على المالك. و هذا خلاف المقرر من كون البيّنة على المدّعي و اليمين على المنكر، فإن كان المالك مدّعيّاً فوظيفته إقامة البيّنة، لا اليمين. و إن كان منكرّاً فوظيفته الحلف. فتوجيه الوظيفتين إلى المالك خلاف موازين القضاء.

فعلى القول بكون العبرة بقيمة يوم الغصب تكون الصحيحة مخالفةً للقواعد من جهتين:

الأولى: أن دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل، فلا تتوجّه إليه اليمين. الثانية: أن اليمين إذا توجّهت إلى المالك لم تسمع منه البيّنة، فكيف حكم الإمام عليه السلام بقبول كلا الأمرين من المالك؟

فلا بدّ حينئذٍ من حمل الصحيحة على أن العبرة بقيمة يوم التلف، لا يوم الغصب، إذ يصحّ على مبنى يوم التلف توجُّه كلا الأمرين إلى المالك. و ذلك لأنّ الإمام عليه السلام تعرّض في الفقرة المزبورة لصورتين من صور التنازع بين المالك و الغاصب.

الصورة الاولى: إتفاق المالك و الغاصب على أن قيمة يوم الاكتراء كذا و كذا، ولكن إختلفاً في تنزله عن تلك القيمة يوم التلف، و عدم تنزله عن تلك القيمة، فإنّه حينئذٍ يجب الأخذ بقول المالك، لأنّ الغاصب يدّعي نقصان القيمة، و المالك ينكره، فيقدّم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقاً للأصل أي إستصحاب قيمته السابقة.

مثلاً إذا إتفقا على أن قيمة البغل يوم الاكتراء عشرون ديناراً، لكن الغاصب يدّعي نقصانها إلى يوم التلف، و ادّعى المالك بقاءها على حالها. فلاشبهة في كون قول المالك موافقاً للأصل، فيقدّم مع يمينه. بخلاف قول الغاصب، فإنّه مخالف للأصل، فوظيفته إقامة البيّنة.

الصورة الثانية: أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة يوم التلف متحدة إجمالاً مع قيمة يوم المخالفة، لكنهما يختلفا في تعيين تلك القيمة، بأن ادعى المالك أن قيمته يوم المخالفة عشرون ديناراً، وادعى الغاصب أنها عشرة دنائير. ومن المعلوم أن المالك حينئذ يدعي زيادة القيمة، فيجب عليه إقامة البيّنة على ذلك. أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة، فيتوجه عليه اليمين.

والحاصل: أنه بناءً على حمل الصحيحة على كون المدار في تعيين القيمة على قيمة يوم التلف أمكن تصوير التغير بين إلزام المالك بالحلف، وبين إلزامه بإقامة البيّنة. و أمّا بناءً على كون المناط قيمة يوم الغصب، فتصوير التغير بين الأمرين بعيد جداً، لأنه على هذا لا بد من حملها على صورة إتفاق المالك والغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة. أو على قيمة اليوم اللاحق ليوم المخالفة، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمة السابقة.

لكنه خلاف الظاهر من الصحيحة، فلا يمكن الالتزام به، مع عدم القرينة عليه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنف.

ويرد عليه: أن حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف، ثم فرض توجه الحلف في صورة، و توجه البيّنة على المالك في صورة أخرى، خلاف الظاهر جداً، لاستلزامه فرض صورتين مغايرتين. مع أن ظاهر العطف بـ «أو» هو التخيير في صورة واحدة بين الحلف وإقامة البيّنة. فجعل جملة «إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك. أو يأتي صاحب البغل بشهود الخ» مؤيدة لإرادة يوم التلف - دون يوم المخالفة والغصب - ممّا لا وجه له.

مضافاً إلى: إمكان فرض هاتين الصورتين بناءً على كون العبرة بقيمة يوم الغصب أيضاً، بأن يكون المالك في أحدهما مدّعياً عليه البيّنة، وفي أخراهما منكرأ عليه اليمين. كما إذا إتفقا في قيمة يوم الاكترأ، و اختلفا في قيمة يوم الغصب، فإن المالك حينئذ

لادّعائه الزيادة إلى يوم الغصب مدّع، والغاصب منكر. وإن إدّعى الغاصب تنزّل القيمة، و أنكره المالك إنعكس الأمر، و صار المالك منكرًا، والغاصب مدّعياً. لكن هذا الفرض أيضاً خلاف ظاهر العطف بكلمة «أو» من التخيير في صورة واحدة، لا في صورتين متغايرتين. مضافاً إلى: أنه خلاف إتحاد زماني الاكتراء و الغصب. و قد ظهر من الأبحاث المتقدمة وحدة زمانهما.

فمقتضى الجمود على هذا الظاهر لزوم تخصيص عموم ما ورد من «أنّ البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر» بظاهر هذه الصحيحة من توجّه كلّ من الحلف و البيّنة على المالك في خصوص الدابة المغصوبة، أو في مطلق القيمي المغصوب. لكنّه في غاية البعد، إذ لم يعهد من أحد الالتزام بهذا التخصيص. و لعلّه لأجل هذا البعد قال المحقق الايرواني: «إنّ قضية البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر قضية واردة في المخاصمات. و في مورد الرواية لم تفرض مخاصمة. بل الراوي سأل عن أنّه من يعرف قيمة البغل و هو تالف؟ فقال عليه السلام: إمّا أنت أو هو، فيكون الحلف من كلّ منهما لأجل أن يدّعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة. لأجل إلزام خصمه المنكر له»^١.

و هذا ما تقتضيه أصالة العموم فيما إذا شكّ في التخصيص، بعد العلم بعدم كون شيء محكوماً بحكم العام، و الشكّ في كون خروجه عنه بالتخصيص أو التخصيص، فإنّه تجري أصالة العموم، و يثبت لازمها أعني به عدم فرديته للعام حتى يكون خروجه بالتخصيص. فإنّه لم يثبت في مورد الرواية الترافع إلى الحاكم حتى يندرج الحلف فيه في اليمين المعتبرة في ميزان القضاء، بل إندرجه فيها مشكوك فيه، فلا مانع من جريان أصالة العموم في دليل «كون اليمين على المنكر و البيّنة على المدّعي» و إثبات كون مانع فيه خارجاً عن موضوع دليل العموم تخصّصاً، لاختصاص ذلك بباب الخصومات.

فلا يرد: أن حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم الغصب يستلزم مخالفة القواعد من ناحيتين: إحداهما: أن دعوى المالك زيادة القيمة مخالفة للأصل، فلا تتوجه إليه اليمين، بل وظيفته البيّنة.

ثانيتها: أنه إذا توجهت اليمين إلى المالك لم تسمع منه البيّنة. مع أن الامام عليه السلام حكم بقبول كل من البيّنة واليمين من المالك، فلا بد من حمل الرواية على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثم إن هذين الاشكالين إنما يتوجهان بناءً على إرادة قيمة البغل من قوله: «فمن يعرف ذلك». وهو الذي أوقعهم في حيص وبيص من التخصيص أو التخصّص.

و أمّا بناءً على إرادة قيمة ما بين الصحيح والمعيب كما هو الظاهر، لأن الجملة المتضمنة للسؤال عن تلف العين و ضمانها و الجواب عنها قد تمت، و السائل بعد ذلك سأل عن ضمان عيب العين مع بقائها، فأجاب عليه عنه بضمان قيمة ما بين الصحيح والمعيب. فقله عليه السلام: «من يعرف ذلك» ظاهر في الرجوع إلى قيمة البغل صحيحاً ومعيباً، لاقية البغل من حيث هو كما كان ذلك مبني كلماتهم.

و على هذا الاحتمال يمكن أن يقال: إن الظاهر من قوله عليه السلام: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» هو الحلف على قيمة البغل المعيب الموجود بين أيديهما. و من المعلوم أن في اختلاف قيمة المعيب يكون صاحب البغل منكراً، لأنه يريد جلب النفع إلى نفسه، فينكر زيادة قيمة المعيب. بخلاف الغاصب، فإنه يريد دفع الضرر عن نفسه، فيدعي زيادة قيمته.

مثلاً إذا كان قيمة الصحيح أربعين درهماً، و ادعى الضامن أن قيمة المعيب ثلاثون درهماً، و أنكره المالك، و قال: «بل قيمته عشرون درهماً» فوظيفة المالك حينئذ اليمين، لأنه منكر للزيادة التي يدعيها الضامن، و هي العشرة، فيحلف أو يرد الحلف إلى صاحبه. و افا قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم إكترى كذا و كذا» فصريح في أن اختلافهما راجع إلى قيمة البغل حال الصحة لا حال العيب، و إن كان هذا الاختلاف لتشخيص ما به التفاوت بينهما. و من المعلوم أن القول في هذا

الاختلاف قول الضامن، لأنه ينكر الزيادة التي يدعيها المالك. فإذا ادعى المالك أن قيمة البغل صحيحاً خمسون درهماً، وأنكر الضامن، كان المالك مدعياً و الضامن منكراً، فالرواية متعرضة لصورتين من صور الدعوى:

إحدهما: اختلاف قيمة المعيب بعد إتفاقيهما على قيمة الصحيح، كما إذا إتفقا على أن قيمة الصحيح أربعون درهماً، و اختلفا في أن قيمة المعيب ثلاثون أو عشرون. وحيثئذ يكون المالك منكراً لما يدعيه الضامن من كون قيمته ثلاثين، ولذا يحلف أو يرد الحلف إلى الضامن.

ثانيتهما: عكس الصورة الأولى، وهي صورة إتفاقيهما على قيمة المعيب كعشرين درهماً، و الاختلاف في قيمة الصحيح كما إذا ادعى المالك أنها أربعون، و أنكر الضامن، و قال: بل ثلاثون، فحيثئذ يكون المالك مدعياً، ولذا طولب بإقامة البيّنة. فالمتحصل: أنه لا يلزم تخصيص قاعدة «البيّنة على المدعي و اليمين على المدعى عليه».

و يمكن حمل قوله عليه السلام: «إما أن يحلف هو... الخ» على بيان طرق معرفة القيمة على حسب اختلاف حالات المالك و الغاصب، لا على بيان طرق حكم الحاكم بمقدار القيمة، كي يتعين حمل الكلام على بيان وظيفة الحاكم المنوطة بالبيّنة، ثم يمين المنكر، ثم اليمين المردودة.

فالغاصب إن كان جاهلاً - مع علم المالك - بإخباره مع يمينه حجة. و إن كان الغاصب عالماً و المالك جاهلاً بإخبار الغاصب مع يمينه حجة و طريق إلى معرفة المالك بالقيمة. و إن كان كلاهما جاهلين بالقيمة فالبيّنة حجة و طريق لهما. فلا تشمل الرواية صورة الترافع و التنازع إلى الحاكم حتى يلزم إنخراص قاعدة: البيّنة على المدعي و اليمين على المدعى عليه.

كما أنه قد تحصل ممّا تقدّم: عدم دلالة الصحيحة - بفقرتيها - المزبورتين - على كون العبرة في ضمان القيميات بقيمة يوم الغصب. فالعبرة إما بقيمة يوم التلف، و إما بأعلى القيم.

لكن^(١) يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، و العبرة حينئذ^(٢) بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن العيب لو رُدَّ إلى الصَّحَّة أو نقص^(٣) لم يسقط ضمان ما^(٤) حدث منه و إرتفع على^(٥) مقتضى الفتوى. فهذا الاحتمال^(٦) من هذه الجهة^(٧) ضعيف أيضاً^(٨).

(١) غرضه ﷺ تضعيف احتمال كون «اليوم» قيداً للعيب، بتضعيف منشئه، و هو احتمال إزدياد العيب إلى يوم رد العين.

و محصل التضعيف: أن احتمال إزدياد العيب - بعد حدوثه - معارض باحتمال نقصانه إلى يوم الرد، كما إذا تصدَّى الغاصب معالجة البغل و مداواته، فزال العيب أو نقص، فلو كانت العبرة في الأرش بالعيب الموجود حال رد البغل لزم عدم ضمان الغاصب شيئاً بازاء العيب، أو ضمانه قيمة أقل من قيمة العيب يوم حدوثه. مع أن المناط قيمة الأرش يوم حدوثه، على ما يظهر من فتاواهم من ضمان العيب، حتى إذا نقص أوزال بيد الضامن. و لأجل هذه الفتوى يُشكل المصير إلى احتمال تعلُّق «يوم» بالعيب، بل المتعين تعلُّقه بـ «عليك» هذا.

(٢) أي: حين تناقص العيب و زواله تدريجاً.

(٣) المراد بنقصان المعيب نقص عيبه.

(٤) المراد بالموصول هو العيب، أي: العيب الذي حَدَثَ في المَغْصُوب، ثم إرتفع.

(٥) متعلِّق بـ «لم يسقط» يعني: أن الدليل على إستقرار أرش العيب حال حدوثه على عهدة ضامن العين هو فتوى الأصحاب.

(٦) أي: احتمال كون «يوم» قيداً للعيب، و هو الذي تقدَّم بقوله: «و يحتمل أن يكون قيداً للعيب ... الخ».

(٧) أي: من جهة فتوى الأصحاب بضمن العيب الحادث مطلقاً حتى إذا زال أو نقص.

(٨) أي: كضعف ما تقدَّم بقوله: «و أمَّا قوله ﷺ في جواب السؤال عن إصابة العيب».

فتعين^(١) تعلّقه بقوله: «عليك»^(٢). و المراد: بقيمة ما بين الصّحة و العيب: قيمة التفاوت بين الصّحة و العيب، و لا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب^(٣)، و يحتمل يوم حدوث العيب^(٤) الذي هو يوم تلف و صف الصّحة، الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات. و حيث^(٥) عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه^(٦) و اللاحقة له في^(٧) إعتبار

(١) هذه نتيجة بطلان كلّ من تعلّق «اليوم» بـ «قيمة» و تعلّقه إحتيالاً بـ «العيب». (٢) فعناه حينئذٍ «عليك يوم ردّ العين قيمة ما بين الصّحة و العيب» من دون تعرّض لزمان هذه القيمة، فيحتمل أن يكون زمان التقويم يوم الغصب، و يحتمل أن يكون يوم حدوث العيب، الذي هو يوم تلف و صف الصّحة، و من المعلوم أن وصف الصّحة جزء معنوي مقابل بجزء من الثمن، كالأجزاء الخارجيّة.

(٣) لتبعية ضمان الأجزاء - التي منها وصف الصّحة - لضمان يوم الغصب. (٤) يعني: إذا قلنا بضمان العين المضمونة التالفة بقيمة يوم التلف ترتّب عليه ضمان العيب بقيمة يوم حدوثه، لأنّه زمان تلف وصف الصّحة الذي هو كالجزاء الخارجيّ في الضمان

(٥) يعني: أن جملة «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» لما كانت بمحملة، لدوران قيمة العيب بين قيمة يوم غصب العين و بين قيمة يوم حدوث العيب، و لم تكن منافيةً لاستظهار قيمة يوم الغصب، تعيّن رفع إجمالها بالرجوع إلى ماورد في صدر الصحيحة و ذيلها ممّا يدلّ على ضمان قيمة يوم الغصب.

(٦) أي: على قوله ﷺ: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» و المراد من الجملة السابقة قوله عليه الصلاة و السلام: «قيمة بغل يوم خالفته». و المراد بالجملة اللاحقة قوله ﷺ: «أو يأتي صاحبُ البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا» فإنّ ظاهر هاتين الجملتين إعتبار قيمة يوم الغصب.

(٧) متعلّق بـ «ظهور الفقرة ..».

يوم الغضب تعين حمل هذا^(١) أيضاً^(٢) على ذلك^(٣).
نعم^(٤) يمكن أن يؤهن ما إستظهرناه من الصحيحة

- (١) أي: جملة «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» و الوجه في التعيّن هو لزوم حمل المحمل على المبيّن.
- (٢) أي: كما حملنا جملة «يوم الاكتراء» على يوم الغضب، لعدم العبرة في باب ضمان العين المستأجرة بيوم الاكتراء.
- (٣) أي: على يوم الغضب. و بهذا يظهر عدم وجود معارضٍ للصحيحة لارادة يوم الغضب من الصّدر و الذيل.
- هذا تمام الكلام في ما إستظهره المصنف رحمته الله من ضمان يوم الغضب. و سيأتي تعرّضه لاستظهار ضمان يوم التلف.

تضعيف دلالة الصحيحة على إعتبار قيمة وقت الضمان

(٤) إستدراك على ما إستظهره المصنف رحمته الله من فقرتي الصحيحة - من ضمان المغصوب بقيمة يوم الغضب. و غرضه تضعيف هذا الظهور، و إستفادة ضمان قيمة يوم التلف وفاقاً لجماعة.

و حاصل الاستدراك: أنّ المؤهن لما إستظهرناه من الصحيحة من إعتبار قيمة يوم الغضب هو: أنّ الحكم بضمان يوم المخالفة مبنيّ على ما هو الغالب في مورد الرواية من عدم إختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، للأجل خصوصيّة فيه، فلا يبقى للرواية ظهور في دخل خصوصيّة ليوم المخالفة كما هو المدّعى.

لا يقال: على هذا فما الوجه في العدول عن التعبير بـ «يوم التلف» إلى التعبير بـ «يوم المخالفة» مع إخلاله بالمقصود، لاحتمال كون المدار عليه.

فإنّه يقال: وجهه دفع توهم أمثال صاحب البغل من العوام، و هو كون العبرة بالقيمة التي إشتري بها البغل.

بأنه^(١) لا يبعد أن يكون مبنى الحكم^(٢) في الرواية - على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية - من^(٣) عدم إختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً. ويكون السرّ^(٤) في التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن^(٥) العبرة بقيمة ما إشتري به البغل و إن نقص بعد ذلك، لأنّه^(٦) خسره المبلغ الذي إشتري به البغلة.

(١) متعلّق بـ «يوهن» و بيان لوجه توهين ما تقدم من إستفادة ضمان يوم الغصب من الصحيحة.

(٢) و هو ضمان قيمة يوم الغصب، المستفاد من قوله عليه الصلاة و السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» و من قوله عليه الصلاة و السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكثري كذا و كذا» لدلالة الجملتين على كون العبرة بقيمة يوم الغصب، كما تقدّم مفصّلاً.

(٣) بيان لـ «ما هو الغالب».

(٤) هذا دفع دخل مقدّر، تقدّم بيانها بقولنا: «لا يقال ... فإنه يقال ...» فغرض المصنّف إسقاط خصوصيّة «يوم المخالفة» عن دخله في تقويم المضمون.

(٥) الجملة في محلّ نصب على أنّها بيان للضمير المنصوب في قوله: «يتوهمه» أو أنّها مجرورة بـ «من» البيانية المبيّنة للموصول في «ما ربما».

يعني: أن صاحب البغل و عوام الناس يتخيّلون و يتوهمون ضمان التالف بشمنه الذي إشتروه حتى إذا نقص عنه بعده، لصيرورة البغل فارضاً قد ضعّف عن السير عليه مسافةً مديدة، فإنهم لا يعتنون بهذا النقص و يطالبون بشمن إلاشتراء. فأراد عليه الصلاة و السلام تنبيه المكاري على أنّه لا يستحقّ ثمن الإشتراء، و إنّما يستحقّ قيمته الفعلية في يوم المخالفة و إن كان أقلّ بكثير من قيمة الشراء.

(٦) تعليل لتوهم المكاري إستحقاق قيمة الإشتراء، يعني: لأنّ أباولاد - الذي إكثري البغل - أورد خساراً على المكاري، قدرها الثمن الذي بذله المكاري لشراء البغل. هذا أصل توهين إستظهار قيمة يوم الغصب، ثمّ أيّده المصنّف بأمرين، كما يأتي

و يؤيده التعبير^(١) عن يوم المخالفة في ذيل الرواية بـ «يوم الاكتراء»^(٢) فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة^(٣).
إلا أن يقال^(٤): إن الوجه في التعبير بـ «يوم الاكتراء» مع كون المناط يوم المخالفة^(٥) هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون

و إن ناقش في أولها.

(١) هذا هو المؤيد الأول لاسقاط يوم المخالفة عن الموضوعية، يعني: و يؤيد كون الحكم - في الصحيحة - مبنياً على الغالب التعبير عن يوم المخالفة بـ «يوم الاكتراء» كما تقدم في الفقرة الثانية. ولو كان الحكم مترتباً على خصوص يوم المخالفة و الغصب لم يكن وجهه للتعبير بـ «يوم الاكتراء» حتى لو فرض إتحاده مع يوم المخالفة. فالتعبير «يوم الاكتراء» مشعرٌ بعدم إعتناء الامام عليه الصلاة و السلام بقيمة البغل في يوم المخالفة، و أن تعبيره عليه السلام «يوم المخالفة» في الجملة السابقة يكون لأجل وحدة قيمة البغل في يومي المخالفة و الاكتراء، و عليه فلا سبيل لاستظهار ضمان قيمة البغل في يوم الغصب من الصحيحة.

(٢) أي: فإن في التعبير بـ «يوم الاكتراء» إشعاراً بعدم موضوعية قيمة البغل يوم الغصب.

(٣) بل من حيث كون القيمة في يوم المخالفة مساوية لها في يوم الاكتراء إلى يوم الرد، و من هنا يصح التعبير عن قيمته بقيمة يوم الاكتراء و الرد و المخالفة.

(٤) غرضه الخدشة في التأييد و التحفظ على كون «يوم المخالفة» ملحوظاً على نحو الموضوعية، و حاصله: أنه مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يكون النكتة في التعبير عنه بـ «يوم الاكتراء» هي التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل في يوم الاكتراء بمحضر المكارين، فيسهل الاطلاع على قيمته. بخلاف وقت المخالفة، لعدم حضورهم عند قنطرة الكوفة حتى يتيسر تقويم البغل بالمراجعة إليهم. و عليه فالعبرة بقيمة المضمون في زمان الغصب، هذا.

(٥) كما استظهره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام: «قيمة بغل يوم خالفته».

البغل فيه غالباً^(١) بمشهد من الناس و جماعة من المكارين^(٢). بخلاف زمان المخالفة من حيث^(٣) إنه زمان المخالفة.

فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيئة. - كاليمين^(٤) - في مقابل قول السائل^(٥): «و من يعرف ذلك؟» فتأمل^(٦).

(١) أي: في يوم الاكتراء.

(٢) الذين هم خُبراء بثمر البغال والدواب.

(٣) لما كان يوم الاكتراء و المخالفة واحداً في مورد الصحيحة، و كانت العبرة بقيمة يوم المخالفة، لزم تقييد «اليوم» عند ترتيب حكم على حيثية المخالفة. ففرضه في قوله: «من حيث إنه زمان المخالفة» أن مناط معرفة قيمة البغل يوم الاكتراء لازمان المخالفة، فالعبرة في الضمان بيوم الغصب، و طريق معرفة القيمة إخبار المكارين الذين يسهل حضورهم في زمان الاكتراء، و يصعب في زمان المخالفة.

(٤) يعني: كمعرفة القيمة باليمين في السهولة.

(٥) يعني: في جواب سؤال أبي ولاد، حيث قال عليه الصلاة و السلام: «أنت و هو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردَّ اليمين عليك فحلَّت على القيمة لزمك، أو يأتي صاحب البغل بشهود...».

(٦) لعله إشارة إلى: أن الخدشة في المؤيد - المتقدمة بقوله: «إلا أن يقال» - لا يوجب إرتفاع التوهين في أصل المطلب.

أو إلى: أن الخدشة في المؤيد ممنوعة. و أن التعبير بـ «يوم الاكتراء» موهن لاستظهار ضمان قيمة يوم المخالفة. و ما ذكر من «سهولة معرفة القيمة بالبيئة و صعوبتها في يوم المخالفة» غير وجيه، لأنه - بعد إقتران المخالفة زماناً بالاكتراء - يسهل معرفة قيمة البغل في كل من زمان الاكتراء و المخالفة، فلو كانت العبرة بيوم المخالفة تعيّن التعبير به.

و يؤيده^(١)

و عليه فالتعبير بـ «يوم الاكتراء» كاشف عن عدم موضوعية يوم المخالفة، هذا.
 (١) هذا مؤيد ثانٍ لكون الحكم في الرواية - من ضمان قيمة يوم المخالفة - مبنياً على الغالب، لا لموضوعيته له. و حاصل وجه التأيد: أن قوله عليه السلام: «أنت و هو، إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك ... الخ» يدل على عدم خصوصية في تقويم البغل بيوم المخالفة، إذ لو كانت العبرة بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون قول المالك مقدماً على قول المستأجر، مع كون قوله مخالفاً للأصل، لأنه يدعي زيادة القيمة بعد الاكتراء، و هذه الدعوى مخالفة لأصالة براءة ذمة الضامن، أو مخالفة لاستصحاب عدم الزيادة.

و لم يكن أيضاً وجه لقبول بيئته، لأن من يقبل قوله فليس عليه البيئة، بل البيئة على صاحبه.

و بالجملة: فهذا كله مخالف لموازين القضاء، و موهنٌ لظهور الصحيحة في كون العبرة بقيمة يوم الغصب، مركز تحقيق كالمبيوتر علوم إسلامي
 و بتعبير آخر: أن الامام عليه الصلاة و السلام جعل طريق إثبات القيمة الزائدة التي يدعيها المكارى - حتى تستقر على عهدة أبي ولاد - أمرين، أحدهما: الحلف، و الآخر: إقامة البيئة. و جعل عليه السلام طريق إثبات القيمة التي يدعيها أبو ولاد خصوصاً اليمين المردودة.

و عليه نقول: لو كانت العبرة بقيمة البغل يوم الغصب، أشكل تطبيق جواب الامام عليه الصلاة و السلام على موازين باب القضاء. أما أولاً: فلأن مالك البغل مدّعٍ لزيادة قيمته يوم الغصب على قيمته يوم الإكتراء بيمينه، و من المعلوم أن قوله مخالف لأصالة عدم الزيادة. و لا وجه لتقديم قوله بمجرد يمينه، لأن المستبغ في باب القضاء توجيه الحلف أولاً إلى المنكر، فإن حلف ثبت قوله، و إن ردها إلى المالك فحلف ثبت قوله.

أيضاً^(١) قوله عليه السلام فيما بعد^(٢) في جواب قول السائل: «ومن يعرف ذلك؟» قال: أنت وهو، أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك. فإن ردَّ اليمينَ عليك فحلفتَ على القيمة لزمه. أو يأتي صاحبُ البغل بشهود يشهدون على أنَّ قيمة البغل يومَ اكتري كذا و كذا، فيلزمك» الخبر، فإنَّ^(٣) العبرة لو كانت بخصوص يوم

مع أنه عليه الصلاة والسلام قدّم قول المالك بحلفه على القيمة، فقال: «إمّا أن يحلف هو على القيمة ...».

و أمّا ثانياً: فلأنَّ المقرّر في باب القضاء «البيّنة على المدّعي و اليمين على المنكر» فالوظيفة الأولى لكلّ منها تغاير وظيفته الآخر، فعلى المدّعي إقامة البيّنة لاثبات مقصوده، و على المنكر اليمين للتخلّص من دعوى المدّعي. و من المعلوم عدم صدق عنواني «المدّعي و المنكر» على شخص واحدٍ حتى تثبت دعواه بكلّ من اليمين و البيّنة. مع أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين اليمين و البيّنة في حقّ المالك هذا. و لا مخلص من هذين الاشكالين إلّا بجعل العبرة بقيمة يوم التلف، إذ يمكن توجيه كلّ من تقديم قول المالك، و توجيه اليمين و البيّنة معاً إلى المالك كما سيأتي بيانه قريباً إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: كما تأيّد الحكم - بضمان قيمة يوم التلف - بالمؤيّد الأوّل.

(٢) يعني: بعد الفقرة الأولى، و هي قوله عليه الصلاة والسلام: «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته».

(٣) هذا تعليل لقوله: «و يؤيّد أيضاً» و بيان لوجه التأييد، و حاصله - كما عرفت تفصيله - أنه لو كانت العبرة بضمان قيمة يوم الغصب لزم مخالفة موازين باب القضاء من جهتين. إحداهما: قبول قول المالك المدّعي لزيادة قيمة البغل، و المفروض مخالفة دعواه لأصالة عدم الزيادة.

ثانيتها: الجمع بين قبول يمينه و قبول بيّنته، مع إمتناع كون شخص واحد مدّعيّاً و منكراً.

المخالفة لم يكن وجهه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل^(١).
ثم لا وجه لقبول بيئته^(٢)، لأن من كان القول قوله، فالبينة بيئته صاحبه.
و حمل^(٣) الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له

(١) أي: إستصحاب عدم زيادة القيمة على قيمة ما قبل يوم المخالفة.

(٢) أي: بيئته المالك، و من المعلوم أن قبول بيئته مخالف لما تقرّر من أن من يقبل قوله لا تقبل بيئته، وإنما تقبل من صاحبه.

(٣) مبتدأ خبره «خلاف الظاهر» والحامل هو صاحب الجواهر رحمته و قد بسط الكلام لتبينه، و لئلا يلزم طرح الصحيحة من جهة مخالفتها لموازين القضاء، قال رحمته: «قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إرادة بيان أن ذلك طريق لمعرفة القيمة مع التراضي بينهما في ذلك، لا أن المراد بيان تقديم قوله مع عدم التراضي. و إلا لم يكن معنى لقوله عليه السلام: أو يأتي بشهود، ضرورة عدم الحاجة إليهم في إثبات قوله، بناءً على أن القول قوله ... إلى أن قال: فلا دلالة في الصحيح المزبور على فرض المسألة بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمة الغاصب بالزائد و عدمه. بل إن لم يحمل على ما ذكرنا من التراضي بينهما على اليمين لم يكن معنى لقوله عليه السلام: تعرفها أنت و هو، ضرورة كون المعرفة للمالك حينئذٍ، بناءً على أن القول قوله. و ليس المراد من قوله عليه السلام - فإن ردّ اليمين عليك - اليمين المردودة المصطلحة، إذ تلك إنما هي على نفي ما يدّعيه المنكر، لا على إثبات ما يدّعيه الغاصب. فلا محيص حينئذٍ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، و إلا نافي قواعد القضاء، فتأمل جيّداً، والله العالم»^(١).

و غرضه رحمته من هذا الحمل توجيه العمل بهذه الصحيحة بنحو لا ينافي ما تقرّر في باب القضاء من «أن البينة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و إدّعى صاحب الجواهر عدم دلالة الصحيحة على كون مورد تقديم قول المالك و قبول بيئته - معاً - هو إنكار الغاصب زيادة قيمة المغصوب، بل مورده التداعي. و أقام

قرائن داخلية على مدّعه، و كان المناسب توضيحها تسهيلاً للأمر على إخواننا المشتغلين أيدهم الله تعالى. لكن لخوف الاطالة و الخروج عن حدود التوضيح تقتصر على شرح ما يخصه المصنّف في المتن، فنقول و به نستعين:

إنّ المراد بالحلف في قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إمّا ان يحلف هو ...» ليس الحلف الذي يكون ميزاناً لفصل الخصومة حتى يلزم مخالفة قاعدة «اليمين على المنكر و البيّنة على المدّعي» بل المقصود بالحلف هنا هو اليمين المتعارفة عند عامّة الناس بداعي تصديق الطرف الآخر و إذعانه بالمحلف عليه، كما يشاهد في مقام المعاملة، فيحلف البائع مثلاً على أنّ المبيع كلّفه كذا ديناراً، أو أنّه صرّف عليه كذا مبلغاً، فيصدّقه المشتري، و يرضى بالثمن، و لولا اليمين بالأسماء المقدّسة لم تقنع نفس المشتري بما يدّعيه البائع.

و كذا الحال في حلف الموجر على الأجرة التي يجعلها على داره أو دكانه. و من هذا القبيل اختلاف أبي ولّاد و المكاربي في قيمة البغل، فلو ادّعى المكاربي قيمةً علياً و حلّف عليها رضي أبو ولّاد بها، و احتمل عدم تصديقه إياه بدون الحلف. و على هذا فلا ربط للحلف المذكور في الصحيحة بباب القضاء حتى تنخرم قاعدة «اليمين على من أنكر» إذ لا أثر في الصحيحة من الترافع إلى القاضي في خصوص معرفة قيمة البغل، هذا.

فإن قلت: لو كان المراد من الحلف هو المتداول في مقام الماكسة عند المعاملة لم يكن وجهٌ لتعبير الامام عليه الصّلاة و السّلام: «فإن ردّ اليمين عليك فحلّفت على القيمة لزمه» لأنّ ظاهر «الردّ» هو كون الحلف حقّاً للمالك ابتداءً، و أنّ الحاكم الشرعي يأمر المالك بالحلف، فإنّ أبى منه وجهه الحاكم إلى الغاصب، و من المعلوم أنّ «ردّ اليمين» من شؤون القضاء و فصل الخصومة عند الحاكم و الترافع إليه، فلا وجه لحمل «الحلف» على ما يتداول بين عامّة الناس في مقام المعاملة، هذا.

و يصدّقه^(١) فيه من دون^(٢) محاكمة. و التعبير^(٣) بردّ [برده] اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقاً له ابتداءً خلاف^(٤) الظاهر.

قلت: التعبير بـ «ردّ اليمين» لا ينافي إرادة الأيمان المتعارفة بين الناس، و ذلك لخصوصيّة في هذه القصة، و هي أن تقديم قول المكاري - بضميمة حلفه على القيمة - ناشئ من كونه أعرف بقيمة بغله من غيره، فلذا حكّم الامام عليه الصّلاة و السّلام بتوجّه اليمين إليه أولاً، فان حلف ثبتت القيمة العليا في ذمّة أبي ولّاد، و إن ردّ اليمين عليه، فحلف على القيمة النازلة لزم على المكاري قبولها.

و الحاصل أنّه: لامانع من حمل الحلف في الصحيحة على الحلف المتعارف بين الناس، و لا يراد به الحلف المعتبر في فصل الخصومة حتى يُشكل إستظهار قيمة يوم الغصب من الصحيحة.

(١) الضمير المستتر راجع إلى المحلوف له و هو أبوولّاد، و الضمير البارز راجع إلى الحالف و هو المكاري. و ضمير «فيه» راجع إلى «المحلوف عليه» المستفاد من العبارة، و المراد به قول المكاري: «ما يورثه من أبي»

(٢) متعلّق بـ «يرضى» يعني: أن الطرف الآخر يرضى بما يحلفه الحالف، و لا حاجة إلى مراجعة المحكمة للحلف فيها.

(٣) مبتدأ خبره قوله: «من جهة» و تقدّم توضيح الدخّل و جوابه بقولنا: «إن قلت ... قلت».

(٤) خبر قوله: «و حمل» و ردّ له. و حاصل الردّ: أن شأن الامام عليه الصّلاة و السّلام بيان الحكم الشرعيّ الكلّي، و القانون العامّ لحلّ المنازعة بين المكاري و أبي ولّاد، و ليس ^{الخاص} بصدّد إرجاعها إلى ما تعارف بين الناس لحلّ المرافعة، إذ لا عبرة بها لو لم تنطبق على الموازين الشرعيّة. هذا ما أفاده المصنف ^{رحمته} و قد بيّن في التعليقة ما يتعلّق به، فراجع.

فتحصّل: أن المؤيّد الثاني لضمان قيمة يوم التلف - دون قيمة يوم المخالفة - سليم عن الخدشة المتقدّمة.

و هذا^(١) بخلاف مالو إعتبرنا يوم التلف،

(١) هذا مرتبط بقوله: «فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة» و تتمّة للمؤيد الثاني، و حاصله: أن مدلول الصحيحة إن كان ضمان قيمة يوم التلف لم يلزم خرق قواعد باب القضاء أصلاً، لإمكان حمل حكمه عليه الصلاة و السلام «بتقدّم قول المكارى بيمينه» على صورة من صور نزاعها في قيمة البغل، و حمل حكمه صلوات الله و سلامه عليه بقبول بيئته على صورة أخرى.

توضيحه: أن إختلاف المكارى و أبي ولّاد في قيمة البغل يفرض تارةً فيما إذا إتّفقا على قيمته يوم المخالفة بأن كانت خمسين درهماً مثلاً، و إدعى أبو ولّاد نقصان ثمنه يوم التلف بأن صارت أربعين درهماً، و أنكر المكارى هذا النقص، فيحمل قوله عليه الصلاة و السلام: «إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» على هذه الصورة، و هو مطابق لقاعدة «البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر» و حيث إنّه لا بيّنة لأبي ولّاد على دعوى نقصان القيمة يتجه قبول قول المكارى بيمينه، لموافقته لاستصحاب بقاء قيمة البغل على حالها.

و أخرى فيما إذا إتّفقا على عدم تغيير قيمته السوقية من زمان الغصب إلى زمان التلف، و إنّما إختلفا في قيمته السابقة، فالمكارى يدّعي أنّها خمسون درهماً، و الغاصب ينكره و يقول إنّها أربعون درهماً. و يحمل قوله عليه الصلاة و السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود ...» على هذه الصورة، لكون الغاصب منكراً للزيادة، و يطابق قوله للأصل، و المكارى مدّعيّاً للزيادة، و عليه إقامة البيّنة على أن قيمة البغل خمسون درهماً، و ليس في هذا مخالفة لقانون القضاء «البيّنة على المدّعي» بل هو مصداق للقاعدة المسلّمة.

و ثالثة فيما إذا إتّفقا على قيمة البغل يوم الغصب و أنّها خمسون درهماً مثلاً، و إدعى المالك إرتفاعها إلى ستين درهماً يوم التلف، و أنكر الغاصب هذا الارتفاع، و أنّ القيمة لم تزد على الخمسين. و هذه الصورة و إن لم تُذكر في الصحيحة، لكن يعلم

فإنه^(١) يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على^(٢) ما إذا اختلفا في تنزيل القيمة يوم التلف، مع إتفاقهما أو الاطلاع^(٣) من الخارج على قيمته سابقاً. ولا شك حينئذ^(٤) أن القول قول المالك.

و يكون سماع البيّنة^(٥) في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً مع

حكمها من حكم الصورة الأولى، فيحلف الغاصب على نفي زيادة القيمة، وإن نكل ورد اليمين على المكاري وحلف على إرتفاع القيمة، استقر على عهدة الغاصب حينئذ. فالنتيجة: أن الصحيحة إن دلت على اعتبار قيمة يوم الغصب لزم إما مخالفة قواعد القضاء كما عرفت مفضلاً، وإما حمله على فرد نادر من موارد النزاع كما سيأتي توضيحه قريباً. وإما على التعبد كما سيأتي أيضاً. وإن دلت على ضمان قيمة يوم التلف كان قبول قول المكاري بيمينه وقبول بيّنته مطابقاً لموازين القضاء، بعد حمل مورد الحلف على صورة، ومورد البيّنة على صورة أخرى، هذا.

(١) هذا تقريب مطابقة الصحيحة لموازين باب القضاء بناءً على أمرين:

أحدهما: كون العبرة بقيمة يوم التلف.

ثانيهما: التفكيك بين موردي تقدم قول المالك بيمينه، وبين قبول يمينه، كما

عرفت.

(٢) متعلق بـ «أن يحمل».

(٣) يعني: أن إتفاقهما على القيمة السابقة إما لعلمهما بها، وإما لاستعلام القيمة من الخبراء والمقومين.

(٤) أي: حين إتفاقهما على قيمته سابقاً. والوجه في تقديم قول المالك حينئذ هو إنكاره لما يدّعيه الغاصب من نقصان قيمة المعيب.

(٥) هذه صورة ثانية من صور نزاعهما في قيمة البغل. وفي هذا الفرض تكون وظيفة المالك إقامة البيّنة، ولا مورد ليمينه ولا ليمين الغاصب، وقد عرفت توضيحه بقولنا: «وأخرى فيما إذا إتفقا على عدم تغيير قيمته السوقية ... الخ».

إتفاقها على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فيكون^(١) الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما. و يبقى بعض الصور، مثل: ^(٢) دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة^(٣). و لعلّ حكمها - أعني حلف الغاصب - يُعلم من حكم عكسها^(٤) المذكور في الرواية.

و أمّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلا بدّ^(٥) من حمل

(١) هذا متفرّع على ما تقدّم من حمل مورد قبول حلف المالك على الصّورة الأولى، و حمل مورد قبول يئنته على الصّورة الثانية.

(٢) هذه هي الصّورة الثالثة من صور النزاع، و قد تقدّم توضيحها أيضاً.

(٣) يعني: عن قيمة يوم المخالفة، المتفق عليها بينهما.

(٤) أي: الصّورة الأولى، و هي إختلافها في تنزّل القيمة - يوم التلف - عن قيمتها السابقة المتفق عليها.

هذا كلّهُ في توجيه الصحيحة بناءً على كون العبرة بقيمة يوم التلف.

(٥) غرضه من هذا الكلام إلى الشروع في إستفادة ضمان أعلى القيم هو توجيه الصحيحة بناءً على دلالتها على ضمان قيمة يوم المخالفة، بذكر وجهين، و المناقشة فيها. توضيح الوجه الأوّل: أنّه يمكن تطبيق الصحيحة على قاعدة «الحلف وظيفة المدّعى عليه، و البيّنة وظيفة المدّعي» بحمل قوله عليه الصّلاة و السّلام: «إما أن يحلف هو فيلزمك» على صورةٍ من صور النزاع، و هي ما إذا إتفقا على قيمة البغل في اليوم السابق على يوم المخالفة، بأن كانت خمسين درهماً، ثم إختلفا في قيمته يوم المخالفة، بأن ادّعى الغاصب نقصانها يوم المخالفة إلى أربعين درهماً، و ادّعى المالك بقاءها على الخمسين درهماً، إذ يكون المالك حينئذٍ مُنكراً، لموافقة قوله لأصالة عدم النقصان، فيتّجه قبول قوله مع يمينه.

وكذا الحال لو إتفقا على قيمة البغل في اليوم اللاحق ليوم المخالفة، و هي خمسون درهماً، و لكن الغاصب يدّعي كونها في يوم المخالفة أربعين، فيتّجه قبول يمينه، لموافقة قوله للاستصحاب القهقرائيّ الدالّ على كون قيمته يوم المخالفة خمسين درهماً.

الرّواية على ما إذا إتّفقا على قيمة اليوم السّابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له^(١)، وإدعى الغاصب نقصانه عن تلك^(٢) يوم المخالفة. ولا يخفى بعده^(٣).
و أبعد منه^(٤) حمل النّص على التّعبد، و جعل حكم خصوص الدّابة

والحاصل: أنّه بناءً على حمل الصحيحة على هذه الصورة من صور النزاع لا يلزم مخالفة قاعدة القضاء. لكن ردّه المصنّف رحمه الله تعالى، و سيأتي توضيحه كما سيأتي توضيح الوجه الثاني إن شاء الله تعالى.

(١) أي: ليوم المخالفة.

(٢) أي: عن تلك القيمة المتفق عليها، و الظرف منصوب لـ «نقصانه» أي: وقع النقصان في يوم المخالفة.

(٣) لعل وجهه عدم ابتلاء الغاصب بالبغل قبل المخالفة ليمتثل منه موافقة المكاري على قيمته قبل الاكتراء، فيلزم حينئذ حمل الصحيحة على فرد نادر، لأنّها لو إتّفقا على قيمة البغل قبل المخالفة بيوم - أو بعدها كذلك - كانت دعوى الغاصب نقصان القيمة في يوم المخالفة بعيدة جداً، إذ ليست البغال كسائر أموال التجارة التي تتغير أسعارها و أثمانها تغييراً فاحشاً في يوم أو يومين.

و حيث كان هذا الحمل بعيداً كان الأولى حملها، على الصّورتين المتقدّمتين المبثّنتين على ضمان يوم التلف.

(٤) أي: من حمل الرّواية على ما إذا إتّفقا ... و هذا التّوجيه الثاني يستفاد من فتوى شيخ الطائفة رحمه الله في موضعين من النهاية، و لا بأس بنقل كلامه فيها تسهيلاً للأمر على إخواننا أعزّهم الله تعالى.

فنقول: قال - في باب بيع الغرر و المجازفة و ما يجوز بيعه و ما لا يجوز - مالفته: «و من غصب غيره متاعاً، و باعه من غيره، ثمّ وجده صاحب المتاع عند المشتري كان له إنتزاعه من يده. فإن لم يجده حتى هلك في يد المبتاع رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه إياه ... فإن اختلف في قيمة المتاع كان القول قول صاحبه مع يمينه بالله تعالى»^(١).

أو مطلقاً مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً و فتوى من «كون البيئته على المدعي

و وجهه المحقق بقوله: «إنما كان القول قول المالك، لأن الثابت في الدّمة هو الشيء الموصوب، فإذا ادّعى الغاصب أن القدر المدفوع هو قيمته، و أنكر المالك، كان القول قوله، لأن الغاصب يدّعي خلاص ذمته مما هو ثابت فيها بالقدر المدفوع، و أن القدر هو قيمة ما في الدّمة. و على هذا التخريج لا تكون هذه الصورة خارجة عن الأصل»^(١).

هذا كله فيما إختاره شيخ الطائفة في بيع الموصوب في كتاب المتاجر. و قال في باب الاجارة - في من إكترى دابةً على أن يركبها إلى موضع مخصوص، فتجاوزته - ما لفظه: «و متى هلكت الدابة - و الحال ما وصفناه - كان ضامناً لها، و لزمه قيمتها يوم تعدى فيها. فإن إختلفا في الثمن كان على صاحبها البيئته، فإن لم تكن له بيئته كان القول قوله مع يمينه. فإن لم يحلف ورّد اليمين على المستأجر منه لزمه اليمين، أو يصطلحان على شيء. و الحكم فيما سوى الدابة فيما يقع الخلاف فيه بين المستأجر و المستأجر منه، كانت البيئته على المدعي و اليمين على المدعى عليه»^(٢). و هذا الكلام صريح في إختصاص الدابة الموصوبة بحكم، و هو الجمع بين مطالبة البيئته من المالك، ثم قبول قوله مع اليمين. و الوجه فيه - كما صرح به المحقق في نكت النهاية^(٣) - العمل بصحيفة أبي ولّاد. فتكون مخصصة لقاعدة «البيئته على المدعي و اليمين على المدعى عليه» و أما غير الدابة مما يقع الخلاف في ثمنه فمشمول لعموم القاعدة.

و قد ظهر بما نقلناه من كلمات الشيخ و المحقق رحمهما إختلاف كلامي الشيخ في بابي البيع و الاجارة، ففي بيع الموصوب حكم بتقديم قول المالك مطلقاً، سواء أكان الموصوب دابة أم غيرها. و في باب الاجارة خص الحكم بالدابة الموصوبة

«١» النهاية و نكتها، ج ٢، ص ١٧٩

«٢» النهاية، ص ٤٤٦

«٣» النهاية و نكتها، ج ٢، ص ٢٨٠ و ٢٨١

و اليمين على من أنكر» كما حكى عن الشيخ في بابي الاجارة و الغصب^(١).

عملاً بصحيحة أبي ولّاد. و لأجل هذا الاختلاف عبّر المصنّف بـ «أو» فقال:
«خصوص الذّاتة أو مطلقاً».

إذا إتضح ما ذكرناه - من صحّة نسبة هذا الحمل إلى شيخ الطائفة عليه السلام - قلنا في توضيحه: إنّ الأصل المقرّر في باب القضاء من «أنّ البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعى عليه» حكم شرعيّ كلّيّ كسائر القواعد الشرعيّة العامّة القابلة للتخصيص كقاعدة التجاوز و الفراغ و لا ضرر و لا تعاد و نحوها. وليست أحكاماً كلّيّة آية عن التخصيص.

و حيث كانت صحيحة أبي ولّاد جامعةً لشرائط الحجّية تعيّن تخصيص القاعدة المقرّرة في باب القضاء بها، و يقال: إنّ النزاع في ثمن الذّاتة المغصوبة يختصّ بحكم تعبدّي، و هو تقديم بيّنة المالك و قبول يمينه، و لا يندرج في عموم «البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعى عليه» هذا.

و قد ناقش المصنّف عليه السلام في هذا الحمل بأنّه أبعد من الحمل السابق. و لعلّ وجه الأبعديّة عدم ذهاب أحدٍ إلى التعبدّ و تخصيص قاعدة «البيّنة على المدّعي ...» مع كون تخصيص العامّ جمعاً عرفيّاً واضحاً. و يكفي لاثبات عدم عرفيّة هذا التخصيص إعراض جماعة ممّن نقل فتوى الشيخ عنه، و إعتراضهم عليه كابن إدريس و المحقّق و العلّامة و غيرهم^(٢) قدس الله أسرارهم.

(١) المراد من الغصب هو بيع المغصوب، لا باب الغصب.

هذا تمام الكلام في ترجيح إستظهار ضمان المغصوب بقيمة يوم التلف من صحيحة أبي ولّاد، و عدم وفائها بإثبات ضمان يوم الغصب. و سيأتي الكلام في إستظهار ضمان أعلى القيم من الصحيحة.

«١» راجع: السرائر، ج ٢، ص ٤٦٥؛ شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٨٧، المسألة الثانية؛ مختلف الشيعة،

ج ٦، ص ١٥٠؛ مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٢١.

و أضعف من ذلك^(١) الاستشهاد بالرواية على إعتبار أعلى القيم من حين

ج: القول الثالث: ضمان أعلى القيم

(١) المشار إليه هو الاستشهاد بالصحيحة على كون العبرة بقيمة يوم الغصب. و قد تبّه على ضعفه بقوله: «نعم يمكن أن يوهن ما إستظهرناه من الصحيحة بأنه لا يبعد ... إلخ».

و أُستدلّ على ضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى التلف بوجوه:
أولها: صحيحة أبي ولّاد، على ما صرّح به الشهيد الثاني رحمته و إن لم يذكر تقريب دلالة الصحيحة على ذلك. قال في المسالك في عدّ الأقوال المذكورة في ضمان القيمي: «و ثانيها: ضمان القيمة يوم التلف ... و هذا القول قويّ. إلّا أنّ في صحيحة أبي ولّاد - فيمن إكترى البغل و تجاوزَ به محلّ الشرط - ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين. و لولاها لما كان عن هذا القول عدول»^(١).

و قوّى هذا القول في شرح اللمعة «لما كان هذا الخبر الصحيح».
و لكنّه رحمته إستدلّ بالصحيحة - قبل سطر - على ضمان قيمة يوم الغصب، حيث قال: «و في صحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام في إكتراء البغل و مخالفة الشرط ما يدلّ على هذا القول»^(٢).

و كيف كان فيمكن أن يكون نظره - في دلالة الصحيحة على قيمة زمان الغصب - إلى الظهور البدويّ في جملة «نعم قيمة بغلّ يوم خالفته» كما في مفتاح الكرامة^(٣).

«١» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٦؛ الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٣ و ٤٤؛ و حكاه عنه السيّد العاملي

في مفتاح الكرامة ج ٦، ص ٢٤٤.

«٢» الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٢.

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٤.

وقد تقدّم بيان المصنف رحمه الله في كيفية الدلالة.

و أمّا دلالة الصحيحة على ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى التلف فلم يُبينها الشهيد الثاني رحمه الله ويمكن توجيهها بوجهين.

أحدهما: إستفادة الحكم من جملة «نعم قيمة بغل يوم خالفته» بإلغاء المعنى الحداثي، وإرادة المعنى الاسمي على ما سيأتي توضيحه في التعليقة. ولعلّ هذا الوجه ظاهر الجواهر، حيث قال رحمه الله: «اللهم إلا أن يقال: إنه بناءً على تعلّق الظرف بالفعل المستفاد من قوله: نعم، يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذٍ. بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً، لعدم معقولية ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل: أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفة»^١.

ثانيهما: إستفادة الحكم من مجموع الجملتين، وهما: قوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» وقوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه». بتقريب: أن القيمة المضمونة ليست خصوص قيمة يوم الغصب، بل المستقرّ على ذمّة أبي ولاد - عند تعيب البغل - هو إحدى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، أو إلى ردّه معيّناً إلى المكاري. و من المعلوم إقتضاء إطلاق القيمة بين هذين الوقتين ضمان الجامع بين القيم، و أداء هذا الجامع منوط بدفع الأعلى.

فلو كان ثمن البغل يوم المخالفة خمسين درهماً مثلاً، ثم إرتفع إلى ستين، و تنزّل إلى أربعين، و كان في يوم تلفه أو يوم ردّه معيّناً خمساً و أربعين كان على عهدة الضامن ستون درهماً، لإطلاق قوله عليه السلام: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب» لاستقرار القيمة العليا بمجرد إرتفاع القيمة في الفترة بين الغصب و الرد، أو بين الغصب و التلف. و لا تفرغ الذمّة بأداء القيمة النازلة، لعدم كونها جامعة بين القيم المختلفة في المدة التي كانت العين تحت يد الغاصب.

الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني، إذ^(١) لم يعلم لذلك وجه صحيح، ولم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب^(٢).
نعم إستدلوا على هذا القول^(٣) بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان إرتفاع قيمته.
و فيه^(٤) أن ضمانها

(١) تعليل لقوله: «و أضعف» و التعبير به إنما هو لعدم الظفر بوجه دلالة الصحيحة على ضمان أعلى القيم، و هذا بخلاف دلالتها على ضمان يوم الغصب، فإنها ليست ببعيدة، و لذا إستظهره جماعة كالفاضل الزاقي وغيره، وكذا المصنف في بادئ الأمر، و إن عدل عنه إلى ترجيح إعتبار قيمة يوم التلف.

(٢) قد وجهه صاحب الجواهر رحمته الله كما أشرنا إليه آنفاً، لكنه ضعفه لكونه ضماناً تقديرياً لا تحقيقياً، فراجع.

(٣) كذا في مفتاح الكرامة و الجواهر^(١) أيضاً، و المستدل بهذا الوجه جماعة، منهم الفاضل المقداد و ابن فهد الحلي رحمته الله. وكذا الشهيد الثاني^(٢)، إلا أنه ناقش فيه وإعتمد على صحيحة أبي ولاد، فراجع المسالك.

و كيف كان فحصل هذا الوجه الثاني القول بضمن أعلى القيم بين الغصب والتلف هو: أن العين مضمونة في جميع أزمنة الغصب و المخالفة، و من تلك الأزمنة زمان إرتفاع قيمتها، و لا تفرغ الذمة بدفع قيمة يوم الغصب أو يوم التلف لو كانت أقل القيم في هذه المدة، لفرض إشتغال الذمة بالقيمة العليا.

(٤) هذا رد الوجه المزبور لاثبات ضمان أعلى القيم بين الغصب و التلف، و هو مذكور - مختصراً - في كلام الشهيد الثاني و السيد العاملي و صاحب الجواهر^(٣) رحمته الله.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٤؛ جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤

«٢» لاحظ: التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٧٠. المهذب البارع، ج ٤، ص ٢٥٢. مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٧.

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٤. جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٤. مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٧.

في تلك الحال^(١) إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فسلم، إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها^(٢) لم تتلف فيه.
و إن أريد به إستقرار قيمة ذلك الزمان^(٣) عليه فعلاً^(٤) و إن تنزلت بعد ذلك، فهو^(٥) مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان إرتفاع القيمة مع رد العين.

و حاصله: أنه إن أريد بضمن العين في أزمته الغصب وجوب قيمة ذلك الزمان على تقدير تلفها فيه، فهو مسلم، إذ تداركها حينئذٍ منحصر بذلك. لكنه خلاف المفروض، لأنها لم تتلف، وهذا الضمان التقديرى لم يصح فعلياً.

و إن أريد به أن قيمة ذلك الزمان قد إستقرت عليه و ثبتت على عهده فعلاً - و إن لم تتلف العين و تنزلت قيمته بعد ذلك - فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان إرتفاع القيمة مع رد العين.

و إن أريد به إستقرار القيمة على الغاصب بمجرد الإرتفاع مراعى بالتلف، - يعنى: إن تلفت العين كان إرتفاع القيمة مضموناً، و إن لم تتلف و ردّها على صاحبها لم يضمن تلك القيمة العليا - قلنا: إن هذا الاحتمال و إن لم يخالف إتفاقهم على عدم ضمان إرتفاع القيمة لو رد العين، إلا أن الموهن للإلزام به هو مخالفته لأصالة براءة الذمة عن القيمة المرتفعة، و المفروض عدم وجود حجة على إشتغال الذمة بتلك القيمة العليا.

و بهذا ظهرت الخدشة في إستدلال الجماعة على ضمان أعلى القيم.

(١) أي: في حال إرتفاع القيمة.

(٢) أي: أن العين لم تتلف في زمان إرتفاع قيمتها حتى تُضمن بتلك القيمة المرتفعة، و عليه فضمن هذه القيمة تقديرى، يعنى: لو تلفت العين في ذلك الزمان لكانت مضمونة بتلك القيمة العليا.

(٣) أي: الزمان الذي إرتفعت فيها قيمة العين المضمونة.

(٤) هذا و «عليه» متعلقان بـ «إستقرار» أي: إستقرار القيمة العليا على الضامن لمجرد إرتفاع القيمة في بعض الأزمنة و إن تنزلت بعده.

(٥) جواب قوله: «و إن أريد به».

و إن أُريد إستقرارها^(١) عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو^(٢)
وإن لم يخالف الاتفاق، إلا أنه^(٣) يخالف لأصاله البراءة من غير دليل شاغل^(٤)
عدا ما حكاه في الرياض^(٥) عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من
قاعدة نفي الضرر الحاصل^(٦) على المالك.
وفيه^(٦) نظر، كما اعترف به بعض من تأخر.

(١) أي: إستقرار القيمة المرتفعة على الضامن لمجرد الارتفاع، لكنها منوطة
بالشرط المتأخر، وهو التلف في زمان تنزل القيمة.
(٢) أي: فإستقرار القيمة العليا وإن لم يخالف الاتفاق - إذ معقد الاتفاق على
عدم ضمان إرتفاع القيمة إنما هو مع رد العين، وأما مع التلف فلا إتفاق على عدم ضمانه -
إلا أن وجوب أعلى القيم يخالف لأصاله البراءة.
إلا أن يقال - كما عن الوحيد البهبهاني رحمته - بجريان قاعدة نفي الضرر عن
المالك، الحاكمة على أصل البراءة.
(٣) أي: أن إستقرار إرتفاع القيمة يخالف لأصاله البراءة المقتضية لعدم إشتغال
الذمة بالقيمة العليا.

(٤) أي: شاغل لذمة الضامن.
(٥) صفة للضرر، ووجه تضرر المالك هو عدم تمكنه من العين في زمان إرتفاع
قيمتها، و من المعلوم أن الضرر منفي في الشريعة.
(٦) أي: و في كون نفي الضرر شاغلاً للذمة بأعلى القيم نظر، كما اعترف
صاحب الجواهر بهذا النظر، حيث قال - في ذيل بيان وجه تردد المحقق رحمته في إعتبار
زيادة القيمة و نقصانها بعد التلف - مالفظة: «و لعله لذا قيل: إن وجه القول قاعدة
الضرر، و ذلك لأن عدم تمكنه منها حين إرتفاع القيمة ضرر عليه، و تفويت لتلك
المنفعة العليا، و من هنا كان خيرة العلامة الأكبر الآغا محمد باقر البهبهاني رحمته فيما

نعم^(١) يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع

حكي عنه. إلا أنك قد عرفت فيما تقدّم إقتضاء القاعدة المزبورة ضماناً أعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها، وهو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمة عالية»^(١).

و حاصله: أنّ الضامن مكلف بأداء العين مادامت موجودة مهما كانت قيمتها، ولم تشتغل ذمته بالبدل حتى تقتضي قاعدة نفي الضرر الاشتغال بأعلى القيم.

هذا تمام الكلام في الوجه الثاني مما أُستدلّ به على ضمان أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التلف، وسيأتي تقريبه بوجه آخر يمكن جعله وجهاً ثالثاً للحكم.

(١) هذا استدراك على مناقشته في الوجه الثاني بقوله: «وفيه أنّ ضمانها في تلك الحال ...» و غرضه تقريب الوجه المزبور ببيان آخر يسلم عن المناقشة، و حاصله: وحدة مناط الضمان في الحيلولة و التلف، توضيحه: أنّ العين المضمونة لو تلفت حين إرتفاع قيمتها تُضمّن قيمتها العليا، لكون زمان التلف وقت إشتغال الذمة بالبدل بعد ما كانت مشغولة بالعين.

و الوجه في الضمان جرماً للمالك عن العين و عدم تمكّنه من الإنستفاع بماله. و هذا المناط موجود في صورة بقاء العين في يد الضامن حين إرتفاع قيمتها، فإنها وإن لم تتلف، لكنّ حيلولة الضامن بين المالك و ملكه، و منعه عن التصرف فيه موجبة لضمان القيمة المرتفعة و إن كان تلفها في زمان تنزّل قيمتها.

نعم لا يقتضي هذا الوجه ضماناً أعلى القيم لو ردّ الضامن العين إلى المالك في زمان تنزّل القيمة، و ذلك لأنّ ردّ العين يوجب تدارك تلك القيمة العليا، و لولا هذا التدارك لزم ردّ التفاوت - بين القيمة الفعلية و أعلى القيم - عند ردّ العين. هذا محصل التوجيه، و سيأتي في المتن مزيد توضيح له.

الأزمة - بأن^(١) العين إذا إرتفعت قيمتها في زمانٍ و صارَ ماليّتها مقومةً بتلك القيمة^(٢)، فكما أنه إذا تلفت حينئذٍ^(٣) يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها^(٤) و بين المالك حتى تلفت، إذ^(٥) لا فرق - مع عدم التمكن منها - بين أن تتلف أو تبقى.

نعم^(٦) لو رُدّت تدارك تلك الماليّة بنفس العين. و إرتفاع^(٧) القيمة السوقية أمر إعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالاً، و إنّما هو مقوم لماليّة المال، و به تمايز الأموال كثرةً و قلةً.

(١) متعلّق بـ «توجيه» و بيان له.

(٢) أي: القيمة المرتفعة.

(٣) أي: حين صيرورة ماليّة العين مقومةً بتلك القيمة العليا.

(٤) أي: بين العين و بين المالك.

(٥) تعليلٌ لوجوب تدارك العين بالقيمة العليا.

(٦) إستدراك على ضمان القيمة العليا، يعني: أنّ مناط ضمان أعلى القيم و إن كان

موجوداً في صورة بقاء العين عند الغاصب، إلّا أنّ ردّ العين - في زمان تنزّل القيمة - جابر لتلك القيمة العليا.

(٧) هذا دفع دخلٍ، حاصله: أنّ القيمة المرتفعة لو كانت مضمونة لم يختلف

الحال بين بقاء العين - و ردّها بعد ذلك - و بين تلفها، فكيف حَكَم الماتنُ بتدارك القيمة العليا برّد العين و عدم ضمانها؟

و حاصل الدّفع: أنّ إرتفاع القيمة السوقية أمرٌ إعتباري غير مضمون، و إنّما

المضمون هو العين المتمولة التي إستولى عليها الضامن. و هذا الأمر الاعتباري ليس بمالٍ حقيقةً، بل يكون مقوماً لماليّة العين، و لهذا حكموا بفراغ ذمّة الضامن برّد نفس العين ما لم تسقط عن الماليّة، كما تقدّم في التنبيه السادس في مثال الماء على الشاطئ.

و الحاصل^(١): أن للعين في كلِّ زمانٍ من أزمنة تفاوت قيمته مرتبةً من المائتة أزيلت يد المالك منها، وإنقطعت سلطنته عنها، فإن رُدَّت العين فلا مال سواها يضمن^(٢). وإن تلفت إستقرَّت عليها تلك المراتب، لدخول الأدنى تحت الأعلى^(٣). نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنه يضمن الأعلى منها^(٤).

و الثلج في الشتاء.

ففي المقام يُفصل بين تلف العين و بقائها، فإن تلفت في زمان إرتفاع قيمتها ضمن قيمتها حين التلف. وإن بقيت و نقص قيمتها و رُدَّها إلى المالك لم يضمن إرتفاع قيمتها، وإن كان مناط الضمان - وهو حرمان المالك عن ماله في زمان أعلى القيم - موجوداً في حالتي البقاء و التلف.

(١) يعني: وحاصل توجيه الاستدلال على ضمان أعلى القيم هو: أن للعين ... الخ.
(٢) لما تقدّم من أن إرتفاع القيمة و رغبة العقلاء و إن كان مقوِّماً للمال، إلا أن المضمون هو المال، لا المائتة، فلا يضمن أعلى القيم لو رُدَّ العين إلى مالكها.
(٣) فلا يلزم الجمع بين القيمة العليا و المتوسطة و النازلة، بل يكفي دفع القيمة الجامعة بين تمام القيم، و هي أعلى القيم خاصّة.

(٤) و لا يضمن جميع تلك المنافع الفائتة، قال في الجواهر: «إنما الكلام فيما لو تعدّدت منفعه كالعبد الخياط الحائك، ففي القواعد في موضع منها: و المنافع المباحة مضمونة بالقوات تحت اليد و التفويت. ولو تعدّدت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها، ولا تجب أجره الكلّ ...»^(١) و المسألة لا تخلو من بحث، فراجع الجواهر. و إلى هنا تمّ توجيه المصنّف رحمه الله للإستدلال، و سيأتي الاستشهاد عليه بكلام العلامة رحمه الله.

و لأجل ذلك^(١) إستدلّ العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: «لأنّه زمان إزالة يد المالك»^(٢).

و نقول في توضيحه: إنّ كلّ زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليّته^(٣)، ففي زمان أزيلت من مقدار درهم، و في آخر عن درهين، و في ثالث عن ثلاثة، فإذا إستمرّت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامة أكثرها، فتأمّل^(٤).

(١) أي: لأجل كون الحيلولة سبباً للضمان إستدلّ ... الخ، لأنّ إزالة يد المالك حيلولة حقيقة بين المال و مالكه، و مانعة عن سلطنة المالك على ماله. و الظاهر أنّ نظر المصنّف في قوله: «و لأجل ذلك» إلى جعل إزالة يد المالك وقطع سلطنته عن ماله موجبة للضمان، ولذا جعل العلامة إنقطاع السلطنة سبباً له، لأنّ يوم الغصب زمان إنقطاع السلطنة. فنظر المصنّف في أصل الضمان من ناحية إزالة يد المالك عن ماله، لا في كيفيّته، و إلّا كان عليه الالتزام بأعلى القيم كما قرّبه في المتن.

و بعبارة أخرى: تعليل العلامة ناظر إلى ضمان يوم الغصب، مع أنّ المصنّف في مقام الاستدلال على ضمان أعلى القيم، فالاستشهاد بعبارة التحرير لإثبات ضمان أعلى القيم منوط بتقريب آخر، و هو ما أفاده المصنّف بقوله: «إنّ كلّ زمان من أزمنة الغصب ...».

(٢) قال في التحرير: «فالأكثر على ضمان القيمة يوم الغصب، لأنّه الوقت الذي أزال يده عنه»^(١).

(٣) أي: ماليّة العين في كلّ زمان من أزمنة الغصب، فالأولى تأنيث الضمير. (٤) الظاهر أنّه إشارة إلى ما ذكرناه من عدم إبتناء قول العلامة - بضمان قيمة يوم الغصب - على ما أفاده المصنّف، بل على خصوص كون سلب سلطنة المالك موجبا للضمان.

أو اشارة إلى: عدم كون الحيلولة عن القيمة كالحيلولة عن العين، بكون حيلولة

و إستدلّ في السرائر و غيرها على هذا القول^(١) بأصالة الاشتغال،
لاشتغال ذمته بحق المالك، و لا يحصل البراءة إلا بالأعلى.
و قد يجاب^(٢) بأن الأصل في المقام البراءة، حيث إنّ الشكّ في التكليف
بالتزائد.

العين موجبة لضمان القيمة العليا، بخلاف الحيلولة عن القيمة مع بقاء العين، فإنّها لا
توجب ضمان إرتفاع القيمة.

(١) أي: على القول بضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف، و هذا إشارة
إلى وجه ثالث يظهر من كلام ابن إدريس، قال ثُمَّ كُنَّا: «فإن لم يردّها - أي العين
المغصوبة - حتى هلكت العين لزمه ضمان قيمتها بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى
حين التلف، لأنّه إذا أدّى ذلك برئت ذمته بيقين، و ليس كذلك إذا لم يؤدّه»^(١).

و علّله في باب البيع «ببقاء المال على ملك صاحبه، ما إنتقل عنه»^(٢). و ظاهره
وجود الدليل على ضمان أكثر القيم، فراجع.

و كيف كان فتقريب إقتضاء قاعدة الاشتغال بالضمان بالقيمة العليا هو: أنّ ذمّة
الضامن إشتغلت بمالّيّة المغصوب في جميع المدة من القبض إلى التلف، و منها زمان
إرتفاع القيمة، و يشكّ في فراغ الذمّة بدفع القيمة النازلة أو المتوسطة، و قد تقرّر
إقتضاء الاشتغال اليقينيّ للفراغ كذلك.

(٢) الظاهر أنّ المجيب هو صاحب الجواهر قال ثُمَّ كُنَّا: «ودعوى أنّه - أي الوجه -
قاعدة الاشتغال ... يدفعها ما تحقّق في الأصول من أنّ مثله يجري فيه أصل البراءة،
ضرورة رجوعه إلى الشكّ في التكليف بين الأقلّ و الأكثر»^(٣).

و محصّله: أنّ الشكّ في ضمان القيمة السفلى أو العليا يكون من موارد الشكّ في
الأقلّ و الأكثر الاستقلاليّين، و هو مجرى أصالة البراءة لا الاشتغال.

«١» السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٤٨١

«٢» المصدر، ص ٣٢٦

«٣» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٦

نعم^(١) لا بأس بالتَّمَسُّكِ باستصحاب الضَّمان المستفاد من حديث اليد (*).

(١) إستدراك على عدم صغروية المقام لقاعدة الاشتغال، و غرضه تبيُّه إثبات وجوب أعلى القيم بوجه رابع و هو الاستصحاب، بتقريب: أنَّ حديث «على اليد» يدلُّ على الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير إلى زمان أدائه أو أداء بدلله، فالحالات الطارئة على العين مضمونة، و منها إرتفاع قيمتها، فلوتلفت العين حين نقص قيمتها، و دَفَعَ تلك القيمة النازلة إلى المالك يُشكَّ في فراغ ذمته عما إشتغلت به قطعاً، و من المعلوم أنَّ مقتضى الاستصحاب وجوب دفع أعلى القيم. هذا.

و لا يخفى أنَّه لو جرى الاستصحاب كان حاكماً على كلِّ من أصالة الاشتغال المثبتة لأعلى القيم، و أصالة البراءة النافية له. و ظاهر سكوت المصنِّف تبيين إرتضاؤه له، إلَّا أن يستفاد مبناه ممَّا تقدَّم من تسالمهم على عدم ضمان إرتفاع القيمة لو كان التلف حين نقصها.

(*) لا يخفى أنَّه قد استدُلَّ على اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف

بوجوه:

الأول: ما أفاده الشهيد الثاني في المسالك و الروضة، و تقدَّم كلامه في التوضيح. و قيل في توجيه الاستدلال على ذلك: بأنَّ المغصوب مضمون على الغاصب في جميع أزمنة الغصب التي منها زمان إرتفاع القيمة، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً، ضرورة أنَّ المراد من يوم المخالفة في الصحيحة إنَّما هو طبعي يوم المخالفة الذي يصدق على كلِّ يوم من أيَّام الغصب، لا اليوم الخاص.

و عليه فإنَّ ردَّ الغاصب نفس المغصوب فهو، وإلَّا فإنَّ ردَّ أعلى القيم فقد ردَّ قيمة يوم المخالفة بقولٍ مطلق، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا، ضرورة أنَّه لا يجب على الغاصب قيَمَ متعدِّدة بتعدُّد أيَّام المخالفة. كما أنَّه لو ردَّ القيمة النازلة لما ردَّ قيمة يوم المخالفة بقولٍ مطلق، بل أدَّى قيمة بعض أيَّام المخالفة.

وبالجملة: مبنى هذا التوجيه إرادة معنى إسم المصدر من المخالفة، بحيث ينسلخ عن المعنى المصدري أي إحداث المخالفة، وإرادة الجنس أو الاستغراق من «اليوم» فيعم جميع أيام المخالفة التي منها يوم أعلى القيم. لأن علة الضمان - وهي الغصب - مادامت موجودة لاقتضت الضمان، فلا اختصاص لأن حدوث الغصب. فتدل على لزوم قيمة كل يوم تكون المخالفة فيه موجودة حتى يوم أعلى القيم، ولازمه ضمان أعلى القيم الجامع لقيم تمام أيام المخالفة، هذا.

وفيه: أنه خلاف الظاهر من المخالفة حدوثاً، وهو منحصر بوقت واحد. والظاهر أنه إشتبه الضمان التعليقي بالتنجيزي، فإن القيمة العليا مضمونة مع التلف. وأما بدونه فلا، فلو تنزلت قيمته لأجل السوق - لالزوال صفة دخيلة في المالية - لم يضمن الغاصب تلك القيمة المرتفعة.

وبالجملة: ضمان أعلى القيم فعلاً منوط بالتلف في يوم أعلى القيم، و الضمان المعلق على التلف لا يثبت فعليّة الضمان في غير حال التلف. و عليه فالاستدلال بالصحيحة على الضمان الفعلي لأعلى القيم غير وجيه، لأن ضمان قيمة العين في أزمته الغصب وإن كان ثابتاً، لكنه تعليقي، لكونه معلقاً على التلف. و مع بقاء العين و ردّها إلى المالك لا ضمان لأعلى القيم إجماعاً.

الثاني: ما حكاه السيّد صاحب الرياض عن خاله الوحيد البهبهاني رحمته الله: من قاعدة الضرر الوارد على المالك^(١). ولكن تنظر فيه الجواهر بما مرّ في التوضيح^(٢).

و يرد على الجواهر: أن الإجماع على عدم جريان قاعدة الضرر في صورة ردّ نفس العين لا يقتضي سقوط القاعدة في غيره من الموارد التي لا إجماع على خلافها، فلا مانع من إجراء القاعدة في صورة تلف العين.

فالعمدة في عدم جريان قاعدة الضرر في مورد تلف العين هي: أن القاعدة تنفي

«١» رياض المسائل، ج ٢، ص ٣٠٤

«٢» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٥

الحكم الضرري، ولا تثبت حكماً يلزم من عدم ثبوته الضرر كالمقام، فإن قاعدة الضرر لا تثبت الضمان الذي يلزم من عدم جعله الضرر على المالك.

الثالث: أن الغاصب باستيلائه على مال الغير إشتغلت ذمته به، فلو أدى المغصوب بعينه أو قيمتها العليا مع تلفها برئت ذمته قطعاً. وأما لو أدى قيمتها المتوسطة أو السفلى، فلا يعلم بصدق النادية وبفراغ ذمته، فيستصحب إشتغال ذمته إلى أن يؤدي القيمة العليا. وفيه: أن المورد من صغريات الأقل والأكثر الاستقلاليين، فيؤخذ بالأقل، لأنه المتيقن، وتجري البراءة في الزائد عليه، فالشك إنما هو في حدوث الإشتغال بالأكثر، لا في البقاء حتى يجري فيه الاستصحاب.

ولو سلم، فإن جرى الاستصحاب في ضمان نفس العين في الذمة فلازمه دفع الغاصب قيمة يوم الرد، لا أعلى القيم. وإن جرى في ضمان القيمة فيرد عليه: أن المتيقن هو إشتغال ذمته بالقيمة النازلة، وأما الزائد عليها فهو مشكوك فيه، فتجري فيه البراءة. فما هو المتيقن قد ارتفع قطعاً، وغيره لم يتعلق به اليقين من الأول.

والحاصل: أن الاستصحاب إما لا يجري أصلاً، وإما يجري ولكن الثابت به هو قيمة يوم الرد، لا أعلى القيم.

الرابع: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله من قوله: «فالأحسن في الاستدلال على ضمان أعلى القيم أنه يصدق عند صعود القيمة أن الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة، ومقتضى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ جواز أخذ تلك المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه»^(١).

وفيه: ما تقدم سابقاً من عدم دلالة الآية على الضمان، فضلاً عن الضمان بأعلى القيم.

الخامس: ما أفاده المصنف من إستصحاب الضمان.

و فيه: أنه إن أُريد به ضمان نفس العين حتى بعد تلفها بأن تكون العين على العهدة إلى يوم الأداء، ففيه: أن مقتضاه إعتبار قيمة يوم الأداء، سواء أكانت أعلى القيم أم غيره. وإن أُريد به ضمان القيمة فالثابت منها هو الأقل، لكون الزائد منفيًا بالبراءة. نعم إذا شك في أن الثابت على العهدة عند تلف العين هو المثل أو القيمة - وحيث إنهما متباينان - فاللزام دفع القيمة العليا، لتوقف العلم بالفراغ عليه. والحاصل: أن العلم بأداء ما في الذمة منوط بإعطاء القيمة العليا، سواء أكان ما في الذمة نفس العين أم القيمة أم المثل، فإن استصحاب ما في الذمة جارٍ إلى دفع أعلى القيم إلى زمان الأداء، هذا.

تكملة: لا يخفى أن ما ذكر من ضمان إرتفاع القيمة إنما هو بحسب الأزمنة. وأما بحسب الأمكنة، فعلى القول باعتبار يوم التلف - كما ربما يستفاد من صحيحة أبي ولاد وسائر أدلة الضمان - لا ينبغي الاشكال في ضمان مكان التلف أيضاً، لأن ظاهر أدلة ضمان القيمة في القيمات التالفة هو القيمة الفعلية، وهي قيمة حال التلف في مكان التلف، لدخل المكان في القيمة. وأما قيم سائر الأمكنة فهي تقديرية، كتقديرية سائر الأزمنة، إذ يقال: لو كان هذا الشيء في مكان كذا كانت قيمته كذا. وهذا خلاف ظاهر أدلة الضمان.

و على القول باعتبار زمان الغصب - كما استظهره الشيخ وغيره من صحيحة أبي ولاد - فيشكل الالتزام بقيمة مكان التلف، لأن إعتبار قيمة يوم الغصب في مكان يقع فيه التلف بعد ذلك مما لا يستظهر من الأدلة، فإنه تقييد في الأدلة من غير دلالة فيها عليه، بل تعيين قيمة يوم الغصب يدفع إعتبار قيمة مكان التلف.

لا يقال: إن مقتضى الجمع بين الضمان بيوم التلف كما هو قضية إطلاق أدلة الضمان، وبين صحيحة أبي ولاد الدالة على إعتبار يوم الغصب هو ضمان قيمة يوم الغصب في مكان التلف.

فإنه يقال: مضافاً إلى عدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان قيمة يوم الغصب كما تقدم إنه ليس جمعاً عرفياً، لأنَّ الصحيحة على فرض دلالتها على ضمان يوم الغصب ظاهرة في ضمان ذلك المكان أيضاً، لا المكان الآخر، فإنَّ إعتبار المكان الآخر قيد زائد ينفيه إطلاق أدلة الضمانات.

و بالجملة: فالمضمون هو القيمة الفعلية حال التلف المنوطة بلحاظ مكان التلف. و أما بناءً على إعتبار قيمة يوم الغصب فالمدار على قيمته في مكان الغصب كزمانه، لأنَّ حدوث ضمان القيمة كان بزمان الغصب المستلزم لدخل خصوصية مكان الغصب فيه، لدخل ذلك المكان في القيمة المقدرة بيوم الغصب.

و ينبغي التعرّض للفوائد التي تظهر من صحيحة أبي ولاد.

الأولى: أن الافتراء على الله سبحانه وتعالى يوجب الحرمان من فضله، وإستحقاق عذابه و غضبه، لقوله عليه السلام: «بعد ما قصّ عليه أبو ولاد الواقعة - : «في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها» بل المستفاد منه حرمان الآخرين أيضاً، وإحاطة البلاء بهم، و عدم إختصاص العقوبة الدنيوية بالمفتري عليه جلّ و عزّ، لأنَّ حبس قطر السماء و بركة الأرض ضيقٌ على الجميع، حتى الصبيان والحيوانات، فيلزم إحتراق الكل بنارٍ أشعلها المفتري، نعوذ بالله من شرور أنفسنا.

الثانية: ضمان المنافع المستوفاة بأجرة المثل، حيث إنَّ أبا ولاد إستوفى منفعة البغل، فركبه إلى النيل ثمَّ إلى بغداد، ثمَّ منه إلى الكوفة. لقوله عليه السلام: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ... توفيه إياه». و المستفاد منه أمور:

الأول: ضمان كراءات ثلاثة، لاختلاف المسافات بين كلِّ بلدين، و لا يكفي دفعُ أجرة واحدة للسّير من كوفة إلى بغداد ثمَّ العودُ إلى كوفة. و ذلك لعدم السّير من الطريق المتعارف، و عدم كون «النيل» في الجادة المستقيمة بين كوفة و بغداد. و لا ريب حينئذٍ

في إختلاف أجور المثل، فتكون كلها مضمونة.

الثاني: أن الغاصب يضمن أجره مثل المنفعة المستوفاة، فلا تفرغ الذمة بدفع أقل منها، ولا يجوز للمغصوب منه مطالبة زيادة عليها. نعم يستحق المالك الأجرة المسماة أيضاً. ولا ينافيه عدم إستيفاء المنفعة الخاصة التي وقع العقد عليها بين المكاري وأبي ولاد.

و الوجه في عدم المنافاة: أن المكاري سلمه البغل ليسير عليها إلى قصر بني هبيرة، فخالفه أبو ولاد بإرادته وإختياره بعد أن أخبر بخروج الغريم إلى النيل.

الثالث: نفي قاعدة «الخراج بالضمان» التي إستند إليها قاضي الكوفة، فإن الإمام عليه السلام ضمن أبا ولاد أجره بالمنافع مع كونه ضامناً لنفس العين، كما ورد في فقرتين من الصحيحة. و عليه فقاعدة «الخراج بالضمان» إما ساقطة من أصلها، وإما مخصوصة بالعقد الصحيح كما تقدم شطر من الكلام حولها في الأمر الثالث، فراجع (ص ٢٣٦ الى ٢٥٠).

الرابع: عدم ضمان المنافع الفائتة، لأن الصحيحة تكون في مقام بيان تمام الوظيفة، فسكوئها عن المنافع غير المستوفاة دليل على عدم ضمانها. وهذا ربما يعارض القول بضمانها كما مر تفصيله في الأمر الثالث.

و يمكن الجواب عنه بعدم كون الصحيحة في مقام بيان جميع ما يضمنه أبو ولاد، لأن السؤال كان عن خصوص المنافع المستوفاة، فتدبر.

أو يقال: بالاعراض عن هذا السكوت، فلا معارض للقول بالضمان.

الثالثة: عدم إحترام مال يصرفه الغاصب في حفظ العين المغصوبة، حيث إنه عليه السلام أجاب السائل - عن الدراهم التي صرّفها في تعليق البغل - بقوله: «لا لأنك غاصب». و يستفاد منه أيضاً أن مخالفة مقتضى عقد الاجارة توجب تبديل اليد الأمانية بالعادية الضمانية، وإلا فالعين المستأجرة أمانة بيد المستأجر لا يضمنها لو تلفت بنفسها.

الرابعة: ضمان القيمي بالقيمة، لقوله عليه السلام: «قيمة بغل يوم خالفته» بناءً على إرادة البغل المغصوب، لا قيمة بغل مثله، وإلا دلت على ضمان المغصوب بالمثل وإن كان قيمياً. وقد تقدّم تفصيله في الأمر السابع.

كما يستفاد من هذه الفقرة ضمان قيمة يوم القبض بناءً على إستهارة المصنف رحمته الله أولاً، أو قيمة يوم التلف كما قال به آخرون.

الخامسة: صحة ضمان الأعيان الخارجية، لأن ضمان قيمة يوم الغصب يكشف عن صيرورة العين مضمونة في يوم الغصب. لكن الضمان في صورة وجود العين تعليلي، وفي صورة تلفها تنجيزي، ضرورة أن العين ما دامت موجودة وجب ردّها لاقيمتها، ف ضمان قيمتها معلق على تلفها، فتبدّل اليد الأمانية بالعدوانية يوجب ضماناً تعليلياً لم يكن قبل التبدّل المزبور، إذ مع فرض أمانية اليد لا ضمان أصلاً لا فعلياً ولا تعليلياً كما لا يخفى،

مركز تحقيق كاتبيت علوم اسلامی

السادسة: ضمان التفاوت بين الصحة والعيب.

وبعبارة أخرى: ضمان وصف الصحة في العين المغصوبة. وذلك لقوله عليه السلام - في جواب سؤال أبي ولاد عن إصابة كسر وشبهه بالبغل - : «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم تردّه عليه». وظاهره إعتبار الأرش بقيمة يوم الرد، لا يوم حدوثه.

السابعة: أنه يستفاد من قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكتري كذا وكذا، فيلزمك» إعتبار الاستصحاب، حيث إن قيمة يوم الاكتراء تستصحب إلى زمان الغصب، فإن إطلاق إعتبار قيمة يوم الاكتراء يقتضي إعتبارها ولو مع تخلّل زمان بين زمني الاكتراء والغصب يمكن تغيير القيمة فيه، فإن قول المالك بعدم تنزّل القيمة من يوم الاكتراء إلى يوم الغصب يكون موافقاً للأصل أعني به الاستصحاب.

و منه يظهر تقدّم قول المالك أيضاً في صورة إتفاقهما على قيمة معيّنة في يوم الاكتراء، وإختلافهما في التنزّل وعدمه، حيث إنّ قول المالك بعدم التنزّل موافق للأصل. والحاصل: أنّ الجملة المزبورة تدلّ ولو بالالتزام على اعتبار الاستصحاب في قيمة يوم الاكتراء.

الثامنة: أنّ الجملة المزبورة تدلّ على حجّة الاستصحاب في مؤدّيات الطرق والأمارات، و أنّ مؤدّي الأمارات كالمعلوم في جريان الاستصحاب فيها إذا شكّ في بقائها، فإنّ هذه الجملة تصلح لاثبات أعميّة اليقين المعتبر في الاستصحاب من الوجدانيّ و التعبديّ، فلا حاجة إلى إثبات أعميّة اليقين إلى التّشبيّه بأدلة حجّة الأمارات، و دعوى: أنّها تنزّل غير العلم منزلة العلم، كما هو ظاهر.

التاسعة: إنّ المناط في الخروج عن العهدة بإحلال صاحب الحق هو كون الداعي إلى الإحلال أمراً واقعياً، لا الأعم منه و من الاعتقاديّ وإن خالف الواقع. و هذه الفائدة يكثر نفعها في الفقه جداً.

و تستفاد هذه من جوابه عليه السلام لكلام أبي ولّاد: «إني أعطيتهم دراهم و رضي بها و حلّلتني» حيث قال عليه السلام: «إنما رضي فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، ولكن إرجع إليه و أخبره بما أفتيتك به ...».

العاشرة: إنّ الإبراء إيقاع، فلا يتوقّف على القبول، لقوله عليه السلام: «فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك».

هذا ما إستفدناه من الصحيحة، و قد أشار الشيخ الأعظم رحمه الله إلى تضمّنها لها بقوله: «مشملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة» و لعلّه أراد منها ما ذكرناه من الفوائد، أو أراد ما هو أزيد منها، ممّا ربّما تظهر بالتأمل فيها. و فقنا الله تعالى للاستنارة بكلمات أوليائه الأنعة المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين.

ثم إنه ^١ حكى عن المفيد والقاضي والحلي: الاعتبار بيوم البيع في

د : ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع

(١) هذا إشارة إلى قول رابع في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، ذهب إليه الشيخ المفيد والقاضي ابن البراج وأبو الصلاح الحلبي ^٢ على ما نقله عنهم العلامة في المختلف في بيع الغرر والمجازفة ^٣.

وهذا القول يختص به حكم المبيع فاسداً، ولا يشمل حكم المغصوب، فلا يضمن المبيع بيوم قبضه ولا بيوم تلفه ولا بأعلى القيم بينهما، بل يضمن بقيمة يوم البيع سواء قبضه المشتري فيه أم لا. كما أن ظاهر هذا القول التفصيل في فساد البيع بين أن يستند إلى جهالة الثمن وعدم تعيينه في العقد، فيضمن المبيع بقيمة يوم البيع، وبين غيرها من إختلال شرط الصحة، فيضمن بقيمة القبض والأخذ.

وكيف كان فهذه الفتوى تظهر من النهاية أيضاً، حيث قال: «و من إشتري شيئاً بحكم نفسه، ولم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك الشيء في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم إبتاعه ... الخ» ^٢. والشاهد في هذه الجملة الأخيرة، حيث أوجب على المشتري قيمة يوم البيع، لا قيمة يوم القبض.

ولعل نظرهم في هذا الحكم إلى صحة رفاة الخناس، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلاً بجمارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني. وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه [إليه] ما نقص من القيمة. وإن كان غنها أقل مما بعثت إليه فهو له. قلت: جعلت فداك: إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردّها، ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة

«١» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٣ و ٢٤٤؛ المقنعة، ص ٥٩٣؛ الكافي لأبي الصلاح، ص ٣٥٣، ولم

أظفر بالمطلب في جواهر الفقه لابن البراج.

«٢» النهاية و نكتها، ج ٢، ص ١٤٥ و ١٤٦

ما كان فسادُه من جهة التفويض^(١) إلى حكم المشتري.
و لم يعلم له^(٢) وجهٌ. و لعلهم^(٣) يريدون به يوم القبض، لغلبة إتحاد زمان

والعيب منه»^(١).

و الشاهد في قوله عليه السلام: «أرى أن تقوم الجارية قيمةً عادلة» و ذلك بناءً على
تمامية أمور ثلاثة:

الأول: فسادُ البيع الذي فُوض فيه تعيين الثمن إلى المشتري - كما هو مورد
الرواية - على ما هو المشهور، بل قيل بعدم خلاف فيه إلا من صاحب الحقائق.
فلوقيل بصحته خرجت المسألة عن المقبوض بالبيع الفاسد.

الثاني: صيرورة الجارية بعد المسّ أم ولدٍ، حتى تصير بمنزلة التالف، و يتجه
حينئذ ضمان قيمتها، لإمتناع ردها إلى بائعها شرعاً.

الثالث: أن يكون المراد من قوله عليه السلام: «قيمةً عادلة» قيمة يوم البيع.
فإن تمت هذه الأمور الثلاثة كانت الصحيحة دليلاً تعبدياً على لزوم قيمة يوم
البيع فيما كان منشأ فساد تفويض الثمن إلى تعيين المشتري بعد العقد، و يختص بمورده.
وإن لم تتم - كما هو الظاهر - كان المقبوض بالبيع الفاسد محكوماً بحكم الغصب.

(١) يعني: إيكال تعيين الثمن إلى المشتري، بأن يقول البائع له: «بعثك هذا
بما حكمت به من الثمن» أو: «بعثك هذا بأي ثمن شئت». و هو باطل عندهم، لفقد
الشرط و هو معلومية العوضين.

(٢) أي: ولم يعلم لاعتبار قيمة يوم البيع وجهٌ. بل المناط في ضمان المبيع فاسداً
بيوم القبض، و صحيحة رفاة غير ظاهرة في إعتبار قيمة يوم البيع من حيث إنه يوم
البيع، لظهورها في تحقق القبض في يوم العقد، فلو اعتبر تقويم الجارية بقيمة يوم البيع
احتمل أن يكون لاتحاده مع يوم القبض، فيتحد مفادها مع قول المشهور من ضمان
يوم القبض.

(٣) غرضه توجيه كلامهم حتى لا يخرج عن حيز الأقوال المذكورة في ضمان

البيع و القبض، فافهم^(١).

ثم إنه^(٢) لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف

المغصوب، إذ بناءً على ظاهر كلمات هؤلاء ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد - بضمان قيمة يوم البيع - عن المغصوب، فالمصنّف إحتمل إرادة يوم القبض من «يوم البيع» حتى لا ينفرد المقبوض بالبيع الفاسد بحكم يخصّه.

(١) لعلّه إشارة إلى بُعد هذا التوجيه، لأنه خلاف الظاهر من دون قرينة.

و قد تحصل من الأبحاث المتقدمة في الأمر السابع: أن القيميّ يضمن بقيمته يوم تلفه، لا بقيمة يوم القبض و الغصب، و لا بأعلى القيم بين الغصب و التلف، من دون فرق بين المغصوب و المقبوض بالبيع الفاسد، و لا بين كون منشأ الفساد تفويض الثمن إلى حكم المشتري، أو إختلال شرط آخر.

و سيأتي لبحث ضمان القيميّ تنمّة تتضمّن أموراً ثلاثة:

أحدها: حكم زيادة قيمة القيميّ بعد تلفه.

ثانيها: إختلاف قيمة القيميّ بحسب الأمكنة في ما كان بلد الغصب مغايراً لبلد

التلف.

ثالثها: ضمان إرتفاع القيمة لو كان لزيادة في العين.

حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف

(٢) هذا شروع في الأمر الأول، و توضيحه: أن محطّ الأقوال المتقدمة - من ضمان قيمة يوم الغصب أو التلف أو الأعلى بينهما - إنما هو زيادة قيمة العين المضمونة في المدة التي كانت عند الضامن، فلو لم ترتفع قيمتها عنده حتى تلفت، و زادت قيمة أمثالها بعده لم تكن هذه الزيادة مضمونة، لما عرفت من أن موضوع الأقوال المتقدمة بقاء العين حتى يدعى ضمان أعلى قيمها، لوقوع العين في حالة زيادة القيمة تحت يد الضامن، و من المعلوم فقد هذا المناط لو كان إرتفاع القيمة بعد التلف.

على جميع الأقوال (*) إلا أنه تردّد فيه^(١) في الشرائع.

وهذا وإن كان واضحاً، إلا أن المحقق رحمته الله تردّد فيه، وقال: «و لا عبرة بزيادة القيمة و لا بنقصانها بعد ذلك - أي التلف - على تردّد^(١)».

و وجهه الشهيد الثاني بقوله: «نعم لو قلنا بأن الواجب في القيمي مثله - كما ذهب إليه ابن الجنيد مخيراً بين دفع المثل و القيمة، و مال إليه المصنّف في باب القرض - إنجبه وجوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها، كما في المثلي. و المصنّف رحمته الله تردّد في ذلك، لما ذكرناه من الشك في كون الواجب في القيمي المثل أو القيمة»^(٢).

و نحوه كلامه في الروضة فراجع. و محصّله: أن الشك في المبنى يستلزم الشك في الفروع المبتنية عليه.

(١) أي: في عدم العبرة بزيادة القيمة بعد التلف.

(*) بل ينافيه القول باعتبار قيمة يوم الأداء، لكونها قيمة للتالف بعد مراعاة قيمته في أزمته تلفه. و يشهد له آية الاعتداء و قاعدة نفى الضرر بناءً على صحّة التمسك بهما في الضمانات، فيكون ما بعد التلف كما قبله.

إلا أن يريد المصنّف من قوله: «جميع الأقوال» خصوص الأقوال الثلاثة التي تعرّض لها في الأمر السابع، و هي اعتبار قيمة يوم الغصب و التلف و الأعلى بينهما، إذ لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على هذه الأقوال الثلاثة.

و ما في بعض الكلمات من «توجيه عدم ضمان زيادة القيمة بعد التلف حتّى على

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٠

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٨٨؛ الروضة البهية، ج ٧، ص ٤٠ و نحوه في جواهر الكلام، ج ٣٧،

و لعلّه^(١) - كما قيل^(٢) - من جهة إحتال كون القيمي مضموناً بثله، و دفع القيمة إنما هو لاسقاط المثل^(٣).

و قد تقدّم^(٤) أنه مخالف لاطلاق النصوص و الفتاوى.

(١) أي: و لعلّ تردّد المحقق رحمته و قوله: «من جهة» خبر قوله: «و لعلّه».

(٢) القائل - كما عرفت - هو الشهيد الثاني و غيره.

(٣) فيكون المثل مستقرّاً في الذمة إلى زمان دفعه أو دفع قيمته، فلم ينتقل الضمان من المثل إلى القيمة بمجرد تلف العين المضمونة حتى لا يُضمن إرتفاع القيمة بعد التلف.

(٤) هذا ردّ مبنى تردّد المحقق رحمته و قد نبّه عليه المصنّف رحمته في أوائل هذا التنبيه بقوله: «فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعذّر المثل فترده إطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة ... الخ».

و حاصله: مخالفة كلام ابن الجنيد لاطلاق نصوص ضمان القيميات، و فتاوى الأصحاب بضمن القيمي بالقيمة سواء وُجد المثل أم لم يوجد.
و إقتصر في الجواهر في رده على قوله: «و هو كما ترى».

القول بأن القيمي مضمون بالمثل، لأنّ عمدة دليل الضمان قاعدة اليد، و هي لا تشمل المثل الذي على العهدة ولو قلنا بضمن إرتفاع القيم، و ذلك لأنّ موضوع دليل اليد هو الاستيلاء على مال الغير، و كون الشيء على العهدة غير كونه تحت اليد و الاستيلاء، فما في العهدة خارج عن دليل اليد موضوعاً^(١) لا يخلو من غموض، لأنّه بعد صدق اليد يصدق الأداء - الذي جعل غاية للعهدة و رافعاً لها - على كلّ من العين و بدلها، فلا بدّ من إرادة معنّى من قوله عنه: «على اليد» ينطبق على كلّ ممّا تحت اليد و فوق العهدة.

ثم إن ما ذكرنا^(١) من الخلاف إنما هو في إرتفاع القيمة بحسب الأزمنة.

و أمّا إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محلّ الضمان بعشرة، و في مكان التلف بعشرين، و في مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر إعتبار محلّ التلف^(٢)، لأن^(٣) مالّية الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب^(٤) مالّيته.

إرتفاع القيمة بسبب الأمكنة

(١) هذا هو الأمر الثاني المذكور في تنمّة مباحث ضمان القيمي، و حاصله: أن ما تقدّم من الخلاف - في كون القيميّ مضموناً بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو الأعلى بينهما - ناظرٌ إلى إختلاف قيمة المضمون بحسب الأزمنة. و قد تحقّق عدم ضمان إرتفاع القيمة ما دامت العين باقية. و أمّا إذا نُقِلَ الغاصبُ العينَ إلى بلدٍ آخر فتلفت فيه، و طالبه المالك بها في بلد ثالث، و تعدّدت الأسعار في البلاد الثلاثة، فهل يقال بضمان أعلاها أم تتعيّن قيمة بلد الغصب أم بلد التلف؟

إختار المصنّف ^{تتويج} إعتبار قيمة مكان التلف، لأنّ إشتغال الذمّة بالبذل حصل فيه. و لا مجال للقول بضمان أعلى القيم، و لا مكان الغصب، و إن قيل بكلّ منها فيما اختلفت القيم بحسب الأزمنة، هذا.

(٢) هذا بناءً على إعتبار قيمة يوم التلف. و أمّا بناءً على اعتبار يوم الغصب فلا كما ذكرناه في التعليقة، فراجع.

(٣) توضيحه: أن وجود المال في مكانٍ يكون من الصفات الدخيلة في الرغبات و المالّية التي تكون مضمونةً على الضامن، و من المعلوم أن تدارك الشيء يكون بمالّيته المختلفة بصفاته، فالمتعيّن مالّية محلّ التلف.

(٤) خبر «و تداركه».

ثم^{١٣} إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في إرتفاع القيمة الناشئة من تفاوت رغبة الناس. و أما إذا كان حاصلًا من زيادة العين^{١٤}

ضمان إرتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية

(١) هذا هو الأمر الثالث، و هو ناظر إلى تحديد موضوع البحث - في ضمان القيمي - من جهة أخرى. و حاصله: أن ما ذكرناه من عدم ضمان إرتفاع القيمة - خلافاً للقائل باعتبار أعلى القيم - ناظرٌ إلى إرتفاع القيمة السوقية مع بقاء العين على حالها، و عدم حدوث تغيير فيها.

فلو إرتفعت القيمة عند الغاصب لأجل زيادة عينية كسمن الشاة، أو تعلّم صنعة ككتابة العبد المغصوب و خياطته - ثم عادت العين إلى ما كانت عليه حين الغصب حتى تلفت عند الغاصب - كانت هذه الزيادة أو الصفة مضمونة، كضمان العين المغصوبة، لوضوح دخل تلك الصفة في رغبات الناس التي هي مدار مالية الأشياء.

و مثل له الشهيد الثاني رحمته الله بقوله: «حتى لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت و بلغت القيمة ألفاً، و تعلّمت صنعة فبلغت ألفين، ثم هزلت و نسيت الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائة، ردّها و غرم ألفاً و تسعمائة. ولو علّم العبد المغصوب سورةً من القرآن أو حرفة فنسبها، ثم علّمه حرفة أو سورةً أخرى فنسبها أيضاً ضمنها»^(١).

(٢) يعني: حصّلت زيادة في العين المغصوبة عند ما كانت بيد الغاصب، ثم زالت - كما تقدّم آنفاً في كلام المسالك - كانت الزيادة مضمونة، فإن ردّ العين إلى المغصوب منه لزمه ردّ قيمة الزيادة الفائتة معها. و إن تلفت العين لزمه ردّ القيمة العليا، و هي قيمة العين حال تلك الزيادة. و لا يكتفي ردّ قيمة يوم التلف. قال المحقق رحمته الله : - فيما زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت - : «أما لو تجددت صفة غيرها، مثل أن سمنت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلّمت صنعة فزادت قيمتها، ردّها

فالظاهر كما قيل^(١) عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم. و في الحقيقة^(٢) ليست قيم التالف مختلفة، و إنما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية المحاصلة فيه^(٣)، النازلة^(٤) منزلة الجزء التالف.

نعم^(٥) يجري الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم؟

و ما ضمن بفوات الأولى»^(١).

(١) القائل صاحب الجواهر رحمته الله، قاله بعد عبارة المحقق المتقدمة: «بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه...»^(٢).

(٢) غرضه أن ضمان أعلى القيم للصفة الزائلة مغاير للقول بضمن نفس المغصوب بأعلى القيم بين الغصب و التلف. و الفارق بينهما: أن القيمة السوقية للعين المغصوبة لم تختلف من حين غصبها إلى حين تلفها لو بقيت بحالها، بشهادة عدم زيادة قيمة أمثالها. فارتفاع قيمتها في حال سمنها أو تعلم الصنعة يكون في مقابل هذه الزيادة أو الصفة، و حيث إنها بمنزلة جزء المغصوب كان زوالها بمنزلة نقص جزء من العين المغصوبة، فتكون مضمونة. كما إذا غصب دابة فعرجت عنده، فإنه يضمن الأرش على ما تقدم مفصلاً في صحيحة أبي ولاد.

(٣) أي: في التالف، و هو العين المغصوبة.

(٤) صفة للزيادة العينية.

(٥) استدراك على قوله: «في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة» الذي ملخصه: أن العبرة بضمن قيمة يوم التلف مع تلك الزيادة التالفة.

و محصل الاستدراك: أنه إذا غصب عبداً قيمته ألف درهم، و بقي عنده سنة و تعلم الخياطة عنده، فإن لم تتغير قيمة هذه الصنعة بأن كانت ألف درهم كان ضامناً

ثم إن في حكم العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة

للألفين، فإن ردَّ العبد ردَّ معه ألفاً لو نسي الخياطة.
و إن تغيرت قيمة الخياطة بأن كانت تسعمائة في شهر، و ألفاً في شهر آخر،
و ثمانمائة في شهر ثالث، ثم نسي الخياطة فيه، جرَّت هنا الأقوال الثلاثة في ضمان نفس
العين.

فإن قلنا: إن العبرة بيوم التلف ضمن القيمة النازلة، و هي ثمان مائة درهم،
لكون نسيان الصنعة بمنزلة تلف العين.

و إن قلنا بضمن العين بأعلى القيم، ضمن ألف درهم.
و إن قلنا بضمن يوم الغصب ضمن تسعمائة درهم، لأجل الخياطة المنسيّة، فيردّ
هذا الأرض مع العبد إن كان موجوداً، أو مع قيمته إن كان تالفاً.

مباحث بدل الحيلولة

(١) هذا أوّل مباحث بدل الحيلولة، و موضوعه وجود العين، لكن مع تعذُّر
الوصول إليها لإبائي أو ضياع أو غيرهما.

و توضيحه: أنّ ضمان مال الغير لا يخلو من إحدى حالات ثلاث، لأنّه إمّا
أن تكون العين موجودةً، و إمّا أن تكون تالفةً، و على الأوّل إمّا أن يتمكّن من ردّها
إلى المالك، لكونها بمتناول يده، و إمّا أن يتعذّر، لضياعها أو سرقتها.

فإن كانت موجودة عنده و أمكن ردّها إلى المالك فقد تقدّم في الأمر الثاني
وجوب ردّها فوراً إليه، و الضمان في هذه الصورة تقديري، بمعنى أنّه لو هلك و جَبَ
دفعُ بدلها.

و إن كانت تالفةً و جَبَ ردّها من المثل أو القيمة، و قد تقدّمت مباحثه
مفصّلةً في الأمر الرابع إلى السابع.

و إن كانت العين موجودةً لم تنعدم بعد، إلّا أنّ الضامن عاجز عن ردّها فعلاً

حكم^(١) تعذر الوصول

إلى المالك كما إذا سُرقت منه، فهل يلحق هذا بالتلف حتى يضمن بدله من المثل أو القيمة، أم لا يلحق بالتلف؟ لرجاء القدرة على ردّها. وهذا هو البحث المعروف ببذل الحيلولة. وقد تعرّض له المصنّف رحمه الله تبعاً للأصحاب. قال المحقق رحمه الله: «إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البذل، ويملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة، ولو عادت كان لكلّ منهما الرجوع»^(١). ويبحث فيه عن جهات منها: الدليل على وجوب بدل الحيلولة.

ومنها: تحديد الموضوع، وأنّه يعتبر العلم بعدم الظفر بالعين، أو يكفي الظنّ به، أو غير ذلك.

ومنها: أن المالك يملك بدل الحيلولة أو يباح له التصرف؟

ومنها: أنّه يضمن إرتفاع قيمة العين بعد دفع بدل الحيلولة أو لا؟

ومنها: وجوب ردّ العين فوراً لو تمكّن منه بعد أداء البذل، وعدمه.

ومنها: أن العين تدخل في ملك الغاصب أو لا؟

ومنها: حكم تصرف المالك في البذل بما يخرجّه عن الملك.

ومنها: حكم تمكّن المالك من أخذ العين، وعجز الغاصب عن أدائها إليه.

ومنها: غير ذلك مما سيظهر إن شاء الله تعالى.

ومما ذكرنا ظهر أن البحث عن بدل الحيلولة ليس من فروع خصوص التنبيه

السابع الباحث عن حكم ضمان القيمي، بل يتفرّع على الأمر الرابع أيضاً، إذ لو كان

المضمون مثلياً وتعذر ردّه إلى مالكة وجب على الضامن ردّ بدل الحيلولة، وهو

المثل، لاتّحاد التلف والحيلولة حكماً، هذا.

(١) يعني: أنّه كما يجب في صورة تلف العين دفع البذل، كذلك في صورة تعذر

الوصول إلى العين لغرقٍ أو ضياعٍ أو سرقةٍ أو نحوها، إذ لا ينعدم المال حقيقةً في هذه

إليه^(١) وإن لم يهلك، كما لو سُرِق أو غرق أو ضاع أو أبق، لما دل^(٢) على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة.

و هل يقيّد ذلك^(٣) بما إذا حصل اليأس من الوصول

الموارد، وإنما يتعذر الوصول إليه.

(١) الضمير راجع إلى العين فالأولى تأنيثه. كما أن الأولى أن يقال: «تهلك» مؤنثاً لا مذكراً.

(٢) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل على وجوب دفع بدل الحيلولة، وهو النصوص الواردة في ضمان الودعيّ و المستبضع و المستعير و المستأجر، الدالّة بمفهومها أو منطوقها على ضمان العين، إذا لم يتمكّن من ردّها إلى المالك، سواء أكان بسبب التلف الحقيقي، أم بعدم الظفر بها كما إذا أبق العبد، أو سُرِق المتاع، أو ضاعت الوديعة ونحوها.

و قد تقدّم نقل جملة من هذه النصوص في (ص ١٨٩ و ٣٣٤ - ٣٣٦) فراجع و تقتصر هنا بذكر واحدة منها تبرّكاً، وهي معتبرة بمحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال: سألتُهُ عن العارية يستعيرها الانسان، فتهلك أو تسرق؟ فقال: إن كان أميناً فلا غرم عليه»^(١). فإنّ مفهومه الضمان بدون الأمانة، بلا فرق بين التلف الحقيقي المعبر عنه بالهلاك، و بين الحكمي، لتعذر الوصول إليها لسرقّة و ضياع، كما هو مورد البحث في بدل الحيلولة.

أ - مورد بدل الحيلولة

(٣) أي: الضمان، و غرضه بيان مورد بدل الحيلولة، و المذكور في العبارة صور أربع تشترك في أمرين، أحدهما: بقاء العين و عدم ذهاب صورتها النوعيّة، والثاني: عدم كونها بمتناول اليد حتى تُردّ إلى المالك، و حينئذٍ فيحتمل وجوه:

الأول: تقييد وجوب بدل الحيلولة باليأس من الوصول إلى العين، أي الإطمئنان بعدم الظفر بها. فلولا يطمئن بعدم الظفر بها لم يجب البدل، سواء حصل له الظن بعدم الوصول أم لم يحصل بأن شك فيه.

الثاني: تقييد وجوب البدل بعدم الظن بوجودان العين، ولا يعتبر اليأس الذي هو العلم أو الاطمئنان بعدم الوصول، بل يكفي عدم رجاء الوجدان في وجوب بدل الحيلولة. فالفارق بين الوجهين أمران:

أحدهما: اعتبار حصول اليأس من الوصول إلى العين في الوجه الأول، وعدم إعتباره في الثاني.

ثانيهما: أن المناط في الأول هو اليأس عن الوصول، و ظاهره الوصول بنفسه. وفي الثاني هو الوجدان، و ظاهره إعمال مقدمات تنتهي إلى الظفر بالعين. و يمكن إنطباق كل واحد من الوجهين على موارد بدل الحيلولة من الضياع والسرقة والاباق والفرق، وإن قيل بأن المال المسروق والغريق مما ييأس وصوله، بخلاف الضائع الذي لا يأس عن الظفر به وإن لم يظن وجدانه.

و لعل الوجه الأول يختص بما إذا تعذر إعادة العين وإن كان عودها بنفسها مرجوًا، كطائر فر من عشه، ولكنه يرجى عوده بنفسه إليه، لأنسه به.

الثالث: القول بالتفصيل في ضمان البدل بين المدة القصيرة والطويلة، وبين الضرر وعدمه، فيقال بعدم الضمان فيما لو علم بوجودان العين في مدة قصيرة، سواء تضرر فيه المالك أم لا. وكذا لو علم به في مدة طويلة مع عدم تضرر المالك بالانتظار. ويقال بالضمان في ما لو علم بوجودانها في أمده بعيد مع تضرر المالك بالصبر إلى التمكن من العين.

الرابع: القول بضمان البدل مطلقاً بمجرد تعذر العين، سواء أكانت مدة الوصول إليها طويلة أم قصيرة.

إليه^(١)، أو بعدم رجاء وجدانه^(٢)، أو يشمل^(٣) ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من إنتظارها، أو^(٤) ولو كانت قصيرة؟ وجوه^(٥). ظاهر أدلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الأولين^(٦).

لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير^(٧) كما يظهر^(٨) من إطلاقهم أن اللوح

هذا ما يحتمل ثبوتاً في تحديد موضوع الحكم.
و أفاد المصنف رحمه الله في مقام الإثبات أن مفاد أدلة وجوب أداء بدل الحيلولة يختلف عن ظاهر الفتاوى، إذ مقتضى الأدلة إختصاص الوجوب بأحد الوجهين الأولين، و هما اليأس من الوصول و عدم رجاء الوجدان، لكونهما قدرأ متيقناً من «تعذر الوصول» الذي هو بحكم التلف الحقيقي. و لكن مقتضى إطلاق الفتاوى وجوب بدل الحيلولة حتى لو تمكّن الضامن من الظفر بالعين في مدة قصيرة كي يردّها إلى المالك، و سيأتي نقل فتواهم إن شاء الله تعالى.
(١) هذا هو الاحتمال الأول.

(٢) هذا هو الاحتمال الثاني، وقد عرفت الفرق بينه وبين الاحتمال الأول.
(٣) هذا هو الاحتمال الثالث، و هو معطوف على قوله: «يقيد» و مقابل له، و غرضه التعميم و بيان إحتال عدم إختصاص التعذر بصورة اليأس عن الوصول أو اليأس عن الوجدان، بل «تعذر الوصول» أعمّ منها و ممّا علم وجدانه في مدة طويلة.
(٤) معطوف على «مدة طويلة» يعني: يصدق «التعذر» حتى في صورة العلم بوجدان العين في مدة قصيرة، و هذا هو الاحتمال الرابع.

(٥) مبتدأ مؤخر لمحذوف، و هو «فيه».
(٦) أي: حصول اليأس من الوصول إليه، أو عدم رجاء الوجدان.
(٧) و هو قوله: «أو ولو كانت قصيرة».

(٨) قال في الجواهر: «و إن كانت - أي السفينة اللتي أدرج فيها لوح مغسوب - في اللجة، و خيف من النزع غرق حيوان محترم - آدمي أو غيره - أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القبواعد و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك

المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مالٍ لغير الغاصب^(١) إنتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل.

و يؤيده^(٢) أن فيه جمعاً بين الحقين، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن^(٣) عند التمكن من العين، فإن^(٤) «تسلط الناس على ما لهم» الذي فرض

و الروضة و ظاهر غيرها عدم وجوب النزاع، بل في مجمع البرهان: لا خلاف فيه، جمعاً بين الحقين، و لاحترام روح الحيوان، سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غيره...»^(١).

وقوله: «جمعاً بين الحقين» شاهد على أنهم أطلقوا الحكم بالانتقال إلى القيمة، أعني بها قيمة اللوح المتعذر أخذه فعلاً لخوف غرق مال غير الغاصب مع كون اللوح معلوم الوصول و الوجدان، و لم يفرقوا بين كون مدة الوصول إلى الساحل طويلة أو قصيرة.

(١) إذ لو كان المال الموجود في السفينة ملكاً للغاصب أو لمن يعلم بفصبيته وجب نزع اللوح المغصوب فوراً، لعدم إحترام مثل هذا المال، و لم تصل النوبة إلى إنتقال الضمان من العين إلى بدل الحيلولة.

(٢) يعني: يؤيد هذا الإطلاق أن الانتقال إلى القيمة إلى زمان وصول العين جمع بين حقّي المالك و الغاصب، لأن مقتضى سلطنة المالك على ماله جواز مطالبته عيناً أو بدلاً، و مقتضى عدم تضرر الغاصب هو أن يدفع المالك إليه بدل الحيلولة الذي أخذه منه، بعد وصول العين المغصوبة إلى مالكها.

و التعبير بالتأييد لعدم إحراز ثبوت حق للمالك مع فرض بقاء العين و وصولها إليه في مدة قصيرة.

(٣) لقولهم بتراد العين و بدل الحيلولة، كما نقلناه عن المحقق في (ص ٥٥٦).

(٤) تعليل لثبوت حق للمالك يقتضي جواز مطالبة بدل الحيلولة من الضامن.

كونه في عهده يقتضي^(١) جواز مطالبة الخروج عن عهده^(٢) عند تعذر نفسه. نظير ما تقدم^(٣) في تسلطه على مطالبة القيمة للمثل المتعذر في المثل. نعم^(٤) لو كان زمان التعذر قصيراً جداً - بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتدارك على أداء القيمة - أشكل الحكم^(٥). ثم الظاهر^(٦) عدم إعتبار التعذر المسقط للتكليف.

- (١) خبر قوله: «أنّ تسلط» و ضمير «عهده» راجع إلى الضامن.
- (٢) مرجع هذا الضمير و ضميري «كونه: نفسه» هو «مال الناس».
- (٣) حيث قال في الأمر السادس: «أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة، و حقّ الضامن بعدم تكليفه بالمتعذر أو المعسور».
- (٤) إستدراك على إطلاق حكمهم بضمان بدل الحيلولة حتّى في ما إذا كان زمان تعذر الوصول إلى العين المضمونة قصيراً. و الوجه في الاستدراك: أنّ بدل الحيلولة غرامة على الضامن لأجل تدارك حرمان المالك عن ماله مدّة التعذر، و من المعلوم أنّ صدق عنوان «الغرامة» يتوقّف على حصول النقص و القوت على من له الغرم، و مع قصر المدّة لا يصدق فوت مال المالك و لا نقضه عليه، فلا موجب للغرامة.
- (٥) منشأ الاشكال أمران، يقتضي أحدهما الضمان، و الآخر عدمه، فقاعدة السلطنة تقتضي جواز المطالبة حين التعذر الموجب للانتقال إلى القيمة حتّى في المدّة القصيرة. و صدق التمكن عرفاً من ردّ العين - لقصر الزمان - يقتضي عدم الانتقال إلى القيمة.

ب: المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي

- (٦) غرضه تحديد التعذر الموجب للسبدل، و حاصله: أنّ الانتقال إلى بدل الحيلولة لا يناط بسقوط التكليف بوجوب ردّ العين، فلو لم يصل التعذر إلى هذا الحدّ

بل لو كان ممكناً^(١) بحيث يجب عليه السعي في مقدماته لم يسقط القيمة^(٢) زمان السعي.

لكن^(٣) ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر.

وَجَبَ دفعُ بدل الحيلولة أيضاً، كما تقتضيه فتاواهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب، مع إمكان الوصول إليه ولو بالسعي مقدمات إلا يصل إلى الساحل. و بعبارة أخرى: المراد بالتعذر ليس هو الامتناع الذي يعدونه من مسقطات التكليف، نظير الإمتثال وانتفاء الموضوع، كسقوط أحد المتزاحمين - المتساويين ملاكاً - عن الوجوب الفعلي التعيني، والتخير في الامتثال. فلو كان التعذر في المقام بهذا المعنى لم يبق موضوع لبذل الحيلولة، لفرض بقاء صورتها النوعية على ما كانت عليه، كالعبد الآبق و اللوح المدرج في السفينة. فالمراد بالتعذر هنا ما يجتمع مع التكليف بأداء العين، حتى لو توقف الوصول إليها على تمهيد مقدمات و السعي إليها. و قد ظهر أن تعبير المصنف رحمته بالتعذر ليس مساوفاً للوجه الأول - و هو اليأس عن الوصول - حتى يكون ذلك تكراراً، إذ التعذر العقلي المسقط للتكليف أخص من اليأس، فإن عدم القدرة فعلاً على تحصيل العين لا ينافي القطع بحصوله فيما بعد، فضلاً عن رجاء حصوله. كما أن إعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برّد العين لا يساوق الصورة الأخيرة، و هي الحكم ببذل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي، بل التعذر العرفي أعم من التعذر الفعلي و التعذر في مدّة قصيرة.

(١) يعني: لما كان الوصول إلى العين ممكناً في نفسه - ولو بتمهيد مقدمات - وجب السعي إليها ليظفر بها.

(٢) يعني: بدل الحيلولة.

(٣) هذا استدراك على إرادة التعذر العرفي في المقام، و حاصله: أن ظاهر كلمات بعضهم إعتبار التعذر المسقط للتكليف، كقول المحقق رحمته: «و إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل» و قريب منه عبارة القواعد و الدروس.

و هو ^(١) الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزمه برء العين، فتأمل ^(٢).

و لعل المراد به ^(٣) التعذر في الحال

(١) غرضه ^{تتبع} الاستدلال لما هو ظاهر تعبير جماعة بالتعذر الذي يلوح منه سقوط التكليف بأداء العين. و تقريبه: أن الدليل على إستحقاق البذل هو سلطنة المالك على ماله، و لاريب في إقتضائها جواز مطالبة البذل في مورد تعذر الوصول إلى العين. أما لو لم يتعذر الوصول إليها فقاعدة السلطنة تقتضي مطالبة العين، لا بدل الحيلولة. و لو شك في ثبوت سلطنته على مطالبة كل من المبدل و البذل كان مقتضى أصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إزمه برء العين عدم سلطنته على مطالبة البذل، هذا.

(٢) الظاهر أنه إشارة إلى الخدشة في الأصل المذكور، إما لأنه قد يُفضي إلى تضرر المالك بحرمانه عن مائنة ماله، فلو ثبتت له سلطنة المطالبة بالبذل لم يتضرر بذلك، و إن لم تصل إليه خصوصيات ماله. و إما لأن السلطنة على مطالبة بدل الحيلولة لاتنافي سلطنته على العين، لاختصاص زمان وجوب البذل بتعذر الوصول إلى العين، و هو وقت السعي في مقدمات تحصيل العين، و إختصاص وجوب رد العين بزمان حصولها عنده، فلا تكليف برءها قبل حصولها حتى يقال بنفي الزائد - و هو وجوب البذل - بأصالة عدم السلطنة.

(٣) غرضه توجيه أخذ «التعذر» في الحكم ببذل الحيلولة، و بيانه: أن ظاهر التعذر و إن كان هو التعذر المطلق، يعني التعذر في الحال و الاستقبال، بأن يحصل اليأس من الظفر بالعين، لكن يحتمل إرادة التعذر الفعلي أي حين السعي في مقدمات تحصيل العين، فيكفي هذا التعذر في جواز مطالبة بدل الحيلولة من الضامن، لأن نفس تأخير تسليم المال إلى مالكة ضرر عليه ينبغي تداركه بالبذل، هذا.

و إن كان^(١) لتوقفه على مقدّمات زمنيّة يتأخّر لأجلها ذو المقدّمة.
ثم^(٢) إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقّاً للضامن، فلا يجوز^(٣) للمالك الامتناع، بل^(٤) له أن يمتنع من أخذها، و يصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط^(٥).

(١) يعني: و إن كان هذا التعذّر الفعليّ مستنداً إلى إستلزام مقدّمات تحصيل العين لزمانٍ طويل.

ج : جواز إمتناع المالك من اخذ بدل الحيلولة

(٢) هذا فرع آخر ممّا يتعلّق ببطل الحيلولة، و غرضه إبداء الفرق بين ثبوت القيمة مع بقاء العين، و تعذّر ردّها إلى المالك، و بين ثبوتها مع تلفها.
و حاصل الفرق أنّه في صورة التلف يجب على المالك أخذ القيمة، لأنّ للضامن إبراء ذمّته بدفع القيمة، لامتناع تكليفه برّد العين؛ فليس للمالك الامتناع من الأخذ. و في صورة التعذّر يجوز للمالك الامتناع من الأخذ، و الصبر إلى زوال العذر و إمكان ردّ العين.

(٣) هذا متفرّع على المنفي، و هو كون دفع القيمة - عند التلف - حقّاً للضامن يجب على المالك قبولها.

(٤) معطوف على «ليس» يعني: أنّ للمالك الامتناع من أخذ بدل الحيلولة، بأن يصبر إلى زوال العذر من ردّ العين. و هذا هو الفارق بين تلف العين حقيقةً بذهاب صورتها النوعيّة، و بين تلفها حكماً بالتعذّر.

(٥) حيث قال ﷺ: «إذا غصب ملكاً لغيره، فخرج عن يده، مثل أن غصب عبداً فأبق، أو فرساً فشرّد، أو بعيراً فنذّ، أو ثوباً فسرق، كان للمالك مطالبة بقيمته، لأنّه حال بينهما بالغصب...»^(١). و غرض المصنّف من نسبة التصريح إلى الشيخ قوله «كان للمالك» لدلالته على كون المطالبة بالقيمة حقّاً له، و ليس للغاصب الإلزام

و يدلُّ عليه^(١) قاعدة تسلُّط الناس على أموالهم.
وكما أن^(٢) تعذر ردِّ العين

بأخذها، فيجوز الصبرُ إلى الظفر بالعين المضمونة.

(١) يعني: و يدلُّ على جواز إمتناع المالك من أخذ القيمة - أي بدل الحيلولة - قاعدة السلطنة، لاقتضائها جواز كُلِّ من مطالبة البدل الموقَّت، و من الامتناع عنه، بأن يصبر حتى الظفر بالعين، أو إحراز تلفها، فيأخذ بدلها الدائم المستقرَّ على عهدة الضامن. و هذا بخلاف ما إذا تلفت العين، لانقطاع سلطنته عليها من أوَّل الأمر، وإستقرار بدلها في ذمَّة الضامن، فله تفريغها بأداء المثل أو القيمة، و لا يجوز للمالك الامتناع من أخذ البدل.

د: خروج العين عن المالئة

(٢) ظاهره بيان موردٍ آخر مما يجب فيه بدل الحيلولة، و هو خروج المال عن التقويم، توضيحه: أنَّ المناط في ضمان بدل الحيلولة - كما تقدَّم - أمران، أحدهما: بقاء العين و عدم ذهاب صورتها النوعية، و ثانيهما: تعذر إيصالها إلى المالك. و بناءً على إعتبار هذين يتَّجه البحث عما إذا أمكن إيصال العين إلى مالِكها، لكنَّها سقطت عن المالئة، فيحتمل لحوق هذا الفرض ببديل الحيلولة، كما إختاره المصنِّف رحمته و يحتمل كونه من موارد التلف الحقيقي - لأنَّ التَّمَوُّل صفة مقوِّمة لضمَّان العين - فالواجب حينئذٍ دفع البدل الدائم إلى المالك، و لا ربط له ببديل الحيلولة الذي هو بدل محدود و مغنياً بالوصول إلى العين.

فإن قلت: مختار المصنِّف هنا ربما ينافي ما تقدَّم في التنبيه السادس من حكمه بأنَّ سقوط المثل عن المالئة يوجب الانتقال إلى القيمة كالماء على الشاطئ، و الجَمَد في الشتاء، فتشتغل ذمَّة الضامن بالقيمة - التي تكون بدلاً دائماً لا محدوداً - و يسقط المثل عن العَهدة.

في حكم التلف^(١)، فكذا خروجه^(٢) عن التقويم.
ثم إن^(٣) المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف،

وجه المناقاة: أن خروج المثل عن المائلة لو إقتضى إنقلاب ضمانه بالقيمة فليكن خروج العين عن التمول مثله، فكيف حكم المصنف: بأنه كتعذر العين في أن البدل محدود من باب الحيلولة بين المال و مالكة؟

قلت: يمكن دفع التنافي بأن خروج المال عن التقويم على نحوين، فتارة لا يرجى عود المائلة إليه، كاللحم المتعفن و الفاكهة الفاسدة، فالواجب فيها المثل أو القيمة من باب التلف الحقيقي، لكون تلف المائلة كتلف العين. و أخرى يرجى عود المائلة، كما إذا ضمن ماء في المفازة و لم يتلف حتى وصل الشاطيء، و أراد اجتيازه إلى مفازة أخرى، فيقال: بأن للمالك مطالبة بدل الحيلولة عند الشاطيء، ولو بقي الماء بحاله إلى الوصول إلى المفازة الأخرى وجب على الضامن دفعه إلى المالك.

و لعل هذا الفرض الثاني محط نظر الماتن هنا، حيث عد سقوط المال عن التقويم من موارد بدل الحيلولة، مضافاً إلى فرق آخر بين المقام و المثلي، بأن العين واجدة لخصوصيتها الشخصية المضمونة، و لا ينتقل إلى البدل إلا بالتلف الحقيقي، و المفروض عدمه. بخلاف المثلي، المشارك للعين في الصنف، هذا.

(١) في وجوب البدل المحدود، و هو بدل الحيلولة.

(٢) أي: خروج العين عن المائلة، فالأولى تأنيث الضمير.

هـ: هل البدل ملك المضمون له أم مباح له؟

(٣) هذا فرع آخر مما يتعلق ببطل الحيلولة، و الغرض منه بيان حكمه من حيث صيرورته ملكاً لمن له الغرم أو أنه يباح له التصرف فيه. و أثبت المصنف رحمته كونه ملكاً له بنفي الخلاف بين المسلمين، و إستوجهه بأن التدارك لا يحصل إلا بصيرورة بدل الحيلولة ملكاً للمغضوب منه، حيث إن فوات المال عنه لا ينجبر إلا بذلك.

كما في المبسوط^(١) و السرائر و الخلاف و الغنية. و ظاهرهم^(٢) إرادة نفي الخلاف بين المسلمين.

و لولا هذان الوجهان - وهما الاجماع و إقتضاء الغرامة و التدارك الملكية - أمكن القول ببقاء بدل الحيلولة على ملك الغارم، غاية الأمر أنه يباح لمالك العين الانتفاع به و التصرف فيه حتى بما يتوقف على الملك، و يشترط دخوله في ملكه بتلف العين.

و عليه فيكون بدل الحيلولة كالمعاطاة - بناءً على نظر من تقدّم على المحقق الثاني رحمته من كونها مفيدةً للاباحة - بلا فرق بين ما لا يتوقف على الملك، و ما يتوقف عليه كالعتق و البيع و الهدية، و قد جزم بهذا الاحتمال المحقق القمي رحمته على ما حكى عنه.

(١) حيث قال - بعد ما نقلناه عنه في (ص ٥٦٤) ما لفظه: «فإذا أخذ القيمة ملكها بلا خلاف، لأنه أخذها لأجل الحيلولة»^(١). و الغرض أن دعوى «عدم الخلاف» مصرّح بها في كلام السيد أبي المكارم، و ابن إدريس أيضاً.

(٢) و في مفتاح الكرامة أيضاً: «و ظاهرهما - يعني كلام الخلاف و الغنية - نفيه بين المسلمين»^(٢). يعني: أن الحكم ليس مجمعاً عليه بين الامامية خاصة، بل هو متفق عليه بين المسلمين. و منشأ إستظهار نفي الخلاف بين المسلمين هو قول شيخ الطائفة - بعد العبارة المتقدمة -: «فإذا ملك القيمة فهل يملك المقوم أم لا؟ فعندنا أنه ما يملكها، و أنّها باقية على ملك المغصوب منه» لظهور قوله: «فعندنا» في إجماع الامامية على بقاء العين في ملك المغصوب منه، و إذا ظفر بالعين وجب ردُّ بدل الحيلولة إلى الغاصب، لخروجه عن ملك المغصوب منه حينئذٍ.

و ربّما تكون نسبة الحكم إلى أصحابنا في هذه المسألة قرينةً على أن مراده بنفي

«١» المبسوط، ج ٣، ص ٩٥؛ الخلاف، ج ٣، ص ٤١٢، كتاب الغصب، المسألة ٢٦؛ غنية النزوع،

ص ٥٣٨، (ضمن الجوامع الفقهية)؛ السرائر، ج ٢، ص ٤٨٦

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٤

و لعل الوجه فيه^(١) أن التدارك لا يتحقق إلا بذلك^(٢).
 و لولا ظهور الاجماع^(٣) و أدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون
 مباحاً له^(٤) إباحة مطلقة وإن لم يدخل في ملكه. نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة
 على القول بها فيها^(٥)، ويكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين^(٦).

الخلاف في المسألة السابقة نفي الخلاف بين المسلمين، و لولاه لم يكن وجهٌ للتعبير تارة
 بنفي الخلاف، و أخرى بـ «عندنا».

(١) اي: و لعل الوجه في تملك المغصوب منه لبذل الحيلولة هو: أن تدارك
 جرمان المالك عن العين المتعذرة إنما هو بدخول البدل في ملكه حتى يتسلط على
 التصرف فيه، كما كان يتصرف في المبدل لو كان حاضراً عنده.

و هذا الوجه يستفاد من كلام الجواهر أيضاً، كقوله: «بل أدلة الضمان التي منها
 - على اليد - شاملة لذلك قطعاً، فهي حينئذٍ مقتضية لملك المالك القيمة ... فالقيمة
 حينئذٍ مملوكة، و العين باقية على الملك للأصل»^(١).

(٢) أي: يكون المال المبدول - المسمى ببذل الحيلولة - ملكاً للمغصوب منه.
 (٣) أي: على القول بالإباحة في المعاطاة، غرضه: أنه بالإباحة يتحقق
 التدارك. و لا يتوقف ذلك على القول بالملكية، فالموجب له هو ظهور الاجماع و أدلة
 الغرامة.

(٤) أي: لملك العين، و المراد بالإباحة المطلقة ما يشمل التصرف المشروط
 بالملك كالبيع.

(٥) أي: على القول بالإباحة المطلقة في المعاطاة، لتحقيق التدارك بهذه الإباحة،
 و لا موجب لدخول بدل الحيلولة في ملك مالك العين: فدليل القول بالملكية هو
 الاجماع و أدلة الغرامة.

(٦) كما أن تملك المأخوذ بالمعاطاة مشروط بتلف العوض.

و حُكي الجزم بهذا الاحتمال^(١) عن المحقق القمي رحمته الله في أجوبة مسائله^(٢).
و على أي حال^(٣) فلا ينتقل العين إلى الضامن.

(١) أي: إحتمال الاباحة المطلقة.

(٢) الموجود في جامع الشتات كون بدل الحيلولة نوعاً من الملك، و لم يرد في كلامه التصريح بالاباحة، ولكن الظاهر إرادة الاباحة، لأنه رحمته الله أراد التفصي عن إشكال الشهيد الثاني - الآتي قريباً - من أنه يلزم الجمع بين العوض و المعوض لو قلنا بصيرورة بدل الحيلولة ملكاً للمالك العين، و الالتزام بالملك المترزّل. فتخلّص المحقق القمي عنه بقوله: «فلا مانع من أن يكون ذلك نوعاً من التملك، و حاصله: أن للمالك التصرف [في البدل] للبدل حتى بالاتلاف و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى إلى حين ظهور العين المغصوبة، فإن ظهر العين و البدل باقي فللغاصب إسترداد ماله إذا كان باقياً، بخلاف ماله أتلّفه»^(١).

و : دفع بدل الحيلولة لا يقتضي إنتقال العين إلى الغارم

(٣) يعني: سواء قلنا بدخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له ام بإبلاحة المطلقة، فلا ينتقل العين ... إلخ. و هذا فرع آخر، و هو أن الغرامة التي يدفعها الضامن إلى المالك - بسبب الحيلولة - لا توجب دخول العين المضمونة في ملك الضامن، للفرق بين العوض في العقود المعاوضيّة، و بين بدل الحيلولة الذي هو غرامة، و ليس أداءً للعين من حيث ماليّته حتى يستلزم دخول العين في ملكه من جهة إمتناع إجتماع العوض و المعوض عند واحد.

و الحاصل: أن بدل الحيلولة غرامة يبذلها الضامن، و لا تقتضي دخول العين في ملكه معاوضةً، كما أن البدل الدائم الذي يبذله الضامن لا يوجب صيرورة العين التالفة ملكاً له، هذا.

فهي غرامة^(١) لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه، و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض و المَعْوَض، فالمبدول هنا^(٢) كالمبدول مع تلف العين في عدم البذل له.

و قد إستشكل في ذلك^(٣) المحقق و الشهيد الثانيان.

قال الأول في محكيّ جامعه: «إنّ هنا إشكالاً، فإنّه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ، و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها^(٤) في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه» إنتهى.

و قال الثاني: «إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث إجتماع العوض

و قد تقدّم في عبارة المبسوط التصريح بعدم دخول العين في ملك الغارم، ولكن إستشكل فيه المحقق و الشهيد الثانيان، و سيأتي.

(١) لا أداءً للعين من حيث المائيّة حتى يلزم دخول العين في ملك الغاصب ببذل البذل.

(٢) هذه نتيجة كون بدل الحيلولة غرامة لا أداءً للعين من حيث المائيّة، يعني: أنّ المبدول بعنوان بدل الحيلولة كالمبدول مع تلف العين.

(٣) يعني: في صيرورة بدل الحيلولة ملكاً لمالك العين.

(٤) مبتدأ خبره «لا يكاد» و غرض المحقق الثاني توكيد دفع دخل، حاصله: أنّ بدل الحيلولة ليس في قبال نفس العين المضمونة حتى يلزم إشكال الجمع بين العوض و المَعْوَض في ملك المضمون له، بل يكون البذل عوضاً عن حيلولة الغاصب - بين العين و مالها - المفوّتة لسلطنته عليها، فلا إشكال حينئذٍ^(١).

و دَفَعَه المحقق الثاني بأنّ بدليّة المثل أو القيمة عن الحيلولة - لا عن نفس العين - غير متّضحة، إذ لو تلفت لزم عوضها و سقط التكليف برّد العين، و إن بقيت - كما هو الفرض - فما الدليل على إستحقاق بدل محدود لأجل الحيلولة؟

والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح^(١) (*).
ولو قيل^(٢) بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً^(٣)، و توقّف تملك المغصوب منه للبديل على اليأس^(٤) من العين - وإن جاز له التصرف - كان وجهاً^(٥) في المسألة^(٦) «^(١)»
و إستحسنه في محكي الكفاية^(٦).

- (١) يعني: لو دلّ دليل على جواز إجتماع العوض و المعوض في ملك واحد أمكن الالتزام بالكيّة المضمون له - هنا - لكل من العين و بدل الحيلولة، ولكن حيث لا دليل عليه إثباتاً يُشكل المصير إليه.
- (٢) غرض الشهيد الثاني التخلّص من محذور إجتماع العوض و المعوض - بالقول بالملك المتزلزل لا المستقرّ، فالمضمون له يملك بدل الحيلولة، كماكيّة ذي الخيار للمبيع متزلزلاً، و إستقرار الملك مراعى باليأس من العين، و قبل اليأس يجوز للمالك التصرف في البديل بانحاء التصرف.
- و لا يخفى عليك أنّ هذا الملك المتزلزل قول ثالث في المسألة في قبال كلّ من الملك المستقرّ، و الإباحة المطلقة.
- (٣) أي: التزلزل مستمر إلى اليأس، و به يستقرّ الملك.
- (٤) بل على التلف، و يمكن أن يكون اليأس طريقاً إليه.
- (٥) إذ به يندفع إشكال الجمع بين العوض و المعوض.
- (٦) يعني: إستحسن الفاضل السبزواري قولنا بالقول بالملك المتزلزل لحل إشكال الجمع بين العوض و المعوض.

(*) ظاهره كظاهر المستند عدم كون محذور إجتماع العوض و المعوض عقلياً، مع أنّ محذوره عقلي، لأنّ العوض في الملكيّة عبارة عن كون مالٍ بدلاً عن مال آخر، بحيث تكون إضافة الملكيّة قائمة بمالٍ لم يكن ملكاً له.

أقول: الذي ينبغي أن يقال^(١) هنا: إنَّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، ولازم ذلك^(٢) إقامة مقابله من ماله مقامه^(٣)، ليصدق ذهابها من كيسه. ثم^(٤) إنَّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي أو العرفي المخرج للعين

(١) ناقش المصنّف في كلام المحقّق و الشهيد الثانيين و الفاضل السبزواري رحمهم من جعل محذور إجتماع العوض و المعوّض مانعاً من دخول البدل في ملك المضمون له، ثم تخلص الشهيد الثاني عنه بالملك المترلزل.

و حاصل المناقشة: إقتضاء الدليل دخول البدل في ملك المضمون له، و ذلك لأنَّ معنى ضمان العين - و كون عهدها على الضامن - هو كون ذهابها من كيس الضامن، بحيث يرد نقصان في ماله، و لازم ذلك جعل مقابله من ماله مقام التالف في الملكية، بمعنى: إقامة إضافة الملكية بما يبذله للمالك، فما يدفعه إلى المالك يقوم مقام ماله التالف في الملكية. هذا في التلف الحقيقي.

و أمّا في تعذّر الوصول إلى العين كالمقام - وفوات الانتفاع بها - فعنّي الضمان تدارك السلطنة الفائتة، و هذا المقدار و إن كان يتحقّق بأباحة البدل للمالك، لتمكّنه من التصرف فيه مطلقاً، إلّا أنّ الموجب للقول بالكيّة المضمون له هو عدم جواز بعض التصرفات للمباح له، كالعتق و البيع و الوقف و نحوها، فيلزم قصر سلطنة المالك حينئذٍ، و لا سبيل لتدارك تلك السلطنة المطلقة على ماله إلّا بدخول البدل في ملكه، هذا.

و عليه فما أفادوه - من عدم دليل واضح على إجتماع العوض و المعوّض عند المالك - قد عرفت منعه، لاقتضاء أدلة الضمان جبر السلطنة الفائتة و تداركها، و لا يكون إلّا بالملك.

(٢) أي: و لازم ذهاب العين من مال الضامن هو إقامة مقابلها من ماله مقامها.

(٣) أي: مقام العين، فالأولى تأنيث الضمير.

(٤) هذا تفصيل لقوله: «إنَّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن»

دفع البدل لا يقتضي إنتقال العين إلى الغارم ٥٧٣

عن قابليّة الملكية^(١) [الملك] عرفاً وجب قيام مقابله من ماله مقامه^(٢) في الملكية. وإن كان^(٣) الذهاب بمعنى إنقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية وجب قيام مقابله مقامه^(٤) في السلطنة، لا في الملكية^(٥) ليكون^(٦) مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفائتة. فالتدارك لا يقتضي ملكيّة التدارك^(٧) في هذه الصورة^(٨).

و حاصله: أنّ لذهاب العين صورتين، إحداهما: التلف الحقيقي أو العرفي، والأخرى إنقطاع السلطنة، وهو التلف الحكمي، و تقدّم بيانها آنفاً، وسيأتي أيضاً.

(١) الظاهر أنّ الصواب «المالّية» لقيام المنافع بالشيء من حيث كونه مالاً، لا ملكاً. ويمكن توجيه «الملكيّة» بأنّها - في المقام - غالباً لا تنفك عن المالّية، فتتحد قابليّة الملكية و المالّية، والأمر سهل.

(٢) أي: مقام العين في إضافة الملكية، فيكون البدل الدائم ملكاً لمالك العين التالفة. و الأولى تأنيث الضمير، كما مرّ.

(٣) معطوف على «إن كان» وهو بيان مورد بدل الخيلولة، و أنّ حكمه الإباحة المطلقة، و حاصله: أنّ المراد بالذهاب إنقطاع سلطنة المالك عن ماله، فاللازم جعل مالٍ في مقابل السلطنة الفائتة عن ماله، لا في مقابل الملكية، فالتدارك لا يقتضي ملكيّة البدل المبذول لتدارك السلطنة، إذ لا يتوقّف تداركها على ملكيّة البدل، بل يحصل بالإباحة و السلطنة المطلقة عليه.

(٤) هذا الضمير و ضمائر «عنه، به، مقابله» راجعة إلى «العين» فالأولى تأنيثها.

(٥) يعني: أنّ الفارق بين التلف الحقيقي و فوات السلطنة هو لزوم كون تدارك

الأول بدخول البدل في ملك المضمون له، بخلاف الثاني، لكفاية إباحته له.

(٦) أي: ليكون هذا المقابل مقابلاً للسلطنة الفائتة و تداركاً لها.

(٧) بالكسر، أي: البدل الموجب للتدارك.

(٨) أي: صورة إنقطاع سلطنة المالك و فوات الانتفاعات.

نعم^(١) لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفةً على الملك، لتوقف بعض التصرفات عليها، وجب ملكيته للمبدول، تحقيقاً لمعنى التدارك والخروج عن العهدة.
و على أيّ تقدير^(٢) فلا ينبغي الاشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا^(٣).

إنما الكلام في البدل المبدول، ولا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالاباحة^(٤) وبالسلطنة المطلقة عليها.

(١) استدراك على أنّ التدارك لا يقتضي ملكية المتدارك - بالكسر - لكن لما كانت السلطنة المطلقة الجابرة للسلطنة الفائتة منوطةً بالملك، لتوقف بعض التصرفات عليه، وجب الحكم بكون البدل ملكاً للمالك، وذلك لأنّ التدارك يقتضي ذلك، حيث إنّ السلطنة المطلقة الفائتة لا تتدارك إلا بسلطنةٍ مثلها، فنفس إنقطاع سلطنة المالك وإن لم يقتض ملكية بدل الحيلولة، إلا أنّ كيفية السلطنة الفائتة تقتضي كون السلطنة الجابرة لها مثلها.

(٢) يعني: سواء قلنا بملكية بدل الحيلولة للمالك، أم قلنا بإباحتها المطلقة.

(٣) لعدم موجب لخروجها عن ملك مالكةا، ومع الشك يجري الاستصحاب، وقد تقدّم أيضاً بقوله: «و على أيّ حال فلا ينتقل العين إلى الضامن».

(٤) كما إختاره المحقق القمي رحمه الله لكفاية هذه الاباحة المطلقة في جبر فوات سلطنة المالك على ماله، ولا يتوقف التدارك على دخول بدل الحيلولة في ملك المضمون له. نعم هذه الاباحة تستلزم الملك من أول الأمر، أو تنتهي إليه عند التصرف، حتى تصحّ التصرفات المشروطة بالملك فيه. وقد تقدّم تفصيل الكلام في رابع تنبيهات المعاطاة. لكن الذي تحصل من كلامه هناك الاشكال في الاباحة المطلقة فراجع^(١).

و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ^(١) إلى أن إباحة جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - هل يستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ وقد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك.

ثم^(٢) إنه قد تحصل مما ذكرنا^(٣) أن تحقيق ملكيّة البديل^(٤) أو السلطنة^(٥)

(١) أي: حين وجوب الحكم بإباحة البديل و السلطنة المطلقة عليه.

ز: إشتراط وجوب البديل بفوات معظم منافع العين

(٢) هذا البحث يتعلّق بكون بدل الحيلولة ملكاً أو مباحاً لمالك العين، والغرض منه تحديد موضوع البحث و حصر موارده بما إذا كان الفائت على المالك معظم الانتفاعات حتّى يتصف البديل بكونه غرامة. فلو كان الفائت منفعة غير مقوِّمة لمالّية العين فمقتضى ما تقدّم عدم كون بدل الحيلولة ملكاً و لا مباحاً للمالك.

إلا إذا حكم الشارع بغرامة العين، فإنّها تكشف عن انتقال العين إلى الغارم، كما في البهيمة الموطوءة، فإنّ الشارع ضمّن الواطي قيمة الحيوان و أوجب نفيه عن البلد، و لكن لا يسقط به عن المالّية و التقويم، و إنّما هو حيوان معيب، فإيجاب دفع البديل يدلُّ على تحقّق مبادلة شرعيّة بينه و بين الحيوان.

و هذا بخلاف سقوط العين عن المالّية، فلا يكون وجوب دفع البديل مقتضياً لخروج المبدل عن الملك، لكون البديل غرامة للسلطنة الفائتة و للخروج عن المالّية. و سيأتي مزيد بيان للمطلب.

(٣) يعني: من بقاء العين على ملك مالكيها، و كون دفع البديل غرامة عمّات من سلطنة المالك.

(٤) بناءً على دخوله في ملك المضمون له.

(٥) بناءً على إباحته له.

المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكتها إنما^(١) هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامةً و تداركاً^(٢). أمّا لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكية^(٣)، فالتدارك لا يقتضي ملكه^(٤) ولا السلطنة على البدل. ولو فرض^(٥) حكم الشارع بوجوب غرامة

(١) خبر قوله: «أن تحقيق».

(٢) لأن التدارك عبارة عن «قيام شيء مقام آخر فيما زال عنه من الأوصاف» ومقتضاه تعنون الشيء الثاني بالعنوان الزائل عن الأول - من الملكية - في مورد الانتفاع بجميع وجوه المنافع.

(٣) الأولى تبديل الملكية بالمالية، لأن الانتفاع يدور مدار المالية لا الملكية كما هو ظاهر.

(٤) أي: ملك البدل، ولو قال: «لا يقتضي ملك البدل ولا السلطنة المطلقة عليه» كان أقرب إلى السلاسة.

(٥) هذا حكم صورة بقاء معظم الانتفاعات مع وجوب البدل شرعاً كالحیوان الموطوء، و توضیحه: أن الحيوان المقصود ظهره - كالخيل والبغال والحمير - إذا وطأه غير المالك لا يفوت معظم الانتفاعات به بمجرد وطئه، لأنه يحرم بيعه في خصوص بلد الوطي، لا مطلقاً، فلا يصدق التدارك هنا، لأن المناط في صدقه بقاء الانتفاعات التي بها قوام المالية، وهي باقية بعد الوطء أيضاً، لأن وجوب نفيه في بلد الوطي وبيعه في آخر لا يرفع مناط المالية، فلا يصدق التدارك حتى يحكم بوجوبه على الواطئ. فحكم الشارع بغرامة القيمة و دخولها في ملك مالك الحيوان كاشف عن مبادلة شرعية بين الحيوان و قيمته، فينتقل الحيوان إلى ملك الغارم تعبداً، وهذا تخصيص في ما تقدّم من قيام الاجماع على عدم خروج العين من ملك المضمون له في موارد بدل الحيلولة، هذا.

ثم إن الشارع حكم حقيقة - لا فرضاً - بوجوب التدارك في فوات بعض

قيمته حيثنذ^(١) لم يبعد كشف ذلك عن إنتقال العين إلى الغارم. ولذا^(٢) إستظهر غير واحد^(٣) أن الغارم لقيمة الحيوان الذي وطأه يملكه، لأنه^(٤) وإن وجب بالوطني نفيه عن البلد وبيعته في بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ قواتاً لما به قوام المائيّة.

هذا^(٥) كله مع إنقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على ملكيتها السابقة.

الانتفاعات مع عدم تقوّم المائيّة بها، كالبهيمة الموطوءة المقصود ظهرها، لقول الباقر^(٦) في حسنة سدير: «وإن كانت مما يركب ظهره غرم قيمتها، و جُلّد دون الحدّ، وأخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف، فيبيعها فيها كيلا يُعير بها صاحبها»^(١). فالقيمة يملكها المالك، كما أن الحيوان الموطوء يصير مملوكاً للغاصب، مع أنه لم يفت ما به قوام مائيته.

(١) أي: حين عدم فوات معظم المنافع التي تدور المائيّة مدارها.

(٢) أي: ولأجل كشف الغرم - مع بقاء معظم الانتفاعات - عن المبادلة التعبدية

إستظهر غير واحد مالكيّة الغارم للحيوان الموطوء.

(٣) كالشهيدين و السيد الطباطبائي، قال في الرياض: «وإن كان غيره - أي وإن كان الفاعل غير المالك - فالظاهر أن تغريمه القيمة يوجب ملكه للبهيمة ... وبذلك صرح الشهيدان في النكت والروضة»^(٢).

(٤) تعليل لدخول الحيوان الموطوء في ملك الفاعل، وأن مجرد نفيه عن البلد وبيعته في بلد آخر لا يسقطه عن المائيّة.

(٥) المشار إليه قوله: «ثم إن تحقيق ملكيّة البدل أو السلطنة المطلقة عليه» وحاصله: أن محطّ البحث عن مالكيّة المضمون له للبدل أو إباحته له إنما هو في صورة بقاء العين على مائيّتها، وكون الفرامة عوضاً عن السلطنة الفائتة، ففي مثله يقال بملكيّة البدل أو بالسلطنة المطلقة عليه.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥٧١، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الحديث: ٤

«٢» رياض المسائل، ج ٢، ص ٤٩٩، السطر ٩، الروضة البهيّة، ج ٩، ص ٣١١.

أما لو خرج^(١) عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية^(٢) فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأن^(٣) القيمة عوض الأوصاف والأجزاء التي خرجت العين لفواتها عن^(٤) التقويم، لا عوض^(٥) العين نفسها، كما^(٦) في الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقاءها على ملك مالِكها لا ينافي معنى الغرامة.

و أما لو خرجت العين عن التقويم - مع كونها باقية على ملك مالِكها - فمقتضى قاعدة الضمان وجوب تمام القيمة، لأن الغارم فوّت مالتها على مالِكها. وقد تقدّم عدم التنافي بين كون كلّ من العين و غرامتها ملكاً للمضمون له. فلو كسر إناء الغير وجب عليه دفع قيمته مع عدم خروج رضاضه عن ملكه، و عدم إنتقالها إلى ملك الغارم.

(١) الأولى أن يقال: «خرجت».

(٢) كالظروف المكسورة، والدهن الذي تنجّس بإلقاء القذير فيه، بناءً على عدم جواز الانتفاع به، فيجب على الكاسر والمُلقي دفع تمام القيمة، مع بقاء الظرف والدهن المنتجّس على ملك المالك.

(٣) تعليل لوجوب تمام القيمة مع عدم إنتقال العين إلى ملك الغارم.

(٤) متعلّق بـ «خرجت» و «لفواتها» علة للخروج عن التقويم.

(٥) معطوف على «عوض الأوصاف» و بيانه: أنه لو كانت القيمة عوض نفس العين لزم دخولها في ملك الغارم لثلاً يجتمع العوض و المعوّض عند واحد، و لكن حيث كانت القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء لم يلزم الاجتماع.

(٦) هذا مثال لخروج العين عن التقويم لفوات أجزائها.

و يمكن أن يكون مثلاً لفوات الأوصاف أيضاً، لأن وصف الاجتماع لأجزاء الماء دخیل في مالتّه، و المفروض فوات ذلك الوصف الموجب لخروجه عن التقويم.

لفوات^(١) معظم الانتفاعات، فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك^(٢) ولو^(٣) بذل القيمة. قال في القواعد فيما لو^(٤) خاط ثوبه بخيوط مفسوبة: «ولو طلب المالك نزعها وإن أفضى إلى التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص، ولو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة» إنتهى^(٥).
و عطف^(٦) على ذلك في محكي جامع المقاصد قوله: «و لا يوجب ذلك

و كيف كان فالمراد برطوبة الماء المصبوب - مع إعتبار إباحة الماء - هو الالتفات إلى غصبيّة الماء بعد الغسلتين و قبل المسحتين، إذ لو أحرز غصبيّته قبل الوضوء لم يصحّ و وضوءه من أوّل الأمر.

(١) تعليل لصدق معنى الغرامة، و حاصله: صدق الغرامة هنا، لفوات معظم الانتفاعات المقوم لصدق الغرامة.

(٢) إذ المفروض بقاء الرطوبة على ملك مالكيها، و المسح بها تصرف فيها، فجوازه منوط بإذنه، لأنّ حرمة التصرف من آثار الملك، لا المال، فلا يضرّ عدم صدق المال على الرطوبة.

(٣) و صليّة، يعني: يقوى بطلان المسح بدون إذن المالك حتى إذا بذل القيمة.
(٤) هذه العبارة نصّ كلام القواعد، و فيه أيضاً: «وجب نزعها مع الامكان، ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة»^(١).

(٥) هذا نصّ كلام المحقق الثاني في شرح العبارة^(٢). و مراده بالتلف بقرينة قوله بعده: «النقص» أنّ الخيوط تارةً تتلف بالنزع، لكونها ضعيفة تتقطع و تخرج عن حيّز الانتفاع بها ثانيةً، فلا تقابل بالمال. و أخرى تنقص قيمتها. فعلى الأوّل يجب دفع تمام قيمة الخيوط إلى مالكيها، و على الثاني يجب دفع نقص ماليّتها.

(٦) هذا ظاهر في كون العبارة السابقة لغير جامع المقاصد، مع أنّها عين كلامه

«١» قواعد الأحكام، ص ٨١، السطر ٦ (الطبعة الحجرية).

«٢» الهاكي هو السيد العاملي، مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٨٥؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٣٠٤ و ٣٠٥

خروجها عن ملك المالك كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين، ولو إستوعب القيمة أخذها^(١) و لم تدفع العين» إنتهى.
و عن المسالك في هذه المسألة: «أنّه إن^(٢) لم يبقَ له قيمة ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين والقيمة»^{(١)«٣»}

كما عرفت، فالأولى أن يقال: «و عطف على ذلك قوله».

(١) يعني: لو كانت الجناية مستوعبة للقيمة أخذ المالك تمام القيمة، مع بقاء العين على ملكه، فيجتمع لديه العين و القيمة، و لا يدفع العين إلى الضامن.
كما إذا غصب عبداً فجنى عليه بقطع يده، فالدية المقدرة نصف قيمة العبد، لكن يفضل في المسألة بين ما لو تنزّلت قيمة العبد - بهذه الجناية - عن نصف قيمته، فيجب دفع أكثر من نصف قيمته، و بين ما لو تنزّلت قيمته أقل من النصف تعين المقدّر الشرعي. مثلاً إذا قُوم العبد المغصوب سليماً بألف دينار، كانت دية قطع يده خمسمائة دينار، ولكن يلاحظ قيمة العبد مقطوع اليد، فإن كانت خمسمائة كفى دفع الدية المقدرة. و إن كانت قيمته أربعمائة دينار وجب دفع ستائة، و لا يُجزى دفع خمسمائة دينار، وهي الدية المقدرة. هذا.

ولو جنى عليه جنايةً أخرى بحيث صار دية المجموع ألف دينار وجب دفع الألف - مع العبد المجني عليه - إلى مالكة. و الشاهد في جواز إجتاع العبد و قيمته في ملك مالكة.

(٢) عبارة المسالك: «و إن لم يبق ...».

(٣) يعني: فلا يدخل العين في ملك الضامن بدفع البدل، بل كلّ من المبدل و البدل ملك للمالك.

لكن عن مجمع البرهان في هذه^(١) المسألة إختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: «يمكن أن لا يجوز، و يتعين القيمة، لكونه بمنزلة التلف^(٢). و حينئذ^(٣) يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه يجب ردُّه. كما قيل بجواز المسح^(٤) بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد^(٥) إكمال الغسل و قبل المسح»^(٦) إنتهى.

و إستجوده بعضُ المعاصرين^(٦) ترجيحاً^(٧) لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته^(٨) عوضاً شرعاً.

(١) يعني: مسألة الخيوط المغصوبة.

(٢) يعني: فلا مال له حتى يكون سلطاناً على مطالبته، فلو طالبه كان نزاع الخيوط ضرراً على صاحب المخيط، فلا يجوز له مطالبة الخيوط، بل له مطالبة القيمة.

(٣) أي: حين كونه بمنزلة التلف و دخول الخيوط في ملك الغاصب يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب.

(٤) جواز الصلاة في الثوب المخيط بالخيوط المغصوبة - و جواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب - لأجل كون الخيوط والرطوبة المذكورتين بمنزلة الشيء التالف.

(٥) التقيد ببعديّة إكمال الغسلتين للإحتراز عن العلم بغصبيّة الماء قبل إكمالها، لبطلان الوضوء حينئذٍ.

(٦) و هو صاحب الجواهر، و وافقه السيّد في الحاشية^(٢).

(٧) يعني: ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك ... الخ على إستصحاب ملك المالك للمضمون.

(٨) علّة للاقتضاء، و ضميره راجع إلى المضمون، و المراد بالمعوض هو القيمة.

و فيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء^(١). و أدلة الضمان قد عرفت أن محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذهاب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذهاب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها، كغرق المال، أو كان الذهاب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته^(٢).

(١) أي: إقتضاء ملك المالك للقيمة خروج العين المضمونة عن ملكه، و دخولها في ملك الضامن، لصيرورتها عوضاً شرعاً عن القيمة التي دفعها الضامن إلى المالك. وحاصله: أنه لا منشأ للإقتضاء المزبور أصلاً، لأن ما يتوهم أن يكون منشأ له هو أدلة الضمان، و هي غير صالحة لذلك، لأن الاستفادة من تلك الأدلة هو وجوب تدارك ما فات عن المالك، سواء أكان الفائت نفس العين كما في التلف الحقيقي، أم كان الفائت السلطنة عليها مع بقاء عين المال كغرقها، فيما لم يكن الماء معدماً لها، كالأحجار الكريمة التي تبقى في الماء، أم كان الفائت الأجزاء أو الأوصاف التي تخرج العين بذهابها عن القيمة مع بقاء الملكية.  و من المعلوم أن العين على التقدير الأول تخرج عن الملكية عرفاً، فلا تقبل إضافة الملكية حتى يقال: إن طرف الإضافة هو المالك أو الضامن.

و على التقدير الثاني تكون السلطنة المطلقة على البديل بدلاً عن السلطنة المنقطعة عن العين. و هذا معنى بدل الحيلولة، لا بدلاً عن نفس العين، حتى يدعى صيرورتها ملكاً للضامن ببذل البديل.

و على التقدير الثالث يكون البديل المبذول بدلاً عن مالية المال، إذ المفروض خروجه عن المالية مع بقاء عينه، فليس البديل المبذول بدلاً عن نفس العين حتى يكون ملك المالك للقيمة مقتضياً لخروج العين المضمونة عن ملكه، و دخولها في ملك الضامن، لصيرورتها شرعاً عوضاً عن البديل المبذول للمالك.

(٢) الأولى «ملكيتها» لرجوع الضمير إلى العين.

و لا يخفى أنَّ العين على التقدير الأول^(١) خارج^(٢) عن الملكية عرفاً.
و على الثاني^(٣) السلطنة المطلقة على البذل بدل عن السلطنة المنقطعة عن
العين. و هذا معنى بدل الحيلولة.

وعلى الثالث^(٤) فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن
نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة،
لا نفس العين الباقية، كيف؟^(٥) و لم تتلف هي، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً
عهدة مالية، بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال^(٦). بل لو إستلزم رده
ضرراً مالياً على الغاصب أمكن سقوطه^(٧)، فتأمل^(٨).

(١) و هو تقدير تلف العين حقيقة، فإن العين التالفة لا تعد ملكاً و لا مالاً.

(٢) الأولى «خارجة».

(٣) و هو تقدير فوت السلطنة، مع بقاء العين في مكانٍ لا تنالها اليد فعلاً.

(٤) و هو كون الذاهب الأجزاء و الأوصاف المقومة لماليتها العين.

(٥) يعني: كيف يكون المبذول بدلاً عن نفس العين؟ مع أنها باقية غير تالفة.

(٦) حتى يقال: إن بدل الحيلولة بدل عن العين، فلك المالك للبذل يقتضي

خروج المبدل عن ملكه، و دخوله في ملك الضامن. بل الحكم بوجوب رد العين
حينئذٍ تكليف محض لا يستتبع الوضع.

و بالجملة: فعلى جميع التقادير لا يكون البذل بإزاء نفس العين حتى يدعى

إقتضاؤه للملكية المبدل للضامن.

(٧) أي: سقوط التكليف. و الوجه في سقوطه حكومة قاعدة نفي الضرر عليه،

و ليست معارضة بضرر المالك مالاً، لفرض خروج العين عن الماليتها، التي إستوفاهـا
بالغرامة.

(٨) لعلّه إشارة إلى: منع جريان قاعدة الضرر هنا، لأنها في مقام الامتنان،

فلا تجري في حق الغاصب، فيبقى إطلاق ما دلّ على وجود الرد بحاله.

و لعل^(١) ما عن المسالك من «أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب، بعدّ خروجه عن القيمة بالخراج، فتعيّن القيمة فقط»

(١) غرضه توجيه ما في المسالك من: «أنّ ظاهر الفقهاء عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب، والخشبة عن البناء».

و حاصل التوجيه: أنّ عدم وجوب الردّ في هذين الموردين إنّما هو لأجل إستلزام الردّ الضرر على مالك الثوب و البناء.

ثم لا يخفى أنّ ما نسبته المصنف رحمته إلى المسالك وإن كان في محله، إلا أنّ العبارة المنقولة ليست نصّ كلامه، بل هي تلفيق بين كلماته في مسألتين كما نبّه عليه الفقيه المامقاني رحمته.^(١)

و لتوضيح الأمر ننقل أولاً عنوان المسألة في الشرائع، ثمّ ما في المسالك. قال المحقّق رحمته: «يجب ردّ المغصوب مادام باقياً ولو تعرّس، كالحشبة تستدخل في البناء، أو اللوح في السفينة، و لا يلزم المالك أخذ القيمة ... ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، فإن أمكن نزعها ألزم ذلك، و ضمن ما يحدث من نقص، ولو خشي تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمة»^(٢).

و ظاهره وجوب الردّ مطلقاً، سواء فسدت الحشبة بالنزع من البناء أم لم تفسد، و على تقدير عدم الفساد لا فرق بين تضرّر المالك و عدم تضرّره. و سيأتي من المصنّف إمكان حمل هذا الاطلاق على صورة عدم تضرّر مالك البناء بنزع الحشبة، فلو تضرّر لم يجب النزع، بل وجب دفع قيمتها.

و قال الشهيد الثاني رحمته في حكم الحشبة المغصوبة: «إذا غصب خشبةً و أدرجها في بنائه أو بنى عليها لم يملكها الغاصب، بل عليه إخراجها من البناء و ردّه إلى المالك ... إلى أن قال: ثمّ إذا أخرجها و ردّها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص».

«١» غاية الآمال، ص ٣١٨

«٢» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٣٩

محمول على صورة تضرر المالك^(١) بفساد الثوب المخيط، أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا يأتى عنه^(٢) عنوان المسألة^(٣)، فلاحظ.
و حينئذ^(٤) فلا تنافي ما تقدّم عنه سابقاً من بقاء الخيط على ملك مالكة،

ولو بلغت حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبق لها قيمة فالواجب تمام قيمتها. وهل يجبر على إخراجها حينئذ؟ نظر من فوات المالّة، و بقاء حقّ المالك في العين. و ظاهرهم عدم الوجوب، و أنّها تنزل منزلة المعدومة. ولو قيل بوجوب إعطائها المالك لو طلبها كان حسناً، و إن جمع بين القيمة و العين^(٥).

و قال في مسأله خياطة الثوب بخيط مغصوب: «الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما في البناء على الخشبة، فللمالك طلب نزعها، و إن أفضى إلى التلف. و يضمن الغاصب النقص إن إتفق. و إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة^(٦)».

و قد إتضح من هذا أن قول الماتن رحمته: «ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب» غير مذكور في مسألة الخيط، بل ذكره في حكم الخشبة، ولكن حيث قال الشهيد الثاني رحمته: «كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة» صحت النسبة المزبورة، لأنّ حدّ حكم الخيط و الخشبة المغصوبين.

(١) أي: مالك الثوب.

(٢) أي: كما لا يأتى كلام المحقق - في عنوان المسألة - عن الحمل على صورة تضرر المالك ... الخ.

(٣) يعني: مسألة البناء المستدخل فيه خشبة مغصوبة.

(٤) أي: و حين حمل فتواهم بتعيين القيمة - في مسألتى الخيط و الخشبة المغصوبين - على صورة تضرر المالك فلا تنافي ما تقدّم ... الخ.

و إن وجب بذل قيمته.

ثم إن هنا قسماً رابعاً^(١) وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخل المغصوب خمرأ. فاستشكل في القواعد وجوب

وجه المنافاة: أن بقاءه على ملك مالكة يقتضي وجوب ردّه، فيجب إخراجه مقدّمة لردّه. وهذا الحكم يناfi حكمهم بعدم وجوب الإخراج، لكشفه عن عدم وجوب الردّ.

وأما وجه عدم المنافاة فهو: أن وجوب الردّ مقيد بعدم إستلزامه الضرر على الرادّ. والحاصل: أن المنافاة ناشئة من الملازمة بين الملكية و وجوب الردّ، فالملازمة منحصرة بعدم تضرّر الرادّ بالردّ، لا مطلقاً حتى في صورة التضرّر به، فيمكن أن يكون مالكا، ولا يجب على الغاصب ردّه لتضرّره به، هذا.

لكن كلام المسالك أب عن هذا الحمل، لأنّه قال - فيما لو خيف من نزع الخشبة هلاك مال غير الحيوان أو هلاك نفس السفينة، والمال له أو لمن يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً - بأن فيه وجهين: «أحدهما، وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنّف، و صرح به الأكثر: أنّه ينزع أيضاً، كما يهدم البناء لردّ الخشبة، ولا يُبالي بما صنع، لأنّ دفع المغصوب إلى المالك واجب على الفور، ولا يتمّ إلّا بهذا. و عدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف، وهو الذي أدخل الضرر على نفسه...»^(١).

(١) غرضه أن الأقسام والتقادير الثلاثة المتقدّمة كانت بالنسبة إلى العين المملوكة، التي خرجت عن الملكية أو المالّية رأساً. ويبقى حكم قسم آخر، وهو خروج العين عن الملكية، وتعلّق حق الأولوية بها، كما إذا غصب خلاً فانقلب عنده خمرأ، فإنّه يجب دفع قيمة الخل إلى المالك، و هل يجب ردّ الخمر إليه - أيضاً - أم لا؟ إستشكل العلامة فيه.

فالوجه في وجوب ردّها هو إستصحاب الحكم قبل إنتقلابها خمرأ، للشك في

ردّها مع القيمة^(١).

و لعلّه^(٢) من إستصحاب وجوب ردّها. و من^(٣) أن الموضوع في المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب إلّا ردّه، و لم^(٤) يكن المالك إلّا أولى به.

إنتفاء وجوب الرّد بمجرد الانقلاب.

و الوجه في عدم وجوب الرّد منع جريان الاستصحاب هنا، لأنّ متعلّق الحكم هو «مال الغير و ملكه» و حيث إنّ المفروض زوال إضافة الملكية عن هذا المانع لم يبق مجال لاستصحاب الوجوب المتعلّق بمال الغير.

ثم تأمل المصنّف في هذا الوجه، بأنّ المستصحب وجوب ردّ المانع الذي طرأ عليه حالتا الخلية و الخمرية، و ليستا مقوّمتين للموضوع حتى يُقطع أو يُشكّ في ترتّب الحكم عليه. و لهذا ذهب جمعٌ إلى وجوب ردّها، لأنّ المرجع في تعيين معروض المستصحب - أي الموضوع - هو العرف. و يتأيّد المطلب بما تقرّر من أنّه لو عادت الخمر خلّاً وجب ردّه إلى المغصوب منه قطعاً، ولو كان الموضوع متعدّداً لم يكن وجهٌ لوجوب الرّد.

(١) قال في القواعد: «ولو غصب عصيراً فصار خمرّاً ضمن المثل، و في وجوب الدفع إشكال ... فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخلّ»^(١).

(٢) أي: و لعلّ الاستشكال ينشأ من الاستصحاب، و المحقّق الثاني جعل منشأ وجوب الرّد بقاء الأوليّة، ثمّ قال: «و في وجوب الدفع قوّة»^(٢).

(٣) هذا وجه عدم وجوب الرّد، لتعدّد الموضوع المانع عن الاستصحاب.

(٤) يعني: و الحال أنّه ليس للمالك إلّا حقّ الأوليّة لا الملك، و موضوع وجوب الرّد هو الملك.

«١» قواعد الاحكام، ص ٨٠، السطر ٢٩ (الطبعة الحجرية).

«٢» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٩٢

إلا أن يقال: ^(١) إن الموضوع في الاستصحاب عرفي. ولذا ^(٢) كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان والمحقق الثاني ^(٣). ^(١)
و يؤيده أنه لو عاد خلأ رُدَّت إلى المالك بلا خلاف ظاهر ^(٤).

(١) غرضه ترجيح وجوب الرد، وقد عرفت تقريبه.

(٢) أي: ولأجل جريان الاستصحاب - لوحدة الموضوع عرفاً - كان الوجوب مختار جماعة.

(٣) نعم، لكن لا للاستصحاب الذي وجه المصنّف الحكم به، بل لوحدة موضوع دليل الضمان، فراجع كلام المحقق والشهيد الثانيين.

(٤) كما نقله صاحب الجواهر ^(١) حيث قال شارحاً للمتن: «ولو غصب عصيراً فصار خمرأ ثم صار خلأ في يد الغاصب قبل أن يدفع بدله، بل وبعده إذا كان على وجه كدفع الحيلولة كان للمالك، على ما صرح به غير واحد، بل عن رهن غاية المرام والمسالك نفي الخلاف فيه، لأنه عين ماله» ^(٢).

و الظاهر عدم الاشكال في وجوب رده إلى المالك قبل دفع البدل. و أما بعددفعه فقد إستشكل فيه غير واحد على ما يظهر من عباراتهم، لكنه لا ينافي نفي ظهور الخلاف.

ثم إن الوجه في جعله مؤيداً لا دليلاً هو عدم الملازمة بين ملك المالك له لو صار خلأ و بين ثبوت الحق، لجواز أن يكون دخوله في ملكه لأجل كون أصله ملكاً له حين كان خلأ، فهو نظير الملك بالتبعية.

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٢؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٩٢؛ مسالك الافهام، ج ١٢، ص ٢٣٧

«٢» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٩٩ و ٢٠٠

ثم إن^(١) مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن إرتفاع قيمة العين بعد الدفع^(٢)، سواء كان^(٣) للسوق أو للزيادة المتصلة^(٤)، بل^(٥) المنفصلة كالثمرة، و لا يضمن منافعه^(٦)، فلا يُطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك^(٧).

ح : عدم ضمان إرتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البذل

(١) هذا فرع آخر مما يتعلّق ببذل الحيلولة، و هو عدم ضمان الغاصب إرتفاع قيمة العين بعد دفع البذل، و قد سبق في الأمر السابع عدم ضمان إرتفاع قيمة العين التالفة على جميع الأقوال، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين أن يكون إرتفاعها قبل دفع القيمة و بعدها. و فصل هناك بين كون إرتفاع القيمة للسوق فلا يضمن، و بين الزيادة العينية فتضمن. هذا في التلف الحقيقي.

و أمّا زيادة القيمة في بذل الحيلولة فلا تضمن مطلقاً.

و ملخص تقريب عدم الضمان: أن الغارم يخرج عن عهدة ضمان العين بدفع البذل، و لازمه عدم ضمانه لزيادة قيمة العين مطلقاً و إن كانت للزيادة في العين. و كذا لا يضمن منافعه، لخروج العين عن عهده و ضمانها بدفع البذل، فلا إرتباط للعين بالضامن.

(٢) أي: دفع بذل الحيلولة.

(٣) أي: كان إرتفاع القيمة.

(٤) كالسمن في الحيوان، و تعلّم الصنعة في العبيد و الاماء.

(٥) الاتيان بكلمة الاضراب لأجل أن ضمان الزيادة المنفصلة كالثمرة لا يخلو

من وجه، لكونها عيناً أخرى يحتمل ضمانها، لكن حيثية كونها نماءً للعين المضمونة التي دفع بدّلها إلى مالِكها توجب عدم ضمانها.

(٦) في ضمان المنافع بعد دفع بذل الحيلولة قولان: أحدهما ذلك، و الآخر العدم كما سيأتي في المتن.

(٧) يعني: بعد دفع البذل. و وجه عدم ضمان المنافع حينئذٍ واضح، إذ المفروض

و عن التذكرة و بعض آخر^(١) ضمان المنافع، و قواه^(٢) في المبسوط بعد أن

خروج العين - بدفع البدل - عن ضمان الغاصب، فلا مجال لقاعدة تبعية المنافع للعين في الملكية.

(١) الحاكي لكلام العلامة و غيره هو السيد العاملي و غيره، قال رحمته : «و قد قُرب في التذكرة اللزوم و الوجوب، و قال: إنه أصح وجهي الشافعية، لأن حكم الغصب باقٍ، و إنما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأجرة ... و مال إليه في المسالك، وكأنه قال به في مجمع البرهان و هو الأصح^(١)». و جعله في الجواهر - بعد ما نسبه إلى جماعة - موافقاً للتحقيق «لبقاء العين المغصوبة على ملك المالك، و على وجوب ردّها على الغاصب مع التمكن، و على ضمانها و ضمان نساها، و أن القيمة للحيلولة غرامة شرعية ثبتت بالأدلة، و هي لا تقتضي براءة، و لا تغييراً للحال الأولي^(٢)».

و فيه: أن القيمة المدفوعة إقتضاها الضمان على نحو إقتضائه لها في التلف على أن تكون تداركاً لما فات، فكانت لم يفت، من غير فرق بين أن تكون بدلاً عن العين أو عن الحيلولة، فكان العين في يده، فكيف تكون حينئذٍ مضمونة؟

(٢) أي: قوى ضمان المنافع، قال شيخ الطائفة رحمته : «و أجرئها - أي العين - من حين دفع القيمة إلى حين الردّ على وجهين، أحدهما: لا أجرة عليه ... و هو الأقوى. والثاني: عليه أجرئها ... و هذا قوي أيضاً^(٣)». المصنّف رحمته إليه لا يخلو من مسامحة، إذ الأقوى بنظر الشيخ هو عدم ضمان المنافع، و القوي ضمانها، و الأمر سهل.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٤٩ (أواخر الصفحة)؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢؛ مسالك الافهام،

ج ١٢، ص ٢٠١؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ٥٣٨

«٢» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٣٩

«٣» المبسوط، ج ٣، ص ٩٦

جعل الأقوى خلافه. و في موضع من جامع المقاصد «أنه موضع توقّف»^(١) وفي موضع آخر: رجّح الوجوب^(٢).

ثم^(٣) إنّ ظاهر عطف التعذّر على التلف في كلام بعضهم^(٤) - عند التعرّض لضمان المصوب بالمثل أو القيمة - يقتضي عدم ضمان إرتفاع القيمة السوقية

(١) قال بعد بيان وجهي الاشكال - في ضمان منافع العبد الآبق السابقة على الغرم - ما لفظه: «و المسألة موضع توقّف»^(٢).

(٢) حيث قال بعد بيان وجهي الاشكال في ضمان النماء المتصل و المنفصل - إذا تجدد بعد دفع البدل - ما لفظه: «و الأصحّ إستحقاق الرجوع به أيضاً على الغاصب، إستصحاباً لما كان إلى أن يعلم المزيل»^(٣).

ط : ضمان إرتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البدل إلى المالك

(٣) ما تقدّم بقوله: «ثم إن مقتضى الغرامة» إلى هنا كان حكم إرتفاع قيمة العين بعد أداء بدل الحيلولة، و كذا منافعها المتجددة، و غرضه الآن بيان حكم إرتفاع القيمة قبل أداء البدل إلى المالك، فأفاد^(١) أن مقتضى تنزيل التعذّر منزلة التلف في كلام مثل المحقّق قنبري هو ترتيب آثار التلف على التعذّر، التي منها عدم ضمان إرتفاع القيمة السوقية المتحقّق بعد التعذّر و قبل الدفع، كالإرتفاع الحاصل بعد التلف.

لكن مقتضى القاعدة ضمانه له، و ذلك لأنّ التلف يوجب تعيّن القيمة، و لذا يجب على المالك قبولها، و ليس له الامتناع عن أخذها. بخلاف تعذّر العين، إذ لا يتعيّن به القيمة، بل للمالك الصبر إلى زمان التمكن من العين، و تبقى العين في عهدة الضامن في مدّة التعذّر. و لو تلفت كان للمالك قيمتها من حين التسلف أو أعلى القيم أو يوم الغصب، على الخلاف السابق.

«١» كالمحقق في المختصر النافع، ج ٢، ص ٢٩٦؛ و العلامة في تحرير الاحكام، ج ٢، ص ١٣٩

«٢» جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٥١

«٣» المصدر، ص ٢٧٣

الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف^(١).

لكن مقتضى القاعدة^(٢) ضمانه له^(٣)، لأن^(٤) مع التلف يتعين القيمة^(٥)، و لذا ليس له الامتناع من أخذها. بخلاف تعذر العين، فإن القيمة غير متعيّنة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك، و يبقى العين في عهدة الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب على الخلاف.

و الحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهدة الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر.

و الحكم^(٦) يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة

و الحاصل: أن العين الموجودة قبل دفع بدلها تكون في عهدة الضامن. و عليه فلا عبرة بيوم التعذر، و الحكم يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف.

(١) على ما صرح به في الأمر السابع بقوله: «ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال» و مراده بالقيمة هي السوقية، لا لزيادة عينية، كما صرح به هناك أيضاً، فراجع (ص ٥٤٩).

(٢) يعني: قاعدة كون بدل الحيلولة غرامة، لا بدلاً عن العين المتعدرة.

(٣) أي: ضمان الغاصب لارتفاع القيمة.

(٤) هذا بيان الفارق بين التلف و التعذر في عدم ضمان الارتفاع في الأول، و ضمانه في الثاني.

(٥) يعني: لا يملك مالك العين التالفة - في عهدة الضامن - إلا القيمة.

(٦) غرضه تضعيف كون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يوجب التناقض. توضيحه: أن لازم كون يوم التعذر كيوم التلف عدم ضمان الأجرة و النماء بالتعذر و قبل أداء البدل، فالحكم بضمان الأجرة و النماء بعد التعذر و قبل أداء البدل منافٍ لذلك، فمقتضى القاعدة ضمان إرتفاع القيمة إلى يوم دفع البدل. و أمّا بعده فلا.

و التّناء إلى دفع البدل و إن تراخى^(١) عن التّعذر مما لا يحتمعان ظاهراً، فقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة^(٢) عن المثل المتعذر في المثلي.

ثم^(٣) إنّه لا إشكال في أنّه إذا إرتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً وجب ردّها^(٤) إلى مالكيها - كما صرح به في جامع المقاصد - فوراً^(٥) وإن كان في إحضارها

(١) أي: تراخى دفع البدل. و غرضه أنّه لا فرق في التنافي بين الحكّين - و هما كون يوم التّعذر بمنزلة يوم التلف، و وجوب دفع بدل المنفعة قبل دفع بدل الحيلولة - بين أن يدفع بدل الحيلولة عقيب تعذر ردّ العين فوراً، أم بعده تراخياً. و الوجه في عدم الفرق كون التّعذر بمنزلة التلف، فكما لا موضوع لضمان إرتفاع قيمة التالف، فكذا لا مجال لضمان إرتفاع قيمة العين المتعذر إيصالها إلى المالك. فالقول بضمان الارتفاع منوط برفع اليد عن المبنى، و هو وحدة حكم التلف و التّعذر. (٢) يعنى: نظيره في ضمان إرتفاع القيمة إلى يوم دفعها في المثلي المتعذر مثله.

ي : وجوب ردّ العين فوراً بارتفاع العذر

(٣) هذا فرع آخر من فروع بدل الحيلولة، و هو وجوب ردّ العين إلى مالكيها بمجرد إرتفاع التّعذر و التمكن منه، ولو توقّف إحضار العين على مؤونة و جبّ على الضامن بذلها، كما وجب بذلها قبل التّعذر، يعنى: لو وّضع يده على مال الغير و أمكن إيصاله إليه وجب ردّه فوراً، سواء توقّف على بذل مؤونة أم لم يتوقّف عليه. لكون البذل مقدّمة للردّ الواجب، على ما سبق تفصيله في الأمر الثاني، فلاحظ (ص ٢٠١). (٤) لأنّه عين ماله، و مع إمكان دفعها لاتصل النوبة إلى بدلها، و الغرامة المدفوعة إلى المالك إنّما تكون بدلاً دائماً في صورة تلف العين، لافي صورة وجودها، إذ البدلية حينئذٍ ماداميّة.

(٥) قال تيّز في الظفر بالعبد الآبق المغصوب: «بل يجب على الغاصب ردّ العبد

مؤونة كما كان قبل التعذر، لعموم^(١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢).
ودفع^(٣) البذل لأجل الحيلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنه
لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك^(٤)، وإستلزم ذلك^(٥) [و لازم ذلك]

مطلقاً على الفور»^(١). و تقدم كلام آخر منه (في ص ٢٠٢) دال على كون مؤونة الرد
على المشتري، فراجع.

(١) تعليل لوجوب رد العين.

(٢) لأن الغاية لا تصدق حقيقة إلا برّد نفس العين لا بد لها.

هذا بناء على دلالة الحديث على خصوص الحكم التكليفي أو الأعم منه و من
الوضعي. و أمّا بناء على ظهوره في الوضع - كما تقدّم في أول مسألة المقبوض بالبيع
الفاسد - فقد يشكل إستظهار وجوب الرد من الحديث، فتأمل.

(٣) مبتدء، خبره «إنما أفاد» تعرّض المصنّف ﷺ لدفع توهمين قد يردا على
وجوب رد العين المضمونة بعد زوال التعذر.

الأول: أنه لا يجب رد العين إلى مالكيها، إذ الضامن دفع الغرامة إلى المالك، و
هي مالّية العين، و مقتضى التدارك عدم وجوب رد العين بعد إرتفاع العذر.
و دفعه المصنّف ﷺ بأن بدل الحيلولة لا يرفع التكليف برّد العين، و إنما يفيد
أمرين، أحدهما: خروج الضامن عن عهدة قيمة العين لو تلفت بعد أداء البذل، فيصير
البذل المحدود دائماً، و لا يجب شيء آخر.

ثانيهما: عدم ضمان المنافع الحاصلة في العين بعد دفع الغرامة.

و من المعلوم أنّ هذين الحكمين المترتبين على أداء بدل الحيلولة لا يمنعان عن
فعليّة وجوب رد العين عند التمكن منه.

(٤) أي: بعد التلف.

(٥) أي: خروج الغاصب عن الضمان، و هو إمّا فاعل «يستلزم» و إمّا مضاف

على ما إختارناه^(١) عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتّصل بعد دفع الغرامة. و سقوط^(٢) وجوب الردّ حين التعذّر للعذر العقليّ، فلا يجوز إستصحابه، بل مقتضى الاستصحاب^(٣) و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

إليه لقوله: «و لازم» بناءً على ما في بعض النسخ، و قوله: «عدم ضمان» إمّا مفعول لـ «يستلزم» و إمّا خبراً لـ «لازم».

و على كلّ فعدم ضمان المنافع - بعد أداء بدل الحيلولة - حكم آخر، و هو يترتب على الحكم الأوّل أعني به خروج الغاصب عن عهدة العين

(١) من قوله: «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم...».

(٢) مبتدأ، خبره قوله: «للعذر العقليّ»، و هذا إشارة إلى التوهم الثاني، و حاصله: أنّه لا يجب ردّ العين بعد التمكن منه، و ذلك لاستصحاب عدم وجوب ردّها حال التعذّر، و مع هذا الأصل المحرّز لا مجال لتكليف الضامن برّد العين عند القدرة عليه.

و قد دفعه المصنف رحمه الله بمنع جريان الاستصحاب هنا، لانتفاء قيد المستصحب، توضيحه: أنّ سقوط وجوب دفع العين كان مقيداً عقلاً بالتعذّر المسقط للتكليف، و حيث إنّ المفروض زوال العذر، فلو أريد تسوية الحكم إلى ما بعد التعذّر كان إثبات حكم موضوع لموضوع آخر، و لا معنى للاستصحاب حينئذٍ.

(٣) بأن يقال: إنّ المتيقن في السابق هو الضمان مطلقاً في حالتي التعذّر و التمكن، و دفع الغرامة في حال التعذّر يوجب الشك في أنّ المرتفع به أصل الضمان أو خصوص الضمان في حال التعذّر و مادام متعذّراً، فلا يحصل القطع بارتفاع الضمان بالمرّة، بل هو مشكوك فيه، لا احتمال إرتفاع الضمان الخاص لا أصله، فلا مانع من إستصحاب أصل الضمان في حال التمكن. و يترتب عليه وجوب الردّ، لوجود المقتضي و هو الضمان و عدم المانع عنه و هو التعذّر.

و هل الغرامة^(١) المدفوعة تعود ملكه إلى الغارم بمجرد طرؤه التمكن،

ثم إنَّ الجمع بين الاستصحاب و العموم خلاف ما قرره تعالى في الأصول من حكومة الثاني على الأول.

ك : هل ينتقل البديل إلى الغارم بتمكن دفع العين؟

(١) هذا فرع آخر من فروع بدل الحيلولة، و هو أنه: إذا تمكن الغاصب من ردّ العين إلى المالك بعد دفع بدل الحيلولة، و لكنّه لم يوصل العين إلى المالك، ففي خروج بدل الحيلولة من ملك المضمون له، و عدمه وجهان:

الأول: أنَّ التمكن من العين يوجب خروج البديل عن ملك المضمون له، و دخوله في ملك الضامن، و حيث إنه لم يوصل العين إلى مالكها يصير ضامناً لها بضمان جديد. و يترتب عليه أنه لو تلفت عنده أُعتبرت قيمتها الفعلية، لا قيمتها السابقة في حال التعذر. فبناءً على ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان تتعين قيمتها يوم التمكن منها، أي حين إرتفاع العذر.

و بناءً على ضمانه بقيمة يوم التلف تعتبر قيمتها فيه.

و بناءً على ضمان أعلى القيم بين وقت الضمان و التلف يتعين أعلاها.

الثاني: أنَّ بمجرد التمكن من العين لا يقتضي إنتقال بدل الحيلولة إلى ملك الغارم، فلو لم يوصلها إليه و تلفت عنده لم يضمنها بضمان جديد، بل يصير بدل الحيلولة بدلاً دائماً مستقراً، بعد أن كان بدلاً محدوداً مغنياً بوصول العين أو تلفها. و حينئذٍ ينتفي احتمال ضمان يوم القبض أو وقت التلف أو الأعلى بينهما.

و إستظهر المصنّف رحمه الله هذا الاحتمال، و إستدلّ عليه بالاستصحاب، بتقريب: أنَّ بدل الحيلولة كان ملكاً للمالك العين حين التعذر، ولو شك في زواله بمجرد تمكن الضامن من ردّ العين جرى إستصحاب ملكه له.

هل ينتقل البديل إلى الغارم بتمكُّن دفع العين؟ ٥٩٧
 فيضمن^(١) العين من يوم التمكن ضماناً جديداً^(٢) بمثله أو قيمته يوم^(٣) حدوث الضمان،
 أو يوم التلف، أو أعلى القيم. أو أنها باقية على ملك مالك العين، وكون^(٥)
 العين مضمونة بها لا بشيءٍ آخر في ذمة الغاصب، فلو تلفت^(٦) إستقرَّ ملك
 المالك على الغرامة، فلم^(٧) يحدث في العين إلا حكم تكليفي بوجوب ردِّه، و أمَّا
 الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان^(٨) أظهرهما الثاني^(٩) لاستصحاب كون العين
 مضمونة بالغرامة، و عدم طروء ما يُزيل ملكيته عن الغرامة، أو يُحدث^(١٠)
 ضماناً جديداً.

-
- (١) هذا متفرِّع على عود بدل الحيلولة - الذي هو بدل محدود بالتعذر - إلى ملك الغارم، و إشتغال ذمته بقيمة أخرى كما عرفت.
- (٢) في قبال بدل الحيلولة الذي كان ضماناً قديماً في حال تعذر ردِّ العين.
- (٣) متعلّق بـ «قيمه» أي: قيمته يوم حدوث الضمان، أو قيمته يوم التلف أو أعلى القيم، على الخلاف المتقدّم في الأمر السادس و السابع.
- (٤) هذا عدل قوله: «تعود» يعني: هل الغرامة تعود ملكاً إلى الغارم أم هي باقية على ملك مالك العين؟ و قد أوضحناه آنفاً بقولنا: «الثاني: أن مجرد التمكن من العين...».
- (٥) بالجرّ معطوف على «ملك» المجرور بـ «على». و الواو بمعنى «مع» أي: مع كون العين مضمونة بتلك الغرامة لا بغيرها. و ضمير «بها» راجع إلى الغرامة.
- (٦) أي: فلو تلفت العين - بيد الغاصب بعد التمكن من ردّها إلى المالك - صار بدل الحيلولة ملكاً مستقراً لمالك العين، و لم يحدث ضمان جديد.
- (٧) هذا متفرِّع على بقاء ملك الغرامة لمالك العين، و عدم إنتقالها إلى الغارم بمجرد تمكُّنه من ردِّ العين إلى مالكها.
- (٨) خبر قوله: «و هل الغرامة المدفوعة».
- (٩) و هو بقاء الغرامة على ملك المغصوب منه.
- (١٠) معطوف على «يزيل» و «يُحدث» بصيغة الفاعل من باب الافعال، يعني:

و مجرد^(١) عود التمكّن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء
مالكيته على الغرامة الجمع بين العوض و المعوّض.
غاية ما في الباب^(٢) قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتنة المبذلة عنها
بالغرامة، و وجوبها عليه.
و حينئذ^(٣) فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيّة [مالكية] المالك
للغرامة.
و توهم^(٤) أنّ المدفوع كان بدلاً عن القدر الفائت من السلطنة في زمان

و عدم طروء ما يزيل ملكيته من الغرامة، أو ما يحدث ضماناً جديداً، فجرد تمكّن
الغاصب من ردّ العين إلى المالك لا يجدي في رفع الضمان، بل الضمان باقي على حاله.
(١) غرضه توضيح بيان عدم طروء ما يزيل ملكيّة مالك العين لبدل الحيلولة، إذ قد
يتوهم: إختصاص البدل بحال التعذر، فلو فرض تمكّن الغاصب من إيصال العين إلى
مالكها لزم خروج بدل الحيلولة إلى ملك الغارم حتى لا يجتمع العوض و المعوّض
عند واحد.

و أجاب عنه المصنف بعدم عروض ما يزيل ملكيّة المضمون له للبدل، و بقاء
ملك تغريم الضامن، و ذلك لأنّ فوات سلطنة المالك على ماله إقتضى دفع البدل،
و لا فرق فيه بين تمكّن الغاصب من ردّ العين و بين تعذّره عليه. فخروج البدل عن
ملك مالك العين منوط بوصولها إليه. و عليه فلا موضوع للجمع بين العوض
و المعوّض عند واحد.

(٢) يعني: غاية ما يلزم من عود تمكّن الغاصب من ردّ المغصوب إلى المغصوب
منه هو قدرته على إعادة ما فات عن المالك من السلطنة التي أبدلت بالغرامة.
(٣) يعني: و حين قدرة الغاصب على إعادة السلطنة، فإن دفع العين فلا إشكال
في زوال مالكيّة المالك للغرامة.

(٤) غرض المتوهم منع عود بدل الحيلولة إلى الغاصب بعد دفع العين إلى

التعذر فلا يعود، لعدم عود مبدله، ضعيفٌ في الغاية. بل كان^(١) بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع^(٢) بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه^(٣) عن ملكه بناقلٍ لازم بل جائز. ولا يجب^(٤) ردُّ نمائه المنفصل.

المالك. و تقرّبه: أن بدل الحيلولة لما كان عوضاً عن السلطنة الفائتة في زمان تعذر ردّ العين إلى مالكيها لم يكن موجباً لاعادته إلى الغاصب، ضرورة أن محذور إجتماع العوض و المعوّض غير لازم في المقام، لأن بدل الحيلولة كان بدلاً عن السلطنة الفائتة التي يستحيل عودها إلى المالك. و السلطنة الحادثة بعد ردّ العين لم تكن في قبال بدل الحيلولة. و عليه فلا وجه لأن يقال: «فلا إشكال في زوال ملكيته للغرامة، بل يبقى البديل على ملكية المضمون له».

و دَفَعَهُ تَبَيَّرَ بقوله: «ضعيف في الغاية» و بيانه: أن الغرامة التي دفعها الضامن كانت بدلاً عن أصل السلطنة، بحيث تكون البدلية ملحوظة بين البديل و السلطنة حدوثاً و بقاءً. ففي زمان التعذر يكون البديل بدلاً عن السلطنة في ذلك الزمان، و في زمان التمكن لو بقي البديل ملكاً للمالك كان ملكاً له بلا مبدلٍ منه، لعدم فوات السلطنة في ذلك الزمان حتى يكون مبدلاً منه.

(١) أي: بل كان المدفوع بدلاً عن أصل السلطنة.

(٢) يعني: يرتفع البديل عن البدلية بعود السلطنة، فيجب حينئذ دفع البديل إلى الضامن، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملك المصوب منه بناقلٍ لازم بل جائز، لكون النقل كالتلف.

(٣) معطوف على «تلفه» يعني: أن وجوب دفع البديل ثابت في التلف و في الخروج عن الملك بناقل.

(٤) لأنه نماء ملكه بما أنه ملكه، لا بما أنه بدل عن السلطنة حتى يجري عليه حكم العين من الرجوع إلى ملك الغارم. و أمّا النماء المتصل فهو تابع للعين عرفاً،

ولو لم يدفعها^(١) لم يكن له مطالبة الغرامة أولاً، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم، فإن الغرامة عوض السلطنة، لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل^(٢).
نعم^(٣) للمالك مطالبة عين ماله،

فينتقل إلى الغارم، كما أن العين تنتقل إليه.

(١) معطوف على قوله: «فإن دفع العين» يعني: ولو لم يدفع الغارم العين المغصوبة إلى المالك لم يكن له مطالبة الغرامة من المالك، لأن الغرامة عوض السلطنة الفائتة، لا عوض قدرة المالك على تحصيل السلطنة. نعم يجوز للمالك المطالبة بالعين كما سيأتي.

(٢) الظاهر أنه إشارة إلى تثبيت ما ذكره، و دفع توهم كون المقام نظير البيع، وأن لكل من البائع والمشتري إمتناع تسليم ماله حتى يتسلم مال الآخر.
و وجه الاندفاع هو الفرق بين باب الغرامة و باب المعاوضة، إذ لا ريب في عوضية كل من الثمن و المثل عن الآخر، بخلاف المقام، فإن الغرامة عوض، والسلطنة معوض، فمال يرتفع المعوض - بمعنى تحقق السلطنة للمالك و عودها إليه - لم يرجع الغرامة إلى الغارم.

(٣) غرضه بيان الفارق بين الضامن و المضمون له في مطالبة كل منهما ماله، فالضامن ليس له مطالبة الغرامة قبل تسليم العين إلى المالك كما عرفت آنفاً. و أما المالك فيجوز له مطالبة عين ماله من الضامن، و ذلك لاطلاق قاعدة السلطنة، فإن طالبه و رد الضامن العين إنجبه ردُّ بدل الحيلولة إليه، وإلا فلا.

فإن قلت: كما يجوز للغارم مطالبة البدل، فكذا ليس للمالك مطالبة العين، فهما سواء من هذه الجهة. و الوجه في عدم إستحقاق المالك المطالبة بالعين هو: أن الغرامة التي دفعها الضامن تكون بدلاً عن سلطنته التامة على ماله، فالسلطنة المطلقة للمالك على أموالهم غير ثابتة في المقام، لفرض تدارك سلطنته على العين ببذل الحيلولة الذي

هل ينتقل البذل إلى الغارم بتمكُّن دفع العين؟ ٦٠١

لعموم^(١) «الناس مسلطون على أنفسهم» و ليس^(٢) ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة^(٣) حتى سلطنة المطالبة، بل^(٤) سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك. ولذا^(٥) لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

دفعه الضامن إليه، و بتحديد سلطنته و تضييقها لاسبيل لاثبات إستحقاق مطالبة العين. و عليه فإن إختار الضامن ردَّ العين إلى مالكها إستردَّ بذل الحيلولة منه، و إلاً فليس لأحدٍ منها المطالبة.

قلت: إن قاعدة السلطنة تقتضي جواز مطالبة العين من الغارم. و لا يتضيَّق هذا الحقُّ إلاَّ بكون بذل الحيلولة بدلاً عن سلطنة المالك المطلقة على ماله، أو بدلاً عن سلطنته على مطالبة ماله، إذ على كلٍّ منها يسقط حقُّ المطالبة ولا بدَّ من إنتظار إقدام الضامن حينئذٍ بأن يردَّ العين إلى المالك و يستردَّ البذل. و لكنَّ الصحيح إحتمالُ ثالث، و هو كون بذل الحيلولة بدلاً عن خصوص سلطنة انتفاع المالك بالمال، المفروض فواتها في زمان تعذر الوصول إلى العين، و أمَّا سلطنته المطلقة على جميع أنحاء التقلُّب في المال فلم تقابل ببذل الحيلولة حتى يُسلب عن المالك حقُّ مطالبة العين.

(١) المراد بالعموم هو الاطلاق كما مرَّ غير مرَّة.

(٢) هذا إشارة إلى وهم، و جوابه قوله: «بل سلطنة الانتفاع» و قد أوضحناها بقولنا: «فان قلت .. قلت».

(٣) إذ لو كان بذل الحيلولة بدلاً عن مطلق السلطنة - بأن كانت العينُ المسلوقة السلطنة عليها ملكاً للمضمون له - لم يستحقَّ المالك مطالبة العين.

(٤) يعني: يكون بذل الحيلولة عوضاً عن بعض أنحاء السلطنة، و هو سلطنة الانتفاع بالملك. و أمَّا السلطنة على الجهات الأخرى فباقية للمالك، و لم تُعَوَّض بشيءٍ أصلاً، و بناءً على هذا فله المطالبة.

(٥) غرضه إقامة الشاهد على كون بذل الحيلولة عوضاً عن حيثية خاصة من حيثيات السلطنة، أي: و لأجل عدم كون الغرامة عوضاً عن مطلق السلطنة لا يباح العين لغير

و مما ذكرنا^(١) يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع المالك، القيمة، كما إختاره^(٢) في التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد^(٣).
و عن التحرير^(٤) الجزم بأن له ذلك^(٥). و لعلّه^(٦) لأن القيمة عوض، إما عن العين، و إما عن السلطنة عليه. و على أي تقدير فيتحقق التراد.
و حينئذٍ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما يبدأ الآخر^(٧).

المالك، يعني: أن مالك العين لو بذل الغرامة للغاصب - بأن قال: «ما أريد منك الغرامة» أو ردّها إليه على وجه البذل و العطية بعد أخذها منه - لم يكن مجرد بذلها موجباً لإباحة العين للغاصب.

و لو كانت الغرامة عوضاً عن مطلق سلطنة المالك حتى سلطنة المطالبة و قد بذل العوض بعد قبضه أو قبله كان ذلك بمنزلة بذل المعوض عنه، و كان من اللازم سقوط سلطنة المطالبة، بل إباحة العين للغاصب.

(١) يعني: من عدم عود الغرامة إلى ملك الغارم إلا بعد إرجاع السلطنة على العين إلى مالكيها يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يرده مالك العين القيمة المدفوعة غرامة، إذ ليس للغاصب حينئذٍ مال عند المالك حتى يجوز له ذلك، كما في المعاوضة.
(٢) أي: عدم جواز الحبس.

(٣) أي: الحبس.

(٤) يعني: و لعل وجه جزم التحرير بأن للغاصب حبس العين إلى دفع المالك إليه القيمة هو تحقق المعاوضة بين العين و البذل بأحد نحوين، فإما أن يكون المعوض نفس العين، و إما السلطنة المطلقة عليها.

و على كلّ منهما يجوز للغاصب حبس العين حتى يرده المالك البذل إلى الغارم، و لا يجب عليه المبادرة إلى تسليم العين إليه، كما يجوز للمالك الحبس حتى تصل إليه العين.
(٥) كما هو الشأن في المعاوضات.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٥، إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٧٨، جامع المقاصد، ج ٦، ص ١٦١.

«٢» تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٤٠، و الحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٥٦.

هل ينتقل البديل إلى الغارم بتمكُّن دفع العين؟ ٦٠٣

وفيه^(١): أنَّ العينَ بنفسها ليست عوضاً ولا معوضاً^(٢)، ولذا تحقِّق للمالك الجمعُ بينها وبين الغرامة، فالمالك مسلَّط عليها^(٣). والمعوِّضُ للغرامة السلطنة التي هي في معرض العود بالتراد.

أللهم إلَّا أن يقال: له حبسُ العين من حيث تضمُّنه لحبس^(٤) مبدل الغرامة، وهي السلطنة الفائتة.

و الأقوى الأول^(٥).

ثمَّ لو قلنا^(٦) بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوساً؛ فالظاهر أنَّه

(١) حاصل المناقشة في جواز حبس العين هو عدم تحقُّق المعاوضة بين العين والبديل. أمَّا عدم كون العين عوضاً فعلوم. و أمَّا عدم كونها معوضاً فلأنَّ بديل الحيلولة غرامة عن سلطنة الانتفاع الثابتة لكلِّ مالك على ماله. وممَّا يشهد بعدم تحقُّق المعاوضة إجتماعُ العين و البديل في ملك المضمون له، مع أنَّ قوام المعاوضة بدخول أحد العوضين في كيس من خرج منه العوض الآخر. وهذا كاشف عن كون البديل عوضاً عن السلطنة الفائتة.

(٢) حتى يجوز للغارم حبسُ العين عن المالك إلى أن يأخذ الغرامة منه، وكذا حبس المالك الغرامة حتى يتسلَّم العين من الغارم.

(٣) أي: على الغرامة.

(٤) أي: للغاصب حبس العين، وحاصله: أنَّ حبس العين علَّة لحبس السلطنة التي هي مُبدل الغرامة، فيكون من هذه الحيثية نظير المعاوضة.

(٥) وهو عدم جواز حبس العين للغاصب.

ل - لو حبس العين فتلفت، فالعبرة بأيِّ القيم؟

(٦) هذا من فروع المسألة، و تعبيره بـ «لو قلنا» ظاهر في عدم إلزامه به، لما تقدَّم منه من عدم خروج الغرامة عن ملك مالك العين بمجرد تمكُّن الغاصب من ردِّها إليه، إذ بناءً عليه لا مجال لجواز حبس العين.

و عليه فكلَّامه هنا مبنيٌّ على مقالة العلامة رحمته في التحرير، فأفاد المصنف رحمته:

لا يجري عليه حكمُ المغصوب، لأنَّه حبسه بحق^(١).

نعم^(٢) يضمنه، لأنَّه قبضه لمصلحة نفسه.

والظاهر أنَّه^(٣) بقيمته يوم التلف(*) على ما هو الأصل في كلِّ مضمون (**).

أنَّ الغاصب لو حبس العين لم يجر عليها حكمُ المغصوب بقولٍ مطلق، بل ينفكُّ التكليف عن الوضع، فلا تكليف بوجوب ردِّها إلى المالك، لكون حبسها حقاً له. ولكنَّه يضمنها لو تلفت في الحبس. و يتفرَّع على إشتغال عهده بها أنَّ العبرة هل تكون بقيمته يوم الحبس أو يوم التلف أو أعلى القيم؟ فبناءً على ضمان القيمي بقيمته يوم التلف يضمنها الغاصب هنا.

(١) إذ كان له ذلك حتى يتسلَّم الغرامة من المالك، فكان الحبس بحكم الشارع، فلا إثم عليه.

(٢) غرضه أنَّ نفي حكم الغصب إنما هو بالنسبة إلى الحرمة التكليفية فقط. وأمَّا الحكم الوضعي - وهو الضمان - فهو باقي، لأنَّه قبضه لمصلحة نفسه، كما في المستام. والخارج عن عموم «على اليد» المقتضي للضمان هو خصوص اليد الثابتة على مال الغير لمصلحة المالك، فلولم تكن اليد لمصلحة المالك كانت مضمَّنة.

(٣) أي: أنَّ المغصوب مضمون بقيمته يوم التلف، لأنَّه زمان الانتقال إلى القيمة.

(*) الظاهر كما عن المحقِّق الرشتي رحمته الله منافاة العبرة بقيمته يوم التلف لما إختاره سابقاً من عدم تجدد الضمان بمجرد التمكن، و أنَّ العين مضمونة بالغرامة المدفوعة، لا بما في ذمَّة الغاصب حتى يكون المدار على قيمة يوم التلف.

لكن يمكن توجيه ضمان قيمة يوم التلف بابتناؤه على نظر العلامة القائل بجواز الحبس المقتضي لتجدد الضمان عند التمكن.

(**) هذا صحيح بناءً على كون المضمون بعهدة الضامن. و أمَّا في موارد بدل الحيلولة تكون الغرامة المدفوعة بدلاً عن المضمون بحيث لو تلفت العين كانت مضمونة ببذل الحيلولة.

لو حبس العين فتلقت..... ٦٠٥

وَمَنْ قَالَ بِضَمَانِ الْمَقْبُوضِ بِأَعْلَى الْقِيَمِ^(١) يَقُولُ بِهِ هُنَا مِنْ زَمَانِ الْحَبْسِ^(٢) إِلَى زَمَانِ التَّلْفِ.

وَ ذَكَرَ الْعَلَّامَةُ فِي الْقَوَاعِدِ «أَنَّهُ لَوْ حَبَسَ، فَتَلَفَ مَحْبُوساً فَلَا اقْرَبَ ضَمَانَ قِيَمَتِهِ الْآنَ، وَ إِسْتِرْجَاعِ الْقِيَمَةِ الْأُولَى»^(٣).

و الظاهر أن^(٣) مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه^(٤) محبوساً بغير عدوان، لا خصوص^(٥) حين

(١) كما هو مذهب جماعة من القدماء، على ما سبق في الأمر السادس و السابع.
(٢) يعنى: لا من زمان الغصب، إذ المفروض أن الغرامة كانت بدلاً عن العين.
وأما بعد التمكن من ردّها و جواز حبسها لاسترداد بدل الحيلولة فالمدار في ضمانها لوتلفت على أعلى القيم من زمان الحبس إلى زمان التلف، لتجدد الضمان بالحبس.
(٣) لما كان ظاهر «الآن» إعتبار قيمة وقت تلف العبد، فتصدى المصنّف لتوجيهه بأن المراد ليس خصوص القيمة الفعلية، بل ما يقابل القيمة السابقة، و هي زمان غصب العبد. و لعلّ الداعي إلى هذا الحمل إختيار العلامة ضمان أعلى القيم، لا قيمة يوم التلف، فيراد من «قيمه الآن» تمام زمان الحبس، لا خصوص يوم التلف، فلو كانت قيمته أول أيام الحبس أكثر من قيمته يوم التلف لم يبعد ضمان الأكثر.
ولو أبقينا «الآن» على ظاهره - و هو يوم التلف - كان منافياً لاختار العلامة في القواعد من ضمان أعلى القيم.

(٤) تعليل لزوال حكم الغصب، لفرض تمكّن الغاصب من ردّ العين إلى مالكيها و إمتناعه عن تسلمها، و ردّ بدل الحيلولة، فحبس العين يكون حقاً للغاصب و إن كان ضامناً بضمان جديد، فلو اختلفت قيمتها من يوم حبسها إلى يوم تلفها لم تتعین قيمة يوم التلف، بل يرجع إلى ما أسسه كلّ في ضمان القيمي، من أن العبرة بقيمة يوم الضمان، أو التلف، أو الأعلى بينهما.

(٥) لمخالفته لمبنى العلامة عليه السلام من ضمان أعلى القيم.

التلف وكلمات كثير منهم لا تخلو عن إضطراب^(١).

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكن^(٢) الظاهر أن أكثرها - بل جميعها - حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً، إذ ليس في الغصب خصوصية زائدة.

نعم ربما يُفَرَّق من جهة نص في المغصوب مخالف^(٣) لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحيحة أبي ولّاد، أو أعلى القيم، على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه^(٤).
و أمّا^(٥) ما اشتهر من «أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال» فلم نعرف له

(١) كما يظهر بمراجعة كلام السيد العميد والمحقق الثاني^(١) وما علّقه صاحب الجواهر عليه.

هذا تمام الكلام في بدل الحيلولة، وبه تم الكلام في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.
(٢) يعني: لا في المقبوض بالبيع الفاسد. و غرضه بيان وجه ما فصله في ضمان القيمي والمثلي و بدل الحيلولة مع كونها مذكورة في باب الغصب، و وجه التعدي منه إلى غيره من موارد الضمان - كالمقبوض بالعقد الفاسد - هو: أن الغصب لما كان أجلى أفراد موجبات الضمان فقد ذكروا أحكام الضمان فيه، و عليه فتكون الأحكام أحكام كل مضمون، لا خصوص المضمون بالغصب.

(٣) مخالفة الغصب للقاعدة المقتضية ل ضمان قيمة يوم التلف مسببة على دلالة صحيحة أبي ولّاد على إعتبار قيمة يوم الغصب، و ذلك غير ظاهر كما سبق بيانه عند التكلّم في مفاد الصحيحة.

(٤) و قد تقدّم هناك تفصيل البحث.

(٥) غرضه أنه قد يتوهم دلالة ما اشتهر من «أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال» على ضمان المغصوب بأعلى قيمته، لأن المناسب بحاله هو جبران خسارة المضمون له بدفع الأشق و هو أعلى القيم. و لا بأس به دلالة، لكن حيث إن هذه

مأخذاً واضحاً^(١).

ولنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد، وإن بقي منه آخر أكثر مما ذكر^(٢)؛

القاعدة لم تكن مفاد رواية معتبرة، ولامتصيدة من نصوص متفرقة لم يكن وجه للاعتماد عليها. فالعبرة حينئذٍ في المغصوب بقيمته يوم الغصب أو يوم التلف، على ما تقدم تفصيله في البحث عن صحيحة أبي ولاد.

(١) قال الفقيه المامقاني رحمته الله ما لفظه: «وجدتُ فيما حرّره بعضُ الفضلاء ممّا أفاده الشيخ الفقيه المحقق موسى بن جعفر الغروي رحمته الله في مجلس البحث تقييد هذه القاعدة المشهورة بما إذا كانت المشقة في الغرامة و المؤنة، إحترازاً عما إذا كانت المشقة في الكيفية، كما لو كان الردّ مشتملاً على العسر. قال في مسألة وجوب ردّ المغصوب إلى صاحبه: ولو أدّى ردّه إلى عسر، العسر الذي لا نضايق عنه في الإلزام برّد العين هو ما لم يصل إلى حدّ المشقة غير المتحمّلة عادةً، فلو وصل إلى ذلك الحدّ فهو في حكم التعذر. بل الظاهر أنّهم كلّما يعبّرون بالتعذر مع الإطلاق يريدون به ما يعمّ هذا النوع من التعسر الذي كاد يكون من التعذر الحقيقي العادي.

إن قلت: لم لا يجوز الإلزام برّد العين وإن أدّى إلى عسر غير متحمّل، ومن أين إلحاق هذا النوع من العسر بالتعذر. بل الدليل على إلحاقه بالعسر غير المضايق عن لزومه موجود، وهو ما إشتهر عندهم من أنّ الغاصب يؤخذ بالأشقّ.

قلنا: المراد بقولهم المذكور إنّما هو أخذه بالأشقّ في الغرامة، لا في غيرها، والمشقة الحاصلة في الردّ ليس ممّا ذكروا فيها الأخذ بالأشقّ، فلو كانت للنقل مثلاً مؤونة فهي على الغاصب، لما ذكر، وهكذا، فلا تذهل»^(١).

(٢) غرضه رحمته الله أنا وإن فصلنا الكلام في أحكام المبيع بالبيع الفاسد، إلّا أنّ ما لم نتعرّض له أزيد بكثير ممّا ذكرناه، إذ بعد إتحاده حكماً مع المغصوب يجري فيه كثير من مسائل الغصب. و ما تقدم من مباحث المثليّ والقيميّ و بدل الحيلولة قليلٌ من كثير، ولا تنحصر أحكام الغصب في الأبحاث السابقة. مثلاً لو مزج المبيع بالعقد

و لعل بعضها يحییء فی بیع الفضولی (*) .

الفاسد بغيره، بحيث يشق تمييزه كالحنطة بالشعير، أو الدخن بالذرة، فهل يقال بالشركة القهرية أو يكلف تمييزه؟

ولو اشترى أرضاً فزرعها أو آجرها من غيره، فزرعها كان عليه ردُّ الأرض وأجرة الغرس و الزرع و أرش الأرض إن نقصت بالزرع، و عليه طمّ الحفر. ولو اشترى حباً فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه، فهل الزرع و الفرخ للمشتري أم للبائع؟ و غير ذلك مما هو كثير.

و بهذا ينتهي الكلام في شرح ما أفاده شيخنا الأعظم من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد، و سيأتي الكلام في الجزء الرابع في شرائط المتعاقدين إن شاء الله تعالى.

(*) تفصيل الكلام في بدل الحيلولة يقع في الدليل عليه، و ما يترتب عليه من أمور، فنقول: قد استدلَّ لوجوبه بوجوه:

الأول: ما في المتن من الروايات الدالة على الضمان بهذه الأمور من الضياع والسرقة و الإبارق و نحوها.

و فيه: أن موردها التلف، لا التعذر.

لكن فيه ما لا يخفى، إذ المذكور فيها التلف و الضياع و السرقة، فلا تختص بالتلف.

الثاني: ما في حاشية السيد قده «١» من قاعدة الضرر، بتقريب: أن صبر المالك إلى حين الوصول إلى ماله ضرر عليه.

أو بيان: أن عدم الحكم بضمان البدل ضرر على المالك.

أو: بأن إمتناع الضامن عن أداء البدل ضرر على المالك.

و فيه: ما قيل: من أن دليل نفي الضرر يرفع الحكم الناشئ عنه الضرر، بمعنى نفي تشريع الحكم الملقي للمكلف في الضرر. و أمّا الضرر الناشئ عن عدم تشريع الحكم فلا يشترع حكماً لا يلزم منه الضرر، كالحكم بوجوب البدل على الضامن إلى أن يتمكن

من دفع العين إلى المالك، وإلا يلزم الحكم بوجوب تدارك الضرر المتوجّه إلى مسلم من بيت المال، ومن المعلوم عدم صحّة هذا التمسك.

مضافاً إلى: عدم وفاء قاعدة نفي الضرر بالمدعى، وهو لزوم بدل الحيلولة مطلقاً، سواء لزم من صبر المالك ضرر أم لا، إذ من الواضح كون النسبة بين موارد بدل الحيلولة وبين موارد تضرر المالك هي العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله، ومع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلولة. وقد يتضرر المالك من حيلولة الغاصب بينه وبين ماله مدّة قليلة كساعة أو ساعتين، مع أنّه ليس من موارد بدل الحيلولة، لا اعتبار الفقهاء رحمهم الله في ثبوت بدل الحيلولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدّة طويلة. وقد يتعذر وصوله إلى المالك مع تضرره بعدم وصوله إليه. ومع هذه النسبة لا يصح الاستدلال بقاعدة الضرر مطلقاً.

ودعوى إقدام الضامن على ضرر نفسه فاسدة، لأنّه لم يُقدّم إلا على ضمان العين دون سائر الجهات التي منها، بدل الحيلولة.

الثالث: ما في المتن وحاشية السيد ^(١) أيضاً من قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، بتقريب: أنّ مقتضاها جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البديل الذي هو ممكن. أو بتقريب: أنّ السلطنة على مطالبة مائة ماله المضمون تقتضي جواز مطالبة البديل حتى ينتفع ببديل ماله.

أو بتقريب: أنّ السلطنة على الانتفاع بماله تقتضي جواز مطالبة بدل ماله لينتفع به. والكل لا يخلو من محذور. أمّا السلطنة على مطالبة العين للتوسّل إلى أخذ البديل، فإن أُريد منها صورة إمكان ردّ العين فلازمها جواز إلزام الغاصب برّد ماله، فيجب عليه السعي في مقدّمات تحصيله، ولا يجب على الغاصب حيثنّ دفع البديل. وإن أُريد منها صورة عدم إمكان ردّ العين وتحصيلها - وإن أمكن حصولها فيما بعد - فلا وجه لجواز مطالبة العين، لكونه لغواً، إذ المفروض عدم إمكان تحصيلها وردها

إلى المالك. ومع اللغوية وعدم تعقل الترخيص في مطالبة العين كيف يترتب عليه دفع البذل؟ وقد فرض المستدل جواز مطالبة العين وسيلة إلى أخذ البذل.

وأما السلطنة على مطالبة مالية ماله نظراً إلى كون عين ماله ذات شؤون ثلاثة، من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية، وإمتناع مطالبة الأولى لا يمنع عن مطالبة الباقي، ففيها: إمتناع سلطنة المالك على مطالبته. أما المالية القائمة بنفس العين فلتعذرهما. وأما المالية القائمة ببذلها فهي حصة أخرى من المالية، والسلطنة عليها سلطنة على مطالبة مال الغير، لا على مال نفسه.

وأما السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله، ففيها: أن تلك السلطنة الشخصية على الانتفاع بماله متعذرة بتعذره، والسلطنة على الانتفاع بالبذل المدفوع سلطنة أخرى ليس للمالك مطالبتها إلا بعد إستحقاق البذل، وهو أول الكلام.

نعم بناءً على مشرعية قاعدة السلطنة يمكن إثبات جواز مطالبة البذل. لكنه في حيز المنع، بل قاعدة السلطنة لا تقتضي إلا جواز التصرفات التي ثبتت مشروعيته. فالمتحصل: أن قاعدة السلطنة لا تصلح لإثبات جواز مطالبة البذل.

الرابع: أن فيه جمعاً بين الحقين، مع فرض رجوع البذل إلى الضامن بعد إرتفاع العذر. وفيه: أنه مبني على تعلق حق للمالك على الضامن مع بقاء عين ماله ليكون ذلك جمعاً بين الحقين، لكن لا يلتزم أحد بتعلق حق للمالك بالبذل مع بقاء العين وعدم تلفها، بل لا حق له إلا على العين.

الخامس: حيلولة الغاصب بين المالك و ماله.

وفيه: أن الحيلولة ليست من موجبات الضمان بالاستقلال، إلا إذا إندرجت تحت اليد أو الاتلاف، والمفروض أن قاعدة اليد لا تقتضي رد البذل مع عدم التلف أو الاتلاف.

السادس: أن الغاصب فوت سلطنة المالك، فيجب عليه تداركها بدفع البذل. فالمراد بهذا الدليل هو قاعدة الاتلاف، غايته أن متعلق الاتلاف ليس بنفس العين، بل السلطنة عليها، فتفويت هذه السلطنة يوجب الضمان.

وفيه: أنه ليس للمالك إلا المالك. وأما السلطنة عليه فهي من أحكام الملك،

.....

و لا معنى لتعلق الضمان بها.

و هذا مراد المحقق الثاني رحمته من قوله: «جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه» و حاصل إشكاله: أن مجرد منع الضامن عن إعمال المالك سلطته في ماله و حيلولته بينه و بين ماله لا يوجب أن تكون القيمة واجبة عليه.

إلا أن يقال: ليس المراد من السلطنة التي إلزم المصنّف بتداركها هي الحكم الشرعي، بل المراد هي الجدة الاعتبارية، فالبدل بدل لهذه الجدة التي هي عبارة عن كون المال تحت إستيلاء المالك يتقلب فيه ما يشاء، و يتصرف فيه بكل ما يريد.

بل قيل: هذه هي التي تقع متعلقة للإجارة في مثل الدار و الدكان، فإن الأجرة تقع بازاء كون العين تحت يده، فإذا كان الضامن سبياً لتفويت هذه الخصوصية على المالك و جّب عليه تداركها، و هو لا يتحقق إلا بأداء ما هو بدل المال من المثل أو القيمة حتى يتصرف المالك فيه على مشيئته.

و فيه أولاً: أن مورد قاعدة الاتلاف هو المال، و صدقه على السلطنة كما ترى. و ثانياً: أن مقتضى هذا الدليل هو لزوم البدل فيما إذا كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك و منعه عن التصرف فيه أيضاً.

و ثالثاً: أن مقتضى هذا الدليل إما ضمان المنافع، أو التفاوت بين كون العين داخلة تحت إستيلائه و بين كونها خارجة عنه.

و أمّا بدل نفس العين كما هو المبحوث عنه في بدل الحيلولة فلا يقتضيه هذا الدليل، فإن المالك وإن لم يقدر على جميع أنحاء التقلبات في ماله لأجل الحيلولة، إلا أن هذا لا يقتضي إلا ضمان المنافع أو النقص، فإما يستحق أجرته أو أرشه، لا بدل نفس العين، إذ الفائت هو السلطنة على العين بالتصرف و التقلب فيها، فلا بد من تداركها المتوقف على أداء الأجرة أو الأرش، فبدل الحيلولة - و هو الأجرة أو الأرش - أجنبي عن بدل العين.

السابع: النبوي المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» بتقريب: أن المال بجميع خصوصياته الشخصية و النوعية و المالية و السلطنة عليه في عهدة الضامن

بمجرد وضع اليد عليه، خرج منه صورة رد العين إجماعاً، فيبقى الباقي، فيشمل صورة التلف وما بحكمه، و صورة التعذر بأقسامه، لأنه لو كان المال بمالته و خصوصياته في عهدة الغاصب مشروطاً بعدم رده، فإذا لم يمكن رد عينه فللمالك مطالبة بدله، سواء صدق التلف أم التعذر، أم لم يصدق، و سواء خرج المال عن القيمة أم لم يخرج، كان التعذر عقلياً أم عرفياً، كان زمانه قصيراً أم طويلاً، حصل اليأس من العين أم لم يحصل. و هذا التقريب يدل على ضمان الغاصب سلطنة المالك على ماله، و تدارك هذه السلطنة إنما يكون ببذل بدل العين إلى المالك ليتسلط عليه و يتصرف فيه بما يشاء. و هذا بدل الحيلولة، حيث إن المراد به بدل العين التي تلفت جميع الانتفاعات بها في بعض الأزمنة، كاللوح المنصوب في السفينة الذي يخاف من نزعها على النفس المحترمة، ولو كان هو الغاصب، أو تلف مال غير الغاصب مما يكون محترماً. و ليس المراد تلف العين حقيقة، و لا جميع الانتفاعات في تمام الأزمنة، سواء خرجت العين عن الملكية، و لم يبق إلا حق الاختصاص كصيرورة الخل خمرًا، و تنجس الدهن. أم بقيت على الملكية كالظروف المنكسرة و المرأة كذلك. و لا تلف بعض الانتفاعات الذي لا يتقوم به الملكية في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان غير المقصود أكل لحمه موطوءاً، فإنه لم يتلف منه إلا الانتفاع به دائماً في بلد الوطي، لا في سائر البلاد، هذا.

لكن فيه: أن هذا التقريب لقاعدة اليد لا يقتضي خصوص البدل المثلي إن كان المضمون مثلياً أو القيمي إن كان قيمياً، بل يقتضي ما لا يمكن الانتفاع به في زمان يتعذر وصول المال إلى المالك، إذ المقصود تدارك السلطنة التي فوتها الغاصب على المالك، و من المعلوم أنها تجبر ببذل أجرة المنافع أو الأرض، و هو التفاوت بين قيمة العين باقية تحت سلطنة المالك، و خارجة عن حيز سلطته، و لا يقتضي قاعدة اليد خصوص بدل الحيلولة. مع أن الظاهر تسالمهم على أن بدل الحيلولة هو البدل لنفس العين على تقدير التلف، لا بدل المنافع أو الأرض بين إستيلاء المالك على العين و عدمه، كما هو قضية هذا الدليل، هذا.

مضافاً إلى بأن مقتضاه لزوم البدل مطلقاً وإن كانت مدة التعذر قليلة، مع أن الفقهاء لم يلتزموا بلزوم البدل في هذه الصورة، هذا.

و يمكن تقريب الاستدلال بحديث «على اليد» بوجه آخر، وهو أنه ظاهر في الضمان الفعلي للمأخوذ إلى زمان الأداء، فكأنه قال: إن غرامة المأخوذ على الأخذ إلى زمان أدائه، وهذا بعينه ضمان بدل الحيلولة. فهذا الحديث سيق لبيان بدل الحيلولة، لأن الغاية لا تناسب ضمان التلف، فالضمان بدليل اليد ثابت إلى رد العين، فلا بد من أداء قيمة اللوح المغصوب إلى زمان أدائه.

لكن فيه: عدم ظهور معتد به للنبوي في هذا المعنى مع تطرُق احتمالات أخر فيه. الثامن: دعوى الاجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكة. وفيه: أنه - بعد تسليم الاجماع - يحتمل أن يكون مستند المجمعين ببعض الوجوه المتقدمة أو كلها، ومعه لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى في المقام.

ولكن لا بأس بنقل بعض كلمات الفقهاء في بدل الحيلولة، فإنه قد وقع التنصيص في عباراتهم على سببية الحيلولة للضمان.

قال المحقق رحمته الله: «إذا تعذر تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل، و يملكه المغصوب منه، ولا يملك الغاصب العين المغصوبة. ولو عادت كان لكل منهما الرجوع»^(١).

و قال الشهيد رحمته الله في القواعد - بعد تقسيم الضمان إلى ما يكون بالقوة و ما يكون بالفعل - ما نصّه: «و الضمان الفعلي تارة بعد تلف العين، و لا ريب أنه مبرء لذمة الضامن، و يكون من باب المعاملة على ما في الذمم بالأعيان، و هو نوع من الصلح. و تارة مع بقاء العين، لتعذر ردّها، و هو ضمان في مقابلة فوات اليد و التصرف، و الملك باقٍ على ملك مالكة ... الخ»^(٢).

و هذا الذي أفاده بيان على وجه الكليّة، و قد صرحوا بذلك في موارد مخصوصة:

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤١

«٢» القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٣٤٧ و ٣٤٨

منها: ما ذكره العلامة رحمته الله في القواعد، حيث قال: «ولو أبق العبد المغصوب ضمن في الحال القيمة للحيلولة، فإن عاد تراءداً»^١.

و منها: ما لو أقرّ إنسان بما في يده من العين لزيد مثلاً، ثم أقرّ بها لعمرو، فإنهم حكموا بأنه يغرم للثاني، للحيلولة بينه وبين العين بالاقرار»^٢.

و منها: ما لو شهدت البيّنة بالطلاق، ثم رجعت عن الشهادة بعد حكم الحاكم بالتفريق بين المرء وزوجته، فإنهم حكموا بأن الشهود يغرمون للزوج المهر. وكذا الحال في رجوع البيّنة عن الشهادة في الماليّات»^٣، كلّ ذلك لمكان الحيلولة المستندة إلى الشهادة.

و منها: ما لو باع أو صالح أو وهب شيئاً على أنّه له، ثم أقرّ به لزيد، فإنهم حكموا بأنه يغرم للمقرّ له عوضه مثلاً أو قيمة، لحيلولته بين المقرّ له وماله بالعقد الناقل.

و منها: ما ذكره من ضمان الامام عليه السلام المهر للزوج الكافر المهادن إذا هاجرت زوجته إلى بلد الامام عليه السلام أو نائبه مسلمة، ثم طلبها الزوج، فمنعه عنها الامام عليه السلام، فإن أصحابنا قد أجمعوا على أنّ على الامام عليه السلام حينئذ غرامة المهر للزوج. واستدلّ العلامة رحمته الله في المنتهى لهذا الحكم بقضية الحيلولة»^٤.

و منها: ما ذكره من: أنّ على واطئ البهيمة لمالكها القيمة، لمكان الحيلولة»^٥.

و منها: ما ذكره في كتاب القصاص من: أنّ من أطلق مستحقّ القصاص من يد وليّ المقتول، ألزم بدفع المال، للحيلولة، ثم إن تمكّن منه الوليّ لزمه ردّ المال إلى القاهر المطلق، لأن أخذ المال إنما كان للحيلولة، وقد زالت.

إلى غير ذلك من الموارد التي تُشرف الفقيه على القطع بسببية الحيلولة للضمان.

«١» قواعد الأحكام، ص ٧٩ (الطبعة الحجرية).

«٢» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٥٤؛ قواعد الاحكام، ص ١١٥

«٣» قواعد الاحكام، ص ٢٤١

«٤» منتهى المطلب، ج ٢، ص ٩٧٧ و ٩٧٨ (الطبعة الحجرية).

«٥» الروضة البهية، ج ٩، ص ٣١٣

فلو نوقش في الأدلة المتقدمة لكان تسالم الفقهاء على ما يظهر بالتتبع في كلماتهم - من تعليقاتهم بالحيلولة على سبيلها للضمان، و أنها من موجباته - كافياً في إثبات ذلك. فلو كانت الوجوه المتقدمة المحتج بها على ضمان بدل الحيلولة ضعيفة و غير معتبرة عندهم، فالتعليقات المزبورة في كلماتهم كاشفة عن تسلّم سبيل الحيلولة عندهم للضمان. بقي أمور ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أن مورد بدل الحيلولة على ما يستفاد من كلمات الأعلام صرف التعذر، لا التلف و ما بحكمه، كما إذا خرج المال عن المأينة شرعاً كالبهيمة الموطوءة، أو عرفاً كالمال المسروق الذي لم يعرف سارقه، أو المال الذي غرق، فإنهما خارجان عن موضوع بدل الحيلولة، فيختص مورد به بوجود العين و إمكان الانتفاع بها في نفسها، وإنحصار المانع بالتعذر. فلو خرجت العين عن قابلية الانتفاع شرعاً كالبهيمة الموطوءة أو عرفاً كغرقها لم يكن من مورد بدل الحيلولة، بل يحكم عليه بحكم التلف.

ولو شك في صدق التعذر على بعض الموارد كما إذا غرق أو سرق، و لم يحصل اليأس من الوصول إليه، فبناءً على كون حديث «على اليد» دالاً على وقوع المال بجميع خصوصياته - التي منها سلطنة المالك عليه - في العهدة يحكم بضمان هذه السلطنة. و بناءً على عدم إقتضاء «على اليد» إلا ضمان مالية المال عند التلف - لا ضمان شخص المال فضلاً عن توابعه، حتى يجب عليه الخروج عن عهدة ذلك مع بقاء العين - يكون الأصل براءة ذمة الغاصب و من بحكمه.

الثاني: هل المدار في التعذر على التعذر العقلي المسقط للتكليف برد العين، أو الأعم منه و من العرفي؟ وجهان مبنيان على ما تقدّم من الاختلاف في تقريب الأصل في المسألة. ولكن مقتضى الأدلة عدم الفرق بين الصورتين، لورود الضرر على المالك، و فوت سلطنته في كلتا الصورتين. ففي مورد التعذر العرفي و إن وجب على الضامن السعي في تحصيل العين، إلا أن هذا لا ينافي وجوب البذل في زمان السعي، و ذلك لإطلاق قاعدة «على اليد» و عموم السلطنة و قاعدة لا ضرر، و غير ذلك من الأدلة التي أقاموها على ثبوت البذل و إستحقاق المالك المطالبة به.

كما أن مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق أيضاً بين العلم بحصول العين و اليأس منه و رجائه. و التخصيص بمورد اليأس غير وجيه. إذ ليس دليل بدل الحيلولة لبيئاً حتى يكون المتيقن منه صورة اليأس.

إلا أن يقال: إن دليله هو الاجماع، فلا بد حينئذ من الأخذ بالمتيقن منه من جميع الجهات، فتأمل.

فالمتحصل: أن المدار على مطلق التعذر، لا خصوص العقلي.

و أما زمان التعذر فدعوى إنصراف الأدلة عن قصره جداً قريبة، لعدم صدق فوات السلطنة أو الانتفاع أو غير ذلك عرفاً على الزمان القصير جداً.

لكن الفقهاء أفتوا في اللوح المغصوب في السفينة بوجوب القيمة، مع إمكان الوصول إليه و نزعه بوصول السفينة إلى الساحل. و هذا يكشف عن كون التعذر ولو في زمان قليل موجباً لوجوب البدل.

فتلخص: أن المدار على مطلق التعذر، و عدم دخل اليأس من الوصول إلى العين فيه.

الثالث: أنه هل للضامن إجبار المالك على أخذ بدل الحيلولة، بأن يكون بدل الحيلولة حقاً لكل من المالك و الضامن، كجواز إجباره على أخذ بدل العين حين التلف أم لا؟ بأن يكون حقاً للمالك فقط.

قد يقال: إن الأدلة الدالة على وجوب بدل الحيلولة لا تدل على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البدل. و ليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدلة. و عليه فيتخير المالك بين قبول البدل و بين الصبر إلى زمان زوال العذر، و إجبار الضامن إياه على قبول بدل الحيلولة خلاف سلطنته، إذ المالك يستحق على الضامن نفس العين، فإجبار الضامن إياه على قبول بدلها خلاف سلطنته. و هذا مراد المصنف رحمته الله من تمسكه بقاعدة السلطنة في المقام.

و الفرق بين التلف و التعذر أنه بتلف العين تسقط الخصوصيات عن عهدة الضامن قهراً، فلا يبقى في ذمته إلا الطبيعي من المثل أو القيمة، فيكون للضامن حق إلزام المالك بقبول ذلك، لأنه عين ما يملكه في عهده فعلاً. بخلاف صورة التعذر، فإن

الخصوصيات غير ساقطة، و ذمة الضامن مشغولة بها، غاية الأمر أن للمالك إسقاطها والاعراض عنها، والرضا بالطبيعي أو القيمة. و أما الضامن فلا حق له في إلزام المالك بإسقاط حقه.

أقول: لا حاجة إلى غير أدلة بدل الحيلولة في جواز إلزام الضامن المالك بأخذ البذل، لأن المستفاد من تلك الأدلة إن كان وجوب دفع البذل إلى المالك، لاشتغال ذمته به، فله إلزام المالك بأخذه لتفريغ ذمته، لأن إبقاء ذمته مشغولة بمال الغير نقص و حرج عليه. وإن لم يكن مفاد أدلة بدل الحيلولة إلا ثبوت حق للمالك في المطالبة من دون اشتغال ذمة الضامن به، غايته أنه لو طالبه المالك بالبذل وجب عليه إجابته فليس للضامن إلزام المالك بذلك، لانتفاء الحكم الوضعي أعني به شغل الذمة، فلا موجب للإلزام المذكور. ولعل هذا هو الأظهر إن لم يكن مفاد حديث «على اليد» غرامة المأخوذ على الأخذ، وإلا فعليه يكون للضامن إلزام المالك.

ولو شك في ثبوت هذا الحق للضامن فالأصل عدم ثبوته، لأنه قبل التعذر لم يكن هذا الحق ثابتاً له، فمقتضى الاستصحاب بقاءه.

الرابع: أن بدل الحيلولة هل يملكه المالك أم يباح له التصرف فقط؟ الظاهر إختلاف ذلك باختلاف المباني، وإن ذكر المصنف: «أن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف كما في المبسوط والخلاف والغنية والتحرير. و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين».

فإن كان المستند فيه حديث «لا ضرر» فهو لا يقتضي إلا لزوم جبر الضرر، و من المعلوم إنجباره بإباحة التصرف في البذل، دون ملكيته للمالك.

وإن كان المستند فيه دليل السلطنة بتقريب: أن الغاصب فوّت سلطنة المالك على ماله، فيجب عليه تدارك هذه السلطنة له، لم يثبت أيضاً له إلا إباحة التصرف في البذل على النحو الذي يتصرف في ملكه، لانجبار السلطنة الفاتئة بإباحة التصرفات في البذل، و عدم توقف الانجبار على الملكية.

نعم مقتضى إباحة التصرفات مطلقاً حتى المتوقعة على الملك هو الالتزام

بالملكية الآتية قبل التصرف المنوط بها، كالمعاطاة بناءً على إفادتها الإباحة المطلقة.
و بالجملة: تنجبر السلطنة الفائتة القائمة بالعين بالسلطنة على بدلها من مال الغاصب، وهذه السلطنة لا تقتضي الملكية.

وإن كان المستند فيه قاعدة اليد، فمقتضى كون البدل أداءً لنفس العين المأخوذة -ليصدق عليه قوله ﷺ: «حتى تؤدى» بعد غص المالك عن خصوصيات ماله - صيرورة البدل ملكاً للمالك، تحقيقاً لمعنى البدلية في الملكية. فكما أن إضافة الملكية قائمة بالبدل في صورة التلف، لسقوط الخصوصية بسببه عن عهدة الضامن، وبقاء الطبيعي على عهده، فكذلك في صورة التعذر، فبدل الحيلولة يصير قائماً مقام العين حال التعذر في الملكية.

والحق أن يقال: إنه لو ثبت للمالك حق في أخذ البدل عن العين في المالية فهو ملك للمالك. ولو ثبت له حق في أخذ المال بدلاً عن السلطنة الفائتة فهو غير مملوك للمالك، بل يباح له التصرف فيه مادام محجوراً عن التصرف في عين ماله.
و الظاهر ثبوت الحق، كما يدل عليه ما أشار إليه المصنف رحمه الله من الروايات الواردة في الموارد المتفرقة، لظهور لفظ: «الغرامة والضمان» الواردين في تلك الروايات في الملكية، فالبدل مملوك للمالك لا مباح له.

و أما توجيه القول بالإباحة بعدم اجتماع العوض و المعوض في ملك المالك فغير وجيه.

أما أولاً: فيما كان إلزام صيرورة العين المتعذر ردها ملكاً للضامن، كما إختاره الجواهر^(١) في بعض أقسام التعذر كالخيط الذي برده يتلف المخيط، والرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء. وإختار ذلك السيد^(٢) في جميع أقسام التعذر. وبهذا الوجه يرتفع الاشكال. و أما ثانياً: فبأن البدل من باب الغرامة لا العوض، فاجتماع البدل و المبدل في

«١» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٨٠

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٠٧ و ١٠٨

ملك المالك كاجتماع الأرض والعين المعيبة. هكذا قيل.
لكن فيه: أن الأرض بدل عن وصف الصحة، وليس بدلاً عن العين حتى يلزم الجمع بين العوض والمعوّض.

ثم إنه يترتب الثمرة على ملكية البدل للمالك وإباحته له: أنه على الأول يكون البدل ديناً على الضامن، فينفذ إبراءه، ويصح بيعه، وإصداقه، والضمان عنه، والحوالة عليه، وحصول التهاثر به، والوصية به، وجوب قبوله على المالك إذا دفعه إليه الضامن. بخلافه على الثاني، لأنه حينئذ حكم تكليفي صرف، ولا تشتغل ذمته بشيء حتى يترتب عليه آثار الملكية.

ولا يخفى أن عبارات الأصحاب مختلفة، فبعضها ظاهر في اشتغال ذمة الضامن بالبدل، وبعضها ظاهر في مجرد الوجوب التكليفي، وبعضها محتمل للإحتمالين، فلاحظها.
الخامس: هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل أم لا؟

قد يقال: بانتقال العين إلى الضامن، والبدل إلى المالك، لاستحالة بدلية شيء عن شيء إلا بقيام البدل مقام المبدل في جهة من جهاته، وتلك الجهة في المقام هي إضافة الملكية. وقد يقال: بأن المالك يملك البدل، وأما الضامن فلا يملك المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البدلية ليس عوضاً حقيقياً حتى تستحيل البدلية إلا بدخول العين المتعذرة في ملك الضامن، بل هو غرامة خالصة كالمبدول عند تلف العين. ومن البين أن عنوان «الغرامة» لا يستلزم خروج البدل عن ملك الضامن، ولا دخول العين المتعذرة في ملكه حتى يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية، هذا.

لكن فيه: أنه بناءً على كون بدل الحيلولة ملكاً للمالك - كما تقتضيه الروايات المشار إليها الواردة في الموارد المتفرقة، وكذا قاعدتا الاتلاف واليد الدالتان على أن ما يدفعه الضامن إلى المالك هو عين ماله - لا بد من الالتزام بصيرورة المبدل المضمون ملكاً للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية، إذ لولا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوّض في ملك مالك العين.

و يؤيد ذلك بل يدل عليه حسنة سدير المتقدمة في التوضيح، الدالة على غرامة

الواطى قيمة البهيمه الموطوءه، الظاهره في صيرورتها ملكاً للواطى الغارم بدفع القيمة.
نعم بناءً على كون البذل مباحاً للمالك - لا ملكاً له - لا وجه لخروج المبدل عن ملك مالكة و دخوله في ملك الضامن.

و يترتب على خروج المبدل عن ملك المالك و عدم خروجه عنه فروع:
أحدها: أنه إذا توضحاً - جهلاً أو غفلةً - بماءٍ مغصوب، و علم أو تذكر بعد إكمال الغسّلات و قبل المسح، فعلى القول بدخول الرطوبة في ملك الضامن يجوز المسح بها.
و على القول ببقائها على ملك المالك لا يجوز، بل عليه الاستيناف.
إلا أن يقال: إن الرطوبة بمنزلة الشيء التالف، فلا يملكها مالكةا، فلا مانع حينئذٍ من المسح بها.

لكنه مشكل جداً، لأنها كيف تكون كالتالف؟ مع أن المسح المتمم للوضوء يتحقق بها، و يترتب عليها، فتكون هذه الرطوبة ملكاً و مالاً، و لذا لو قال له الغاصب: «إن أعطيتني مقداراً معيناً من المال فأنا راضٍ بالتصرف الوضوئى» فأعطاه و رضى، صح وضوؤه.
ثانيها: إنه إذا غصب أحد خمرأً محترمة لغيره، و إنقلبت خلاً فعلى القول بالمعاوضة القهرية بين البذل و المبدل كان الخل بعد أداء البذل ملكاً للضامن، و إلا فهو للمضمون له.

ثالثها: أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبة، فعلى القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البذل جازت له الصلاة في ذلك الثوب. و كذلك التصرفات الأخر، و إلا فلا.

إلا أن يقال: إن تلك الخيوط بمنزلة التالف، إذ لا يمكن ردّها غالباً إلى مالكةا إلا بعد سقوطها عن المالية بسبب النزع، بل في مجمع البرهان^(١) الجزم بعدم وجوب النزع، بل قال بإمكان عدم الجواز، لكونه بمنزلة التلف، فيتعين القيمة. و حينئذٍ فيمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط، إذ لا غصب فيه حتى يجب ردّه، هذا.

لكنَّ الحقَّ أنَّ الخيوط - وإن قلنا بسقوطها عن المائيَّة بالنزع - باقية على ملك مالِكها، وحرمة التصرّف في المغصوب إنّما هي باعتبار إضافة الملكيَّة، لا باعتبار المائيَّة، فتنزِيلُها منزلة التلّف في غير محلّه، فلا بدّ من إبتناء المسألة على مالكيَّة الغاصب للمبدل وعدمها. فعلى الأوّل تجوز التصرّفات، وعلى الثاني لا تجوز.

رابعها: أنّه لو غصب أحدٌ دهناً و خلطه بطعامه، فعلى القول بدخول المبدل في ملك الغاصب بعد ردّ بدله جاز له التصرّف في ذلك الطعام، وإلا فلا يجوز له التصرّف فيه إلا برضى مالك الدهن.

إلى غير ذلك من الفروع.

السادس: لو زال التعذر، وتمكّن الغاصب من ردّ العين إلى المغصوب منه بعد أداء بدل الحيولة، فالظاهر ثبوت الترادف، بل عن بعضهم نفى الخلاف بينهم فيه، من غير فرق في ذلك بين مثل الغرق والسرقة والضياع مما يعدّ تلفاً عرفاً، وبين ما لا يعدّ كذلك، إلا أنّه متعذر الحصول. بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك لو فرض عود التالف الحقيقي بخرق العادة.

و عن المحقّق النائيني رحمته الله: «إذا ارتفع العذر، وتمكّن من ردّ العين إلى مالِكه وجبّ الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية، لأنّ حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذر ويدور مداره»^(١).

وقد يقال: بابتناء جواز الرجوع وعدمه على كون ملكيَّة البذل لمالك العين لازمة أو جائزة. فعلى الأوّل لا يجوز ذلك، وعلى الثاني يجوز. نظير المعاوضة بناءً على إفادتها للملكيَّة.^(٢) هذا.

ولا يخفى أنّه بناءً على الملكيّة لا بدّ من البناء على اللزوم، لأنّه الأصل في الملك، فلا وجه لجواز رجوع المالك إلى العين. وعليه فيكون التعذر علّة محدثة ومبقيّة لملكيّة

«١» منية الطالب، ج ١، ص ١٦١

«٢» مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٢١

المغصوب منه للبدل، و مالكيّة الضامن للمبدل، كسائر المعاوضات الشرعيّة. و جواز الملك محتاج الى الدليل، و مجرد احتمال الجواز ثبوتاً لا يُجدي إثباتاً. هذا.

فالأولى في وجه وجوب ردّ العين إلى مالكيها بعد إرتفاع التعذر هو: أنّ حقيقة البدليّة و الغرامة تقتضي وجوب الردّ عند التمكن، إذ حقيقة البدليّة هي القيام مقام الغير وبدلاً عنه، فبدليّة البدل الطولي متقوّمه بعدم المبدل. و مع وجوده لا معنى للبدليّة و الغرامة، وإلا كان بدلاً عرضياً، و هو خلاف الفرض. فيجب ردّ عينه، لأنّه أداء للمأخوذ حقيقة، كما يدلّ عليه قوله ﷺ في النبوي: «حتى تؤدّي» بخلاف البدل، فإنّه ليس أداءً للمأخوذ حقيقة.

و احتمال المعاوضة وانتقال العين إلى البدل - كما في المعاوضة على ما في الذم - ضعيف جداً، لأنّ المعاوضة المالكيّة مفقودة، لعدم إنقذاح معاوضة في ذهنهما، و عدم إنشائهما لهما.

و كذا المعاوضة القهرية العقلانية، لعدم إعتبارهم لها بالنسبة إلى التالف الحقيقي، و عدم جعلهم التالف الحقيقي ملكاً للغارم في مقابل بدله الذي يؤدّيه إلى المالك. و ليس إعتبارهم الضمان في التلف الحقيقي مغايراً لإعتباره في التلف العرفي.

و كذا المعاوضة القهرية الشرعيّة، لأنّ أدلّة الغرامات و الضمانات منزلة على ما يفهمه العرف، و ليست الغرامة عند المتسرّعة غير ما لدى العقلاء، و هي بدليّة البدل عن مال المضمون له مادام ردّ العين متعذراً.

لا يقال: إنّ المقام كتعذر المثل في المثلي في عدم وجوب ردّ المثل هناك بعد التمكن منه و دفع القيمة، لاشتراكهما في تعذر الردّ في زمان، فلا بدّ فيما نحن فيه من الالتزام بعدم وجوب ردّ العين أيضاً بعد التمكن منه إلى المالك.

فإنّه يقال: بوضوح الفرق بينهما، حيث إنّ الثابت هناك في ذمّة الضامن هو كلّيّ المثل، فإذا رضي المالك بالقيمة فقد رضي بتبديل ذلك الكلّي بالقيمة، فيصير حقّه تلك القيمة: من قبيل الوفاء بغير الجنس مع التراضي، فيسقط حقّه لا محالة، كسائر المعاملات الواقعة على ما في الذم في اللزوم، و عدم جواز الرجوع.

وهذا بخلاف المقام، فإنَّ العين الشخصية لا تدخل في الذِّمَّة حتى تقع المعاوضة بين ما في الذِّمَّة وبدله، و تبرء ذمَّته، بل يجب بعد إرتفاع العذر ردُّ نفس العين كما هو مقتضى قوله ﷺ: «حتى تؤدِّي».

السابع: هل ترجع الغرامة إلى الغارم بمجرد تمكُّنه من ردِّ العين إلى المالك أم بردها خارجاً؟ وجهان، أقواهما الثاني، لأنَّ التعذر وإنَّ أوجب إستحقاق البذل، لكنَّه علة للوجوب، لا أنَّه موضوع له حتى تبطل البدلية بمجرد التمكُّن، وذلك لأنَّ صرف التمكُّن لا يُخرج العين عما هي عليه من إنقطاع سلطنة المالك عنها، وعدم كونها تحت يده، فما لم ترجع العين إلى المالك لا تدخل تحت يده وإستيلائه، ولا تعدَّ مالاً من أمواله، فالموضوع لثبوت ملكية المالك لبذل الحيلولة هو إنقطاع سلطنته عن ماله، لا التعذر، فإنَّه علة للوجوب، كالتغيُّر الموجب لعروض النجاسة على الماء، فإذا زال التغيُّر بنفسه وشكَّ في أنَّه علة محدثة فقط أو مبقية أيضاً فتستصحب النجاسة.

ففيما نحن فيه إذا شكَّ في كون التعذر علة محدثة فقط أو مبقية أيضاً فلا مانع من إستصحاب بقاء البذل على ملك المالك، فلا يوجب التمكُّن من ردِّ العين الجمع بين العوض والمعوَّض، بأنَّ يقال: إنَّ التمكُّن يوجب الجمع بين العوض والمعوَّض عند المالك، لكون التمكُّن موجباً لعود ملكية العين له، والبذل أيضاً ملكه. بل التمكُّن كعدمه. فالبذل لا ينتقل إلى الغارم بمجرد تمكُّنه من ردِّ العين، بل يتوقَّف على ردها خارجاً، لأنَّ الغرامة بدل السلطنة الفائتة عن المالك، و من المعلوم أنَّ عود السلطنة الفعلية السابقة يتوقَّف على ردِّ العين إليه خارجاً، لا على مجرد تمكُّن الغاصب من ردها.

وبالجملة: لو كان مجرد التعذر علة محدثة و مبقية لوجوب البذل على الغارم كان صرف التمكُّن من الردِّ موجباً لخروج البذل عن ملك المالك، لكنَّه ليس كذلك.

و عليه فليس للغارم إستحقاق حبس العين، لأنَّه لا يستحقُّ الغرامة إلا برده العين، فإذا كان الردُّ علة لإستحقاقه للغرامة فكيف يتقدَّم المعلول - وهو الإستحقاق - على علته وهي الردُّ؟

ولو تسامح الضامن في دفع العين بعد تمكُّنه منه فللمالك مطالبته، لقاعدة «الناس

مسلطون على أموالهم». ولا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته البديل من المالك، لما مرّ آنفاً من أنّ البديل بدل عن السلطنة الفائتة، لا عن القدرة على دفع العين.

فالمتحصل: أنّ الغرامة لا تعود إلى الغارم بمجرد التمكن من ردّ العين إلى المالك، بل يناف ذلك بردها إلى مالكها.

الثامن: إذا خرج المغصوب عن صورته النوعية، ثم رجع إليها، فهل يضمن الغاصب بدله من المثل أو القيمة، أم عينه؟ مثاله غصب الخل، ثم إنقلابه خمراً، ثم صيرورته خلّاً، فيه قولان:

أحدهما: ضمان البديل، لانعدام المغصوب بزوال صورته النوعية، والموجود ثانياً غيره، لتخلل العدم بينهما، ومن البين أنّ المعدوم لا يعاد.

ثانيهما: ضمان العين نفسها، لأنّ الموجود ثانياً عين الأول في نظر العرف. و تحقيق المقام: أنّ هنا مسألتين:

إحدهما: حكم المبدل قبل أداء البديل، والثانية حكمه بعد أدائه.

أما المسألة الأولى فحاصل الكلام فيها: أنّ الظاهر وجوب أداء العين نفسها على الغاصب، لأنّ الثابت ابتداءً على الضامن هو نفس العين، فيجب عليه ردّها على مالكها، وإذا تلفت العين إنتقل الضمان إلى بدلها من المثل أو القيمة. و من المعلوم أنّ العين إذا عادت ثانياً فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته في بدلها، لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبة، من دون فرق عرفاً في ذلك بين كون العائد عين الأول و غيره.

و أما المسألة الثانية فقد إستشكل فيها غير واحد. والظاهر أنّه من صغريات العين الثالثة، فإنّ الضامن بعد دفع الغرامة برئت ذمته. فإن رجعت العين إلى نظام الوجود كانت ملكاً للضامن، لأنّ حقّ الأولوية الثابت بالسيرة العقلائية إنتقل إلى الضامن بعد دفع الغرامة، بناءً على كونها أداءً لمال المالك بعد إسقاطه للخصوصيات كما عليه سيرة العقلاء، فبأداء البديل يسقط الضمان عن الغاصب، وليس دليل آخر يقتضي ضمان العين ثانياً.

إلا أن يقال: إنّ حقّ الأولوية لا يسقط بمجرد دفع البديل، ولا ينتقل إلى الضامن إلا

ياسقاط المالك له، فحيثُ يكون المالك مستحقاً لماله العائد بعد زواله، فالأحوط التصالح. ثم إن ظاهر كلام المصنف بقاء حق الأولوية للمالك. و أيده برجوع الخل المنقلب عن الخمر إلى مالكة حين كونه خلاً، وليس هذا إلا من جهة بقاء حقه المسمى بحق الاختصاص.

و قد أجاب المحقق الاصفهاني رحمته عن هذا التأييد بما حاصله: «أن وجوب رد الخل المنقلب عن الخمر إلى المالك لا يكشف عن بقاء حق الأولوية له، لأنه من قبيل عود الملك إلى مالكة، فيكون من باب رد الملك إلى مالكة، لا من باب أولوية المالك به. و السر في ذلك أن إطلاق أسباب الملكية من الهبة و الصلح و الارث و غيرها يقتضي تأثيرها بنحو الاطلاق، إلا إذا اقترنت بمانع يمنع عن تأثيرها، و إذا ارتفع المانع أثر مقتضي أثره، من دون أن يثبت هنا حق الأولوية عند سقوط مقتضي عن التأثير. و بالجملة: فزوال الملكية تارة يكون لموجب الانتقال إلى الغير، كالبيع و غيره من موجبات الانتقال. و أخرى لوجود مانع من تأثير مقتضي الملكية بقاءً كاتقلاب الخل خمرًا. فسقوط مقتضي لحدوث الملكية بقاءً إنما هو لوجود المانع، فإذا زال المانع أثر مقتضي أثره، من دون وجود حق الأولوية في حال سقوطه عن التأثير، و عدم لزوم الترجيح بلا مرجح، بعد وجود مقتضي للملكية لمالك العين دون غيره»^(١). انتهى ملخصاً.

و فيه: أن الملكية من الأحكام الشرعية الاعتبارية، و هي من الأفعال الاختيارية للشارع، و هي سعة و ضيقة تابعةً لكيفية جعلها، و لا تقاس بالمقتضيات الخارجية كالنار المقتضية للإحراق و الموانع التكوينية، كرطوبة الثوب المانعة عن إحتراقه بالنار، التي بزوالها يؤثر مقتضي لاحراقه - و هو النار - أثره، فيحترق بها الثوب بعد جفافه. بل لا بد من الرجوع إلى الأدلة، و هي تدل على أن الخل يملك بالهبة و البيع و الارث و غيرها. ولكن إذا انقلب خمرًا خرج عن الملكية، ولو عاد إلى الخل كان الحكم بملكيته للمالك الأول منوطاً بالدليل، و هو مفقود في المقام. و السبب السابق كالهبة و البيع لا يؤثر في

حدوث الملكية بعد الانقلاب إلى الخل، وليس كالمقتضي التكويني كالنار.
و بالجملة: فأولوية المالك بالخمير المنقلبة عن الخل الثابتة بالسيرة التشريعية
أوجبت رجوع الخل المنقلب عن الخمير إلى المالك، لا السبب الناقل للخل إليه.
هذا بناءً على خروج الخمير عن الملكية. و أمّا بناءً على عدم خروجها عنها - كما
قيل - فلا كلام، فإن ظاهر الشيخ في الخلاف عدم قيام إجماع على عدم ملكية الخمير. قال
في رهن الخلاف: «الخمير ليست بمملوكة، و يجوز إمساكها للتخليل و التخلل» ثم قال:
«دليلنا: إجماع الفرقة على نجاسة الخمير، و على تحريمها الاجماع، فمن ادعى صحة أنها
مملوكة فعليه الدلالة»^١ حيث تمسك في مورد المسألة المبحوث عنها بعدم الدليل،
فلو قام الاجماع على عدم المملوكية تمسك به جزماً كما هو دأبه في الكتاب.

التاسع: أنه هل يكون تمكن المالك من إسترداد ماله كافياً في رجوع العين إليه
وإرتفاع الضمان وإنتقال البذل إلى الضامن، أم لا بل من تمكن الغاصب من رد العين إلى المالك؟
لا ينبغي الارتياح في أن المناط في ثبوت بدل الحيلولة على القول به إنما هو
عدم تمكن الغاصب من رد العين إلى مالكها، سواء تمكن المالك بنفسه من ذلك أم لا،
بداهة أن سبب الضمان المستفاد من قاعدة اليد هو وضع اليد و الاستيلاء على مال الغير.
و إذا تلف أوضاع أو سرق مثلاً وجب عليه بدله حقيقة في التلف، و للحيلولة في غيره،
فتمكن المالك لادخل له في إرتفاع الضمان عن الغاصب، و هذا واضح جداً.

العاشرة: ما تعرض له المصنف رحمه الله بقوله: «ثم إن مقتضى صدق الغرامة على
المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها، فلا يضمن إرتفاع قيمة العين بعد دفع
الغرامة سواء كان الارتفاع للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة ... الخ».
و حاصل ما أفاده: ضمان إرتفاع القيمة و المنافع قبل دفع البذل، و عدمه بعد دفعه.
ولكن عن العلامة في التذكرة و عن بعض آخر ضمان المنافع. و قد قواه في المبسوط
بعد أن جعل الأقوى خلافه.

أقول: المسألة مبنية على أن الغرامة هل هي بدل عن العين أم السلطنة. فإن كانت بدلاً عن العين المتعذرة كما هو مقتضى دليل ضمان اليد فلا محالة تنقطع علاقة المالك عن العين، و تصير ملكاً للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلاً عن المتصلة، و عن زيادة القيمة السوقية.

وإن كانت بدلاً عن السلطنة الفائتة - كما هو قضية قاعدة السلطنة - ضمن الغاصب جميع شؤون العين، سواء أكانت تلك الشؤون فائتة أم لا.

و الحق أن يقال: إن البذل المدفوع بدل عن العين ولو من جهة فوات السلطنة. كما أنه في صورة التلف يكون البذل بدلاً عن العين، فحينئذ يكون بدلاً عن العين بشؤونها، فلا يضمن إرتفاع القيمة و لا منفعه. هذا في صورة دفع الضامن للبذل.

و أما إذا لم يدفع البذل، فمقتضى ضمان العين بجميع شؤونها هو ضمان المنافع و إرتفاع القيمة السوقية.

الحادي عشر: قد عرفت أن المدار في ثبوت بدل الحيلولة - على القول به - تعذر الوصول إلى العين. بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها، فلو تمكن المالك من الانتفاع بها مع حصول نقص فيها ولو في بعض أوصافها خرجت عن مورد بدل الحيلولة، لفرض إمكان الانتفاع بها، و عدم إرتفاع سلطته عنها، كصورة إمتزاج العين بعين أخرى الموجب للشركة، فإن العين بعد إمتزاجها بغيرها لا تخرج عن قابلية إنتفاع المالك بها، غاية الأمر أنه حدث عيب في ماله، لأن الشركة نقص في العين المملوكة بالاستقلال، فيجب على الغاصب أداء الأرش للمالك. فهذا المورد خارج عن موارد بدل الحيلولة، لا مكان الانتفاع بالعين.

الثاني عشر: أن أسباب الضمان على ما أفاده المصنف رحمه الله بقوله: «سواء كان الذهاب نفس العين كما في التلف الحقيقي ... الخ» أمور أربعة.

الأول: تلف العين حقيقة، و تسقط حينئذ عن الملكية عرفاً، فيجب بدلها على متلفها و الخروج عن عهدها بدفع بدلها، لأدلة الضمان.

الثاني: التلف الحكمي، و هو قطع سلطنة المالك عن ماله كالغرق و السرقة

ونحوهما ممّا لا يكون عوده مرجوًّا. وهذا مورد بدل الحيلولة.

الثالث: إزالة الأوصاف التي لها دخل في مالية العين بحيث تخرج العين بذهابها عن المالية مع إنحفاظ العين بنفسها في ملك مالكها، وسلطنته عليها تسلُّط المالك في أملاكهم، فالضمان حينئذٍ بالمالية الخالصة دون العين المغصوبة، كالثلج في الشتاء والماء على الشاطئ.

الرابع: ذهاب الأوصاف التي بها تخرج العين عن الملكية أيضاً، إمّا شرعاً كالخلل المنقلب خمراً، وإمّا عرفاً كالكوز المكسور، لكن تبقى العين متعلّقة لحق المالك. هذا ما أفاده المصنّف رحمه الله.

ولا يخفى أنّ ما ذكره في القسم الأول أعني به التلف الحقيقي - من زوال ملكية المالك عن العين - متين، غاية الأمر أنّ العين قد تعتبر ملكاً للغاصب فيما إذا ترتّب عليه الأثر كما في تعاقب الأيدي.

وأما ما ذكره في القسم الثاني من كونه مورداً لبطل الحيلولة فهو غير تام، لأنّ مورده صورة بقاء العين مع تعدّد الوصول إليها، بحيث يرجى زوال العذر أيضاً. وأما إذا كان العثور عليها مقطوع العدم وكان الضامن مأيوساً من الوصول إليها كما في المال المسروق أو الملقى في البحر فهو تالف عرفاً، فيلحق بالقسم الأول، إذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض الفلاسفة إلى استحالة، بل المراد هو التلف العرفي، فلا يكون مورداً لبطل الحيلولة المصطلحة.

وأما ما أفاده في القسم الثالث - من زوال المالية مع بقاء ملكية العين - فربّما يناقش فيه كما في حاشية السيد رحمه الله بأنّ ذهاب الوصف إنّ أوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها، فتسقط عن الملكية أيضاً، وإلا فهي مال،^(١) هذا.

لكن الظاهر إمكان سقوطها عن المالية التي مناطها إمكان الانتفاع المعتدّ به بها، دون ملكيتها التي هي إضافة خاصّة بين الشيء وملكه، ولا يناط إعتبار الملكية بالمالية

.....

كحبة حنطة و الرطوبة الباقية على أعضاء الوضوء، و الخيط الباقي في الثوب المخيط ونحوها.
و أمّا ما أفاده في القسم الرابع - من سقوط العين عن المائيّة و الملكيّة معاً - فلا
إشكال في صحّته، لأنّ المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمة، كما لا شبهة في بقاء
حق الاختصاص بها للمالك.

و لنختم الكلام هنا في بدل الحيلولة، و بذلك فرغنا من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد، و به
تمّ الجزء الثالث من شرحنا على «متاجر» شيخنا الأعظم، آملاً منه تعالى القبول، و سائلاً منه
التوفيق لإكماله بحق سادة أوليائه محمّد و آله المعصومين صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين، و
اللعن على كافّة أعدائهم إلى يوم الدين يا رب العالمين.

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

« الفهرست »

أحكام المقبوض بالبيع الفاسد.....	٥
الأول: عدم التملك.....	٦
الثاني: الضمان.....	٧
أدلة الضمان.....	٨ - ٢٠٠
الدليل الأول: الاجماع.....	٨
الدليل الثاني: حديث «على اليد».....	٩ - ٤٧
الخدشة في دلالة الحديث بظهوره في التكليف، و المناقشة فيها.....	١٢
دلالة الحديث على ضمان الصغير و المجنون المميزين.....	١٤
تفصيل الكلام في حديث «على اليد».....	١٧ - ٤٧
أ : تحقيق سند الحديث.....	١٨ - ٢٠
المناقشة في عمل المشهور بالحديث.....	٢٠ - ٢٥
تحقيق إحراز عمل المشهور و نقل كلمات الأصحاب.....	٢٦ - ٢٩
ب : البحث الدلالي: محتملات الحديث.....	٢٦ - ٣٢
١ - التكليف برّد العين.....	٢٦
٢ - الحكم الوضعي و هو الضمان.....	٢٧
٣ - الجمع بين التكليف و الوضع.....	٢٨
المختار في مدلول الحديث.....	٣٠
أمور تستفاد من الحديث.....	٣٢ - ٤٧
١ - عدم اختصاص الأخذ بالقهر و الغلبة.....	٣٢
٢ - إعتبار الارادة و الاختيار في الأخذ المضمن.....	٣٣
٣ - اطلاق الضمان للعلم بوجوب الاداء و الجهل به.....	٣٤

- ٤ - اطلاق الضمان لليد الأصلية و التابعة ٣٤
- ٥ - اطلاق الضمان لليد المستقلة و المشتركة ٣٥
- ٦ - أقسام المأخوذ باليد ٤٣ - ٣٦
- القسم الأول: الأعيان الشخصية و الكلية ٣٦
- القسم الثاني: المنافع ٣٨
- القسم الثالث: الحقوق ٤١
- القسم الرابع: ما ليس بملك و لا حق ٤٢
- ٧ - المراد من الأداء المجهول غايةً للضمان ٤٧ - ٤٤
- الدليل الثالث: أخبار ضمان الجارية المسروقة ٥٥ - ٤٨
- هل يستند الضمان الى الاستيفاء أو الاتلاف أو غيرهما؟ ٥٥ - ٥٢
- الدليل الرابع: قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و فيه جهات ١٤٢ - ٥٦
- ورود هذه القاعدة في كلام شيخ الطائفة و غيره ٦١ - ٥٧
- الجهة الاولى: معنى القاعدة، و فيه مباحث ٦٣
- الأول: المراد بالعقد ما يشتمل على المعاوضة و إن عُدَّ من الايقاعات كالجمالة و الخلع ٦٣
- الثاني: المراد بالضمان في العقد الصحيح و الفاسد ٦٧
- تفسير الضمان بكون التلف في ملك الضامن، و المناقشة فيه ٦٩
- الضمان بمعنى كون درك المضمون على الضامن شامل للعوض المسمى و الواقعي ٧١
- المراد بالضمان بقول مطلق هو التدارك بالبدل الواقعي ٧٤
- ما احتمله كاشفُ الغطاء ﷺ في الضمان في العقد الفاسد، و الخدشة فيه ٧٦
- الثالث: العموم في «كل عقد» بلحاظ الصنف لا النوع و الفرد ٨٥ - ٨٠
- الرابع: اعتبار كون الضمان مقتضى العقد لا الشرط ٨٦
- إشتراط ضمان العين في كل من الاجارة و العاربه الفاسدتين ٨٨
- احتمال كون العموم بلحاظ أشخاص العقود، كما في الجواهر ٩١
- تضعيف الاحتمال المزبور ٩٤
- الخامس: حرف «الباء» ظرفية أو سببية ١٠٣ - ٩٧
- عدم كون العقد الفاسد علّةً تامةً للضمان ٩٩
- تحقيق مفاد قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ١١٣ - ١٠٣
- الجهة الثانية: مستند قاعدة «ما يضمن» ١٣٧ - ١١٤

٦٣٣	الفهرست
١١٤	أ : إقدام المتعاملين
١١٦ - ١١٩	المناقشة في الاستدلال بقاعدة الإقدام طرداً و عكساً
١١٩ - ١٢٣	تحقيق قاعدة الإقدام
١٢٣ - ١٢٦	ب : قاعدة الاحترام
١٢٣	الأخبار الدالة على إحترام مال المسلم
١٢٦	ج : قاعدة نفي الضرر
١٢٨	د : حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»
١٢٩	إختصاص القاعدة بالأعيان و عدم شمولها للأعمال
١٣٠	توجيه استدلال شيخ الطائفة و غيره بقاعدة الإقدام
١٣٣ - ١٣٧	حكم ضمان السبق في المسابقة الفاسدة
١٣٧ - ١٤١	الجهة الثالثة: عدم اختصاص ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بالجهل بفساد العقد
١٤١ - ١٤٣	تحقيق التفصيل في الضمان بين العلم بالفساد و الجهل به
١٤٣ - ١٩٩	قاعدة: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، و الكلام في جهات
١٤٥	الأولى: إقتضاء القاعدة عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة
١٥٢	توجيه حكم جماعة بضمن العين
١٥٥	ترجيح المصنّف عدم الضمان
١٥٨ - ١٧٧	الجهة الثانية: موارد النقض على القاعدة
١٥٨ - ١٦٨	أ : النقض بعارية الصيد
١٦٩ - ١٧٢	ب : النقض بمنفعة المبيع فاسداً
١٧٢ - ١٧٥	ج : النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد
١٧٦	د : النقض بالشركة الفاسدة
١٧٨	الجهة الثالثة: مستند قاعدة «ما لا يضمن»
١٧٨	أ : الأولوية
١٧٨ - ١٨٤	تقريب أولوية العقد الفاسد - مما لا يضمن بصحيحه - بعدم الضمان
١٨٤	خدشة المصنّف في الأولوية
١٨٥	المناقشة في الأولوية بوجه آخر
١٨٧	ب : عموم دليل الهبة و الأمانات، المقتضي لعدم الضمان في عقودها الفاسدة
١٩١	أولوية الهبة الفاسدة بعدم الضمان من العقود الأمانية

٦٣٤	هدى الطالب / ج ٣
١٩٣	تحقيق مستند قاعدة ما لا يضمن
١٩٥ - ١٩٨	كلام بعض الاعلام في مفاد عدم ضمان الأمين، الوارد في نصوص الأمانات
١٩٨ - ٢٠٠	هل شرط عدم الضمان في العقد المضمّن مخالف لمقتضى العقد أم لا؟ وكذا الحال في شرط الضمان في العقود الأمانية
٢٠٠ - ٢١٢	الثاني من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد: وجوب رده فوراً الى مالكه
٢٠٢	مؤونة الرد على المشتري
٢٠٥	الدليل على وجوب الرد
٢٠٥	أ: التوقيع الناهي عن التصرف في مال الغير
٢٠٦	ب: النبوي الدال على حرمة مال المسلم بدون إذنه
٢٠٩	كلام الشيخ وابن إدريس في جواز الامساك، والمناقشة فيه
٢١٣ - ٢٨٤	الثالث من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد: ضمان المنافع
٢١٣	أ: المنافع المستوفاة
٢١٤	أدلة الضمان
٢١٤	الأول: عدم حلية مال الغير بدون إذنه
٢١٧	الثاني: قاعدة الائتلاف
٢١٨	الثالث: قاعدة الاحترام
٢١٩	الرابع: عدم حلية مال المسلم إلا بطيب نفسه
٢١٩	الخامس: ما دلّ من عدم صلاحية ذهاب حق أحد
٢٢٠	السادس: قاعدة نفي الضرر
٢٢١	السابع: قاعدة الاستيفاء
٢٢٢	قول ابن حمزة بعدم ضمان منفعة المبيع بالبيع الفاسد، لأن الخراج بالضمان
٢٢٤	إستفادة هذا القول من نصوص متفرقة
٢٢٧	المناقشة في مختار ابن حمزة بوجوه ثلاثة
٢٢٧	أولها: ما أفاده المصنف
٢٣١	ثانيها: المناقشة فيه بما ورد من ضمان منافع الأمة المسروقة المبيعة
٢٣٤	ثالثها: المناقشة فيه بما ورد من ضمان منافع المفصوب كما في صحيحة أبي ولاد
٢٣٦ - ٢٥٠	تحقيق حديث «الخراج بالضمان»
٢٣٦ - ٢٤٠	البحث السندي

٦٣٥	الفهرست.....
٢٣٨	العاملون به من فقهاء الامامية (عليه السلام).....
٢٤١ - ٢٥٠	البحث الدلالي.....
٢٤١	معنى الخراج.....
٢٤٢	معنى الضمان.....
٢٤٣ - ٢٤٧	محتملات الحديث.....
٢٤٧ - ٢٥٠	ما استظهره المحقق النائي (عليه السلام).....
٢٥١ - ٢٨٥	ب: ضمان المنفعة الفائتة بغير إستيفاء.....
٢٥٣ - ٢٦٠	ما استدل به على الضمان.....
٢٥٣	الأول: حديث «على اليد».....
٢٥٤	الثاني: قاعدة احترام مال المسلم.....
٢٥٥	مناقشة المصنف في شمول «اليد» للمنافع.....
٢٥٩	المناقشة في دلالة قاعدة الاحترام للمنافع الفائتة.....
٢٦٠	الاستدلال بوجوده على عدم ضمان المنافع الفائتة.....
٢٦٠	الأول: قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».....
٢٦٢	الثاني: سكوت أخبار ضمان منافع الجارية المسروقة عن المنفعة الفائتة.....
٢٦٤	الثالث: إستظهار عدم الضمان من صحيحة محمد بن قيس.....
٢٦٥	توقف المصنف في المسألة.....
٢٦٦	إختصاص التوقف - عند بعض - بصورة علم البائع بالفساد.....
٢٦٨	الأقوال المستفادة من مجموع الكلمات خمسة.....
٢٦٩	ظهور عبارة التذكرة في الضمان مطلقاً.....
٢٧٣ - ٢٨٥	تحقيق ضمان منافع المبيع الفائتة.....
٢٨٥ - ٢٩٣	فروع ترتبط بضمان المنافع.....
٢٨٥	أ: ضمان عمل الحرّ الكسوب بالحبس.....
٢٨٦ - ٢٩٠	ب: جواز مطالبة المستأجر بتخلية العين المستأجرة.....
٢٨٦	الصورة الأولى: عدم إشتراط المستأجر على المؤجر البقاء في المكان.....
٢٩٠	الصورة الثانية: الإشتراط عليه ضمن عقد لازم.....
٢٩١ - ٢٩٣	ج: حق الطبع و النشر.....

٢٩٤ - ٣٦٢	الأمر الرابع: ضمان المثلي بالمثل
٢٩٦	تعريف المثلي بما تساوت أجزاؤه
٢٩٧ - ٣١٤	تحقيق التعريف المزبور
٣٠٢	كلام المحقق الأردبيلي حول تعريف المشهور للمثلي
٣٠٣	لحاظ المثلية بالنسبة إلى أفراد الصنف لا أفراد النوع و لا أبعاد الفرد
٣٠٧	المناقشة في تعريف المثلي بناءً على إرادة تساوي أفراد الصنف
٣١١ - ٣١٤	تعريف المثلي بأمور أخر
٣١٧	وقوع عنوان المثلي في معقد الاجماع
٣٢٠	الأصل المرجع في الشك في كون المضمون مثلياً و قيمياً
٣٢١	أ : أصالة تخيير الضامن
٣٢٢	ب : أصالة تخيير المالك
٣٢٤	إثبات تخيير المالك بالأصل اللفظي و هو قاعدة اليد
٣٢٤ - ٣٢٨	ج : أصالة تخيير الضامن عقلاً بين دفع المثل أو القيمة
٣٢٨ - ٣٣٢	تحقيق حكم الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً
٣٣٢ - ٣٣٧	إستفادة حكم المسألة من إطلاق أدلة الضمان مقامياً
٣٣٩	إستدلال شيخ الطائفة بآية الاعتداء على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة
٣٤٠	مناقشة صاحب الرياض و غيره في الاستدلال
٣٤٤	عدم وفاء الاطلاق المقامي و آية الاعتداء بما يدعيه المشهور
٣٤٨	تجوز جماعة ردّ العين المقترضة القيمة
٣٥٦	النسبة بين العرف و آية الاعتداء و بين مقالة المشهور عموم من وجه
٣٥٧	حكم الشك في كون المضمون مثلياً و قيمياً
٣٦٠	كفاية دفع العين التي نقصت قيمتها
٣٦٢	إلحاق المشكوك كونه مثلياً و قيمياً بالمثلي
٣٦٣ - ٣٧٤	الأمر الخامس: إرتفاع ثمن المثلي
٣٦٤	وجوب شراء المثل إن كان إرتفاع قيمته للسوق
٣٦٦	وجوب شراء المثل إن كان إرتفاع قيمته لعزّة وجوده
٣٦٩	لا فرق في وجوب شراء المثل بين مطالبة المالك في بلد التلف أو بلد آخر
٣٧١ - ٣٧٤	تحقيق المسألة

- الأمر السادس: تعذر المثل ٤٥٤ - ٣٧٥
- إشتراط إنقلاب المثل إلى القيمة بمطالبة المالك ٣٨٢ - ٣٧٦
- المشهور على أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة يوم الأداء ٣٨٤
- احتمال اعتبار وقت تعذر المثل ٣٨٤
- تحقيق مفاد أدلة الضمان من حيث القيمة المضمونة ٤٠٢ - ٣٩٠
- الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذر، و مبادئها ٤٢٠ - ٤٠٣
- أ: بناءً على إنقلاب المثل قيمياً بالاعواز وكون العبرة بيوم التلف تعين قيمة يوم الاعواز. ٤٠٥
- ب: بناءً على ضمان القيمي بزمان الضمان اتجه القول بضمان وقت تلف العين ٤٠٦
- ج: بناءً على ضمان القيمي بأعلى القيم اتجه ضمان المثلي المتعذر بأعلى القيم من التلف إلى الاعواز ٤٠٨
- د: بناءً على إنقلاب العين المثلية التالفة قيمياً احتمل اعتبار يوم الفصب ٤٠٩
- هـ: بناءً على أن المشترك بين العين و المثل صار قيمياً احتمل إعتبار الأعلى من وقت الضمان إلى وقت تعذر المثل ٤١١
- و: احتمال اعتبار الأعلى من يوم الضمان إلى يوم دفع القيمة ٤١٣
- إستظهار بعض الاحتمالات المتقدمة من أدلة الضمان ٤٢٠ - ٤١٥
- إختصاص إنقلاب الضمان من المثل إلى القيمة بالتعذر الطارىء ٤٢٠
- التنبيه على بعض الامور المرتبطة بالمقام ٤٢٧ - ٤٢٥
- هل مناط تعذر المثل فقده في البلد و ما حوله أم لا؟ ٤٢٨
- صدق التعذر بفقد المثل في البلد، كما في السلم ٤٣٢
- المعيار في قيمة المثل المتعذر ٤٣٧ - ٤٣٤
- هل العبرة في المثل المتعذر بقيمة بلد التلف أو بلد المطالبة أو أعلى القيمتين؟ ٤٣٧
- التعرض لكلام شيخ الطائفة و تحقيقه ٤٤٣ - ٤٣٩
- حكم سقوط المثل عن المائتة حكم تعذره في الانتقال إلى القيمة ٤٤٣
- حكم سقوط العين عن التقويم ٤٤٥
- الأمر السابع: ضمان القيمي بالقيمة ٥٥٤ - ٤٥٥
- دلالة أخبار ضمان القيميات المضمونة على إشتغال الذمة بالقيمة ٤٥٦
- الاشكال على صاحب الجواهر في استدلاله بصحيفة أبي ولاد وعتق العبد المشترك ٤٦٠ - ٤٥٧
- المتيقن من أخبار ضمان القيميات بالقيمة تعذر المماثل العرفي ٤٦١

- ذكر جملة من الروايات الدالة على ضمان القيمي بالقيمة ٤٧٢
- الأقوال في القيمة المعتبرة في ضمان القيمي ٥٤٣ - ٤٧٥
- أ : إعتبار قيمة يوم التلف ٤٨١ - ٤٧٥
- اقتضاء الأصل ضمان قيمة وقت التلف ٤٧٩
- ب : ضمان القيمي بقيمة يوم الضمان ٥٤٦ - ٤٧٩
- صحيحة أبي ولاد، والاستدلال بها على إعتبار قيمة يوم الضمان ٥٤٦ - ٤٨٢
- ظهور الفقرة الاولى منها على اعتبار قيمة يوم الضمان ٤٨٩
- دلالة الفقرة الاولى على المدعى بوجوه، والنظر فيها ٤٩٧ - ٤٩٢
- مااحتمله جماعة من عدم ظهور الجملة في اعتبار قيمة يوم الضمان، وتبعيده ٥٠٠ - ٤٩٧
- ظهور الفقرة الثانية في إعتبار قيمة يوم الضمان ٥١٤ - ٥٠٠
- تحقيق مفاد الفقرة الثانية ٥١١ - ٥٠٥
- عدول المصنف ببيان الموهن لاستظهار قيمة يوم الضمان ٥١٤
- تأييد الموهن بأمرين ٥٢٥ - ٥١٦
- حمل صاحب الجواهر الحلف على المتعارف عند المعاملة لا في مقام الترافع، والنظر فيه ٥٢٠
- ما أفاده شيخ الطائفة من حمل الصحيحة على التعبد في ضمان الدابة ٥٢٨ - ٥٢٦
- ج : القول بضمان أعلى القيم ٥٤٦ - ٥٢٩
- الاستدلال بالصحيحة على ضمان أعلى القيم ٥٢٩
- الاستدلال عليه بوجه ثانٍ ٥٣١
- توجيه المصنف للاستدلال على ضمان أعلى القيم ٥٣٧ - ٥٣٤
- الاستناد في ضمان أعلى القيم الى قاعدة الاشتغال، والخدشة فيه ٥٣٨
- إمكان إثبات ضمان أعلى القيم بالاستصحاب ٥٣٩
- تحقيق ادلة هذا القول ٥٤٣ - ٥٣٩
- الفوائد المستفادة من صحيحة أبي ولاد ٥٤٦ - ٥٤٣
- د : ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بقيمة يوم البيع ٥٤٨ - ٥٤٧
- حكم زيادة ثمن القيمي بعد التلف ٥٤٩
- حكم إرتفاع القيمة بسبب الأمكنة ٥٥٢
- ضمان إرتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية ٥٥٣

الفهرست..... ٦٣٩

مباحث بدل الحيلولة..... ٦٣٠ - ٥٥٥

مورد بدل الحيلولة..... ٥٥٧

المراد بالتعذر هو العرفي لا العقلي..... ٥٦١

جواز إمتناع المالك من أخذ بدل الحيلولة..... ٥٦٤

خروج العين عن المالّة..... ٥٦٥

البذل ملك المضمون له أم مباح له؟..... ٥٦٦

دفع بدل الحيلولة لا يوجب إنتقال العين إلى الغارم..... ٥٦٩

إشتراط وجوب البذل بقوات معظم منافع العين..... ٥٨٨ - ٥٧٥

عدم ضمان إرتفاع القيمة و الزيادة بعد دفع البذل..... ٥٨٨

ضمان إرتفاع قيمة العين و النماء قبل دفع البذل الى المالك..... ٥٩٢

وجوب ردّ العين فوراً إلى المالك بمجرد التمكن منه..... ٥٩٣

هل ينتقل البذل إلى الغارم بتمكن دفع العين؟..... ٥٩٦

لا يجوز للضامن حبس العين..... ٦٠٢

لو حبس العين فتلفت فهل العبرة بقيمتها السابقة أو الفعلية؟..... ٦٠٤

تحقيق مباحث بدل الحيلولة..... ٦٣٠ - ٦٠٨

أدلة بدل الحيلولة..... ٦١٤ - ٦٠٨

أ : أخبار ضمان المصوب و الأمانات المفترط فيها..... ٦٠٨

ب : قاعدة نفي الضرر..... ٦٠٨

ج : قاعدة السلطنة..... ٦٠٩

د : الجمع بين الحقّين..... ٦١٠

هـ : حيلولة الغاصب بين المالك و المال..... ٦١٠

و : تفويت سلطنة المالك على ماله..... ٦١٠

ز : قاعدة اليد..... ٦١١

ح : الاجماع المتصيد من حكمهم بالضمان في موارد متفرقة..... ٦١٣

تنبيهات:..... ٦١٥

الأول: مورد بدل الحيلولة هو التعذر، لا التلف و ما يحكمه..... ٦١٥

الثاني: المناط في التعذر هو العرفي لا العقلي المسقط للتكليف..... ٦١٥

الثالث: هل للضامن إجبار المالك على أخذ بدل الحيلولة أم لا؟..... ٦١٦

٦٤٠ هدى الطالب / ج ٣

- الرابع: بدل الحيلولة ملك أم مباح؟ ٦١٧
- الخامس: هل تنتقل العين الى الغارم بدفع البديل أم لا؟ ٦١٩
- الفروع المترتبة على خروج المبدل عن ملك مالكة ٦٢٠
- السادس: ثبوت التراد بالتمكن من دفع العين إلى المالك ٦٢١
- السابع: هل ترجع الغرامة الى ملك الغارم بمجرد تمكنه من رد العين أم لا؟ ٦٢٣
- الثامن: خروج العين عن صورتها النوعية وعودها اليها ٦٢٤
- التاسع: هل يكفي تمكن المالك في انتقال البديل الى الغارم أم لا؟ ٦٢٦
- العاشر: هل المنافع وارتفاع قيمة العين مضمونة أم لا؟ ٦٢٦
- الحادي عشر: لو تمكن المالك من الانتفاع بالعين مع ورود نقص عليها ٦٢٧
- الثاني عشر: موارد الضمان ٦٢٧
- الفهرست ٦٤٠ - ٦٣١



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

